

IN

REVISTA
JURIDICA
— DEL —
NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 1995

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

REVISTA
DE LINGÜÍSTICA
CLÁSICA
N.º 10
AÑO 1995
SEPTIEMBRE 1995

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

Sumario

Estudios

- 9 NAVARRO VIÑUALES, José María: "La documentación de los acuerdos sociales en la sociedad limitada"
- 65 SANZ VALENTIN, Luis Antonio: "Las arras penitenciales. Un estudio sobre el art. 1.454 C.c. y sus diversas interpretaciones"
- 137 SCHMIDT, Karsten: "Sucesión universal en virtud de negocio jurídico. Comprobación de la eficacia de una institución de Derecho civil en el Derecho de la empresa"

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION COMENTADA

- 243 — "La operación acordeón" (Res. 16 enero 1995).

Actualidad jurídica

Informes y comunicaciones

- 257 — BRU PURON, Carlos María: "Una nonnata reforma parcial del Código civil (Noticia retrospectiva de la proposición de Ley de 17 de septiembre de 1985)".

LA DOCUMENTACION DE LOS ACUERDOS SOCIALES EN LA SOCIEDAD LIMITADA (1)

JOSE MARIA NAVARRO VIÑUALES

Notario

9

SUMARIO: Delimitación del Tema. La reforma de la sociedad limitada. La consecuencia temporal: de la toma del acuerdo a su documentación. **I. EL ACTA DE LA REUNIÓN.**
1. Concepto. **2.** Régimen jurídico del acta de la reunión.

(1) El presente trabajo tiene su origen en una charla que tuvo lugar en Salou (Tarragona), con ocasión de unas Jornadas sobre la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La organización de las mismas correspondió a las Delegaciones Notariales de Reus y Tarragona conjuntamente con el Registro Mercantil de Tarragona.

Un resumen del presente trabajo se publicó en la revista *La Notaría*, conjuntamente con el texto de otras charlas. Ahora se publica la versión íntegra de dicho trabajo bastante más amplio, como puede verse, que el resumen publicado en *La Notaría*. Hay que tener en cuenta que el presente estudio quedó cerrado el día 31 de mayo de 1995 (siendo remitido a la Revista el mes de junio), por lo que no se ha podido tener presente los estudios o jurisprudencia posteriores.

a) *Elemento personal.* b) *Elemento real. Contenido del acta.* c) *Elemento formal.* d) *El valor jurídico del acta.* 3. La Junta General universal celebrada ante Notario. 4. El acta notarial de la Junta General. a) *Quién requiere.* b) *El desarrollo de la reunión.* c) *La redacción del acta.* d) *Valor del acta notarial.* e) *La anotación preventiva del requerimiento notarial.* II. LAS CERTIFICACIONES. 1. Concepto. 2. Elemento personal. Titularidades de la facultad certificante. a) *Secretario.* b) *Administrador único.* c) *Administradores mancomunados.* d) *Comisario del Sindicato.* e) *Liquidadores.* f) *En especial, la certificación expedida por persona no inscrita.* g) *Exclusión de la facultad certificante.* 3. Elemento real. El contenido de la certificación. a) *Clasificación de la certificación por razón de su contenido.* b) *El contenido de la certificación que ha de acceder al Registro Mercantil.* 4. Elemento formal. 5. El valor del certificado. a) *Con carácter general.* b) *Su acceso al Registro Mercantil.* III. LA ELEVACIÓN A PÚBLICO DE LOS ACUERDOS SOCIALES. 1. Qué es la elevación a público. 2. Elemento personal: quién puede elevar a público. 3. Elemento real: instrumentos que sirven de base a la elevación a público. b) *El testimonio notarial del acta o Libro de actas.* c) *La certificación.* d) *Copia autorizada del acta notarial de la Junta.* 4. Aspecto formal: qué documento eleva a público. 5. La eficacia de la elevación respecto al acuerdo social. IV. EN ESPECIAL, LA DOCUMENTACIÓN DE ACUERDOS EN LA SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL. 1. Acta de la reunión en Junta General. a) *Quién redacta el acta de la Junta General.* b) *Quién traslada el acta al Libro de actas.* 2. La toma de decisiones hecha por el socio único ante Notario. 3. La facultad certificante y la elevación a público de la decisión. 4. El Libro-registro de los contratos celebrados entre sociedad unipersonal y socio.

Delimitación del tema.

Vamos a ocuparnos de la documentación de los acuerdos sociales en la sociedad limitada. La materia presenta un triple contenido: el acta de la reunión de los órganos colegiados, el certificado de las actas y acuerdos y, por último, la elevación a públicos de los mismos. Nuestro análisis tendrá carácter general pero será necesariamente conciso, poniendo especial énfasis en las novedades legales.

De entre el conjunto de actos, acuerdos y decisiones que emanan de la sociedad sólo se documentan los acuerdos adoptados por sus órganos colegiados, esto es la Junta General y, caso de existir, los del Consejo de Administración y la Comisión Ejecutiva. Por “colegio” u “órgano colegial” hay que entender una reunión de personas que expresa una única voluntad colectiva, a pesar de que esa voluntad no es sino la expresión de la voluntad sólo de la mayoría.

11

Hay supuestos en que el órgano de administración no adopta forma colegiada (administrador único, varios solidarios, o varios mancomunados): en estos casos no se “acuerda” sino que se actúa directamente –no acuerdan comprar, compran–. Tales decisiones o actos, en cuanto no son acuerdos, quedan al margen del presente estudio (2).

La reforma de la sociedad limitada.

La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada apenas se ocupa de la documentación de los acuerdos sociales. La mayor parte de las disposiciones normativas sobre este tema siguen incluidas en el Reglamento del Registro Mercantil, y son aplicables con carácter general a todas las sociedades mercantiles. Por tanto las novedades en

(2) RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación de los acuerdos sociales en la sociedad limitada*, Editorial Praxis, Barcelona, 1993, pág. 3, tanto para el concepto de “órgano colegial” como para la distinción “compra”-“acuerdo de compra”.

esta materia –contenidas básicamente en los artículos 54, 55 y 127– (3) son escasas y circunscritas básicamente al acta de la reunión, el primero de los tres conceptos a que nos referíamos.

La secuencia temporal: de la toma del acuerdo a su documentación.

En la práctica jurídica la documentación del acuerdo de un órgano colegiado de la sociedad responde, en líneas generales, al siguiente esquema: el órgano se reúne y toma una serie de acuerdos; tales acuerdos se reflejan en un acta que se transcribe en el Libro de actas; la existencia del contenido de tal libro, con sus correspondientes acuerdos, se acredita con su exhibición, su testimonio notarial o, principalmente, mediante su certificado; en ocasiones, así cuando se pretende que el acuerdo acceda al Registro Mercantil, se procede a elevarlo a público.

12

Resulta de lo visto como son tres los conceptos básicos en esta exposición: el acta, el certificado, la elevación a público de los acuerdos sociales. La existencia de ciertas particularidades en caso de sociedad unipersonal justifica un cuarto epígrafe. Comencemos con el primero de ellos.

I. El acta de la reunión

1. Concepto.

El acta es un documento escrito donde constan redactados los acuerdos adoptados por un órgano colegiado de la sociedad.

(3) Todas las referencias a artículos, salvo que se diga otra cosa, se entienden hechas a la nueva Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de responsabilidad limitada.

Puede ser un documento separado y distinto del Libro de actas, o bien identificarse ambos si la transcripción del acuerdo se hace directamente en dicho Libro.

2. El régimen jurídico del acta de la reunión.

a) *Elemento personal.*

Quién redacta el acta. El artículo 99.2 RRM nos dice que, una vez aprobada, será firmada por el Secretario del órgano o de la sesión, con el visto bueno de quien hubiera actuado en ella como Presidente.

Por tanto la redacta el Secretario de la reunión (cargo efímero, que dura lo que dura la reunión) que puede no ser el Secretario del Consejo de Administración (que sí es un cargo permanente).

Quién la traslada al Libro de actas. El titular de la facultad certificante. Por tanto el redactor del acta y el transcriptor de la misma en el Libro de actas pueden ser distintas personas.

13

b) *Elemento real. Contenido del acta.*

El artículo 97 RRM –al que remitimos– nos suministra de modo detallado el contenido del acta. No vamos a analizar una por una las menciones que exige. Nos limitaremos a hacer un doble comentario:

–No pide expresamente el nombre de Presidente y Secretario de la reunión (sí lo exige, por el contrario, el artículo 102 del Reglamento para el acta notarial de la Junta). Consideramos que hay que incluir tales datos, ya que de esta manera se identifica a las personas que la redactan y firman. Cuestión distinta, sobre la que volveremos, es la de si tal identificación hay que incluirla en el certificado.

–El artículo 97 RRM no incluye en el contenido del acta la lista de asistentes, lo que planteó dudas sobre si

formaba parte o no del acta. El nuevo artículo 54.2 primer inciso de la nueva Ley lo soluciona al señalar que “el acta incluirá necesariamente la lista de asistentes”. Por otra parte, salvo en caso de que la Junta o Asamblea tenga carácter universal, no es preciso que la firmen todos los asistentes, bastando con las firmas de Presidente y Secretario.

c) Elemento formal.

Son dos los aspectos de carácter formal que vamos a reseñar: la aprobación del acta y su traslado al Libro de actas.

c.1) La aprobación del acta merece su propio epígrafe.

14 El artículo 113 LSA –que era aplicable a la sociedad limitada vía remisión– nos dice que “el acta de la Junta podrá ser aprobada por la propia Junta a continuación de haberse celebrado ésta, y, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente y dos interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría”.

Se ha señalado que dicho precepto pretendía evitar que la aprobación del acta se encomendara, tal y como a veces sucedía en la práctica, a la siguiente Junta, en la cual se podrían introducir rectificaciones que afectarían a acuerdos ya ejecutados e incluso inscritos en el Registro Mercantil (4). Sin embargo, en opinión de estos autores, el empleo del término “podrá” provoca que dicho precepto se limite a autorizar dos modalidades concretas de aprobación sin impedir otras; ello permitiría a los Estatutos introducir otras formas de aprobación del acta, incluso remitiendo a la siguiente Junta para tal aprobación.

(4) URÍA GONZÁLEZ, MENÉNDEZ MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, Editorial Civitas, año 1992, pág. 272.

No ha sido ésta la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La R. 26 abril 93 considera inadmisibile una cláusula con el siguiente tenor: “las actas de las Juntas podrán ser aprobadas en cualquiera de las formas previstas en la Ley de Sociedades Anónimas o en la Junta posterior”. El Centro Directivo señala que “la expresión permisiva de la norma (“el acta de la Junta podrá ser aprobada por la propia Junta..., y en su defecto... por el Presidente y dos Interventores...”)) ha de entenderse referida a cualquiera de estas dos formas de aprobación y no cabe interpretarla como relativa a discrecionalidad respecto del hecho mismo de la aprobación”. Tal solución, continua, tiene un doble fundamento: en primer lugar el apartado segundo del artículo 113 LSA que sólo confiere fuerza ejecutiva a las actas aprobadas en las dos formas previstas en el párrafo anterior, y, en segundo lugar, la propia finalidad del requisito de la aprobación, que queda frustrada o dificultada cuando ésta se difiere a una Junta posterior (5).

El artículo 54.2.2.º inc. de la nueva LSRL soluciona el problema precisando que el acta “deberá” ser aprobada en una de las dos formas vistas (un imperativo –“deberá–” sustituye a un potencial –“podrá”–). Dicho precepto introduce otras dos novedades de interés:

– Exige expresamente que los interventores tengan la condición de socios (6).

(5) Ver también en dicho sentido la R. 27 junio 92 que deniega la inscripción de una cláusula estatutaria que permitía aprobar el acta de una Junta concreta en cualquiera de las diez Juntas siguientes. La Dirección General señala los problemas que plantea tal pacto: el texto definitivo del acuerdo queda sin fijar de modo cierto por un largo período de tiempo; además es posible que los socios de una Junta ulterior (por ejemplo, diez reuniones después) no hubiesen siquiera estado presentes en la Junta cuya acta se proponen aprobar.

(6) La aprobación del acta por el Presidente de la reunión y los dos interventores plantea una serie de problemas. Ver su planteamiento y un primer esbozo de solución en URÍA GONZÁLEZ, MENÉNDEZ MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, págs. 275-7.

– Por otro lado introduce una mejora técnica pues ya no dice que el acta se aprueba por la Junta “a continuación de haberse celebrado ésta” (artículo 113 LSA) sino “al final de la reunión”. Queda claro que la aprobación del acta no es un acto posterior a la reunión sino que forma parte de la misma. Señalemos también que si se trata de acta notarial de la Junta General no hay aprobación pues la intervención de fedatario, con las garantías que derivan de la misma, la hace innecesaria (artículo 55).

Si el acta se aprueba al final de la reunión ¿qué mayoría será precisa para aprobarla? Los textos normativos no lo responden de modo expreso. Ahora bien tal aprobación es un acuerdo social y, por tanto, la mayoría precisa para aprobar el acta será la necesaria para aprobar el acuerdo que se documente (7).

16

c.2) El acta, o el acuerdo en defecto de la misma, hay que transcribirlo en el *Libro de actas*. Trazemos las líneas básicas de su regulación:

– La llevanza del Libro de actas tiene carácter obligatorio para la sociedad (artículo 26.1 C. de com.). Puede haber un solo Libro de actas para todos los órganos sociales o bien existir varios. Podrán constar de hojas móviles y han de estar legalizados por el Registro Mercantil, necesariamente con anterioridad a ser empleados. Sólo puede legalizarse uno nuevo cuando esté íntegramente usado el anterior, salvo que se hubiere denunciado la sustracción del mismo o se consignare en acta notarial su extravío o destrucción (artículo 106 RRM).

– El artículo 26.2 C. de com. regula el derecho del socio o persona que hubiere asistido a la Junta como representante de éste a obtener un certificado de dicho Libro.

(7) RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ-MANUEL CALAVIA MOLINERO, *Todo sobre la constitución y funcionamiento de las sociedades de responsabilidad limitada*, Editorial Praxis, Barcelona, 1992, pág. 339.

d) *El valor jurídico del acta.*

El nuevo artículo 54.3, en la línea del artículo 113.2 LSA y suscitando los mismos problemas interpretativos, señala: “El acta tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación”.

Vamos a señalar algunos puntos de interés:

–Procede en primer lugar una precisión terminológica. La locución “fuerza ejecutiva” no hay que entenderla en los términos que emplea el artículo 1.429 LEC. No se trata de títulos que lleven aparejada ejecución.

–El acta es un documento privado, con la eficacia del artículo 1.225 y ss. C.c. Si accede al Libro de actas sigue siendo documento privado y su valor será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho (artículo 31 del C. de com.).

–El acuerdo es ejecutivo desde que lo toma la Junta –la ejecutividad hay que predicarla del acuerdo, no del acta como hace el precepto–. El acta sólo tiene eficacia como un medio más para probarlo. La aprobación del acta, pese a lo que parece sugerir el artículo 54.3, no es necesaria para la ejecutividad del acuerdo, ni afecta al valor intrínseco del mismo: se trata, dicen URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ, de una mera constatación de que el contenido del acta es fiel reflejo de lo tratado y acordado (8).

Por tanto el acuerdo vale como tal aunque no se documente en acta. Ahora bien si el acuerdo no se lleva a un acta que se apruebe en forma debida no podrá ser elevado a público y acceder al Registro Mercantil. En este caso la eficacia del acuerdo pasa a ser la propia del acto no inscrito en el Registro Mercantil: sólo si la inscripción del acuerdo es constitutiva se ve privado de eficacia jurídica. Si la inscripción es declarativa, como es regla general, el acuerdo es eficaz, sin perjuicio de que carezca de los efectos adicio-

(8) Ver *op. cit.*, pág. 279.

nales derivados de tal inscripción (sobre todo artículos 7 a 9 RRM). Si la inscripción es obligatoria la persona que debiera haberla obtenido incurrirá en responsabilidad si se produce daño. De todas formas si el acuerdo no se traslada a un acta se dificulta notablemente la prueba de su existencia.

–Recordemos por último que el artículo 109.3 RRM señala que sólo se pueden certificar los acuerdos si el acta está aprobada o se trata de acta notarial –como veremos ésta no precisa aprobación–.

A continuación vamos a estudiar la documentación de los acuerdos sociales que verifica el Notario por dos vías distintas, ambas de notable importancia práctica: en primer lugar cuando todos los socios comparecen ante él y se constituyen en Junta General universal, tomando una serie de acuerdos que se plasman en el documento notarial; en segundo lugar, el acta notarial de la Junta, hecha a requerimiento de la sociedad por medio de sus administradores.

18

3. La Junta General universal celebrada ante Notario.

Vemos en la práctica con relativa frecuencia cómo los socios se reúnen, con carácter universal, ante Notario y toman una serie de acuerdos que, en base a la copia autorizada de la escritura notarial, se presentan directamente a inscripción en el Registro Mercantil. Teniendo presente que el artículo 54.1 señala que “todos los acuerdos sociales deberán constar en acta” ¿es correcto este modo de actuar?

La contestación a tal pregunta exige determinar si las manifestaciones hechas por los socios ante Notario –con independencia de que éste califique formalmente su documento como “escritura”– constituyen o no el acta de los acuerdos. Además aparece una segunda cuestión consistente en determinar si los acuerdos que se toman quedan, en tal comparecencia, elevados a públicos.

a) Comencemos por el primero de los dos temas planteados. La Dirección General de los Registros y del Nota-

riado tiene establecido (R. 5 enero 93 para sociedad unipersonal y R. 3 mayo 93 para sociedad pluripersonal) que en caso de Junta General universal ante Notario no es necesario que el proceso de formación de tales acuerdos quede reflejado en una previa acta, sea o no notarial, que hubiere debido de servir de base a la correspondiente elevación a escritura pública. Como consecuencia de ello los acuerdos adoptados y documentados de esta forma se pueden inscribir en el Registro Mercantil directamente en base a tal escritura, y sin perjuicio de que permanezca la obligación de que la persona competente traslade dichos acuerdos al Libro de actas de la sociedad (9).

Pero el planteamiento de la Dirección General que acabamos de exponer resulta ahora insuficiente ante el nuevo artículo 54.1 que exige que todo acuerdo social conste en acta, luego también los tomados ante Notario en la forma vista. Por ello surge la duda de si la escritura pública en que se plasman los acuerdos de la Junta General universal celebrada mediante comparecencia ante Notario sigue siendo directamente inscribible. La respuesta ha de ser afirmativa, por el motivo que señala CABANAS TREJO: las manifestaciones hechas por él o los socios ante Notario y consignadas en escritura pública tienen valor de acta de Junta General. No es que en estos casos, como decía la Dirección General, no haga falta acta, es que la propia escritura cumple la

19

(9) La nota de calificación registral señalaba una “falta de adecuación formal” entre los acuerdos y el documento que los contiene. Los acuerdos, continúa la defensa de la nota, sólo podrían consignarse directamente en acta notarial cuando ésta es, precisamente, el acta notarial hecha a requerimiento de los administradores. A su vez esta acta no eleva los acuerdos a público, sino que se limita a servir de base para una posterior escritura de elevación a público por lo que no sería por sí inscribible en el Registro Mercantil.

El Centro Directivo justifica su decisión, contraria a la nota recurrida, en base a que el acta no es forma *ad substantiam* del acuerdo y, además, ciertos requisitos del artículo 97.1 RRM pierden sentido en este caso de junta universal en la que, junto a todos los socios, asisten los administradores.

función de acta (10). No podemos por menos que estar de acuerdo con tal opinión ya que desde el punto de vista notarial el documento es una escritura, y por ello los acuerdos incluidos en la misma son directamente inscribibles en el Registro Mercantil; y desde la perspectiva societaria, tal escritura es el acta de su reunión –y que como tal deberá transcribirse en el Libro correspondiente–. No cabe hablar de que tal escritura presenta “falta de adecuación formal a su contenido”: la escritura sirve como acta de la Junta, y es idónea para documentar los acuerdos tomados. Simplemente es una vía distinta del acta notarial del artículo 55, e igualmente válida, de documentar acuerdos.

b) La escritura, en estos casos, es acta de la Junta pero también algo más: el documento en virtud del cual dichos acuerdos quedan elevados a público (11).

20

Pero para que se produzca tal elevación ha de comparecer en dicha Junta ante Notario una persona que, conforme al artículo 108 RRM, tenga facultades para verificar dicha elevación a público. Tal persona debe hacer un previo control sobre la validez del acto y, en especial, declarar bajo su responsabilidad algo que el Notario normalmente no sabrá ni podrá controlar con certeza: que dicha Junta tiene carác-

(10) “Comentario de urgencia al Borrador del Anteproyecto de sociedad limitada”, *La Notaría*, número 10/93, pág. 109.

(11) Por contra el acta notarial del artículo 54 no eleva a público los acuerdos que documenta sino que tan sólo sirve de base para una posterior escritura de elevación (artículo 107.1.inc.2.º RRM). Esta conclusión aparentemente poco razonable resulta de llevar demasiado lejos la distinción “acta” frente a “escritura pública”. Como dice CABANAS TREJO (“Comentario de urgencia...”, *op. cit.*, pág. 109) se confunden tres conceptos: acta de la Junta, acta notarial de la Junta y escritura de elevación a público. Un acta notarial, o su contenido, no se “eleva a público” porque ya es instrumento público. A su vez una escritura notarial puede ser acta de la Junta. Volveremos más adelante sobre estos temas.

Lege ferenda pensamos que el planteamiento debería que ser otro. El acta notarial de la Junta tendría que tener, simultáneamente, un doble carácter. Desde la perspectiva societaria sería el acta de la junta o reunión; desde la perspectiva del Reglamento Notarial tendría que ser un instrumento público que, recogiendo la pertinente declaración de persona con facultades para ello –ver artículo 108 RRM–, conllevara la elevación a público de los acuerdos que documenta.

ter universal. Recordemos que las citadas RR. 5 enero y 3 mayo 93 contemplaban reuniones en las que también comparecía el administrador, el cual tiene facultades para elevar a público, y de este modo se solventaba el problema apuntado (12).

4. El acta notarial de la Junta General.

La nueva Ley dedica un precepto –el artículo 55– al acta notarial de la Junta General de la sociedad limitada. La regulación de dicha acta contenida en la LSA ya venía siendo aplicable a la sociedad limitada en virtud de la remisión del artículo 15 de la antigua LSRL.

Se trata de que una persona imparcial, el Notario, actúe entre los posibles grupos de socios enfrentados y determine, con plenas garantías, el contenido del acta de la reunión, evitando de esta forma posibles conflictos sobre lo que verdaderamente ocurrió en la reunión. Haremos una breve referencia al régimen jurídico de esta modalidad de acta notarial.

21

a) *Quién requiere.*

Los administradores (13), bien porque así lo desean, bien de forma obligada por haber sido requeridos a su vez, con

(12) Ver en tal sentido el comentario de TOMÁS GIMÉNEZ DUART sobre dichas resoluciones en las correspondientes revistas de *La Notaría*.

(13) La legitimación activa de los administradores en orden a requerir la actuación notarial puede plantear algunas dudas. En coherencia con el carácter sintético de esta exposición sólo nos ocuparemos de dos supuestos.

a) El primer tema consiste en determinar si, en caso de Consejo de Administración, puede su Presidente decidir y verificar por sí tal requerimiento o, por el contrario, precisará acuerdo previo de tal Consejo.

– MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ (“Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima”, *AAMN*, XXX, Vol. 2.º, pág. 155) considera que el Presidente podrá requerir la actuación notarial sin necesidad de tal acuerdo, dado “el papel relevante que el Presidente de la Junta tiene en la dirección de ella, y que, salvo disposición estatutaria, el Presidente del Consejo lo es también de la Junta...”.

– Por nuestra parte creemos que la legitimación para requerir al Notario conecta con la facultad representativa, ya que quien requiere, no lo olvidemos, es la socie-

cinco días de antelación al previsto para la celebración, por socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social (en sociedad anónima dicho porcentaje es el 1%).

La solicitud de los socios a los administradores sólo precisa forma notarial si pretenden obtener anotación preventiva de tal requerimiento en el Registro Mercantil (ver artículo 104.1.2 RRM). La R. 26 agosto 93 deniega tal anotación por haberse hecho el requerimiento no por vía notarial sino por telegrama. La nueva LSRL, por vía indirecta, ha modificado el sentido de dicha anotación; volveremos sobre ello más adelante.

Como hemos dicho, aunque los socios pueden tomar la iniciativa, quien en última instancia ha de requerir al Notario es el administrador de la sociedad. Sin embargo la R. 2 enero 92 considera suplido el requerimiento que deben verificar los administradores por el hecho unánimemente por todos los socios, de modo que tal acta se considera como acta notarial de la Junta. La solución es dudosa ya que, al tiempo de ser requerido, el Notario puede ignorar si los requirentes son, efectivamente, todos los socios. Por otro lado el tenor del precepto legal exige que sean precisamente los administradores quienes requieran al Notario.

b) *El desarrollo de la reunión.*

Las figuras clave de la reunión son el Notario y el Presidente de la Junta. El RRM distribuye entre ambos las tareas a realizar en el seno de la Junta.

dad (por ello los gastos del acta son de cuenta de ésta, ver ahora el artículo 55.3). Dado que el Presidente carece por sí de tales facultades representativas tampoco podrá requerir al Notario por sí, sino que precisará el previo acuerdo del Consejo. Lo que sí entendemos admisible es la cláusula estatutaria que, respetando la competencia del Consejo, atribuya también al Presidente la facultad de requerir al Notario para que levante acta notarial de la Junta.

b) En cuanto a los órganos delegados –consejero o Comisión Ejecutiva– entendemos que están legitimados para requerir al Notario precisamente por ser titulares de la facultad representativa.

El Notario juzga la capacidad del requirente, controla si la Junta se ha convocado de modo adecuado cumpliendo los requisitos legales y estatutarios, se asegura de la identidad y de los cargos del Presidente y Secretario. Ha de personarse en el lugar, día y hora indicados y dar fe de ciertas manifestaciones que realiza el Presidente, así como, entre otros extremos que señala el artículo 102 RRM, de las propuestas sometidas a votación y los acuerdos adoptados.

El Presidente declara válidamente constituida la Junta (es responsable de la formación de la lista de asistentes, precisando qué socios con derecho a voto concurren, por sí o representados, y qué participación representan en el capital social), lleva el ritmo del debate y declara al Notario los resultados de las votaciones.

No corresponde al Notario realizar las tareas encomendadas al Presidente de la Junta, identificar a los asistentes o comprobar la representación alegada. Todo ello sin perjuicio de que pueda hacerlo si lo desea y se le facilita (14).

¿Qué ocurre si el Notario comprueba que los acuerdos que se toman no respetan los requisitos legales? La respuesta nos la da el artículo 102.3 RRM: El Notario no calificará la legalidad de los hechos consignados ni interrumpirá su actuación salvo en caso de delito. Todo ello sin perjuicio de que consigne en el acta las irregularidades que observe.

c) *La redacción del acta.*

La verifica el Notario en el propio acto o, más frecuentemente, en su despacho. Tal acta tiene el valor de acta de la Junta General, y no precisa aprobación (artículo 55.2), ni ser firmada por el Presidente o Secretario (sin perjuicio

(14) JOSÉ-MARÍA NAVARRO VIÑUALES, "Notas sobre el acta notarial de la Junta de accionistas, *BCNG* (Junio-1990), número 114, pág. 1.099. No busque el curioso lector los epígrafes 4 y 5 de dicho trabajo: los duendes de la imprenta se los tragaron enteros y verdaderos.

de que lo hagan si se lo permite el Notario, posiblemente en prueba de conformidad con lo transcrito). Pese a ser el Notario quien redacta el acta nótese la pervivencia del cargo de Secretario de la Junta, quizás a los fines de auxiliar al Presidente en tareas materiales tales como formar la lista de asistentes, contar votos, y similares.

d) Valor del acta notarial.

El artículo 55.2.2.º inc. de la nueva LSRL señala que tiene “fuerza ejecutiva desde la fecha de su cierre” (ya que no precisa aprobación). Por ello los acuerdos documentados son ejecutables sin necesidad de que se transcriban en el Libro de actas –lo cual, recordemos, sigue siendo obligatorio, artículo 103.2 RRM–. No obstante pese a que los acuerdos incluidos en tal acta constan en instrumento público notarial no se consideran elevados a público (artículo 107.1. 2.º inc), por lo que se precisa esta formalidad ulterior para que puedan acceder al Registro Mercantil. Como vemos la ejecutividad es compatible con la falta de producción de ciertos efectos conectados al cumplimiento de ciertos requisitos formales (dación de forma pública, acceso al Registro Mercantil).

24

e) La anotación preventiva del requerimiento notarial hecho por los socios a los administradores para que un Notario levante acta de la reunión.

Si los socios requieren a los administradores para que sea un Notario quien levante acta de la Junta ¿cómo se garantiza que se cumple tal objetivo?

– Con anterioridad a la reforma la garantía de que los administradores cumplirían el requerimiento de los socios, además de la posible responsabilidad en que incurrieran por los daños causados, radicaba en que con base a tal acta notarial podían obtener en el Registro Mercantil una anotación preventiva. Practicada ésta sólo eran inscribibles los acuerdos si constaban, precisamente, en acta notarial (hay que

entender: debidamente elevados a “públicos”). El problema es que el plazo de caducidad de esta anotación es de tres meses, de modo que caducada la anotación parece que desaparecería tal obstáculo y los acuerdos podrían acceder al Registro Mercantil en cualquiera de las otras modalidades reglamentariamente admitidas (certificado, en su caso elevado a público, testimonio notarial del Libro de actas, etc).

—La nueva Ley refuerza el sistema de garantías. CABANAS TREJO señala que se ha introducido un cambio fundamental en este punto ya que —si los socios han requerido de los administradores la intervención de Notario en la Junta— la ley nos dice que en este caso “los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial”. Ello supone, continúa este autor, que en este supuesto el acta tiene carácter de forma *ad solemnitatem* respecto a dichos acuerdos (15).

Si tal planteamiento —y así lo entendemos— es correcto resulta que en la sociedad limitada se dota a la minoría de un medio mucho más eficaz para asegurar la intervención notarial, forzando que los administradores obedezcan la solicitud de tales socios. Ello no supondrá la desaparición de la anotación preventiva ya que ésta sigue siendo el medio idóneo para que el Registro Mercantil tome noticia de que los acuerdos de cierta Junta tienen un requisito de forma *ad solemnitatem* consistente en su necesaria documentación en acta notarial. Incluso aunque haya caducado tal anotación, dado que el requisito de forma esencial se mantiene y es independiente de su constancia registral, los acuerdos de dicha Junta sólo podrán acceder al Registro Mercantil en virtud de tal acta notarial.

La consecuencia básica de la reforma en este punto radica en que el acuerdo que no se documenta en acta notarial es nulo por defecto de forma. Si accede al Registro Mercantil —por no haberse practicado la anotación— tal

(15) “Comentario de urgencia...”, *op. cit.*, pág. 112.

inscripción no lo convalida (artículo 7.2 RRM), pudiendo ejercitarse contra tal asiento la correspondiente acción judicial.

f) Por último recordemos que, de conformidad con el artículo 105 Reglamento del Registro Mercantil, también serán posibles *otras actas notariales*, distintas de la estudiada, en el seno no sólo de la Junta General sino del Consejo de Administración de la sociedad limitada. Tales actas se regularán por las reglas generales del Reglamento Notarial. Lo relevante en estos supuestos es que el acta notarial no tendrá la consideración de acta de la reunión; ésta será la que extienda el Secretario de la Junta, quizás tomando como referencia el documento notarial.

II. Las certificaciones

1. Concepto.

El certificado es un documento privado por el que el titular de la facultad certificante transcribe, en forma literal o por extracto, el contenido de un acta o de un Libro de actas. Por tanto se refiere siempre a la reproducción de un documento previo. La importancia práctica del certificado es máxima ya que los acuerdos, normalmente, se manifiestan en el tráfico jurídico en base a tales certificados.

2. Elemento personal. Titulares de la facultad certificante.

El punto de partida nos lo suministra el artículo 109 RRM, que determina a quien corresponde dicha facultad en relación a las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles.

Antes de entrar en el estudio de los distintos supuestos que contempla dicha norma vamos a hacer una reflexión de

carácter general sobre los principios básicos que informan la interpretación de la misma, tal y como resultan de la doctrina de la DGRN.

En esta materia entran en juego, de forma simultánea, dos criterios contrapuestos, que vienen a definir el ámbito de lo lícito:

– Por un lado la facultad certificante aparece rodeada de una serie de garantías y cautelas en orden a lograr que tales certificados sean fiel reflejo de las actas y acuerdos sociales. Ello se traduce en dos consecuencias: en primer lugar se limita las personas que pueden certificar (lo que lleva a la doctrina a hablar del carácter tasado de las mismas) (16) y en segundo lugar se exige que su cargo conste vigente e inscrito en el Registro Mercantil (artículo 109.2 RRM). Para asegurar la efectividad de tales mecanismos de control se propugna una interpretación de este precepto reglamentario estricta y rigurosa (así RR. 30 septiembre 93 y 7 diciembre 93, de modo explícito).

27

– Ahora bien, por otro lado existe un principio de libertad de autoorganización de la sociedad (por ejemplo, artículo 57.1.2.º inc. para el Consejo de Administración) y tal principio entra en juego con la única limitación de respetar el artículo 109 RRM.

La conclusión que resulta de ambas ideas o principios es la siguiente: el único límite a la facultad de autorganización en este tema es el artículo 109 del Reglamento pero, eso sí, interpretando sus exigencias de modo riguroso.

Terminada la reflexión de carácter general entramos ya en la pormenorización de las personas y cargos que ostentan la facultad certificante:

(16) RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., pág. 147: "en esta materia (personas y cargos que pueden certificar) el margen dejado a la autonomía de las partes es nulo, y los Estatutos no pueden crear otros cargos dotados de facultad certificante".

a) *El Secretario* y, en su caso, el *Vicesecretario del órgano colegiado de administración*, sea o no administrador. Nótese que tal facultad se refiere a los acuerdos de cualquier órgano social, incluyendo la Junta General. Hay que hacer las siguientes precisiones:

a.1) No pueden certificar el Presidente y Secretario de la Junta General, ni siquiera aunque tales cargos consten estatutariamente designados con carácter permanente, ya que tal posibilidad contraría el artículo 109 del Reglamento (R. 7 diciembre 93).

28

a.2) El Visto Bueno del Presidente.—Dice el artículo 109.1.a RRM: “Las certificaciones se emitirán siempre con el Visto Bueno del Presidente o, en su caso, del Vicepresidente”. Presidente o, en su caso, Vicepresidente pero ¿de qué órgano? El silencio del precepto ha hecho surgir la duda de si lo será el del órgano que tomó el acuerdo (a veces la Junta, a veces el Consejo o Comisión Ejecutiva) o el del órgano de administración. Esta última es la respuesta acertada: el Visto Bueno lo inserta siempre el Presidente o Vicepresidente del órgano de administración; en efecto se certifica la veracidad no de lo ocurrido en la reunión sino del contenido del acta o Libro de actas y para ello no se precisa haber asistido a dicha reunión.

Significado y alcance del Visto Bueno.—En ocasiones se ha considerado que el Visto Bueno es una garantía exclusivamente formal que no acredita el contenido de la certificación, sino únicamente la legitimidad de la firma del Secretario (esto es, que tal persona es quien dice ser y, además, que ostenta el cargo de Secretario).

Sin embargo un concepto tan restringido sobre su significado y alcance no es aceptable. Reforcemos el carácter cautelar del requisito. El Visto Bueno presidencial hay que entender que añade una garantía más a la veracidad y exactitud de lo relatado, atestiguando la verdad de su contenido

(así RR. 18 enero 91 y 30 septiembre 93) (17). Como consecuencia de ello también el Presidente responde de la exactitud del contenido del certificado.

Carácter imperativo de la doble firma.—Tratándose de órgano colegiado de administración la necesidad de dos firmas en el certificado tiene carácter imperativo. Por ello, a la hora de certificar, la Dirección General admite que el Presidente y el Secretario sean ocasionalmente sustituidos, incluso uno por el otro, pero siempre que tal actuación sustitutoria garantice que dos personas con cargo vigente e inscrito expidan y visen, respectivamente, la certificación (ver la citada R. 30 septiembre 93).

a.3) La actuación de Vicesecretario o Vicepresidente es subsidiaria de modo que sólo procede, en cada caso, por ausencia o imposibilidad del Secretario o Presidente.

El presupuesto de la actuación de los cargos subsidiarios es, como hemos dicho, la ausencia o imposibilidad del titular. Se plantea al problema de determinar como se acredita tales circunstancias fácticas. Entendemos que, tanto desde la perspectiva del Notario que autoriza como del Registrador que califica, bastará la manifestación del certificante, que deberá consignarse de modo expreso en la escritura de elevación a público.

29

a.4) En orden a facilitar que siempre existan personas que puedan ejercitar adecuadamente la facultad certificante y de visado, permitiendo un funcionamiento adecuado de la sociedad, cabe acudir a diversas soluciones:

— Establecer suplente o suplentes a los cargos con facultad certificante. Ahora bien el suplente no actúa por una mera imposibilidad o ausencia del consejero —como ocurre, por ejemplo, con el Vicesecretario respecto del Secretario—

(17) Ver RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., págs. 154-5.

sino cuando tal consejero fallece o dimite antes del transcurso del plazo de duración de su cargo (no se puede suplir al consejero cuando su plazo ha caducado). En realidad el suplente sólo puede certificar cuando ha dejado de serlo, esto es cuando ya es consejero y tiene inscrito como tal su cargo en el Registro Mercantil.

—Las RR. 14 diciembre 93 y 2 junio 94 (dictadas en relación a sociedades anónimas, pero aplicables a limitadas) admiten el pacto estatutario en cuya virtud se atribuye el carácter de Vicesecretario del Consejo de Administración a todos los miembros del mismo que no ostenten cargo especial. El fundamento es el principio de autonomía de la voluntad que se proyecta en la capacidad de autoorganización del propio Consejo. Con idéntico argumento cabría admitir que tales vocales fueran, en vez de Vicesecretarios, Vicepresidentes.

30 —Cabe dar un paso más: plantear la posibilidad de acumular cargos en la misma persona. Por ejemplo que uno o varios consejeros sean simultáneamente Vicepresidentes y Vicesecretarios, de modo que podrían actuar indistintamente como tales, sin perjuicio de que todo certificado contara con la firma del que lo expide y del Visto Bueno pertinente. AVILA NAVARRO ante el silencio de la Ley parece, con razón, admitir tal posibilidad (18). Recordemos las ideas básicas que ordenaban esta materia, expuestas con anterioridad: hay que admitir las modalidades de autoorganización societaria siempre que la norma aplicable no las prohíba (no es sino una nueva aplicación al ámbito societario del “principio” lo no prohibido está permitido).

—Lo que no cabe es atribuir la condición de Secretario a dos personas en forma simultánea: el Consejo ha de tener un único Secretario, lo que facilita el control del ejercicio de la facultad certificante. Cuestión distinta es que, con ca-

(18) PEDRO AVILA NAVARRO, *Comentarios de jurisprudencia registral*, Editorial Bosch, 1994, pág. 402.

rácter subsidiario, puedan actuar otros (se admite la pluralidad de vicesecretarios), pero actuarán de uno en uno: sólo cuando el que tiene concedida la facultad con carácter prioritario no puede certificar corresponderá tal facultad al siguiente en orden.

Parece confirmar estas ideas el hecho de que el Reglamento siempre se refiera al Presidente o al Secretario en singular, mientras que use el plural en relación a Vicepresidentes y Secretarios (ver artículo 109 y sobre todo 146, ambos del RRM) (19).

Como se aprecia estas mismas reflexiones hechas en relación al Secretario cabe trasladarlas al cargo de Presidente del Consejo.

b) *Al administrador único o a cualquiera de los administradores solidarios.* Cada uno de ellos tiene, individualmente, la facultad certificante.

c) *A los administradores mancomunados, conjuntamente:* esto es, ambos administradores han de firmar el certificado. Pensamos que la interpretación estricta del artículo 109 RRM a que hacíamos referencia impide que en la escritura o en los Estatutos se prevean supuestos excepcionales que permitan certificar a uno solo de los administradores. Para evitar problemas en la práctica quizás sea oportuno que en estos casos se nombre suplente o suplentes a los administradores mancomunados.

El artículo 57.1.2 inc. introduce una interesante novedad al permitir que la administración social se encomiende a más de dos administradores mancomunadamente (que ya no tendrán obligación de constituirse en Consejo de Administración). El artículo 62.2.c señala que, en tal caso, el po-

(19) Sobre la pluralidad de Vicesecretarios y la referencia al artículo 146 R.r.m., ver RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., pág. 146.

der de representación se ejercerá mancomunadamente por al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Pensamos que la facultad certificante se ha de emplear, en este supuesto, de igual forma que el poder de representación. Por ejemplo, si los Estatutos exigen para ejercitar tal poder la firma conjunta de tres administradores, lo mismo se precisará para que puedan expedir un certificado; además nótese que no es lo mismo que certifiquen los dos administradores mancomunados que mancomunadamente dos de los varios administradores (sólo esto último es lo que constituye una novedad de la reforma).

Vemos por tanto como la nueva LSRL ha introducido una serie de novedades en este tipo social que, sin embargo, no han venido acompañadas por una reforma del Reglamento del Registro Mercantil que recogiera los aspectos registrales de las nuevas soluciones sustantivas –a diferencia de la reforma de la sociedad anónima que sí se coordinó con una nueva norma registral–. Una de las discordancias se produce en el supuesto que acabamos de mencionar. El Reglamento no prevé esta modalidad: que la facultad certificante deba ser ejercitada conjuntamente por dos o más de entre varios administradores.

d) El *Comisario del Sindicato*, en relación a las actas o acuerdos de la Asamblea de obligacionistas (artículo 110 RRM).

Esta previsión ha perdido importancia en relación a la sociedad limitada dada la prohibición del artículo 9 de emitir obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones. No obstante la Disposición Transitoria 7.^a hace referencia a la validez de las emisiones de obligaciones acordadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. En relación a las mismas seguirá siendo de aplicación el artículo 110 del Reglamento.

e) CABANAS TREJO (20) considera con toda razón que, pese al silencio del RRM, la facultad certificante ha de atribuirse a los *liquidadores* en los mismos términos que al órgano de administración, atendiendo a la estructura de dicho órgano liquidatorio (único, solidario o colegiado). En cuanto al nombramiento de liquidadores, ver el artículo 110 de la nueva Ley.

f) *En especial, la certificación expedida por persona no inscrita.*

f.1) El texto del artículo 111 RRM y su finalidad.

En orden a evitar que una certificación expedida por quien se atribuye indebidamente la facultad certificante pueda provocar la inscripción de un nombramiento carente de validez, dicho precepto establece una serie de cautelas que permiten al anterior titular de la facultad certificante tomar las medidas oportunas. El régimen jurídico que establece el precepto es el siguiente:

“La certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado, sólo tendrá efecto si se acompañare notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular”. Nótese que no dice que, sin dicha notificación, tal certificado no sea inscribible en el Registro Mercantil sino que va más lejos y señala que no produce efecto.

“El Registrador no practicará la inscripción de estos títulos en tanto no transcurran quince días desde la fecha del asiento de presentación.

En este plazo, el titular anterior podrá oponerse a la práctica del asiento, si justifica haber interpuesto querrela criminal por falsedad en la certificación o si acredita de otro modo la falta de autenticidad de dicho nombramiento”.

(20) En RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., págs. 146-7.

La justificación de haberse interpuesto una querrela criminal no plantea problema probatorio. Más problemático es el último inciso, ciertamente indeterminado. Ante el Registro Mercantil, en orden a impedir la inscripción del nuevo nombramiento y siquiera con carácter provisional en prevención de que la querrela se retrase o no llegue, ¿sería suficiente presentar en el Registro Mercantil un acta de manifestaciones otorgada por el anterior titular de la facultad certificante expresando la falsedad de cierto certificado? Lo vemos dudoso; por contra pensamos que impediría la inscripción del nuevo nombramiento la presentación dentro de plazo de un testimonio notarial del Libro de actas referido a la reunión de que se trate del que resulte contradicción con el certificado que se pretende inscribir.

f.2) Cuándo se aplica el precepto.

34 Se aplica al certificado de acuerdos sociales expedido por el nombrado para un cargo que conlleva la facultad certificante (administrador único, administrador solidario, alguno de los administradores mancomunados, el Secretario del Consejo de Administración).

También procede respecto al Vicesecretario cuando se le nombra y certifica el mismo por ausencia o imposibilidad del Secretario.

f.3) Cuándo no se aplica.

En base a una Circular de la Comisión del Colegio Notarial de Barcelona designada para estudiar la reforma del Derecho de sociedades, de fecha marzo 1990, cabe entender que este precepto no se aplica en los siguientes casos:

- Cuando el nombramiento del titular de la facultad certificante accede al Registro Mercantil por un medio distinto del certificado (así en base al acta notarial de la Junta General o testimonio notarial del Libro de actas).

- Cuando se nombra a un administrador o consejero sin facultad certificante. En nuestra opinión el Presidente puede

estampar el Visto Bueno en el certificado en que se le nombra como tal sin necesidad de notificación, ya que el artículo 111 RRM se dirige al titular de la facultad certificante no a quien inserta el Visto Bueno.

– Cuando la certificación que contiene el nombramiento está expedida por otra persona –con facultades certificantes– que no sea el nombrado.

– Tampoco cuando el anterior titular no pueda oponerse al nuevo nombramiento: por haber fallecido; por caducidad del anterior nombramiento y consiguiente cancelación de oficio del asiento, conforme al artículo 145 RRM; cuando conste el cese inscrito en el Registro Mercantil y, por último, cuando no exista administrador nombrado.

f.4) Aspectos formales de la notificación.

La notificación se verifica en virtud de un acta notarial del artículo 202 y ss. del Reglamento Notarial; la R. 3 noviembre 92 admite que se verifique por correo certificado con acuse de recibo siempre que se remita al domicilio registral del anterior titular de la facultad certificante y del acuse de recibo resulte que el envío ha sido debidamente entregado en el domicilio señalado. Si el envío no reúne estas características el Notario habrá de notificar personalmente.

35

g) Exclusión de la facultad certificante.

Definiremos tal ámbito de exclusión en base a cinco ideas o principios:

g.1) La facultad certificante no es susceptible de apoderamiento.

La representación voluntaria no es ajena al ámbito de la gestión social –así es posible conceder un poder para elevar a públicos acuerdos sociales, artículo 108.3 RRM–. Sin embargo el silencio del artículo 109 RRM, en contraste

con el artículo anterior, impide conceder un poder para certificar (21).

g.2) La facultad certificante no es susceptible de delegación orgánica.

La delegación de facultades en la sociedad limitada se rige por la normativa sobre Sociedades Anónimas (artículo 57.1.2.º inc.). Pues bien el artículo 141.1.2.º inc. LSA no menciona la facultad certificante entre las que no pueden ser objeto de delegación. Pese a ello el silencio del artículo 109 RRM unido al carácter tasado de los cargos a los que atribuye tal facultad nos permite concluir que el consejero-delegado carece de facultad certificante (22).

Detengámonos en otro supuesto. El Consejo, en base al artículo 62.2.d. inc. 2.º, puede atribuir el poder de represen-

(21) Cabe señalar otro posible supuesto de representación voluntaria en el ámbito de gestión social.

La DGRN considera que la atribución a un consejero de la facultad de convocar la Junta General es un supuesto de delegación orgánica de facultades –así R. 20 marzo 91 en relación al Presidente del Consejo–. Por nuestra parte creemos que tal calificación no es del todo acertada: la delegación de facultades configura un órgano social dotado necesariamente de las facultades representativas del artículo 129 LSA; es por ello que la limitación de facultades –por ejemplo atribuyendo una específica– sólo tiene alcance interno. Hay que tener en cuenta, además, que la delegación orgánica se concreta necesariamente o en los consejeros-delegados o en la Comisión Ejecutiva (ver artículo 141 LSA).

Entendemos que en el supuesto de la resolución citada no se pretendía configurar un consejero-delegado ni acudir a la delegación orgánica. Por ello la atribución de dicha facultad al Presidente habría que articularla por una de estas dos vías:

– El Consejo de Administración puede “regular su propio funcionamiento” (artículo 141 LSA, aplicable a la sociedad limitada). En base a ello cabe atribuir a su Presidente facultades como la convocatoria de la Junta que, en relación a la sociedad, son de índole interno. Por contra las facultades de carácter externo o frente a terceros precisarían no una mera redistribución de facultades en el seno del Consejo sino de una auténtica delegación orgánica.

– Pero consideramos que también es posible conferir, en la escritura fundacional o con posterioridad, un poder en favor del Presidente o de un consejero facultándolo para convocar, con carácter general, la Junta de la sociedad; en este caso estaríamos ante una nueva manifestación de la representación voluntaria en el ámbito de la gestión social.

(22) Ver RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., pág. 148.

tación a uno o varios consejeros a título individual o conjunto. Imaginemos que se atribuye, por ejemplo, a un vocal determinado, ¿tendrá éste facultad certificante? Pensamos que la respuesta es negativa, por las siguientes razones:

- El poder de representación, como veremos, no va necesariamente unido a la facultad certificante.

- Supondría admitir un Consejo en que dos personas tienen, con carácter simultáneo, la facultad certificante.

- El carácter tasado de las personas que legalmente tienen facultad certificante.

- La cuestión también está conectada con la naturaleza jurídica que asignemos a dicho titular del poder de representación. Por nuestra parte consideramos que es un órgano delegado impuesto estatutariamente. Tal calificación implica que dicha persona no es titular de la facultad certificante, ya que ésta, como hemos dicho, no es susceptible de ser delegada (23).

37

(23) En orden a justificar lo dicho sobre la naturaleza de esta figura vamos a detenernos, de modo breve, en el artículo 62.2.d.2.º inciso, cuyo precedente es el artículo 124.2.d. RRM.

El poder de representación corresponde al Consejo de Administración pero, se nos dice en ambos preceptos, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto. No es sencillo determinar el sentido y alcance de tal atribución:

a. Podría entenderse que tal poder representativo tiene carácter interno, meramente de gestión, limitado por ejemplo a comparecer ante Notario y elevar a públicos acuerdos ya adoptados por el Consejo, que mantendría el poder de representación en sentido propio (así relaciones con terceros). El poder de representación "material" correspondería al Consejo pero el aspecto "formal" del mismo también estaría asignado a esta persona o personas. Sin embargo tal modo de entender las cosas no parece coherente: el propio artículo 62 usa el término "poder de representación" varias veces y siempre en el mismo sentido, refiriéndolo al ámbito de actuación que define el artículo 63 para el órgano de administración. Si se trataba de autorizar la elevación a público o formalizar acuerdos del Consejo bastaba con conferirle un poder ex artículo 108.3 RRM, que es el precepto que regula tal materia. Tal duplicidad acerca de regulación sobre las personas que elevan a público no tiene sentido.

b. Acudamos a un segundo modo de configurar el tema. La atribución del poder de representación a una persona conlleva conferirle las facultades representativas comprendidas en el artículo 63. Así entendido parece que estamos en presencia de un Consejero-delegado designado estatutariamente.

Desde luego el artículo 124.2 RRM, en sus letras d) y e), no es precisamente un prodigio de claridad expositiva. En el supuesto recogido bajo la letra d) nos dice

g.3) No hay necesaria vinculación entre poder de representación y facultad certificante (la simetría entre ambos conceptos es incompleta).

La titularidad de uno de tales poderes o facultades no conlleva necesariamente la atribución del otro. Así el Secretario del Consejo de Administración no tiene poder representativo pero sí facultad certificante; y, por el contrario, el Consejero-delegado tiene poder de representación pero no facultad certificante.

que el poder de representación corresponde al Consejo pero que “no obstante, los Estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto”. Parecería, por tanto, que por vía estatutaria se podría hacer tal atribución en favor de uno o varios consejeros (quizás designándolos por sus cargos –al Presidente, al Vicepresidente, etc.– o incluso personalmente –identificando tal persona o personas concretas–). Mientras que en el supuesto que acabamos de ver la atribución del poder de representación en favor de uno o varios consejeros se hace por vía estatutaria en el párrafo siguiente de la propia letra d) se refiere al supuesto tradicional del acuerdo de delegación; en este caso la delegación procede no por disposición estatutaria sino por un acuerdo voluntario del propio Consejo.

Ahora bien si ahora nos ocupamos del supuesto recogido bajo la letra e) vemos que vuelve a retomar el supuesto en que, estatutariamente, se confiere el poder de representación al Consejo y a una Comisión Ejecutiva o a uno o varios Consejeros delegados, remitiendo a lo previsto en la letra anterior.

De lo dicho cabe deducir una doble conclusión:

– El artículo 124.2 letra e) RRM es reiterativo de lo que ya señala el primer inciso de la letra d) del mismo precepto. Parece que ahora también lo entiende así el legislador ya que en el artículo 62 de la nueva LSRL retoma los supuestos contemplados en la letra d) pero omite toda referencia al contenido en la letra e). Pensamos que tal solución es plenamente acertada.

– El citado precepto (124.2 letra e) RRM) nos permite diferenciar dos tipos de órganos delegados. Por una parte tenemos aquél que se instaura en virtud de un acuerdo que voluntariamente toma el Consejo y, por otra parte, aquél órgano delegado que se impone por disposición de los Estatutos sociales.

Lo cierto es que Comisión Ejecutiva o el Consejero-delegado impuestos estatutariamente no quedan regulados de manera suficiente. Lo cierto es que el distinto origen de estos órganos colegiados (el acuerdo voluntario del Consejo en un caso, la imposición estatutaria en el otro) puede provocar ciertas diferencias en sus respectivos regímenes jurídicos. En tal sentido si tal delegación se impone sobre el Consejo por los Estatutos no parece que el Consejo pueda eliminar a su arbitrio tal órgano delegado, sino que dicha tarea corresponderá a la Junta General modificando la disposición estatutaria que impone tal delegación. Por otro lado, y sin querer insistir más en la materia, parece que el Consejo si bien no puede suprimir una delegación exigida estatutariamente si podrá cesar a la persona y nombrar a otra (no podrá actuar contra el órgano delegado pero sí cesar a su titular y nombrar a otro).

g.4) La facultad certificante está unida siempre a cargos de carácter permanente, quedando excluidos los de carácter provisional.

Por ello el Secretario de la Junta General se limita a redactar el acta de la reunión. La transcripción de ésta en el Libro de actas y la certificación del mismo corresponde al titular de la facultad certificante (24). Como ya vimos ni siquiera aunque los cargos de Presidente y Secretario de la Junta estén designados estatutariamente de forma permanente en favor de dos personas concretas cabe encomendarles la facultad certificante, ya que sus facultades siguen siendo ocasionales y concretadas al lapso de tiempo que dura la Junta (R. 7 diciembre 93).

Por último señalar que si se admite, en base al principio de libertad de organización, que el Secretario de la Comisión Ejecutiva no sea el mismo que el del Consejo de Administración, nos encontraremos con un cargo que tiene carácter permanente (sus facultades no se ejercitan de modo ocasional) pero que, sin embargo, carece de facultad certificante. No parece que quepa otra solución ya que el artículo 109 RRM siempre se refiere como titular exclusivo de la facultad certificante al Secretario del Consejo de Administración (25). Es una manifestación del principio de que la facultad de certificar corresponde al órgano de administración originario y no puede ser delegada (en la misma línea que lo señalado para el otro caso de delegación, el Consejero-delegado).

39

g.5) No pueden certificar las personas que no tengan el cargo en vigor e inscrito en el Registro Mercantil (artículo 109.2 RRM).

Sin embargo es posible encontrar excepciones respecto a ambos requisitos:

(24) RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., pág. 147.

(25) Ver RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., pág. 147.

—Por un lado la persona sin cargo inscrito puede certificar, como ya vimos, en los términos del artículo 111 RRM.

Cabe pensar en otro supuesto. Imaginemos que una sociedad se ha disuelto y liquidado, cancelando sus asientos en el Registro Mercantil. Con posterioridad a tal cancelación, de conformidad con el artículo 123, se constata la necesidad de cumplir ciertos requisitos de forma en relación a un acto jurídico (por ejemplo: resulta del Libro de actas del Consejo de Administración que se ha realizado cierta venta y sin embargo está pendiente de documentación en forma pública). Para formalizar tal escritura se precisa el certificado de dicho acuerdo. Pues bien el liquidador, pese a la referida cancelación de los asientos sociales, entendemos que puede certificar en base al mencionado libro —si tiene acceso al mismo—, en orden a poder otorgar la escritura de elevación a público de dicha venta.

40

—Por otro lado se ha admitido, en un caso muy concreto, la certificación expedida por persona cuyo cargo no está en vigor. La R. 23 junio 94 admite el certificado expedido por dos administradores mancomunados, uno de los cuales ya había dimitido al tiempo de certificar. El motivo es que tal dimisión se produjo en el seno de la Junta General, de modo que ésta pudo haber nombrado al administrador sucesor, y que el certificado incorporaba, precisamente, la propia dimisión de dicho administrador que éste, en ejercicio de su legítimo derecho, pretendía que accediera al Registro Mercantil para que su dimisión quedara inscrita (26).

3. Elemento real. El contenido de la certificación.

El artículo 112 del RRM señala cual es el contenido de la certificación. Cabe deducir las siguientes consecuencias:

(26) Ver nuestro comentario a dicha Resolución en la *RJN*, número 14, Abril-Junio 1995, pp. 235 y ss.

a) *Clasificación de la certificación por razón de su contenido.*

La certificación de los acuerdos de los órganos colegiados puede ser literal o en extracto. Si se trata de acuerdos relativos a la modificación de la escritura o de los Estatutos sociales es preceptiva la transcripción literal del acuerdo, en orden a obtener su inscripción en el Registro Mercantil.

b) *El contenido de la certificación que ha de acceder al Registro Mercantil.*

La certificación debe contener en todo caso la fecha y el sistema de aprobación del acta correspondiente o, en su caso, la declaración de que los acuerdos figuran en acta notarial.

Ahora bien si los acuerdos hubieren de inscribirse en el Registro Mercantil –sigue diciendo el precepto– “se consignarán en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la regularidad y validez de los acuerdos adoptados”. Aquí surge el problema, ya que el artículo 97 del RRM nos indica cuál ha de ser el contenido del acta, pero no qué extremos de la misma han de incorporarse al certificado. Por tanto al redactar un certificado hemos de hacer un juicio de valor acerca de cuál es el contenido del acta que hemos de trasladar al certificado.

Se precisa la constancia de todos los datos que permitan calificar la regularidad y validez del acuerdo, por lo que el contenido de la certificación variará según qué tipo de acuerdo se adopte. Con carácter general es necesario incluir la fecha de la reunión, requisitos de la convocatoria, constitución de la junta, el contenido de los acuerdos con las votaciones correspondientes y, como vimos, la aprobación del acta indicando el sistema de aprobación.

Hay ciertos puntos del contenido del acta que es dudoso determinar si han de ser incluidos o no en el certificado. Veamos algunos ejemplos:

– El lugar de celebración de la reunión. Creemos que es necesario incluir donde se ha celebrado la reunión. El Registrador debe controlar el cumplimiento de las normas legales y estatutarias sobre este punto.

– Identificación de las personas del Presidente y Secretario de la Junta General (esto, de los integrantes de la Mesa de la Junta). No parece necesario.

– Tampoco es preciso incluir la lista de asistentes, ni precisar que el acta está firmada por todos los concurrentes (aunque la Junta tenga carácter universal).

– La consignación de los puntos del orden del día. Pensamos que si la redacción del certificado es clara y resulta indudable cuales eran las propuestas y los acuerdos tomados y documentados en tal certificado, no es preciso consignar de modo separado y expreso el orden del día.

– La pormenorización de los requisitos de convocatoria en caso de sociedad limitada. Parece que sólo han de justificarse los requisitos de convocatoria cuando ésta tenga carácter público (esto es, se haga con publicaciones y anuncios). Si la convocatoria es privada consideramos que basta la declaración genérica del certificante de que ésta se ha verificado cumpliendo los requisitos aplicables; no haría falta precisar que se han mandado las cartas con acuse de recibo, las fechas de remisión y recepción, incorporar los justificantes de correos, etc.

– Para el supuesto de Consejo de Administración –y quizás también, por vía analógica, en el caso de Comisión Ejecutiva–, es necesaria la identificación de los miembros que asistieron a la reunión.

La Dirección General, respecto al Consejo de Administración, lo exige así en RR. de 10, 12 y 13 junio 90 y 17 octubre 91. No basta, por tanto, la declaración del certificante indicando que se personaron, por sí o debidamente representados, la totalidad o cierto número de miembros del Consejo.

El fundamento de esta doctrina del Centro Directivo es reforzar el principio de legalidad permitiendo al Registrador

comprobar que los consejeros concurrentes tienen sus cargos vigentes e inscritos. AVILA NAVARRO considera, acertadamente, que tal exigencia es desmedida (27), ya que provocaría que el Notario, al tiempo de elevar a público un acuerdo del Consejo de Administración, debería tener en su poder un certificado del Registro Mercantil de la fecha del acuerdo que le permitiera comprobar la vigencia de los cargos. Los inconvenientes de tal solución (costes y pérdida de agilidad en la documentación) no parecen justificados. Nótese que la declaración del certificante se considera suficiente en relación a otros puntos de igual o mayor importancia (por ejemplo, la declaración sobre el carácter universal de la Junta o el hecho de la unanimidad en la adopción de acuerdos), sin que se planteen excesivos problemas en la práctica.

4. Elemento formal.

43

En este epígrafe vamos a hacer una breve referencia a ciertas formalidades de la certificación:

a) Se expide normalmente en papel ordinario, con o sin membrete de la sociedad. CABANAS TREJO (28) se ha planteado si es aplicable a la certificación la obligación que impone el artículo 24.1 C. de com. sobre la necesidad de consignar en toda documentación social ciertos datos (inscripción en el Registro Mercantil, forma jurídica, situación de liquidación en que se encuentren –y si mencionan el capital, referencia al capital suscrito y desembolsado–). La respuesta que da es positiva pero matizando que se puede prescindir de consignar tales datos en el propio certificado si ya constan el membrete del papel o en la escritura que lo eleva a público. La nueva ley impone a la sociedad unipersonal la publicidad de ciertos datos en su documentación, tal y como veremos.

(27) PEDRO AVILA NAVARRO, *Comentarios...*, op. cit., pág. 150.

(28) EN RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., pág. 148.

b) El certificado ha de referirse a un acta ya aprobada y firmada o bien a acuerdos documentados en acta notarial (artículo 109.3 RRM).

c) Ha de ser expedida por persona que sea titular de la facultad certificante, en su caso con el correspondiente Visto Bueno (remitimos a lo dicho con anterioridad).

5. El valor del certificado.

a) *Con carácter general.*

44 CABANAS TREJO considera que su valor “es meramente justificante del contenido del acta (normalmente transcrita en el Libro, aunque esta circunstancia no parece necesaria; ver R. 11 febrero 1970), pero no probatorio de los hechos que narra, pues este valor, en rigor, sólo es atribuible al acta” (29). Se trata por tanto de un documento privado que debe reproducir otro previo –el acta o Libro de actas–; aunque *strictu sensu* sólo pruebe el contenido del acta, en el tráfico jurídico viene a acreditar la existencia de un determinado acuerdo y ello por vía derivativa: el acuerdo se acredita con el acta, ésta con el certificado, luego el certificado es la prueba escrita del acuerdo.

b) *Su acceso al Registro Mercantil.*

El certificado, dada su condición de documento privado, no puede acceder directamente al Registro Mercantil; para ello precisa ser elevado a público en virtud de la correspondiente escritura (artículo 5.1 del RRM). No obstante el párrafo segundo de dicho artículo admite la inscripción en virtud del documento privado cuando así lo establezca una Ley o el propio Reglamento.

(29) En RICARDO CABANAS TREJO e IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO, *Documentación...*, op. cit., pág. 149.

El Reglamento permite tal acceso en caso de nombramiento de administrador (artículo 142 RRM), su dimisión o cese (artículo 147 RRM), su separación (artículo 148 RRM). Igual regla para los auditores de cuentas nombrados en Junta (artículo 154 RRM) e interventores y liquidadores (artículo 211 RRM). En cuanto a la delegación de facultades, cabe en relación al certificado que documente la aceptación de la delegación no consignada en la escritura, los acuerdos que revoquen la delegación de facultades concedida y la renuncia de los delegados (artículo 151.2 RRM).

III. La elevación a público de los acuerdos sociales

La nueva Ley no hace referencia alguna a esta materia, la cual sigue encomendada, desde el punto de vista normativo, al Reglamento del Registro Mercantil. Nos ocuparemos en primer lugar del concepto de “elevación a público”; a continuación haremos referencia a los elementos personales, reales y formales, cerrando el epígrafe con una breve reflexión sobre la eficacia de que dota al acuerdo.

45

1. Qué es la elevación a público.

Se trata de una actuación representativa en nombre de la sociedad por la que se da forma de escritura pública a los acuerdos sociales.

Un tema interesante lo plantea determinar el alcance de tal actuación representativa: esto es si la configuramos de un modo estricto o bien de un modo más amplio.

a) El punto de partida nos lo suministran CABANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO. Consideran estos autores que se trata de una facultad representativa de carácter formal, limitada a trasvasar un acuerdo o acuerdos, junto con las demás circunstancias que puedan ser decisivas para calificar su regularidad o validez, a una escritura pública. La men-

cionada limitación se aprecia cuando quien está facultado para elevar a público no tiene el poder de representación de la sociedad. Tal persona, por ejemplo, no podría en base al certificado del Consejo acordando una compra comparecer ante Notario y, elevándolo a público, otorgar con la otra parte contratante, dicha compraventa. El otorgamiento de la compra con la consiguiente elevación a público debería hacerlo una persona autorizada materialmente para ejecutar los acuerdos del Consejo (30).

Entendemos que de este planteamiento cabe extraer diversas consecuencias:

– El fundamento de tal idea, siguiendo con el ejemplo propuesto, radica en la diferencia entre “acordar comprar” y “comprar”. El Consejo acuerda comprar pero no compra. Para comprar se precisa algo más que la mera formalización del acuerdo; es necesario una nueva declaración de carácter representativo que sólo puede realizar quien tiene el poder de representación o está autorizado para ejecutar ya no formalmente sino materialmente tal acuerdo. Por tanto el otorgamiento de la compra, aunque exista acuerdo del Consejo para comprar, excedería de una “mera formalización” del acuerdo y por ello haría falta ese “plus” de representatividad.

– Ello no obstaría, entendemos, a la existencia de acuerdos (aquellos que no se refieren a las relaciones de la sociedad con terceros –hipotecas, compras– sino a cuestiones propias de la gestión interna, por ejemplo designar a un consejero como Vicesecretario), cuya elevación a público por cualquier persona autorizada para ello ex artículo 108 RRM hace que el acuerdo surta plenos efectos, sin necesidad de que tal persona pueda verificar una declaración adicional de tipo representativo. Por tanto tendríamos que diferenciar dos tipos de elevaciones a público, con distintos requisitos y distinto alcance.

(30) *Todo sobre la constitución y funcionamiento de las sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Praxis, 1992, pág. 380.

b) Hay un segundo modo más amplio de entender el concepto y alcance de la actuación representativa que se traduce en la elevación a público de los acuerdos sociales.

Lo cierto es que, en las elevaciones a público, no suele añadirse ese supuesto “plus” por parte del compareciente. Incluso cuando la elevación la verifican el Presidente o el Secretario del Consejo tales personas carecen de facultades representativas (salvo el caso concreto en que sean Consejeros-delegados) ya que éstas les corresponden no a ellos sino al Consejo, lo cual no obsta a que el acuerdo viene surtiendo plenos efectos. No olvidemos que el acuerdo de un órgano colegiado es ejecutivo desde que se toma.

En realidad aunque el Consejo faculte “materialmente” a un consejero concreto para elevar a público cierto acuerdo, este consejero sigue sin tener poder de representación. Además tampoco vemos claro el apoyo normativo del concepto “facultado para ejecutar materialmente”, como contrapuesto a ejecución formal.

47

Apliquemos las ideas expuestas al ejemplo que tomábamos como referencia para ilustrar el concepto de “elevación a público”. Cuando una de las personas facultadas *ex artículo 108 RRM*, en concurrencia con la parte vendedora, comparece ante Notario y eleva a público el acuerdo del Consejo de Administración por el que se acuerda una determinada compra, tal persona está efectivamente ejecutando el citado acuerdo y, por ello, está realizando el acto dispositivo de la compra. Para ello le basta con ser un mero miembro del Consejo, con nombramiento vigente e inscrito, facultado para tal elevación en la reunión en que se tomó el acuerdo. Y, esto es lo importante, todo ello con independencia de que tal consejero carezca por sí solo de poder de representación (ya que tal poder corresponde al propio Consejo o a sus órganos delegados).

La actuación de esta persona verificando la elevación a público y, con ello, en nuestro ejemplo, el correspondiente acto dispositivo, sigue teniendo carácter meramente ejecutivo

respecto al acuerdo del Consejo. Hay compra no únicamente porque lo diga el Consejero concreto que comparece ante el Notario sino porque el Consejo tomó el acuerdo, que ahora se ejecuta, de comprar. Lo que ocurre es que para que se produzca tal efecto se necesita en este punto la superposición de dos declaraciones de voluntad: por un lado está la voluntad colectiva del Consejo tomando el acuerdo de compra (aspecto sustantivo) y, por otro lado, una segunda declaración de voluntad verificada por la persona autorizada para elevar a público el acuerdo (aspecto formal o ejecutivo), aunque por sí sola carezca de poder de representación. La concurrencia de tales declaraciones de voluntad es lo que produce, conjuntamente con la declaración de voluntad de la otra parte contratante, un negocio jurídico de compraventa debidamente formalizado en escritura pública.

2. El elemento personal: quién puede elevar a público.

El tema lo contempla el artículo 108 RRM a cuyo tenor la elevación a públicos de los acuerdos sociales corresponde a los siguientes sujetos:

a) La persona que tenga facultad para certificarlos. En este punto remitimos a lo dicho con anterioridad (epígrafe II.2).

b) También podrá realizarse por cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos.

Tal previsión puede beneficiar a uno o varios consejeros (distintos del Secretario, el cual ya tiene la facultad de elevar a público de conformidad con el párrafo anterior) y a cualquiera de los administradores mancomunados (que ahora, recordemos, pueden ser más de dos). La facultad del administrador único o de cualquiera de los administradores solidarios encaja en la letra anterior.

c) Cualquier otra persona que esté autorizada en virtud de la correspondiente escritura de poder, que podrá ser general para cualquier tipo de acuerdos.

Si tiene carácter general para cualquier clase de acuerdos el poder ha de estar inscrito (por aplicación del artículo 11.3 RRM). Si tiene carácter particular (poder especial para elevar los acuerdos de una Junta o Consejo concretos) no es necesaria tal inscripción (artículo 94.5 RRM).

Recordemos que si la autorización a un determinado consejero para que eleve a públicos los acuerdos de una reunión concreta se ha concedido precisamente en la propia reunión en que se toman tales acuerdos, tal autorización aparecerá en el propio certificado. Dado que éste es un documento privado no estamos ante un supuesto de apoderamiento –punto c– sino ante una habilitación o autorización –punto b, ya visto–.

Las anteriores afirmaciones nos permiten sentar dos ideas de carácter general:

– La facultad de elevar a público, a diferencia de la facultad certificante, es susceptible de apoderamiento.

– También puede ser objeto de delegación orgánica.

El fundamento de esta mayor flexibilidad frente a la facultad certificante radica en que existe en esta materia menor rigidez que en materia de certificación. Además no figura entre las materias prohibidas a tal efecto (ver artículo 141 LSA, aplicable por remisión expresa del artículo 57.1).

En caso de que la delegación orgánica se configure en términos generales, empleando un fórmula genérica tal como “se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables”, cabe plantearse si se entenderá incluida la facultad de elevar a públicos los acuerdos sociales. La respuesta ha de ser positiva por las razones apuntadas *supra* (31).

(31) Ver RICARDO CABANAS TREJO y JOSÉ-MANUEL CALAVIA MOLINERO, *Todo...*, *op. cit.*, págs. 387-8.

d) Por último indicar que los liquidadores, actuando de acuerdo a la estructura del órgano que integran, pueden elevar a públicos los acuerdos sociales.

3. Elemento real: instrumentos que sirven de base a la elevación a público.

La respuesta se contiene en el artículo 107.1 RRM, a cuyo tenor los instrumentos que sirven de base para elevar a públicos los acuerdos sociales son los siguientes:

50 a) *El acta o el Libro de actas.*—El Notario transcribirá el texto del acta por lo que resulta del documento en sí o del propio Libro de actas. Cabe la transcripción en extracto, lo que presupone que el Notario, entre los distintos datos que contiene el acta, selecciona los relevantes a efectos del artículo 107.2 RRM. Quizás sea más práctico, sobre todo si el acta es breve, incorporar un testimonio notarial por identidad, en base a la correspondiente fotocopia (supuesto que veremos en la letra “b”).

Dependiendo de si se trata de un acta o del Libro de actas, en tales documentos deben constar, respectivamente, las firmas de sus redactores o transcriptores (tal y como ha sido tratado con anterioridad). CABANAS TREJO y CALAVIA MOLINERO plantean un interesante problema: ¿debe el Notario legitimar las firmas o exigir que estén legitimadas con anterioridad? Estos autores consideran que no es necesario, siendo suficiente la manifestación sobre la identidad de los firmantes hecha por la persona que eleva a público bajo su propia responsabilidad. No debiendo comprobar la identidad, continúan, menos todavía el ejercicio legítimo del cargo (32). Desde luego la legitimación notarial de tales firmas daría mayor seguridad jurídica; aunque el acta sea un documento interno de la sociedad, desde el momento en que se emplea

(32) RICARDO CABANAS y JOSÉ-MANUEL CALAVIA, *Todo...*, op. cit., págs. 381-2.

para crear un título para el tráfico jurídico (la escritura de elevación a público) puede ser interesante, como medida de control, exigir que tales firmas estén legitimadas.

b) *El testimonio notarial del acta o Libro de actas*, lo que implica la creación de tal documento en virtud de una previa actuación notarial del mismo Notario o de otro distinto.

c) *La certificación de los acuerdos sociales*. Es el supuesto más importante en la práctica. Le hemos dedicado la totalidad del epígrafe II, al que nos remitimos.

Permitásenos introducir un nuevo tema. En nuestra opinión para elevar a público un certificado no basta con identificar al compareciente sino que además todas las firmas insertas en tal documento, incluyendo las que no pertenezcan a dicha persona, deben estar notarialmente legitimadas.

Es cierto que el Reglamento sólo exige que la firma esté legitimada notarialmente en ciertos supuestos (así artículo 142.1), de donde cabría deducir que en los restantes casos no se precisa dicha legitimación.

Tal opinión no es acertada. Lo que ocurre es que, en los casos concretos en que el Reglamento admite el acceso de documentos privados, se busca paliar en alguna medida la falta de garantías que se deriva de la falta de instrumento público exigiendo al menos que conste fehacientemente que la firma del documento privado ha sido efectivamente inserta por la persona que lo suscribe.

Ahora nos estamos refiriendo a otro asunto: la dación de forma notarial a un documento privado. El Reglamento, es cierto, no exige expresamente que todo certificado que se eleva a público tenga sus firmas notarialmente legitimadas. Pero creemos que tal exigencia cabe deducirla sin ninguna duda ya no sólo de la legislación mercantil sino también de la notarial. Sólo si las firmas están legitimadas se asegura el respeto a la “verdad en el concepto” (artículo 148 Reglamento Notarial) y se verifica un adecuado control de legali-

dad: comprobar la identidad de la firma es lo que permite al Notario que autoriza la elevación a público saber que el certificante está facultado para ello ex artículo 109 RRM (ver artículo 145.2 Reglamento Notarial sobre dicho control de legalidad). La escritura de elevación a público genera, en relación a los acuerdos, una apariencia de validez dotada de presunción de legalidad. Es oportuno reforzar las garantías de tal escritura.

d) La elevación puede hacerse tomando como base la *copia autorizada del acta notarial de la Junta* (remitimos a lo dicho en el epígrafe I.4).

Por último señalar que, en los cuatro supuestos citados, se aplica el párrafo 2.º del artículo 107 RRM: “En la escritura de elevación a público del acuerdo social deberán consignarse todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de aquél. En su caso, el Notario testimoniará en la escritura el anuncio de convocatoria publicado o protocolizará testimonio notarial del mismo”.

52

4. Aspecto formal: qué documento eleva a público.

El documento en que se formaliza tal elevación es, necesariamente, la escritura pública notarial (el artículo 107.2 RRM, que acabamos de citar, habla expresamente de “escritura de elevación a público”). No es, por tanto, documento idóneo para tal fin el acta notarial, pese a su carácter de instrumento público. Es evidente que la póliza del corredor de comercio, dado su carácter de documento privado, no es instrumento hábil para tal finalidad (33).

Por tanto la elevación a público se verifica en virtud de una escritura notarial. Sin embargo tal escritura quizás presente ciertas peculiaridades:

(33) Sobre el carácter de la póliza como documento privado ver el trabajo de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, “Naturaleza documental de la póliza intervenida”, *La Ley*, días 14 y 15 marzo 95.

a) El otorgamiento de tal escritura tiene carácter unilateral, ya que el único otorgante que se precisa es el representante de la sociedad. Tal otorgamiento unilateral puede contrastar con el hecho de que el acuerdo que se eleva a público puede hacer referencia a un negocio plurilateral, por ejemplo un contrato de suscripción de participaciones en un aumento de capital social (en el que existen dos partes, la sociedad y el suscriptor).

b) Algún autor ha hablado de una menor presencia del Notario en la conformación de este tipo de documento, ya que éste se limita a recoger la manifestación del representante de la sociedad de que un determinado órgano ha tomado un acuerdo al que se da forma pública (34).

Esta segunda peculiaridad es más ilusoria que real. La intervención del Notario en la escritura de elevación a público sigue teniendo una intensidad sobresaliente, por varias razones:

– En cuanto al control de legalidad.– En todo caso el Notario debe, en relación a los acuerdos que se elevan a públicos, verificar un control de legalidad, referido no sólo a los aspectos formales (requisitos del acta o del certificado) sino también a todos y cada uno de los aspectos sustantivos.

– En cuanto al asesoramiento notarial.– Su importancia es máxima, sobre todo cuando se documentan acuerdos de la pequeña sociedad. En especial queremos reseñar tres puntos

(34) IGNACIO-LUIS CUERVO HERRERO en la obra con RICARDO CABANAS TREJO, *Documentación...*, ya citada, pág. 298. Nos dice que “la escritura de elevación a público de acuerdos sociales pertenece a lo que bien puede calificarse de “género chico” en la materia, por la escasa presencia del Notario en la conformación de su contenido”. El Notario, al limitarse a recoger una determinada manifestación de quien actúa en representación de la sociedad relativa a que un órgano social ha adoptado un acuerdo al que se da forma pública, verifica una actuación básicamente calificadora. Incluso señala que hay escasa diferencia entre la escritura de elevación a público y el acta de protocolización.

Por nuestra parte ambos conceptos nos parece que siguen siendo muy distintos: el acta de protocolización se limita a fijar una fecha cierta en los términos del artículo 215 Reglamento Notarial; la escritura de elevación a público, por el contrario, produce los efectos propios de la escritura, tal y como veremos.

donde se aprecia el carácter necesario de tal asesoramiento: en primer lugar se trata de informar al administrador indicándole cuáles de los distintos datos consignados en el acta han de trasladarse al certificado que se eleva a público; en segundo lugar, si el acta o Libro de actas que sirve de base a tal elevación es incompleto, el administrador a solicitud del Notario puede suministrar aquellos datos omitidos de los que tenga conocimiento; por último el Notario puede informar al administrador compareciente en orden a que cumplimente ciertos requisitos de carácter adicional, posteriores a la toma de los acuerdos (por ejemplo señalar la necesidad de verificar la notificación del artículo 111 RRM cuando se nombra a un nuevo titular de la facultad certificante, indicar el carácter preceptivo de ciertos anuncios ante determinadas modificaciones sociales, etc). Además puede haber situaciones complejas que exigen un asesoramiento notarial especialmente intenso (por ejemplo la certificación de los acuerdos de una sociedad liquidada, cuando un determinado acto transmisivo está pendiente de forma notarial).

Pero además el carácter y contenido del asesoramiento notarial al tiempo de preparar y otorgar la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales va más lejos. No olvidemos que los dos aspectos a los que hemos hecho referencia, control de legalidad y asesoramiento, están recíprocamente conectados. El asesoramiento notarial comienza determinando si el acuerdo u operación que se pretende elevar a público cumple con todos los requisitos legales y, en caso negativo, identificará, en su caso, los posibles mecanismos subsanatorios. Si el acuerdo u operación cumplimentan debidamente todos los presupuestos exigibles se procederá al otorgamiento de la pertinente escritura de elevación. En caso contrario, siguiendo el criterio del Notario, se subsanarán en el ámbito de la sociedad las posibles deficiencias y, una vez cumplida tal exigencia, se procederá a la elevación.

La actuación notarial no termina aquí. En tal sentido hemos de añadir el asesoramiento notarial advirtiendo de las

repercusiones fiscales de los acuerdos u operaciones verificadas (asunto en ocasiones de la máxima importancia), así como el concerniente a la obligatoriedad de inscribir el documento en el Registro Mercantil (o en su caso en otros Registros públicos) y las consecuencias jurídicas tanto de la práctica de tales asientos como de su omisión.

La importancia de la actuación notarial en el otorgamiento de la escritura pública de elevación a públicos de acuerdos sociales es, como vemos, máxima.

5. La eficacia de la elevación respecto al acuerdo social.

Retomemos algunas de las ideas expuestas. El acuerdo, al elevarse a público, pasa a tener forma de escritura pública. El certificado que lo contiene ya no es un mero documento privado sino que, vía incorporación, pasa a formar parte integrante de un documento público.

55

Para determinar los efectos de la elevación a público en relación a los acuerdos hemos de combinar dos afirmaciones. Por un lado sabemos que la escritura pública despliega, en principio, efectos de una triple índole: sustantivos, probatorios y ejecutivos. Por otro lado hemos indicado que la escritura de elevación a público tenía como peculiaridad su otorgamiento unilateral aunque hiciese referencia a negocios plurilaterales.

En base a lo anterior diferenciaremos dos supuestos:

a) En cuanto a los efectos probatorios y sustantivos de la escritura de elevación a público pensamos que se aplican las normas generales (sobre todo el artículo 1.218 Código civil). Por ejemplo estará cubierto por la fe notarial la fecha de la elevación, así como la fecha del certificado si se firma en presencia del Notario; también el hecho del otorgamiento, esto es la declaración de voluntad representativa por la que la sociedad, por medio del compareciente, da forma pública a tales acuerdos.

Como consecuencia de la elevación el acuerdo podrá acceder al Registro Mercantil, su prueba habrá quedado facili-

tada y existirá también una presunción de legalidad, en el sentido de que, salvo prueba en contrario, el acuerdo se ha tomado en los términos que resulta de dicha escritura.

b) Plantea ciertas dudas determinar los efectos ejecutivos de la escritura de elevación. Nos estamos refiriendo a la escritura notarial como título ejecutivo a efectos del artículo 1.429 LEC (35).

En virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo la copia de la escritura que documenta una cantidad pendiente de pago es un título que lleva aparejada ejecución (36). ¿Será título ejecutivo la escritura de elevación a público cuando del acuerdo resulte la existencia de una cantidad aplazada?

Nos va a permitir el lector que, para responder la pregunta, abandonemos temporalmente el ámbito de la sociedad limitada para introducirnos en el de la sociedad anónima, ya que un ejemplo interesante se plantea en relación a los dividendos pasivos (que, como sabemos, no existen en la sociedad limitada). La reflexión que vamos a hacer sobre la naturaleza de la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales tiene carácter general a ambos tipos sociales.

Vayamos con el ejemplo: La Junta General acuerda un aumento de capital social en el que parte de la cantidad a desembolsar queda aplazada. En el acta se indica quienes suscriben el aumento, su importe y el plazo para abonar los desembolsos pasivos. El certificado de tal acuerdo se eleva a público y se inscribe en el Registro Mercantil. El socio

(35) Recordemos que el título ejecutivo (título que lleva aparejada ejecución en los términos del artículo 1.429 LEC) y título de ejecución (que no precisa requerimiento previo de pago) son conceptos distintos. En el juicio ejecutivo ordinario la escritura es título ejecutivo pero sólo la sentencia de remate es título de ejecución (ver VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ en CORTÉS DOMÍNGUEZ y otros, *Derecho Procesal*, Tomo I, Vol 2.º, pág. 119, 1989).

(36) Ha de tratarse de primera copia o bien, tratándose de copia ulterior, dictarse en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante (artículo 1.429.1 LEC).

suscriptor del aumento incumple el plazo para satisfacer los dividendos pasivos.

Entendemos que tal escritura no puede ser título ejecutivo, de modo que la sociedad deberá reclamar la cantidad impagada por la vía declarativa. Las razones son las siguientes:

– El negocio de suscripción recogido en el Libro de actas y en el certificado (que son documentos privados) es bilateral (son dos las partes, el socio y la sociedad), pero el otorgamiento de la escritura por el que se eleva a público es unilateral, sin intervención del socio suscriptor. Por ello no cabe equiparar la elevación a público de tal acuerdo y, digamos, la elevación a público de un contrato privado de compraventa (que sí puede ser título ejecutivo), ya que esta elevación sí tiene carácter bilateral.

– El deudor es autor o co-autor del título ejecutivo o al menos lo ha firmado en prueba de conformidad (documento privado reconocido, confesión judicial, letras de cambio, ...). Todo ello le permite controlar el documento en base al cual se le podrá reclamar. Nada de ello ocurre en nuestro ejemplo. El socio suscriptor no firma ni el acta (salvo en el caso concreto de junta universal), ni el libro de actas; tampoco expide el certificado ni comparece ante Notario para elevar a público (37). El socio suscriptor necesita las garantías que proporciona el procedimiento declarativo (38).

(37) Nos estamos refiriendo al supuesto normal en que el socio suscriptor no es administrador social (en este último caso sí le correspondería certificar y elevar a público pero no como suscriptor sino como administrador).

(38) También caben ejemplos en sociedad limitada. Si se admite la prestación accesoria consistente en la entrega de una cantidad líquida en cierta fecha, el tema se reproduce respecto a la escritura de elevación a público del certificado que recoge el acuerdo de la Junta así como la indicación de que el socio estaba presente en la misma y prestó su consentimiento a la nueva obligación.

IV. En especial, la documentación de acuerdos en la sociedad limitada unipersonal

Las peculiaridades en el régimen jurídico de la sociedad limitada unipersonal también afectan, en alguna medida, a la documentación de los acuerdos sociales.

Como primera idea señalaremos que las Juntas Generales de socio único necesariamente son unipersonales, de modo que no se adoptan acuerdos (tampoco la Junta tiene carácter de órgano colegiado) sino que se toman “decisiones”, y en tales términos se expresa el artículo 127, a cuyo tenor: “En la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad”.

58

El precepto soluciona únicamente algunos de los problemas que se suscitan. Detengámonos en su estudio manteniendo el mismo esquema que hemos venido siguiendo hasta ahora.

1. Acta de la reunión en Junta General.

La norma transcrita nos permite realizar dos afirmaciones. En primer lugar que en la sociedad unipersonal sigue existiendo Junta General, y, en segundo lugar, que las decisiones que se toman en la misma hay que transcribirlas en un acta. A partir de aquí la interpretación del precepto puede ofrecer dificultades.

a) *Quién redacta el acta de la Junta General.*

En la Junta General de la sociedad pluripersonal se constituye una Mesa de la reunión dotada de Presidente y Secretario (artículo 50). Consideramos que tal precepto no es

aplicable a la Junta General de la sociedad unipersonal (y ello aunque a tal reunión pueda asistir más de una persona: el socio y aquellas autorizadas para tal asistencia, por ejemplo el administrador), por la propia naturaleza de la situación: no hay debates que dirigir, no hay posible conflicto en la redacción del acta.

El precepto nos dice que las decisiones adoptadas se consignarán en acta “bajo su firma (la del socio) o su representante”. Por tanto cabe deducir que es el propio socio o su representante en dicha Junta quien redacta el acta. La aprobación de la misma sería algo meramente formal –aprueba la redacción del acta la misma persona que la ha redactado–, pero quizás convendría incluirla para cumplir literalmente con los requisitos del Reglamento del Registro Mercantil.

b) *Quién traslada el acta al Libro de actas.*

59

Si en la sociedad unipersonal existe Junta General y su correspondiente acta, necesariamente se aplica el artículo 26 C. de com. con la consiguiente obligación societaria de llevar el Libro de actas.

Dado que el artículo 127 autoriza tanto al socio único como a los administradores a ejecutar o formalizar las decisiones tomadas en Junta General parece que cualquiera de ellos podrá hacerlo, ya que el traslado del acta al libro es subsumible en el término “formalizar”: tal actuación no añade nada sustantivamente al acuerdo pero permite cumplir con un requisito o formalidad.

2. La toma de decisiones hecha por el socio único ante Notario.

a) El socio único o su representante podrán comparecer ante Notario constituyéndose en Junta General y tomar las decisiones oportunas. De conformidad con lo dicho con an-

terioridad tal escritura valdrá como acta de la reunión, sin perjuicio de que las decisiones deban trasladarse al Libro de actas o, en su caso, al Libro-registro del artículo 128. Suponemos que este procedimiento de documentar decisiones se empleará en la práctica con frecuencia ya que es sumamente cómodo.

En referencia a la sociedad pluripersonal ya hemos señalado que para que los acuerdos tomados ante Notario quedasen elevados a público era preciso que también compareciera ante Notario una de las personas mencionadas en el artículo 108 RRM, declarando que tales acuerdos quedaban elevados a público y, sobre todo, que dicha Junta tenía carácter universal. Pensamos que la solución ha de ser distinta tratándose de sociedad unipersonal: en este caso el Notario está en condiciones de controlar si quien comparece ante él constituyéndose en Junta General es o no el socio único y, por ello, si tal Junta tiene efectivamente carácter universal. En tal sentido le basta consultar el Registro Mercantil el cual publica tanto la situación de unipersonalidad como la identidad del socio único (artículo 126.1). No se diga que el Registro puede ser inexacto ya que la sociedad, con posterioridad a la constancia de su unipersonalidad, ha podido adquirir carácter pluripersonal (por ejemplo, en virtud de una venta hecha por el socio de cierto número de sus participaciones) y no consignar tal cambio en el Registro: hay que estar a lo que resulta del contenido de los asientos del Registro Mercantil, los cuales están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (artículo 7.1 RRM). Además recordemos que el socio único está habilitado legalmente para ser quien formalice las decisiones que toma en Junta General.

b) Cabe plantear si mantiene su sentido el acta notarial de la Junta General en caso de sociedad unipersonal.

De entrada señalemos que tal acta sería posible ya que se da el presupuesto básico de la misma: la existencia de

Junta General de la sociedad. No olvidemos que en supuestos de sociedad pluripersonal cabe convocar una Junta requiriendo la actuación de Notario para que levante el acta de la misma y finalmente comparecer a ella un único socio que, por representar las mayorías oportunas, toma los pertinentes acuerdos redactando el Notario la correspondiente acta. Además el artículo 55 no excluye de su ámbito a la sociedad unipersonal.

De todas formas señalemos que el acta cobra sentido en el seno de sociedades en las cuales los socios asistentes a la Junta General tienen criterios dispares y puede preverse razonablemente que se van a plantear problemas al tiempo de redactar y aprobar el acta. Además existe un argumento teórico en contra de la posibilidad del acta notarial de la Junta General: dado que las reuniones del socio único son Juntas universales no existe convocatoria que es uno de los elementos que ha de controlar el Notario como punto de partida de su actuación. En nuestra opinión es perfectamente posible el acta notarial en la Junta de la sociedad unipersonal, ya que tal acta es admisible tratándose de junta universal y no ha de cumplirse el requisito de control notarial de la convocatoria por la sencilla razón de que no existe tal convocatoria.

61

3. La facultad certificante y la elevación a público de la decisión.

a) Quien certifica.—En este momento se vuelve a plantear lo que en nuestra opinión constituye el mayor problema interpretativo de este precepto: determinar el alcance jurídico de la locución “(las) decisiones ... pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad”.

Hemos visto como las personas que tenían facultad certificante se definían, con carácter tasado, en el artículo 109 RRM; las propias garantías de que se quiere dotar a tal

facultad motivan que se restrinja las personas que pueden hacer uso de la misma (recordemos la doctrina de la Dirección General en este punto, citada con anterioridad). El problema surge porque la nueva Ley no usa el mismo idioma jurídico que el RRM: mientras éste habla de “certificar” o “elevar a público” –conceptos muy precisos– aquella se refiere a “formalizar” y “ejecutar”: ¿son los conceptos de uno y otro texto normativo intercambiables?

No vemos la cuestión clara. Desde luego todo cabe en una interpretación amplia de los términos “formalizar” y “ejecutar”, incluyendo la certificación. Además existe cierto paralelo entre la situación del certificante, que tiene su cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, y el socio único, que también consta debidamente inscrito e identificado en dicho Registro, de modo que cabe controlar quien es la persona que certifica.

62

No obstante el carácter tasado de las personas que pueden certificar nos inclinamos, con serias dudas, a no admitir en el socio único, por el mero hecho de serlo, la facultad certificante. Cuestión distinta es que sea simultáneamente administrador (lo que será muy frecuente en la práctica).

b) Quién eleva a público.– Este punto nos parece menos dudoso. Consideramos que el socio único, de modo acumulativo con el órgano de administración, está facultado para elevar a públicos los acuerdos sociales: los términos “formalización” y “ejecución” se ajustan adecuadamente a la actividad de elevación a público (que da forma pública a los acuerdos recogidos en un documento privado, pudiendo ser parte del proceso de ejecución de los mismos).

c) El artículo 126.2 obliga a dar publicidad de la situación de unipersonalidad, entre otros lugares, en la documentación social. Por ello el certificante ha de hacer constar expresamente la situación de unipersonalidad en el certificado. Por otro lado la persona que eleve a público los acuerdos de la sociedad unipersonal ha de hacer constar tal circunstancia en la escritura que otorgue.

d) De nuevo hemos de insistir que estos problemas se plantean como consecuencia del desfase existente entre el actual Reglamento del Registro Mercantil y la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya que aquél no prevé los aspectos registrales y procedimentales de la documentación de acuerdos sociales en la nueva normativa, y, en especial, en la sociedad unipersonal. Reiteramos la necesidad de una urgente reforma del Reglamento que incorpore tales novedades.

4. El Libro-registro de los contratos celebrados entre sociedad unipersonal y socio.

Para terminar con el aspecto documental de la sociedad de un solo socio haremos una breve referencia a este Libro.

—No corresponde ahora hacer un estudio sustantivo del mismo, pero queremos hacer dos salvedades:

Parece que su carácter no es eminentemente contable sino más bien de carácter interno —como pueda serlo el Libro registro de socios del artículo 27— aunque también se transcriben datos de aquella índole. Por ello se legaliza como los libros de actas de la sociedad.

Su objeto es la consignación de los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad. En nuestra opinión deben incluirse las donaciones, con independencia de que su naturaleza jurídica se conceptúe como acto dispositivo y no como contrato.

—Pasemos a los aspectos de carácter documental que son objeto de nuestro estudio: ¿Quién transcribe el contrato en dicho Libro-registro? Desde luego el órgano de administración está obligado a hacerlo (si no lo hace y se produce el supuesto previsto en el artículo 128.2 respondería de los daños ocasionados). Más dudoso es que tal facultad corresponda al socio único: de nuevo se trata de determinar si tal posibilidad cabe incluirla en la relativa a formalización y

ejecución de decisiones del artículo 127. La respuesta parece que ha de ser positiva.

En cuanto a la certificación de dicho Libro entendemos que, de conformidad con las normas generales, corresponde al órgano de administración. Por supuesto hay que reconocer al socio único el derecho a obtener certificado del mismo.

LAS ARRAS PENITENCIALES
Un estudio sobre el artículo 1.454 C.c.
y sus diversas interpretaciones

LUIS ANTONIO SANZ VALENTÍN
Universidad de Burgos

65

SUMARIO: **I.** LAS ARRAS: SU SIGNIFICADO Y EVOLUCIÓN. **1.** Introducción. **2.** Definición y clases de arras. a) *Arras confirmatorias*. b) *Arras penales*. c) *Arras penitenciales*. **3.** Régimen legal. **4.** Problemática en torno a las arras. **5.** Evolución. **1)** *Las arras en el Derecho romano*. **2)** *Origen de las arras penitenciales en el Derecho español*. **6.** Las arras en el Derecho comparado. **II.** LAS ARRAS PENITENCIALES EN LA JURISPRUDENCIA. **1.** Sucesivas calificaciones del artículo 1.454 C.c. sobre las que se construye el fallo. **2.** Los diversos supuestos de hecho. **3.** Dualidad de líneas jurisprudenciales. **1)** *Sentencias pertenecientes a la línea restrictiva*. **2)** *Sentencias pertenecientes a la línea declarativa*. **5.** Etapas por las que atraviesa la jurisprudencia. **6.** Aná-

lisis del artículo 1.454 C.c. y de sus diversas interpretaciones. **III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ARRAS PENITENCIALES.** **1.** Elementos que integran el concepto de arras penitenciales. **2.** Modo de operar del artículo 1.454 del C.c. **3.** El artículo 1.454 dentro del sistema general de obligaciones y contratos. **4.** Cuestiones problemáticas. Conclusiones. **1.** Sobre la norma. **2.** Sobre la jurisprudencia. **3.** Sobre su aplicación.

I. Las arras: su significado y evolución

1. Introducción.

66

En el presente trabajo se pretende realizar un análisis crítico de la figura de las arras penitenciales, con el objetivo de propiciar un mejor conocimiento de esta institución, que permita valorar de forma adecuada los supuestos en que se plantee la posibilidad de su existencia. Para ello se utilizarán las diversas perspectivas que nos proporciona la metodología jurídica. Junto a la opinión de los autores y el régimen legal vigente, se acudirá también a las fuentes históricas tanto de Derecho romano, como de Derecho nacional, en busca del adecuado fondo sobre el que sustentar las construcciones posteriores. Predominará, sin embargo, el enfoque jurisprudencial, a través de un estudio de las diversas sentencias del Tribunal Supremo en materia de arras. Para este estudio se ha tomado como punto de partida y cauce a través del cual fluirá la exposición, una reciente sentencia de 21 de junio de 1994, la cual creo constituye el mejor instrumento para abordar la labor que me he propuesto acometer.

El debate en torno a las arras penitenciales cuenta ya con una larga tradición, en la que incluso sería posible mar-

car ciertos hitos que nos señalarían el comienzo de nuevos dominios en la opinión jurídica. Pocas cuestiones, tan escasamente complejas en su esencia y que apenas son tratadas en los manuales de Derecho, habrán dado lugar a tanta controversia como la suscitada por esta institución de las denominadas arras penitenciales. Parte de la problemática surge del propio término ya que las "arras" pueden significar muchas cosas: La donación que hace el esposo a la esposa en remuneración a la dote o por sus cualidades personales; las trece monedas que al celebrarse el matrimonio, sirven para la formalidad del acto; y, por último, lo que se da como señal en un contrato. Este último sentido, que es el que llena este trabajo, tampoco, como es sabido, presenta la homogeneidad propia de una institución a la que se le atribuye un nombre específico que sirva para diferenciarla de las demás, sino que, por el contrario, sorprenden los diversos significados que bajo el término genérico de arras nos depara el Derecho de obligaciones. A toda la polémica que surge sobre las arras penitenciales esperamos arrojar cierta luz, sin el ánimo de llegar a una conclusión definitiva, pero sí con la intención de dar un nuevo planteamiento y una nueva salida al tema.

67

2. Definición y clases de arras.

En una primera aproximación al concepto de arras, y buscando una base que nos sirva como punto de partida seguro, al cual hemos de rendir en última instancia tributo, habría que decir que con ellas se alude a los objetos o cantidades de dinero que se entregan al momento de la perfección del contrato con la finalidad de asegurar o garantizar el cumplimiento del mismo. Esta podría ser, *grosso modo*, la definición de lo que se entiende por arras en el Derecho contractual. No obstante, no es cuestión sencilla ofrecer una definición de las arras. La dificultad, e incluso inconveniencia que entraña el hacerlo, deriva de las diversas

modalidades existentes y, sobre todo, del hecho de poseer cada una de ellas un carácter y una función específica, lo cual las hace bastante diferentes entre sí.

Son tres las clases de arras que se reconocen en nuestro Derecho:

a) Arras confirmatorias.

Son aquellas que funcionan como signo externo y prueba de la conclusión de un contrato (*argumentum emptionis et venditionis contractae*). También constituyen estas arras una parte del precio, un principio de ejecución, ya que con ellas el contrato comienza a ser cumplido. Este es el sentido que el artículo 343 del Código de Comercio atribuye a las arras en la contratación mercantil.

68

b) Arras penales.

Son una subespecie de las arras confirmatorias, y tienen la peculiaridad de que, además de servir como prueba y signo externo de la perfección del contrato, se utilizan también como pena y medio de resarcimiento para los supuestos de incumplimiento contractual; de modo que vienen a constituir una garantía para el acreedor y un cierto motivo de compulsión para el deudor de cara a que cumpla la obligación. En caso de que la obligación sea satisfecha, su función quedará englobada dentro de la meramente confirmatoria, pero en el caso de que se incumpla por alguna de las partes lo pactado, la otra tendrá derecho a rescindir el contrato y quedarse con las arras recibidas o bien a exigir su devolución duplicada, según sea el vendedor o el comprador el que incumpla. En cualquier caso queda a salvo para la parte cumplidora la posibilidad de acudir al artículo 1.124 del Código civil y exigir el cumplimiento de la obligación.

Funcionan al modo de una cláusula penal, de ahí que se rijan por las normas contenidas en los artículos 1.152 a 1.155

del Código civil. Se diferencian, sin embargo, de ésta por el momento en que se realiza la entrega de las cantidades pactadas como pena. En las arras penales se hace en el momento de la perfección del contrato, de forma anticipada, mientras que en la cláusula penal tiene lugar una vez que se haya producido el incumplimiento.

c) *Arras penitenciales.*

Funcionan, del mismo modo, como signo y prueba de la celebración del contrato, y su finalidad es también, como en las penales, la de reforzar el vínculo obligacional. Pero a estas funciones añaden las arras penitenciales la de permitir a los contratantes desistir del contrato mediante la pérdida o devolución duplicada de la cantidad que se entregó como arras, según sea el comprador o el vendedor quien pretenda apartarse del contrato. Si alguna de las partes hace uso de esa facultad de desistimiento, la otra no podrá, en ningún caso, exigir la realización de la prestación pactada.

Son tres los aspectos que pueden descubrirse en esta institución:

- Las arras penitenciales funcionan como garantía para el cumplimiento de la obligación, como medio de compulsión entre las partes para que éstas realicen sus prestaciones.

- Facultan para desistir de un contrato ya perfeccionado por el consentimiento a través de la sustitución de la prestación pactada por la cantidad u objeto que se entregó como arras. Se suele señalar por la doctrina que esta facultad de desistir constituye el núcleo fundamental de la institución.

- Permiten por tanto la no satisfacción específica de la prestación. De este modo puede decirse que la utilización de la facultad de apartarse del contrato que otorgan estas arras, no supone un incumplimiento, en la medida en que en el propio contrato, al pactarse las arras, se está introduciendo la posibilidad de apartarse del mismo o, más

bien, de la prestación pactada. Por eso resulta más adecuado hablar de no satisfacción de la prestación de modo específico.

Para que esta modalidad de pacto arral cumpla con éxito su función de garantía y de compulsión entre las partes, parece conveniente señalar lo adecuado que resulta que la cantidad que se entregue como arras sea de cierta importancia. De este modo serán también estas arras un adecuado sustituto de la prestación específica, que al fin y al cabo es la querida y perseguida por las partes a la hora de contratar.

En la doctrina se dice con frecuencia que de estas tres modalidades de arras sólo las penales cumplen una función de estricta garantía.

3. Régimen legal.

70

En el Derecho civil se regulan las arras en el artículo 1.454 C.c., el cual dispone que “Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas.” Contempla este precepto únicamente las arras penitenciales, sin tener en cuenta las otras dos modalidades. Como precedentes inspiradores del mismo se suelen citar los artículos 1587 y 1588 del Código civil francés.

En el ámbito mercantil, se ocupan de las arras el artículo 343 y el artículo 83 del Código de Comercio.

Como ha sido señalado ya por la doctrina, difícilmente podrá encontrarse en la regulación de una figura dentro de un mismo ordenamiento jurídico tal abigarramiento de normas ya que mientras que para el Derecho civil las arras son, en principio y por lo general penitenciales, para el Derecho mercantil son confirmatorias, salvo en las ventas en ferias, mercados y tiendas, en las cuales se les atribuye una peculiar función penal.

Por lo que se refiere a los Derechos forales, hay que hacer especial referencia al régimen navarro, el cual destaca por su claridad expositiva y precisión técnica. La Ley 467 de la compilación de Navarra se refiere a las arras penitenciales y a las confirmatorias con función penal en los siguientes términos: "Si en un contrato intervienen arras o señal, sólo cuando expresamente se estableciere podrán una o cualquiera de las partes, según lo convenido, resolver el contrato sin más consecuencia que la pérdida de las arras entregadas o la obligación de devolver dobladas las recibidas. En defecto de dicho pacto, si una de las partes incumpliere su obligación, podrá la otra optar entre exigir el cumplimiento y eventual indemnización o resolver el contrato conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior. Si exigiere el cumplimiento del contrato, las arras se imputarán al precio o, en su caso, a la indemnización." En opinión de ESPÍN (1), presenta esta regulación gran interés para una ulterior reforma del Código civil.

71

4. Problemática en torno a las arras.

Reducido nuestro trabajo al estudio de las arras en el Derecho civil y, en concreto al análisis del artículo 1.454 del C.c., único precepto que recoge esta figura en el Derecho civil, limitándose a regular la modalidad de las arras penitenciales, convendrá exponer de forma sucinta la problemática que existe en torno a las arras penitenciales.

El primer problema que se plantea es el de si toda entrega de dinero u objetos por parte de un contratante a otro al momento de la conclusión de un contrato constituye arras, y por lo tanto cabe la posibilidad de rescindir el contrato de forma unilateral por alguno de los contratantes. Evidentemente esto podía desembocar en una utilización abusiva y fraudulenta del artículo 1.454 por parte del con-

(1) ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de obligaciones y contratos*, vol. III, 1973, p. 307.

tratante que no deseando cumplir el contrato alegaba que la cantidad que había mediado a la conclusión de aquél constituía un pacto de arras (2). Este problema deriva de la confusión que existe en torno al concepto de arras, ya que con frecuencia se habla de ellas como toda cantidad que es entregada al momento de la perfección del contrato, sin tener en cuenta la finalidad que se le asigna y la calificación que de ella realicen las partes. Sin embargo, tal concepto de arras es excesivamente amplio y escasamente útil. Se entendió así por la doctrina y jurisprudencia (3) que es necesario para que pueda entenderse que existen arras, y por tanto posibilidad de desistir del contrato, que conste de forma clara y evidente que aquéllas han sido pactadas por las partes. Se distingue así, conforme a la división que se establecía en Las Partidas, entre las meras entregas, que constituyen una parte del precio, y las arras, a las que es aplicable el régimen del artículo 1.454 del Código civil. Las segundas hacen posible el arrepentimiento y las primeras no, pero no porque sean un tipo específico y distinto de arras que cumplen una función diferente, sino porque son parte del precio. Con esta solución se lograba solventar el problema y evitar una utilización abusiva y fraudulenta del artículo 1.454.

En segundo lugar, y con posterioridad en el tiempo, en la medida en que se hablaba por la doctrina de la existencia de diversas modalidades de arras, distinguiéndose así entre unas arras penales, unas arras confirmatorias y unas arras penitenciales, y se atribuía a cada una de ellas una

(2) El propio MANRESA al comentar el art. 1.454 se refiere a esta situación que con frecuencia se producía en la práctica a través de un ejemplo: Juan vende a Pedro una cosa, y Pedro entrega a Juan parte del precio de momento. La intención de ambos ha sido la de dejar perfecto el contrato; así lo han entendido los dos y así se ha dado el acto jurídico en su conciencia; entonces no pensaron en rescisiones voluntarias. Pero después, una de las partes, con notoria mala fe, quiere rescindir la compra y venta, fundándose en el art. 1.454. Se pregunta por tanto el autor qué defensa cabe contra esta conducta.

(3) Vid. como ejemplo las Ss. de 24 de noviembre de 1926 y 11 de octubre de 1927.

función específica, se planteó por ello el problema de si en nuestro Derecho, aun cuando el Código civil sólo se refiere expresamente a las penitenciales, era posible reconocer la existencia del resto de modalidades de pacto arras. El problema era puesto de relieve al comparar el artículo 1.454 vigente con los antecedentes históricos, fundamentalmente con los proyectos de 1851 y 1882, y con las orientaciones seguidas por otros códigos. Todo esto mostraba una tendencia a reconocer en las arras diversas funciones, con un predominio de la función confirmatoria sobre la penitencial y penal. La doctrina (4) y la jurisprudencia (5) fueron entendiendo que sí tenían cabida en nuestro Derecho, pese a la literalidad del artículo 1.454, todas las modalidades de arras, afirmándose que el artículo 1.454 no tiene carácter prohibitivo, y que lo que no está prohibido, aunque no se autorice expresamente, está permitido; que las arras se encuentran dentro del Derecho de obligaciones, uno de cuyos principios básicos es el de la autonomía de la voluntad; y que había una tradición histórica y una base sociológica que no podían ser desconocidas y que impedían atribuir a las arras exclusivamente una función penitencial al no haberse producido al tiempo de la codificación cambios importantes en la realidad económica y social.

Las conclusiones a las que se va llegando originan a su vez una tercera e importante cuestión directamente relacionada con el reconocimiento que se hace de la existencia de tres modalidades de arras: ¿Cuál es entonces el sentido que se ha de dar al artículo 1.454? ¿Qué valor tiene? ¿Cómo ha de entenderse? Tal cuestión constituye hoy el problema fundamental que existe sobre las arras ya que las cuestiones anteriores han quedado en cierta medida superadas y han sido desplazadas por esta otra. El problema que en este caso

(4) Vid. por todos HERNÁNDEZ GIL, F.: *Las arras en el Derecho de la contratación*, Salamanca, 1958, p. 31.

(5) Vid. como ejemplo las Ss. de 1 de abril de 1958 y 7 de julio de 1978.

se discute es, al igual que en los dos casos anteriores, principalmente un problema de interpretación del artículo 1.454.

Todas estas preguntas configuran lo que aquí se ha denominado problemática de las arras. A ello hay que añadir el problema que existe en torno al origen de esta institución y la falta de una configuración teórica, de un régimen jurídico claro que nos sirva para dar respuesta a las diversas situaciones por las que atraviesa esta institución en la vida real.

Ha sido fundamentalmente la jurisprudencia la que ha proporcionado la mayoría de las soluciones a todos los problemas que se han suscitado en relación con las arras. Por eso es fundamental llevar a cabo un estudio en profundidad de toda la doctrina legal que existe en esta materia, porque ante la parquedad que muestra el artículo 1.454, ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha perfilado el contenido y los límites de las arras, desarrollando una importante labor de complementación del ordenamiento jurídico. No obstante también hay que señalar que en paralelo con la confusión reinante en este terreno, la doctrina legal se muestra del mismo modo bastante vacilante, confusa y poco uniforme en cuanto a los criterios seguidos. Se combinan los argumentos de forma abigarrada sin que alumbren en la misma o semejante dirección, dominados en la mayor parte de los casos por la necesidad de vencer situaciones circunstanciales, sin una intención clara de establecer conclusiones firmes que puedan ser aplicadas a una diversidad de supuestos.

Para abordar el estudio de la jurisprudencia se ha tomado como punto de partida la sentencia de 21 de junio de 1994. En ella puede observarse de forma adecuada cuál ha sido la doctrina legal que se ha ido elaborando por el Tribunal Supremo y cuál es el estado actual de la cuestión. De ella extraeremos las diversas calificaciones que se han hecho del artículo 1.454 a fin de examinar la compatibilidad entre ellas. Antes, y dejando de lado cualquier consideración

extraña, examinaremos las diversas interpretaciones que, en abstracto, podrían hacerse del artículo 1.454 del Código civil:

1) Interpretación estricta: Atiende esta interpretación exclusivamente a la literalidad del precepto, el cual reduce las arras a las penitenciales, prescindiendo del resto de modalidades de pacto arral. De acuerdo con esta interpretación sólo las arras penitenciales tendrían el calificativo de arras, y el resto de modalidades o habrían desaparecido o pasarían a denominarse de otro modo. Tal es la interpretación que parece deducirse de la simple lectura del artículo 1.454, la cual hizo afirmar a MANRESA (6) que era inútil, tras la promulgación del Código civil, formular la distinción existente en el Derecho antiguo entre las diversas modalidades de arras, si bien, duda el erudito autor si tal innovación puede ser considerada como una mejora introducida en el Código. Puede decirse que en este caso hay un predominio absoluto de la interpretación literal sobre el resto de elementos interpretativos.

75

2) Consideración del artículo 1.454 como norma interpretativa: En este caso se atiende, no sólo a la literalidad del precepto, sino que también se tiene en cuenta la vigencia del resto de modalidades de pacto arral, considerándose por tanto al artículo 1.454 como una norma de carácter interpretativo que vendría a operar de modo semejante a como lo hace el artículo 343 del Código de Comercio respecto a las ventas mercantiles. Así, del mismo modo que en este último se presume, salvo que las partes pacten otra cosa, el carácter confirmatorio de las arras, en el artículo 1.454 del Código civil se estaría estableciendo la presunción a favor del carácter penitencial de las arras. Se combinan en este caso la interpretación literal y sistemática atendándose también al aspecto teleológico e histórico.

3) Interpretación restrictiva: Atiende ésta fundamentalmente al sistema general de las obligaciones y contratos y

(6) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil*, T. 10, 1919, p. 88.

al sentido etimológico del término arras, prescindiendo de la literalidad del artículo 1.454 y de la rotundidad con que está formulado. De acuerdo con esta línea de interpretación, el precepto sería una norma absolutamente dispositiva que se limitaría a regular el contenido de un tipo específico de arras, las penitenciales, a modo de una definición legal. Este precepto no establecería ningún tipo de prioridad o criterio interpretativo a favor de las arras penitenciales, sino que todas las modalidades de arras se hallarían en igual plano, correspondiendo a los Tribunales a través de una labor de hermenéutica determinar cuál es el sentido que las partes han querido atribuir a las arras. En este caso se invoca sobre todo la interpretación sistemática, acudiéndose también al aspecto histórico y teleológico.

5. Evolución.

1) *Las arras en el Derecho romano.*

Las arras como la mayor parte de nuestras instituciones civiles proceden del Derecho romano. En la época clásica tenían éstas una función de prueba o evidencia de la conclusión de un contrato. La compraventa era un contrato consensual que se perfeccionaba por el mero acuerdo de las partes sobre el precio y la cosa, sin necesidad de ninguna formalidad. En este contexto, las arras tenían por función la de mostrar la existencia de un convenio entre las partes dotado ya por sí, en virtud del consentimiento, de fuerza jurídica. La presencia de las arras no era en ningún caso necesaria para la eficacia del convenio. Afirma así GAYO que el hecho de que aparecieran arras en los contratos no significaba que sin ellas no tuvieran eficacia, sino el que se pudiera probar con evidencia que se convino respecto al precio. Era pues práctica común entre los romanos, como nos narra Plinio, el darse algún objeto, generalmente un anillo, como prueba de la existencia de una obligación.

Además de esta función, podían también las arras en el Derecho romano adquirir, en virtud de un pacto entre las partes, denominado *lex commissoria* (7), una función penal.

Por lo que se refiere a las arras en el Derecho justinianeo, ha sido este tema durante mucho tiempo en la doctrina científica materia de controversia. Son muy numerosas y variadas las opiniones existentes sobre la función que tuvieron las arras en la época postclásica. Ello se debe, en gran medida, a la poca claridad que arrojan los textos que regulan esta institución (el *Codex*, en 4. 21. 17; el *Digesto*, en 18. 1. 35; y la *Instituta*, en 3. 23. pr.) en los que parece descubrirse agudas contradicciones.

La cuestión puede plantearse en los siguientes términos: En el Derecho postclásico se reconocen dos tipos de ventas: las ventas *cum scriptura* y las *sine scriptura*. Respecto a estas últimas se afirman, al principio del fragmento de las instituciones dedicado a las arras (I. 3. 23. pr.), los principios del Derecho clásico de que el contrato de compraventa se perfecciona una vez exista acuerdo sobre el precio, y que las arras constituyen una prueba del contrato. Nada se ha innovado por tanto en las ventas *sine scriptura*, como señala el propio texto de la *Instituta*. Pero respecto a las ventas *cum scriptura*, se afirma que éstas no se perfeccionarán en tanto no se hayan extendido las escrituras. Y hasta ese momento cualquiera de las partes puede arrepentirse impúnemente, salvo que se hubieran entregado arras, porque hecho esto, dice el texto, que en ese caso, ya se haya celebrado la venta por escrito, ya sin escrito, el que rehusare cumplir el contrato, si es el comprador pierde lo que dio, y si es el vendedor, es compelido a restituir el duplo, aunque nada se haya manifestado sobre las arras. Como puede observarse se aprecia una contradicción entre lo afirmado al

(7) Era la *lex commissoria* una cláusula adicional en la venta por la cual el vendedor tenía derecho a rescindir el contrato si el comprador no pagaba el precio o la parte del mismo restante dentro del plazo estipulado.

principio respecto a la función de las arras en las ventas *sine scriptura* (función probatoria del Derecho clásico) y lo afirmado al final de que mediando arras, ya se haya celebrado la venta por escrito, ya sin escrito, es posible rehusar el cumplimiento del contrato. Con esta frase parece estarse extendiendo el mismo efecto que se prevé para las ventas *cum scriptura* a una venta *sine scriptura* perfecta, de forma que lo dicho al comienzo del texto queda desvirtuado.

La polémica viene a enriquecerse a través de lo expresado en C. 4. 21. 17. Se plantea si la expresión “Ya por escrito, ya sin escrito”, también recogida en el *Codex*, se refiere a las arras (como parece lo más probable en este caso), o a la venta (como ocurre en el texto de la *Instituta*).

Sobre la base de estos controvertidos textos y, sobre todo, de la expresión “... *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est...*” de la *Instituta*, se ha desarrollado toda una vasta literatura que nos muestra las más variadas explicaciones acudiendo a todo tipo de argumentos: gramaticales, sociológicos, jurídicos, etc. La pregunta que ha concitado tal atención y movido la pluma de tan gran número de autores es la siguiente: ¿Cabía en el Derecho romano de la época de Justiniano, por el hecho de que hubieran mediado arras, arrepentirse de un contrato de compraventa *sine scriptis* ya perfeccionado en virtud del consentimiento? o, en términos más simples ¿introdujo Justiniano las denominadas arras penitenciales que hoy conocemos? El hecho de plantearse esta cuestión tiene además del interés histórico que pueda derivarse del conocimiento de las arras en el Derecho romano, el que deriva de la autoridad que se ha atribuido siempre a los textos romanos. Parezca bien o no, las denominadas arras penitenciales están presentes en nuestro Derecho así como en el de otros países y en ello influyó la interpretación que se hizo por los glosadores de los textos justinianeos. Si ahora como entonces se ha acudido a los textos romanos es por buscarse en ellos una respues-

ta que pueda tener su fundamento en los sólidos cimientos seculares del espíritu de Roma. Por eso se han estudiado a fondo por los diversos autores los controvertidos fragmentos referidos a las arras, buscando en ellos dar una respuesta a la cuestión de si es posible apartarse unilateralmente de un contrato ya perfeccionado por el consentimiento. Es esta la cuestión con la que apriorísticamente se ha acudido a las fuentes romanas, buscando en ellas una autorizada respuesta. Los resultados a los que se ha llegado han sido o bien plasmados en los códigos modernos, o bien recogidos por la opinión de los autores.

El planteamiento de este problema tiene además para nosotros un interés, si cabe, aún mayor, ya que es el mismo que se suscita en relación con el artículo 1.454 del Código civil. En los dos casos se trata de defender una postura frente a lo que se desprende de la lectura de los textos legales. Si bien, existe una diferencia bastante clara pues mientras el artículo 1.454, no hay lugar a dudas, se refiere a un contrato perfecto, las fuentes romanas dejan abierta la duda sobre la posibilidad del arrepentimiento estando perfeccionado el contrato. No obstante, a pesar de la claridad de nuestro precepto, es puesto en duda con tal intensidad que pareciera una norma confusa y llena de complicaciones para su aplicación.

Antes de pasar a exponer las diversas interpretaciones que se han realizado de los controvertidos textos, es necesario exponer brevemente cuál era el sentido de las arras en el Derecho griego ya que éste ejerció una gran influencia sobre el Derecho romano de la época postclásica y puede resultarnos tal análisis muy útil para comprender los fragmentos de la Instituta y el *Codex* referidos a las arras.

En el Derecho griego no se otorgaba fuerza jurídica alguna al consentimiento. A diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano en el que la venta era un contrato consensual del que surgían obligaciones por el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio, en el Derecho griego la

venta se configuraba como un contrato real. Podemos hacer así en el Derecho griego una distinción entre el acuerdo para vender y comprar y la venta actual, que tenía lugar cuando el vendedor realizaba el pago del precio. Y era el pago del precio lo que obligaba al vendedor a hacer la transferencia de la cosa. Ese acuerdo para vender y comprar no tenía por sí mismo fuerza jurídica, era incoercible, de forma que cualquiera de las partes podía con impunidad apartarse de él. La única fórmula que se arbitró para poder forzar el cumplimiento de lo que había sido estipulado sin que aún se hubiera hecho la entrega efectiva de la cosa y el precio, fue la de entregarse al momento del convenio una cosa o cantidad de dinero que, en el supuesto de no celebrarse la venta por deseo del comprador, habría de quedar en manos del vendedor y en el supuesto de no celebrarse por deseo del vendedor, habría éste de restituir doblado lo recibido como señal. Es posible que en un principio el vendedor no estuviera sujeto a responsabilidad si se apartaba del acuerdo y que tuviera simplemente que devolver las arras que había recibido. Constituían por tanto las arras un método adecuado para lograr que la venta tuviese lugar.

El pacto de arras tenía carácter real puesto que se perfeccionaba con la entrega efectiva de éstas, momento a partir del cual las partes quedaban sujetas a las responsabilidades que se derivaban de él. Consistían las arras en el Derecho griego exclusivamente en una cantidad de dinero, que normalmente venía a ser una parte sensiblemente importante del precio. En la práctica era por ello poco probable, salvo en el caso de una fluctuación violenta del mercado, que no se llegara a celebrar la venta por el coste que ello supondría para la parte que rehusase hacerlo.

También es necesario realizar algunas precisiones terminológicas a fin de evitar la confusión: Hay así que establecer una distinción clara entre los términos penal y penitencial. Se puede hablar de arras penitenciales si el acuerdo en

el cual se dan las arras tiene en sí mismo fuerza jurídica, si genera obligaciones. En este caso sí cabría hablar de un *ius poenitendi*, de un Derecho de arrepentimiento, ya que existe algo de lo que arrepentirse. Sin embargo, si las arras son dadas como consecuencia de un acuerdo que no tiene por sí fuerza vinculante, y con la finalidad de reforzar ese acuerdo, entonces esas arras deben considerarse como penas. El *ius poenitendi* es un Derecho de desistir de un convenio perfecto.

Es evidente que en el sistema griego las arras tenían una función penal. Su función era la de lograr que se celebrara la venta que había sido previamente acordada a través de un convenio que no generaba obligaciones. Las arras se daban no para permitir la repudiación del acuerdo, sino para limitarla. Como consecuencia del pacto arral las partes se obligaban bajo pena a realizar la venta, esto es, al pago del precio y a la entrega de la cosa.

81

Debido a la general regularidad con que los acuerdos de venta eran concluidos, uno puede caer en el error de considerar que esto se debe a la existencia de un acuerdo dotado por sí mismo de fuerza legal y que por tanto las arras tenían en el Derecho griego una función penitencial, facultando para desistir de ese acuerdo. Pero como se ha señalado esto no era así.

Analizadas de este modo las arras en el Derecho griego, pasaré ahora a exponer las diversas lecturas que se han realizado de los textos justinianos referidos a las arras. En todo caso es evidente que la idea de las arras penitenciales como facultad para desistir de un contrato perfecto está presente en los sistemas modernos, si bien no siempre se ha optado en ellos por atribuir a las arras ese carácter de forma principal. En estas decisiones han influido fuertemente las diversas lecturas que se han hecho de los textos justinianos. Así, mientras en un primer momento, los primeros intérpretes entendieron que del párrafo de la Instituta se deducía que era posible, mediando arras, desistir de un

contrato perfeccionado por el consentimiento, a medida que se fueron sentando los conceptos jurídicos y ordenándose sistemáticamente, se advirtió la imprecisión que representaban las arras penitenciales dentro de ese sistema. Cuando, con mayor detenimiento se estudiaron las fuentes griegas y romanas, se comenzó a cuestionar esa primera lectura que se había hecho de las mismas.

Ha existido así en este siglo una reacción a favor de las arras confirmatorias de la época clásica, que ha tenido su apoyo en una abundante labor crítica e investigadora de las fuentes romanas que, aunque no uniforme en sus criterios de interpretación, venía a rechazar de algún modo o a poner en duda las arras penitenciales en la época postclásica. Pero es ante todo un móvil de sistematización el que puso en cuestión la función penitencial de las arras, acudiéndose después a la *ratio scripta* de los textos romanos.

82 La pregunta a la que se trata de responder es esta: ¿Está Justiniano extendiendo a los contratos perfectos ya sean escritos o no escritos, una previsión que en el *Codex* se refiere a las ventas escritas aún no realizadas? Pregunta que, salvando las distancias, era planteada en los Derechos modernos sobre la razón de ser de las arras penitenciales.

Para autores como POPESCO (8) el controvertido pasaje de la Instituta, propiamente leído y puntuado, no haría más que reproducir, a modo de resumen, lo contenido en el *Codex*. En este último Justiniano habría adoptado la función helenística de las arras en las ventas por escrito donde el documento no había sido todavía complementado con las debidas formalidades.

CHALON SECRÉTAN (9) considera que el *Codex* se refiere a las ventas *cum scriptura* incompletas y el controvertido pasaje de la Instituta a las ventas *sine scriptura* incompletas.

(8) POPESCO, E.: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, París, 1925.

(9) CHALON SECRÉTAN: *Les arrhes de la vente sous Justinien*, 1954.

Para llegar a esta conclusión, interpreta este autor la expresión "*celebrata est*" que aparece al final del texto de la Instituta, no como que el contrato está celebrado sino como que se está realizando, pero aún no está realizado.

ARANGIO RUIZ (10) considera en cambio que sí se quiso a través del pasaje de la Instituta dar a las arras una función penitencial en las ventas *sine scriptura*, mientras que en las *cum scriptura* se les habría atribuido a las arras una función penal.

Para el autor británico J. A. C. THOMAS (11) los textos justinianos nos muestran una situación de compromiso entre los principios romanos y los que derivaban de la práctica de la parte oriental del imperio. Según THOMAS, el objeto del pasaje del *Codex* es la regulación de las ventas *cum scriptura*, respecto de las cuales Justiniano adoptó el sistema griego de las arras, de forma que hasta tanto no se hayan rellenado las formalidades necesarias, cabe el desistimiento con impunidad, salvo que medien arras, ya se pacten éstas con escritura o sin ella. Por tanto la frase "*sive in scriptis, sive sine scriptis*" entiende este autor que se refiere en el pasaje del *Codex* a las arras. Se introduce así a través de este texto una nueva forma de venta a la cual, en principio, se aplica el concepto helenístico de venta, con la diferencia de que la condición del pacto de arras no es el pago y el traspaso de la cosa, sino el cumplimiento del documento formal del contrato de venta. Para THOMAS, el sistema griego de venta era el que en realidad se practicaba en tiempos de Justiniano, ya fuera la venta escrita o no. En la primera se adoptan los principios griegos, pendiente la cumplimentación del documento. Pero la no escrita queda sujeta al régimen clásico, de forma que en ellas las arras son tratadas como confirmatorias, por lo que, caso de no cum-

(10) ARANGIO RUIZ: *La compravendita in diritto romano*, 1956.

(11) THOMAS A. C.: "Arra in sale in Justinian's law," en *Revue d'histoire du droit*, T. 24, 1956, pp. 253-278.

plirse el contrato, estaría disponible para las partes una acción derivada del contrato como alternativa a las arras. Lo que ocurre es que en la práctica los interesados se contentarían en tales casos con las arras ya que ellos pensaban como griegos y porque a través de las arras se lograría una compensación igual o mayor que la que sería posible obtener mediante una acción por incumplimiento de contrato, puesto que las arras consistían normalmente en una parte bastante importante del precio acordado. Así pues, aunque en Derecho sería posible plantear una acción por incumplimiento de contrato, en la práctica no se haría uso de tal posibilidad. Los compiladores al trasladar el pasaje del *Codex* a la Instituta habrían interpolado la frase "*sive in scriptis sive sine scriptis*", pero refiriéndola a un contrato de venta ya celebrado en lugar de a las arras, con ello entiende este autor que se hizo una concesión a lo que constituía la moneda común en una tierra con mentalidad griega, sin que ello supusiera una aceptación de tal función de las arras. Así pues, la oscuridad originada por el último párrafo del pasaje de la Instituta se debe a que los compiladores combinan en una frase un principio legal y una situación de hecho como si fueran idénticas en su naturaleza.

Para ALVARO D'ORS (12), Justiniano mantiene en las ventas *sine scriptura* el régimen romano de las arras confirmatorias, acorde con el carácter consensual de ese tipo de ventas. Respecto a las ventas *cum scriptura* se habría introducido, como afirma el texto de las Instituciones, una innovación ya que éstas no se perfeccionarían mediante el consentimiento, sino una vez que la escritura quede completa. Según él no existe contradicción alguna. Primero se habría dictado la constitución, la cual regulaba exclusivamente las

(12) D'ORS, A.: "Las arras en la compraventa justinianeana", en *IURA*, 6, 1955, p. 149. Y también del mismo autor: "Arra reagitata: Sive in scriptis sive sine scriptis," en *IURA*, 9, 1958, p. 78.

ventas *cum scriptura* sin referirse para nada a las *sine scriptura*. Después, en las Instituciones, se recoge la distinción entre los dos tipos de ventas, afirmándose que las *sine scriptura* se perfeccionan por el consentimiento y las *cum scriptura* cuando la *scriptura* quede completa. Mientras no se complete cabe arrepentirse impunemente, pero si mediaron arras, sea cual sea la clase de venta —*sive in scriptis sive sine scriptis celebrata est*— si el comprador rehusa cumplir el contrato, pierde las arras que entregó, y si es el vendedor quien rehusa cumplir, debe restituir dobladas las arras que recibió. Esta pena arral es común a los dos tipos de compraventa. Se está refiriendo en ambos casos a ventas perfectas, como indica el verbo *celebrata est*. Pero esa misma generalidad, afirma D'ORS, demuestra que no se trata de una función penitencial de las arras, ya que sería inconcebible que las arras funcionaran como penitenciales en una venta *cum scriptura* perfecta. Afirma así que lo que se está queriendo expresar con la frase “*sive in scriptis sive sine scriptis*” es la función penal de las arras. En las ventas perfectas, ya sean por escrito o no, se puede exigir el cumplimiento, pero como también pueden mediar arras se puede obtener una adecuada satisfacción a través de ellas. Estas arras son penales. No es posible pues hablar de función penitencial de las arras. En la venta perfecta porque al estar perfeccionada no cabe arrepentimiento alguno, y en la venta no perfecta, porque al no estar perfeccionado el contrato el arrepentimiento es libre y lo que se pretende con las arras es evitarlo, no permitirlo. Así, el arrepentimiento no depende de la intervención de arras sino de la imperfección del contrato. De este modo señala D'ORS que las arras que intervienen en una venta perfecta tienen una función penal. Cabe por tanto exigir el cumplimiento a la parte que rehusa cumplir su parte, pero cabe también, como alternativa, permitir la resolución. Las arras no confieren pues un derecho a negarse a cumplir lo convenido, sino una facultad alternativa para la parte que cumple su parte de

exigir el cumplimiento o de conformarse con los efectos que se derivan de las arras. Sea la venta perfecta o sea imperfecta, las arras cumplen siempre una función penal, lo que permitía hablar conjuntamente de tal función penal para todos los casos: "*sive in scriptis, sive sine scriptis*". Cuando posteriormente se da nueva redacción al *Codex*, se introduce en él el texto de las Instituciones. La posibilidad de renunciar a la exigencia del cumplimiento y optar por la pena arral no era una innovación, puesto que la implicación penal de las arras, conocida por el Derecho romano en el pacto comisorio, ya producía la misma alternativa. Este régimen era el más adecuado para combinar la costumbre griega con la romana: en una venta *sine scriptura*, un romano podía, fiel a su tradición de la perfección por el consentimiento, exigir el cumplimiento. Pero un griego, fiel a su propia concepción de que la venta se perfeccionaba por el pago del precio, podía optar por la pena arral. Salva así D'ORS la contradicción de los textos entendiendo que es a la función penal de las arras y no a la penitencial a la que se ha querido hacer referencia en el párrafo final del texto de la Instituta.

Para terminar creo conveniente hacer algunas consideraciones:

1) En primer lugar, que en el Derecho romano clásico, de acuerdo con la función confirmatoria que se otorgaba a las arras, parece normal que éstas consistieran generalmente en objetos que por su especificidad hicieran prueba de la existencia de una obligación entre dos personas concretas. Y, caso de consistir en dinero, bastaría una pequeña cantidad. Por el contrario, en el Derecho griego, dada su finalidad de facilitar la conclusión de la venta, resulta normal que las cantidades entregadas fueran importantes ya que aquí la función probatoria no tiene importancia, lo fundamental es establecer un medio seguro de vinculación entre las partes que no tiene porque tener un carácter especificativo. El hecho de que en el Derecho romano clásico se uti-

lizaran objetos, fundamentalmente anillos, nos está indicando la función probatoria que se atribuía a las arras. A través de la entrega de un objeto determinado, se probaba la existencia de un vínculo obligacional que ligaba a las partes. Este sentido no aparece en el Derecho griego y desconocemos qué factor fue el que motivo que instituciones con función diversa recibieran el mismo nombre, pero seguramente ese factor de unión no sea otro que el de suponer ambas modalidades de arras entregadas al momento de perfección del contrato. Cabe plantearse si hoy puede seguirse hablando propiamente de una función confirmatoria de las arras cuando éstas generalmente consisten en cantidades de dinero, las cuales de ningún modo prueban por sí la existencia de una obligación. No es muy frecuente el que se entreguen objetos como arras y aún es menos frecuente el que a través de ellos se pueda reconocer a una persona concreta. Y aún es menos frecuente que hoy día encontremos un objeto que simbolice la sujeción a una relación obligacional.

87

b) En segundo lugar, que cualquiera que sea el sentido que tuvieran las arras en el Derecho justiniano, es evidente que se interpretaron como que tenían una función penitencial *stricto sensu* y que así han llegado hasta nosotros.

c) Aun cuando se cuestiona que las arras penitenciales como facultad de desistir de un contrato perfeccionado por el consentimiento tengan su origen en los textos justinianos, es plenamente admitida la función penal y de garantía que las arras desempeñan en las ventas con escritura, aquellas cuya perfección se hace depender de la cumplimentación de determinadas formalidades.

d) Que más allá de posibles interpretaciones de los textos justinianos basadas en criterios filológicos, resulta más adecuado intentar una explicación que parta de la combinación de los principios romanos y la práctica helenística.

e) THOMAS pone de relieve a través de su interpretación, algo que con frecuencia ocurre actualmente en la prác-

tica ya que, con independencia del sentido que las partes puedan haber atribuido a las arras, se prefiere en numerosas ocasiones optar por conformarse con la cantidad que aquellas suponen y no reclamar un cumplimiento que se considera como difícil y costoso de alcanzar.

2) *Origen de las arras penitenciales en el Derecho español.*

88 El origen de las arras penitenciales en nuestro Derecho es asimismo motivo de controversia ya que antes de que se produjera la recepción del Derecho romano en la península, comienzan a aparecer en algunos fueros municipales como el de Cuenca las arras penitenciales, sin que sea posible situar su origen en la legislación goda. El profesor de la universidad de Coimbra P. MEREIA (13), considera que no es posible explicar el origen de las arras penitenciales en el Derecho peninsular por la influencia directa de las fuentes justinianeas, ya que en la época en que fueron redactados tales fueros es improbable la influencia del Derecho justiniano. Para MEREIA las arras con función penitencial que aparecen en los fueros municipales y que coincide en esencia con el arra del Derecho justiniano, no se pueden explicar razonablemente como una innovación consecuencia del renacimiento de este Derecho, sino que se trata según él de una institución enraizada en la tradición peninsular y del sur de Francia, que arraigó en la vida jurídica española, bajo la influencia de usos y concepciones de procedencia oriental, en la última fase de la dominación romana. Así importada, el arra penitencial se habría mantenido a través de la época visigoda frente a la legislación vigente, y acabó por imponerse sobre el arra que los compiladores del código de Eurico se habían esforzado en imponer. Esta opinión es

(13) MEREIA, P.: "A arra penitencial no direito hispânico anterior à recepção," en *Estudos de Direito hispânico medieval*, I, Coimbra, 1952, pp. 33-38.

rebatida por ALFONSO OTERO VARELA (14) para quien sí existe una influencia directa del Derecho justinianeo en los fueros municipales. En todo caso es evidente que el arra de la época postgótica no procede de la legislación visigoda, que se refiere a las arras en el Código de Eurico (cap. 297), en la Lex Visigothorum (5,4,4), y en el Fuero Juzgo (5,4,4). En el código de Eurico se establece la firmeza de la venta realizada cuando se entregó una parte del precio, pero si el comprador no entrega la parte que adeuda en el plazo convenido, habrá de pagar intereses por ella. Sólo mediante convención se permite al vendedor reclamar la cosa vendida si el comprador no paga la *pars pretii* adeudada en el plazo fijado. Junto a esta regulación de lo que se denomina "*pars pretii*", se regulan acto seguido las arras. Estas no figuran como una prueba del acuerdo sobre el precio, sino como un elemento formal del contrato. Si hubo sólo acuerdo sobre el objeto y el precio, pero sin entrega del uno ni del otro, el acuerdo se considera perfeccionado por la entrega de un arra. El vendedor está obligado a entregar la cosa, mediante la percepción del precio, dentro del plazo establecido, pero si el comprador no acude a pagar durante este tiempo, se le reconoce al vendedor la facultad de rescindir la venta, y, en este caso, el comprador sólo tiene derecho a reclamar el arra entregada. Esto no quiere decir que el comprador no estuviese obligado y pudiera arrepentirse impunemente, sino que el vendedor puede optar por la rescisión a causa de la mora del comprador. Serían así las arras un instrumento que permitiría al vendedor deshacer la venta en caso de la mora del deudor, pero que no tendrían ninguna finalidad indemnizatoria ni tampoco penal.

El arra visigoda no pasó a la época siguiente. Solamente el Fuero Real tomó como modelo la ley goda. Pero el

(14) OTERO VARELA, A.: "Las arras en el Derecho medieval español," en *AHDE*, XXV, 1955, pp. 189 y sigs.

Fuero Real modifica la segunda parte del Fuero Juzgo 5,4,4 y determina que el comprador pierda el arra. Con esta innovación, el arra visigoda pierde sus características.

El profesor OTERO VARELA explica la introducción de las arras penitenciales en nuestro Derecho por influencia directa de los textos justinianeos del modo siguiente: El arra justinianeana habría encontrado en algunas costumbres locales excelente base para ser introducida. En aquella época el contrato de compraventa se perfeccionaba por la entrega, y el arra penitencial podía ser acoplada como un precontrato arral. Los redactores de las fuentes observaron la semejanza entre algunos usos consuetudinarios y el arra justinianeana que ellos conocían, y los revistieron con el ropaje de esta última.

Así, el fuero de Jaca recoge un uso denominado “mercat de palmada” que consistía en lo siguiente: si en una compraventa las partes contratantes convenían en el precio, y sobre este acuerdo de voluntades, para hacerlo más firme, se daban un apretón de manos, el contratante que se arrepintiera y no quisiera cumplir lo pactado debía pagar cinco sueldos al otro que no quería desistir. De aquí se deduce que el simple acuerdo de voluntades acerca del precio no es suficiente para perfeccionar el contrato e imponer su ejecución. Es posible el desistimiento. Pero si hay palmada que evidencie el acuerdo sobre el precio, el desistimiento no puede hacerse impunemente, sino pagando cinco sueldos. Los efectos eran los mismos del arra justinianeana, los mismos del arra penal del contrato imperfecto.

En las Observancias de Aragón hay también algunos textos que se refieren a las arras. La Observancia 4,6,1 pone de relieve que cualquiera puede desistir de una compraventa realizada *sine traditio, et sine carta, (et sine arra) et sine cursore*, pagando cinco sueldos. La observancia 4,5,5 distingue dos supuestos en la venta: el del comprador que entrega una cantidad como *senyal*, y el del que la da como paga. La *senyal* es el arra justinianeana; es posible desistir, pero se pierde el arra o se restituye doblada. La segunda es

la *pars pretii* del Derecho visigodo. Si la cantidad se ha entregado como parte del precio no hay posibilidad de desistimiento. Confluyen así en las Observancias dos elementos: el justiniano y el visigodo.

El texto en el que más se aprecia la influencia justiniana es el Fuero de Cuenca, el cual después influyó en los de Teruel y Zorita. En ellos se recogen las arras en la compraventa y en varios contratos de obras.

El fuero de Cuenca contiene una regulación del arra en la compraventa igual a la justiniana: En caso de arrepentimiento, el comprador perderá el dinero que hubiere dado, y el vendedor pagará el doble del dinero que hubiere recibido. Es de resaltar que sólo se refiere a los bienes raíces, en los cuales la entrega presenta mayores dificultades y hay siempre un mayor distanciamiento entre el momento del acuerdo y la entrega efectiva de la cosa.

De lo expuesto hasta el momento cabe sacar las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, que por lo general, el contrato de compraventa se perfecciona con la *traditio* con lo que el terreno estaba abonado para la penetración de las arras en el sentido justiniano, más aún cuando existían prácticas que tenían una función muy semejante y que podían ser sustituidas por el arra justiniana o bien convivir con ella.

b) En segundo lugar, que las arras tienen como función el reforzamiento de la obligación, pese a que otorgan la facultad de sustituir la prestación pactada por la penitencia arral.

c) En tercer lugar, se desprende del análisis de los textos, que las arras están dirigidas a garantizar la *traditio*, la entrega efectiva de la cosa y del precio. Según esto, el dato relevante no sería el de la perfección o no del contrato, sino el de la entrega, con independencia de que con ella se perfeccione o no la venta. Es muy probable que las arras penitenciales arraigaran debido al carácter real de la venta en la alta Edad Media, pero también, parece evidente que el sentido de garantía que se atribuye a las arras, se pro-

yecta fundamentalmente hacia el momento de la entrega, momento en que los intereses de ambas partes aparecen plenamente satisfechos.

d) Que junto al arra con función penitencial se habla también en los textos siguiendo la tradición goda, de parte del precio, considerándose en este caso que no es posible el desistimiento. Esto se debe a que el precio ya constituye propiamente un principio de cumplimiento de la obligación, mientras que las arras no tienen ese carácter. Se distingue así entre las arras o señal y la parte del precio, atribuyendo siempre a las primeras un sentido penitencial.

El Fuero Real, Código que recoge la tradición jurídica nacional, se ocupa de las arras en 3,10,2:

“Si el home alguna cosa vendiere, e tomare señal por la vendida, no puede desfacer la vendida; e si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dio, e non vala la vendida; e si el comprador no diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio, no se puede desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes.”

92

En este fragmento se puede distinguir por un lado la *pars pretii* visigoda, que no permite deshacer la venta, y por otro lado, las arras, a las que si bien en principio se les da la formulación visigoda, se transforman en arras justinianeas al entenderse que el comprador podía arrepentirse perdiendo el arra entregada. En las arras visigodas es al vendedor al que se le faculta para rescindir la venta cuando el comprador no acude a pagar en el plazo convenido, siéndole devuelta al comprador el arra entregada. Queda así formulada en este texto el arra justinianeas, aunque sin referirse a la posibilidad de desistimiento del vendedor, quizá por haberse partido para su redacción de los textos visigodos. Y los comentaristas en general han visto en este texto una formulación del arra penitencial.

Las Partidas, con las cuales se produce la recepción del Derecho romano en España, ofrecen en la ley 5,5,7, la

mejor definición de las arras justinianas, a las que también añaden el concepto de *pars pretii*:

“Señal dan los homes unos a otros en las compras, e acaesce despues, que se arrepiente alguno. E por ende dezimos, que si el comprador se arrepiente despues que da la señal, que la deue perder. Mas si el vendedor se arrepiente despues deue tornar la señal doblada al comprador, e non valdra despues la vendida. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo assi: que la daua por señal, e por parte del precio, o por otorgamiento, non se puede arrepentir ninguno dellos, ni desfazer la vendida, que non vala.”

En este texto se combinan el Derecho romano-justiniano, que se plasma en la regulación de las arras con función penitencial, y el Derecho visigodo, que se plasma en la regulación de la *pars pretii* o señal que se da por parte del precio, y que de los textos visigodos habría pasado al Fuero Real. Destaca la generalidad de la fórmula ya que a diferencia de otros textos no se especifica el tipo de ventas. No obstante creo que es preciso tener también en cuenta lo que las Partidas recogen en la ley inmediatamente anterior ya que ésta nos muestra en qué medida se asumieron las normas del la venta justiniana:

93

“Compra e vendida se puede fazer en dos maneras. La una es con carta, e la otra sin ella, e la que se faza por carta es quando el comprador dize al vendedor: quiero, que sea desta vendida carta fecha. E la vendida que desta guisa es fecha maguer se avengan en el precio el comprador, e el vendedor, non es acabada, fasta que la carta sea fecha, e otorgada: porque ante desto puedese arrepentir cualquier dellos. Mas despues que la carta fuesse fecha, e acabada con testigos, non se podria ninguno dellos arrepentir, nin yr contra la vendida, para desfazerla. E sin carta se podria fazer la vendida quando el comprador e el vendedor, se avienen en el precio, non faziendo mencion de carta. Ca entonces dezimos que seria acabada la vendida que assi fiziessen maguer non diesen señal, ninguna el comprador al vendedor porque serian ambos tenudos de complir el pleyto que assi ouissen puesto.”

Se plasman así en las Partidas, provenientes del Derecho romano, por un lado las arras penitenciales, a las que se

atribuye un alcance general y que se sitúan frente a la *pars pretii*, y por otro lado la distinción entre los tipos de ventas que realizaba Justiniano. Queda así siempre la duda sobre el alcance efectivo de las arras penitenciales. Duda que posiblemente se trasladó de los textos justinianeos a las Partidas, si bien en estas últimas resulta acertado entender, partiendo de los antecedentes anteriores que presuponían una venta real, que era admitido un alcance general de las arras penitenciales, referido a todo tipo de venta.

El libro de los Fueros viejos de Castiella se refiere al arra penitencial en la venta *de bestia e ropa* y recoge de forma clara las arra justinianeas:

“Esto es por fuero de omne que compra bestia o ropa e da sennal: sy la non quisiere pagar, deue perder la sennal. Et sy el que toma la sennal non quisiere dar la cosa comprada, deue doblar la sennal al otro.”

94

El Fuero Viejo 4,1,6 dice lo siguiente:

“Todo ome, que compra de otro bestia, o ropa, o otra cosa mueble cualquier, e da señal por ella, e despues non quier comprir la paga, e quier desfacer la compra, deve perder la señal, que a dada, e deve ser quitto. E otrosí, si el que tomo la señal non quisier dar la cosa, que ovo tomada, deve doblar la señal, e non es mas tenudo. Mas despues que la vendida fuer fecha, quier de mueble, quier de rais, e fuer apoderado de ella el comprador, non se puede desfacer, e vale al que la compro, e el vendedor non lo puede desfacer.”

De este texto se colige que cabe la posibilidad de arrepentimiento, pero que después de hecha la venta y realizada la tradición ya no es posible el arrepentimiento.

No volveremos a encontrar una nueva regulación sobre las arras hasta el Código civil.

Para la doctrina anterior al Código civil representada por JUAN SALA (15), BENITO GUTIÉRREZ (16), DOMINGO DE MO-

(15) Ilustración del derecho real de España, 1834, p. 245.

(16) Códigos, t. IV, 1871, p. 280.

RATO (17), y GÓMEZ DE LA SERNA (18), existían dos tipos de arras: las penitenciales y las confirmatorias, siendo la imperfección o perfección del contrato el elemento determinante de la existencia de unas u otras. En igual sentido se pronuncia POTHIER (19), quien distingue entre las arras que se dan antes de ajustarse la venta y las que se dan después de concertada la venta; las primeras son las penitenciales y las segundas las confirmatorias. Esta parece ser la opinión dominante en la época del Derecho común. Sin embargo, la cuestión no estaba exenta de polémica debido, sobre todo, a la dificultad que entrañaba la interpretación del controvertido texto de la Instituta. Eran así varios los autores, como señala POTHIER, que para el caso de que la venta ya estuviere perfecta, admitían la posibilidad de que las partes desistieran de su obligación por el hecho de haber mediado arras. Nos dice así H. COING (20) al estudiar las arras en el Derecho común, que en relación con la venta ya perfeccionada eran diversas las opiniones de los autores sobre la

(17) *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, T. II, Valladolid 1877, p. 416. Dice así MORATO que la entrega de arras causa diversidad de efectos, según que se hayan dado antes o después de la perfección del contrato. En el primer caso, es decir, cuando no hay más que un principio o proyecto de venta, podrán los interesados separarse de este principio de compromiso perdiendo el comprador lo que dio, si él es el que se retira, o si fuese el vendedor restituyendo al primero lo que en dicho concepto recibió del mismo, y otro tanto. Después de cerrado o perfeccionado el contrato, no puede disolverse por la voluntad del comprador solo, aunque se someta a la pérdida de las arras, ni por la del solo vendedor, aunque ofrezca restituirlas dobladas.

(18) GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, T. II, Madrid, 1861, pp. 361 y 364. Dice G. DE LA SERNA que para asegurar más el éxito del contrato de compraventa intervienen señal o arras en algunas ocasiones. Las arras pueden darse antes o después de la perfección de la venta. En el primer caso hay lugar al arrepentimiento, perdiendo el comprador las arras que dio si fue él quien se retractó, y si lo fue el vendedor deberá restituirlas dobladas: en el segundo caso, como son parte del precio y una prueba de estar concluido el contrato, no es lícito arrepentirse ni deshacer la venta a no ser que convenzan ambos contrayentes.

(19) POTHIER, R. J.: "Traité du contrat de vente", en *Ouvres* III, París 1847, pp. 261-269.

(20) COING, H.: *Europäisches Privatrecht. Älteres Gemeines Recht. 1500 bis 1800*, München, 1985, p. 450.

función que aquéllas tenían: En parte se admitía que la entrega de las arras, también después de la perfección del contrato, otorgaba un derecho de desistimiento que abarcaba hasta el cumplimiento; y en parte esto era también rechazado.

Hay, sin embargo, que señalar que la perfección del contrato no siempre tenía lugar por medio del consentimiento. Dice así GÓMEZ DE LA SERNA (21) que inmediatamente que han convenido los contrayentes acerca de la cosa y el precio queda perfeccionado el contrato, a no ser que quieran que para su perfección se haga escritura, en cuyo caso hasta el otorgamiento no se reputará perfecto. En igual sentido se expresa MORATO (22) al afirmar que sólo en el caso de que los mismos contrayentes hubiesen estipulado expresamente que se habría de hacer el contrato por medio de escritura, estará pendiente y sin perfeccionarse hasta que se haya cumplido la condición. H. COING dice a este respecto que sólo debe entenderse que la perfección tiene lugar mediante la escritura y que por tanto hasta ese momento no existe ninguna obligación contractual, cuando la voluntad de las partes de que eso sea así sea claramente reconocible. En caso de duda, el establecimiento de un documento debe considerarse únicamente como medio de prueba.

Los avatares por los que atravesó la redacción del artículo 1.454 dan fe de la polémica que había de existir entre los partidarios de mantener la función penitencial de las arras y los que pretendían romper con ella sustituyéndola por una función confirmatoria. De todo ello es expresión el proyecto de 1851, en cuyo artículo 1.376 se decía que “aunque hubiesen mediado arras o señal, no podrá rescindirse el contrato por el hecho de allanarse el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas.” Es evidente la intención de este precepto de romper con la situación ante-

(21) GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *op. cit.*, pág. 361.

(22) DOMINGO DE MORATO, D. R.: *op. cit.*, pág. 400.

rior y acabar con el carácter penitencial de las arras. Su redacción se debe al influjo ejercido por GARCÍA GOYENA (23) quien en su comentario al artículo 1.376 del proyecto dice lo siguiente: “Era preciso optar entre las disposiciones de los Códigos holandés y prusiano y la del Fuero Real: yo propuse la adopción de aquéllos y que se añadiera; que el comprador perdiese además las arras en caso de negarse al cumplimiento del contrato, y el vendedor, en igual caso, las devolviese duplicadas como pena de la mala fe: esta adición pareció demasiado dura a la Comisión, que en lo demás admitió los artículos holandés y prusiano.” La postura de GARCÍA GOYENA era claramente contraria a las arras penitenciales como pone de relieve a través de las siguientes palabras: “Las arras se dan casi siempre estando ya perfecto el contrato y para darle en cierto modo mayor firmeza: no deben pues, convertirse en medios o instrumentos para su rescisión: son un simple accesorio de la obligación principal, sin que puedan alterar su naturaleza y efectos necesarios: son una anticipación o pago parcial del precio.”

97

El anteproyecto de 1882-88 mantenía una redacción semejante a la contenida en el anterior proyecto. Sin embargo, pese a estos antecedentes, la redacción definitiva se inclinó por la no ruptura, regulándose las arras penitenciales.

Con todos estos antecedentes sobre la función penitencial de las arras no resulta en modo alguno extraño que fuera redactado el artículo 1.454 del Código civil en el sentido que hoy conocemos. Hay que partir en primer lugar de la distinción que se realizaba entre las arras o señal y la parte del precio. Esta diferenciación nos muestra que el término arras o señal ha estado ligado siempre en nuestro Derecho a una función penitencial. Para los redactores del Código, a la vista de los antecedentes, no tenía sentido formular una función confirmatoria de las arras, que venía a ser equiva-

(23) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios*, Madrid, 1852.

lente a la entrega de una parte del precio y que resultaba vacía de contenido al no poseer factor alguno que le permitiera asumir la función de ser signo de la conclusión del contrato. Carecía por tanto tal tipo de arras de la especificidad necesaria para que pudiera haber sido tomada en consideración por el legislador español. Por el contrario las arras penitenciales concentran para sí la mayor especificidad y peculiaridad; no es de extrañar así que el legislador se haya referido únicamente a ellas, puesto que la modalidad confirmatoria quedaba asimilada a los anticipos. Por su parte, las arras penales hay que tener en cuenta que funcionan al modo de una cláusula penal, a la que el Código ya dedicaba una serie de artículos. Las denominadas arras penales actúan dentro de la dinámica del artículo 1.124. Puede decirse que son la indemnización a la que se refiere el artículo 1.124, pero que en lugar de ser impuesta por el juez, las partes la fijan de antemano, con la ventaja añadida de que el acreedor dispone de ella desde la conclusión del contrato.

En segundo lugar se hallará también una justificación del artículo 1.454 en la propia problemática que ha acompañado siempre a las arras penitenciales. Por un lado se ubican las arras en aquellas ventas en las que se hace depender su perfección de determinadas formalidades y, por otro, se formulan también con alcance general para todo tipo de ventas. Quedaba así siempre abierta la posibilidad de admitir la función de las arras en los contratos perfeccionados por el consentimiento.

Hay que tener en cuenta en tercer lugar, que el sentido que se ha atribuido a la venta no ha sido siempre el mismo. La función penitencial de las arras aparece con toda seguridad unida a la idea de que el consentimiento por sí solo no genera la fuerza suficiente para ligar a la otra parte al cumplimiento de lo pactado. Puede así señalarse que las arras penitenciales han mirado siempre hacía un momento posterior al acuerdo de voluntades, fuera la redacción de un documento o fuera el momento de la entrega. Se dirigen

por tanto estas arras hacia el cumplimiento del contrato, no hacia su perfección por medio del consentimiento. De acuerdo con esto, no era posible que los redactores del Código situaran la función de las arras penitenciales en el momento del precontrato partiendo de la idea de que el elemento fundamental hacia el que tienden las arras es el obligacional, el de la perfección del contrato por el consentimiento de las partes, ya que se entendía que, entregadas las arras, sólo quedaba un paso por dar en el *iter* de la relación surgida. Situar la función de garantía de las arras en un momento anterior al del contrato como lo es el del precontrato, suponía que las arras quedarían alejadas de su sentido originario de garantía de la consumación del contrato. El legislador español tiene en cuenta en la redacción del artículo 1.454 la solución adoptada en materia de arras por el Código francés, que opta del mismo modo por las penitenciales, pero situándolas en el precontrato. Cabe señalar no obstante que en el Derecho francés el contrato supone ya la transmisión de la propiedad.

99

6. Las arras en el Derecho comparado.

El problema de las arras penitenciales, esto es, la posibilidad de desistir de un contrato perfeccionado por el consentimiento, es cuestión que ha preocupado desde siempre a los juristas, existiendo numerosas obras al respecto. Los estudios más profundos sobre esta figura tienen lugar a partir del segundo renacimiento del Derecho romano, en el momento en que se aborda la tarea codificadora y se pone de relieve la fuerza del acuerdo de voluntades, produciéndose una progresiva flexibilización del elemento formal. En ese momento las arras penitenciales vienen a resultar excesivamente extrañas al sistema general. Los trabajos realizados conducen a desprestigiar la figura de las arras penitenciales, que es sustituida en muchos casos por la función confirmatoria. Hay así una vuelta hacia los esquemas clási-

cos. Esto no supone la desaparición de las arras penitenciales, pero será ahora necesario que las partes las pacten expresamente para que puedan entrar en funcionamiento. Son así diversos los países que regulan las dos modalidades de arras, pero dando prioridad a las confirmatorias sobre las penitenciales. Otros, sin embargo, se limitan a regular las confirmatorias. La toma de postura en favor de una función confirmatoria de las arras ha sido calificada por algún autor como la solución moderna, frente a la clásica que sería la de las arras penitenciales, no creo, sin embargo, que haya base suficiente para realizar tal afirmación. También son varios los Códigos que defienden el carácter penitencial de las arras con predominio sobre el confirmatorio. En nuestro país dependiendo de la materia o territorio que se tome en consideración se hallarán respuestas para todos los gustos.

100

El Código civil francés en su artículo 1.590 atribuye a las arras función penitencial, si bien refiriendo tal función a las promesas de venta. Parte de la doctrina francesa, basándose en el artículo 1.590, conforme al cual la promesa de venta vale como venta, ha querido extender también el carácter penitencial de las arras al contrato de venta. Las arras en el código francés tienen por tanto el mismo sentido que en el español, siendo común opinión el que nuestro legislador se inspiró en la solución francesa a la hora de redactar el artículo 1.454. En cualquier caso, la similitud de función ha hecho que con frecuencia la doctrina española acuda a las opiniones mantenidas por los autores franceses.

El Código civil italiano de 1942 posee una regulación de las arras bastante detallada, habiéndose hecho eco de las corrientes doctrinales dominantes en el momento, frente a la que se consideraba la noción tradicional de las arras, que estaría constituida por las arras penitenciales. Dedicó este Código dos preceptos a las arras. El artículo 1385 contiene la regulación de las arras confirmatorias y penales: "Si en el momento de la celebración del contrato, una parte da a la otra, a título de arras, una suma de dinero o una cantidad

de otras cosas fungibles, las arras, en caso de cumplimiento, deben ser restituidas o imputadas a la prestación debida. Si la parte que ha dado las arras incumple, la otra puede desistir del contrato, reteniendo las arras. Si la que incumple es, por el contrario, la parte que las ha recibido, la otra puede resolver el contrato y exigir el doble de las arras. Si, por el contrario, la parte que no ha incumplido prefiere pedir la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regula por las normas generales.” En el artículo siguiente se regulan las arras penitenciales del modo siguiente: “Si en el contrato se estipula el derecho de resolución para una o ambas partes, las arras tienen solamente la función de compensación por la resolución. En este caso, el que utiliza la resolución pierde las arras entregadas o debe restituir el doble de las recibidas.” De esta forma el Código italiano opta por las arras confirmatorias frente a las penitenciales, que sólo se entenderán existentes cuando las partes las establezcan expresamente o el Tribunal interprete que fue la intención de las partes el hacerlo. Adopta este Código, fiel a su carácter, una solución ecléctica y equilibrada.

101

El Código suizo de obligaciones de 1912 establece del mismo modo una presunción a favor de las arras confirmatorias. Dice así el artículo 158 que “Quien otorga arras se reputa que lo hace en signo de la conclusión del contrato, y no a título resolutorio”, y que, “salvo costumbre local o pacto en contrario, quien ha recibido las arras puede conservarlas sin necesidad de computarlas en su crédito.” Fue este Código uno de los primeros en apartarse del modelo de las arras penitenciales, dejando después sentir su influencia en otros códigos posteriores. Sin embargo, también regula el Código suizo las arras penitenciales, si bien asignándolas un nombre distinto: «*dèdit*». Distingue la doctrina suiza entre un *dèdit* real, en el cual la entrega ha sido hecha efectivamente, y un *dèdit* consensual, en el que la suma a entregar ha sido sólo prefijada.

El Código civil alemán también opta por la función confirmatoria de las arras. Dice así el parágrafo 336 que: "Si a la conclusión del contrato se diera algo como arras, valdrá esto como señal de la perfección del contrato. Las arras no se considerarán en la duda como dinero de arrepentimiento." En los dos artículos posteriores se determina el destino que han de tener las cantidades entregadas como arras según los diversos supuestos. Junto a esta figura de las arras a las que el B.G.B atribuye una función confirmatoria, si bien admite que puedan tenerla penitencial, se regula otra institución que es la del dinero de arrepentimiento (*Reugeld*), semejante en sus efectos a las arras penitenciales. Las arras con función confirmatoria (*Draufgabe*) tienen en el Derecho alemán una importante tradición que se manifiesta en las diversas costumbres que con función confirmatoria eran utilizadas a la conclusión de un contrato.

102 Por las arras penitenciales optan algunos códigos hispanoamericanos como el argentino (artículos 1.189, 1.202 y 1.373) y el chileno (artículos 1.801 a 1.805). Especial interés para el conocimiento y estudio de esta institución que nos ocupa, tiene el código chileno cuya regulación muestra una gran precisión técnica en torno al funcionamiento de las arras penitenciales.

II. Las arras penitenciales en la jurisprudencia

Como se dijo al principio, el cauce elegido para navegar en esta materia es fundamentalmente el de la jurisprudencia. Constituye ésta el escenario en el que se ponen de relieve los diversos problemas que nos depara el complejo entramado social, teniendo lugar a través de ella el encuentro de la realidad con el Derecho, bajo el ritmo catalizador de los Tribunales de justicia. Aquí puede apreciarse toda la riqueza de matices y aspectos que presenta una institución y que habrán de ser considerados en la elaboración de una doctri-

na en torno a la figura de las arras penitenciales. Como punto de partida en este empeño, se ha elegido la sentencia de 21 de julio de 1994 que, junto a su carácter reciente, tiene la virtualidad de mostrarnos prácticamente todas las diversas interpretaciones que del artículo 1.454 del Código civil ha realizado la jurisprudencia. A ello hay que añadir, como sin duda se podrá apreciar más adelante, el interés que por sí misma presenta al constituir un estado avanzado dentro de esa particular pugna que mantiene nuestro alto Tribunal con el, a la sazón, viejo instituto de las arras. Entrando ya en materia, hay que decir que la susodicha sentencia nos muestra un supuesto de compraventa de inmueble en el que se pacta por las partes la entrega de una cantidad de dinero en concepto de "arras o señal". El Tribunal Supremo estima que tal pacto no debe considerarse como de arras penitenciales, sino como de arras confirmatorias. Para alcanzar esta conclusión el alto Tribunal ofrece (fundamentos de Derecho quinto y sexto) una serie de argumentos que vienen a ser un compendio de la doctrina legal anterior. Se reproduce aquí, en lo sustancial, dichos argumentos: "... las arras o señal del artículo 1.454 tienen carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezcan, de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en tal sentido. La norma contenida en el precitado artículo es meramente supletoria e interpretativa de la voluntad de las partes, sin tener alcance alguno imperativo o prohibitivo, precisándose para su correcta aplicación que conste, de una manera clara y evidente que tal fue la intención de las partes, debiendo entenderse, en caso contrario, que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve para confirmar el contrato celebrado. Ha de acudirse a las normas interpretativas de los artículos 1.281 a 1.289 del C.c. cuando la expresión de la voluntad no aparezca clara, sea por vaguedad o confusión. Y cuando el Tribunal de instancia estima que la cantidad entregada al celebrar el contrato lo fue a

cuenta del precio, carece de aplicación el artículo 1.454 del C.c. (Ss. de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 8 de julio de 1933, 22 de octubre de 1948, 15 y 22 de octubre de 1956, 1 de abril de 1958, 7 de febrero de 1966, 20 de mayo de 1967, 16 de diciembre de 1970, 7 de julio de 1978, 17 de febrero de 1982, 19 de octubre de 1984, 12 de julio de 1986, 9 de marzo y 9 de octubre de 1989)."

Para abordar adecuadamente las diversas cuestiones que se suscitan en relación con las arras penitenciales, partiendo de la consideración que de ellas se realiza por parte de la jurisprudencia, se hace necesario en primer lugar realizar un análisis del artículo 1.454 del C.c. y de sus diversas interpretaciones, para tratar de averiguar su verdadero carácter. En esta materia seguiremos las pautas que nos marca la propia sentencia. En segundo lugar, será preciso llevar a cabo un examen de la doctrina legal en la que afirma basarse esta resolución.

104

Así pues, pasaré a analizar los diversos sentidos que se han ido dando al artículo 1.454 del C.c. y que esta sentencia viene a resumir.

1. Sucesivas calificaciones del artículo 1.454 C.c. sobre las que se construye el fallo.

- Se califica al artículo 1.454 de norma interpretativa. Es ésta, como ya se apuntó con anterioridad, una de las interpretaciones posibles que se intuyen a nivel teórico de este precepto. Sin embargo, si se parte del propio concepto de norma interpretativa conforme al cual ésta está dirigida a determinar la voluntad de las partes cuando ésta se ha expresado, aunque de modo dudoso e incompleto, no parece que pueda considerarse en principio a esta norma como tal, ya que no interpreta nada. Tal y como está redactado, se limita a regular una figura, la de las arras, dotándola de un contenido y una función propios y específicos, del mismo modo que se regula en el Código cualquier otra institución.

Dice así el precepto: "Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas." Se recoge un supuesto de hecho concreto (que medien arras en la compraventa) y se le atribuye una consecuencia jurídica concreta (posibilidad de rescindir el contrato cumpliéndose determinados requisitos), sin hacer ningún tipo de salvedad que permita la entrada de la voluntad de las partes, como es propio de las normas interpretativas. ¿Por qué entonces se le califica como norma interpretativa? Para responder a esta cuestión hay que partir del reconocimiento que se hace de la existencia de tres modalidades de arras: confirmatorias, penales y penitenciales; de la idea de que la figura de las arras engloba diversos significados, diversas funciones, todas ellas posibles en el tráfico. De forma que, pese a que el Código civil en su artículo 1.454 sólo se refiere de forma expresa a una de ellas, las penitenciales, prescindiendo absolutamente de las demás, aunque no excluyéndolas, es posible por vía de la autonomía de la voluntad admitir la existencia en nuestro Derecho de las otras dos clases de arras conocidas. A todas ellas se las conoce con el nombre de arras, a pesar de las importantes diferencias que existen entre ellas en cuanto a la función que desempeñan. Hechas estas consideraciones, parece entonces posible afirmar que es el reconocimiento de esas tres modalidades lo que conduce a atribuir al artículo 1.454 el carácter de norma interpretativa. Se logra así hacer compatible dicho precepto con la declaración de reconocimiento de las arras confirmatorias y penales en el Derecho civil. De esta forma vendría el artículo 1.454 a funcionar de modo análogo a como lo hace el artículo 343 del Código de Comercio en el ámbito mercantil, estableciendo una presunción a favor de las arras penitenciales para el caso de que las partes no hayan señalado el sentido que querían dar a su pacto de arras. Así pues, de acuerdo con esta caracterización, habrá que afirmar que siempre que aparezcan arras,

salvo que se diga otra cosa, serán penitenciales. Este es el sentido de toda norma interpretativa.

- En un sentido semejante se señala el carácter supletorio del artículo 1.454, queriéndose incidir con ello en el protagonismo de la voluntad de las partes (habida cuenta de que son varias las modalidades de arras admitidas en nuestro Derecho) en la elección del tipo concreto de arras, sin que ése tenga por qué ser necesariamente el de las penitenciales. Tal afirmación lleva a la jurisprudencia a señalar la necesidad de una labor interpretativa de los tribunales para averiguar la modalidad de pacto arral elegida por las partes.

- Se afirma también el carácter dispositivo del precepto al señalarse que no tiene alcance alguno imperativo o prohibitivo. Con ello se está negando la posibilidad de hacer una interpretación estricta del artículo 1.454, que impida reconocer la existencia de las diversas modalidades de arras. Según esta calificación este precepto no prohíbe que existan otras clases de arras. Lo que ya no resulta tan claro es el alcance que se quiere dar a aquellas expresiones. Puede pretenderse a través de ellas, y esto parece lo más lógico, poner de relieve el carácter interpretativo y supletorio de la norma, habida cuenta de que este tipo de normas son una subespecie de las normas dispositivas. Pero también puede entenderse que lo que se pretende al calificar al artículo 1.454 como norma dispositiva, no es sino considerarlo como un precepto que se limita a regular el contenido de un tipo concreto de arras, a modo de una definición legal, y que entrará tan solo en juego cuando las partes se decidan expresamente por él.

- Por último, se considera a las arras penitenciales como excepcionales, con lo que las cláusulas en que aparezcan deben interpretarse restrictivamente. Ese carácter excepcional deduzco que lo tienen porque facultan para desistir de un contrato perfecto, lo que constituye una excepción a la regla general del artículo 1.258 según el cual, los contratos son

obligatorios para ambas partes una vez perfeccionados. Es normal que los contratos se celebren para ser cumplidos y que a ello hayan de dirigirse. Y además habrán de cumplirse en la forma específicamente pactada. Frente a esto, el artículo 1.454 constituye un supuesto de resolución unilateral de un contrato perfecto.

Las consecuencias que se derivan de estas calificaciones serán examinadas más adelante, tras el examen de la jurisprudencia en materia de arras. De este modo podrá apreciarse mejor la evolución en la interpretación del artículo 1.454 del Código civil, así como la relación que guarda esa evolución con la realidad de los problemas planteados. Así pues pasaré a continuación a analizar la jurisprudencia que existe sobre las arras, fundamentalmente la citada por la sentencia de 21 de junio de 1994, si bien, para realizar un estudio más profundo, se acudirá a todas aquellas sentencias que puedan suministrar datos de interés de cara a una configuración teórica de las arras penitenciales y, que en general nos sirvan para entender mejor los problemas que plantea esta institución que es objeto de nuestro estudio.

107

2. Los diversos supuestos de hecho.

Como creo que ya habrá sido posible apreciar a lo largo de lo hasta aquí expuesto, es evidente que ha sido una constante no sólo en la jurisprudencia sino también en la doctrina, el tratar de matizar en lo posible el artículo 1.454 del Código civil y darle la mayor flexibilidad posible a fin de desvirtuar en lo que quepa un contenido que se considera poco acertado y fuera de lugar. Si tomamos en nuestras manos cualquier comentario o exposición teórica sobre las arras, podremos darnos cuenta de que todas las construcciones se hacen al margen del precepto legal que en esta materia existe. Del mismo modo, cuando es expuesta en algún comentario la doctrina legal sobre las arras, es evidente que a través de esa exposición lo que se persigue es

combatir el contenido del artículo 1.454, mostrando las matizaciones que de él ha hecho el Tribunal Supremo. Resulta por tanto poco menos que imposible no sucumbir ante tal cantidad de argumentaciones contrarias a la institución que ampara el artículo 1.454. A los mismos resultados puede llegarse a través de una lectura rápida de las sentencias que resuelven litigios en que han intervenido arras. Es preciso realizar un estudio en profundidad, que tenga en cuenta la diversidad de supuestos de hecho y por tanto el problema concreto que se trató de resolver en la sentencia, para llegar a la conclusión de que la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en torno a las arras, no se aparta tanto del artículo 1.454 del Código civil como parece generalmente deducirse de los comentarios que sobre él existen y la misma sentencia que se ha tomado como punto de partida para abordar el estudio de la jurisprudencia afirma.

En primer lugar, del examen de la jurisprudencia se deduce que los supuestos de hecho no son únicos, sino variados, pudiendo sistematizarse como sigue:

a. Unas veces aparecen especificados en el contrato sobre el que se plantea la *litis* los términos “arras o señal” (como ocurre en el presente caso), o simplemente se habla de “arras” o simplemente de “señal”. (Ss. de 22-10-1950, 1-4-1958, 20-5-1967, 7-2-1982, y 21-6-1994).

b. Otras veces se habla de “señal y parte del precio”, o de “señal a cuenta del precio”. (Ss. de 11-10-1927, 22-10-1948, 22-10-1954, 7-2-1966, 16-12-1970, 19-10-1984, 12-7-1986, 31-7-1992, y 15-3-1994).

c. En ocasiones, las partes introducen en el contrato una cláusula determinada que no es calificada de ningún modo y que presenta alguna similitud con las arras penitenciales. (Ss. de 9-3-1989, 9-10-1989, y 3-10-1992).

d. En otras ocasiones, simplemente, se entrega una cantidad de dinero en el momento de perfeccionarse el contrato sin que conste en calidad de qué se hace esa entrega. (Ss. de 24-11-1926, 16-1-1933, 24-4-1956, 31-10-1963, y 5-5-1990).

e. Otras veces, al margen de la naturaleza de la entrega, se trata de supuestos en los que ha transcurrido el plazo dentro del cual las partes podrían desistir del contrato. Plazo que generalmente, salvo que se establezca otra cosa por vía legal o de la autonomía de la voluntad, viene a concluir una vez llegada la fecha en que el contrato debe ejecutarse. A partir de ese momento el artículo 1.454 ya no podría entrar en juego y estaríamos dentro del terreno del incumplimiento contractual o del retraso en el cumplimiento. En estos casos falta el requisito necesario del allanamiento. (Ss. de 14-5-1929, 8-7-1933, 22-10-1948, y 22-10-1954).

f. También hay ocasiones en que, con independencia de la calificación que las partes hacen de sus estipulaciones, las cantidades entregadas no reúnen los requisitos necesarios para que puedan considerarse como arras penitenciales. Tal sucede cuando se entregan cantidades de dinero a plazos, ya que las arras no constituyen nunca un primer plazo del precio total; o, cuando del análisis del supuesto, se desprende que lo que se ha estipulado es una cláusula penal. (Ss. de 15-10-1956 y 14-5-1993).

g. Por último, existen también supuestos en los que se trata de compraventa mercantil, por lo que será entonces aplicable el Código de Comercio. (Ss. de 11-10-1927 y 15-3-1994).

Las diversas sentencias que conforman la doctrina legal sobre las arras, y que a continuación se glosarán, no diferencian estos supuestos de hecho, aplicando a todos los casos argumentos semejantes; a pesar de lo cual los resultados a que llegan varían de unas sentencias a otras. Podemos así afirmar la existencia de dos líneas jurisprudenciales que, siguiendo a la doctrina (24), denominaremos línea restrictiva y línea declarativa, atendiendo a que la interpretación

(24) Vid. al respecto CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. 4, Madrid, 1988, p. 96; y BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, T. 1, Barcelona, 1979, p. 328.

que del artículo 1.454 se haga esté más o menos alejada de su tenor literal. La primera sería aquella que se muestra más alejada del artículo 1.454, optando por considerar como regla general el que las arras deben ser confirmatorias. La segunda línea se haya más próxima al tenor literal del precepto, entendiendo que la regla general en el Derecho civil es la de las arras penitenciales. Así, unas veces se afirma que existen arras penitenciales y, otras veces, que no.

Podríamos englobar dentro de la línea restrictiva las Ss. de 24-11-1926; 11-10-1927; 14-5-1929; 16-1-1933; 8-7-1933; 22-10-1948; 15-10-1956; 7-2-1966; 12-7-1986; 9-3-1989; 9-10-1989; 3-10-1992; y 14-5-1993. Y dentro de la declarativa las de 22-10-1956; 1-4-1958; 20-5-1967; 17-2-1982; y 19-10-1984. Distinción que hago basándome, fundamentalmente, en la solución a que se llega en cada sentencia.

110 No obstante, de un examen más detallado se obtienen distintos resultados, como podrá observarse a través del siguiente análisis.

3. Dualidad de líneas jurisprudenciales.

1) *Sentencias pertenecientes a la línea restrictiva.*

– En la STS. de 24-11-1926 nos encontramos con un contrato verbal de compraventa en el que sólo consta la entrega de una cantidad de dinero al momento de la perfección del contrato. Quien recibió tal cantidad, posteriormente, al serle reclamada la entrega de la cosa vendida, manifiesta su negativa a efectuar la transferencia, entendiendo que la cantidad que le había sido entregada por la parte compradora constituía arras, con lo que le era posible apartarse del contrato allanándose a devolver duplicado el dinero recibido. Dice la sala sentenciadora al respecto que:

“Constituyendo una verdadera modalidad de contrato de compraventa con efectos rescisorios la disposición del artículo 1.454 C.c., es preciso que conste de una manera clara y evidente que en aquél

mediaron arras o señal para poder cualquier parte deshacer el convenio mediante la pérdida de ellas o duplicadas, según sea el comprador o el vendedor quien pretenda romper el vínculo jurídico”.

Y más abajo se continúa diciendo que:

“Considerando que si, pues, la cantidades recibidas fueron a cuenta del precio cuyo resto había de pagarse después, y no en concepto de arras, huelga ya toda consideración crítica que sobre el alcance y efectos de éstas se hicieran, tanto por el Tribunal “a quo”, sin eficacia jurídica, como por el recurrente, pues al no haber mediado arras ni señal en el contrato, según la apreciación de la prueba del Tribunal de instancia, no se ha infringido, por inaplicación, el artículo 1.454 C.c.”

Al observar el supuesto de hecho se advierte que éste entra dentro del punto “d” antes señalado, tratándose de una simple entrega de dinero que se efectúa al momento de la conclusión del contrato, y a la que las partes no califican de ningún modo. El Tribunal de instancia en uso de su soberanía interpretativa califica esa entrega como “cantidades recibidas a cuenta del precio”. A tal conclusión se llega por la vía de considerar que es preciso que conste de una manera clara y evidente que mediaron arras en el contrato para que así pueda cualquiera de las partes deshacer el convenio. Esta es la afirmación fundamental sobre la que se construye el fallo. Si se examina con detenimiento tal aseveración, poniéndola en relación con el supuesto de hecho enjuiciado, se podrá advertir que en este caso, a diferencia de lo que ocurre en la sentencia de 21-6-1994, el TS. no se exige para que entre en aplicación el artículo 1.454 que conste de forma clara y precisa que las partes hayan pactado arras penitenciales, sino sólo que hayan pactado arras. La visión de conjunto que en esta sentencia existe sobre las arras, es bastante distinta de la que posteriormente podrá observarse en la jurisprudencia. Aquí no se aprecia la existencia de discusión alguna sobre la modalidad de arras, sobre si las arras pactadas son confirmatorias, penales, o penitenciales. Esto es algo que se deja al margen. El concepto de arras

parece referirse en todo caso a las del artículo 1.454, a las penitenciales. Hablar de arras es hablar de las arras con función penitencial. La contraposición básica, y que constituye la base del litigio, es la existente entre las arras (genéricamente) y los anticipos o entregas a cuenta. El problema teórico de fondo que se trata de dilucidar, es el de si toda entrega realizada al momento de la perfección del contrato constituye arras penitenciales, existiendo por tanto la posibilidad de retractación. De ahí que para evitar un uso abusivo e interesado de esa posibilidad rescisoria, se establezca la exigencia de que conste de forma clara la presencia de arras; arras que se toman en el sentido de penitenciales. También hay que señalar que la facultad interpretativa del Tribunal se desarrolla en este caso en relación con el hecho mismo de la entrega, es decir, se utiliza para calificar un dato fáctico como es la entrega de una cantidad de dinero sin más.

112 -En la STS. de 11-10-1927 nos encontramos del mismo modo con un supuesto de compraventa en la que se hace entrega de una cantidad de dinero al momento de la celebración del contrato. En un recibo adicional se deja constancia de que la cantidad de la que se hace entrega como señal es un anticipo del precio. Dice el TS. en el fallo que:

“Considerando que las arras son la prenda o señal que se da en algún contrato, y, especialmente, en el de compraventa, bien con objeto de comprometerse los contratantes a su conclusión y ejecución, por el temor de perderlas el que las ha dado o de restituirlas dobladas el que las ha recibido, o bien con el fin de tener una señal o prueba de la perfección del mismo para no dejar lugar al arrepentimiento de ninguna de las partes; y bien se comprende que por la trascendencia que tienen debe hacerse constar su constitución de una manera expresa en el documento que se otorgue; y como en la cláusula segunda del contrato sólo se hace constar que el pago de la cantidad total del precio convenido se efectuará por el comprador entregando 90.000 pts. al tiempo de firmarse el documento, 155.000 pts. en fecha próxima y el resto al otorgarse la escritura de venta, resulta que estas cantidades no fueron arras en el sentido que expresa el artículo 1.454 C.c., sino sólo un anticipo del precio de venta, cuya interpretación confirma el recibo de la

primera de dichas sumas que expidieron los vendedores en el mismo día del otorgamiento del contrato, en el que expresamente dicen que es el importe del primer plazo del precio por el compromiso de venta del vapor”.

Del análisis de los hechos se extrae en primer lugar que, puesto que se trata de un caso de compraventa de buque, la cual conforme al Código de Comercio es siempre mercantil, en ningún caso sería aplicable el artículo 1.454 C.c., sino el 343 C. de c. En segundo lugar, también se desprende de los hechos que la cantidad que se entrega es un anticipo del precio como así se muestra en un recibo. Por lo que se refiere a la doctrina emanada de esta sentencia, en ningún caso se habla de las arras penitenciales como excepcionales, sino de la trascendencia que tienen las arras en general, tanto las penitenciales como las confirmatorias. La discusión, como en la sentencia anterior, no se plantea sobre la base de la contraposición entre las diversas modalidades de arras, aun cuando al comienzo del fallo se establece la distinción entre ellas, sino sobre la base de la distinción entre los simples anticipos y las arras. El problema de fondo y la visión de conjunto son los mismos que en el anterior caso. Del mismo modo, el Tribunal se limita también aquí a interpretar los hechos que se le presentan, o más bien a aceptarlos ante la claridad que parecen desprender.

— En la sentencia de 14-5-1929 se nos muestra un supuesto de compraventa en la que se hace entrega de una cantidad de dinero como señal. El vendedor no se presenta a otorgar la escritura y recibir el resto del precio en el día convenido, y el comprador ejercita la acción derivada del artículo 1.124 C.c. Dice en este caso el TS. que:

“Considerando que el artículo 1.454 C.c. establece una modalidad específica del contrato de compraventa en cuanto a los efectos rescisorios del mismo, consistente en que por haber mediado arras o señal, puede cualquiera de las partes deshacer voluntariamente el convenio, allanándose a su pérdida o devolución duplicada. Que la aplicación de este precepto exige como requisitos: la existencia de

un contrato de compraventa en que hayan mediado arras o señal, materia de apreciación del Tribunal de instancia, y rescisión voluntaria de una de las partes con allanamiento a la pérdida o devolución de aquéllas duplicadas, según los casos, hecho antes o después de interpelación judicial o solicitado por reconvencción o en otra forma procesal. Que en este caso el recurrente no se ha acogido a la rescisión del contrato con allanamiento a la devolución de las arras duplicadas en ningún momento anterior o posterior a la demanda, ni la ha solicitado en forma alguna, por lo que no es aplicable el artículo 1.454."

Se trata pues de un supuesto en el que expresamente consta que la cantidad entregada tiene el carácter de señal. El TS. reconduce ese concepto de señal al contenido en el artículo 1.454 C.c., es decir, admite que lo pactado son arras penitenciales. Por otro lado, sin embargo, estamos ante un caso en el que el vendedor no se presenta en el momento pactado para otorgar la escritura y recibir el resto del precio, de forma que, al no hacerlo, hace surgir en el comprador el derecho a pedir la resolución del convenio que le concede el artículo 1.124. No se ha producido el requisito del allanamiento que el Código civil exige como necesario para que las arras desenvuelvan sus efectos. Esta sentencia tiene importancia porque fija los requisitos para que entre en juego el artículo 1.454 y porque le compara con el artículo 1.124, profundizando así en la configuración de la institución. No se discute por el Tribunal Supremo la existencia de arras, sino que esto es algo que se admite como parece también admitirse que referirse a las arras es referirse a las arras del artículo 1.454. La visión de conjunto es la misma que la de las dos sentencias anteriores. Respecto a la labor que se encomienda en esta sentencia a los tribunales, en relación con la interpretación de las arras, se dice que se deja a la apreciación del Tribunal de instancia si han mediado arras o no en un contrato de compraventa, pero con esto no parece que se esté atribuyendo al Tribunal la facultad de interpretar el sentido y función que ha de tener una cantidad de la que consta expresamente que se entregó como

arras, sino que esa apreciación que se atribuye a los tribunales recae sobre la valoración del hecho mismo de la entrega. Los términos arras o señal se entienden referidos a la función penitencial, por ser ésta la que recoge el Código civil.

— En la STS. de 16-1-1933 nos encontramos ante un contrato de compraventa en el que se hace entrega de cierta cantidad de dinero al momento de su conclusión, sin que las partes califiquen de modo alguno dicha entrega. Al mismo tiempo se introducen una serie de estipulaciones en torno a esa cantidad según las cuales si un tercero ejercita el derecho de opción, le será devuelto al futuro comprador la cantidad entregada, y si no lo ejercita, se computará como entregada a cuenta del precio, pero, si a pesar de que no se ejercite el Derecho de opción por el tercero, el comprador no comparece en plazo a suscribir la escritura pública, perderá la cantidad entregada. El comprador sí que se presentó, pero no el vendedor, por lo que el primero pide que se le devuelva duplicada aquella cantidad, afirmando que fue entregada como arras. El TS. dice lo siguiente:

115

“que cualquiera que sea el concepto jurídico de las arras en los contratos, ya se estime como prenda o señal de la intención de los contratantes de consumir un contrato proyectado, ya como signo ostensible o prueba de su perfección, bien como cláusula penal, bien como parte del precio, el Tribunal «a quo», en su sentencia recurrida, estima, por las razones que alega, que la cantidad entregada por el comprador no tiene aquel concepto, y esta sala tiene declarado en su sentencia de 24-11-1926, que para que la cantidad entregada por el presunto comprador tenga el concepto jurídico de arras, que conste así de una manera clara y evidente”.

De nuevo estamos ante un caso en el que tan sólo consta la entrega de una cantidad de dinero, sin que se hable de arras en ningún momento. A ello se añaden una serie de estipulaciones específicas que encierran una función penal dirigida a salvaguardar el cumplimiento por parte del comprador. Respecto a la doctrina contenida en la sentencia, hay que destacar la distinción que se realiza entre las diversas

modalidades de pacto arral, haciéndose referencia por primera vez a las arras penales, si bien se alude a ellas asimilándolas a la cláusula penal. En lo demás se sigue la doctrina contenida en la sentencia de 24-11-1926, entendiéndose conforme a ella que la cantidad entregada no puede ser considerada como arras ya que para ello es necesario que así se haga constar de forma clara en el contrato. Del mismo modo, siguiendo la doctrina anterior, se sitúa como ámbito propio de la labor interpretativa del Tribunal de instancia el de los hechos y el de las estipulaciones que derivan directamente de la autonomía de la voluntad.

116

—La sentencia de 8-7-1933 resulta, ciertamente, bastante confusa. Se trata de un supuesto de compraventa en el que se hace entrega de una cantidad de dinero como «arras o señal del cumplimiento», afirmándose que dicha cantidad se entenderá entregada «a cuenta del precio el día del otorgamiento de la escritura». Se trata además de un supuesto de incumplimiento contractual por parte del comprador ya que éste no satisfizo el precio en los plazos estipulados. El vendedor, por su parte, no le concede prórroga alguna y opta por solicitar la rescisión del contrato, que es concedida por el Tribunal de instancia. Por lo que se refiere a las arras, establece el Tribunal Supremo la doctrina siguiente:

“Que el concepto jurídico de arras tiene distintos matices, según la jurisprudencia, ya que puede ser considerado como prenda o señal de la intención de los contratantes de consumir un contrato proyectado; como signo ostensible, o prueba de su perfección, para no dar lugar al arrepentimiento, o bien como cláusula penal para indemnizar el daño sufrido por el contratante, que cumplió sus obligaciones, frente al que las incumplió, y como el Tribunal de instancia, teniendo en cuenta el contrato de autos que interpreta en uso de su soberanía, estima que el pacto tercero contiene una cláusula penal, y por ello aplica no solamente el artículo 1.454, sino también los artículos 1.152 y 1.124, es evidente no incurrió en la *infracción* aducida, por cuanto al condenar al comprador a la pérdida de la cantidad entregada como arras, lo hizo como indemnización de daños por haber incumplido la obligación de pagar el precio en el plazo estipulado”.

El supuesto de hecho al que se refiere este asunto encaja dentro del punto “e” antes mencionado. Estaríamos así ante un caso de incumplimiento contractual, de forma que en ningún modo cabría invocar ya una posible aplicación del artículo 1.454 C.c. en la medida en que ha transcurrido el plazo para el desistimiento. En cuanto a la doctrina recogida en esta sentencia, de nuevo se hace referencia a las diversas modalidades de arras, profundizándose en el régimen de las arras penales. También hay que poner de relieve la importancia que se atribuye en esta sentencia a la labor interpretativa del Tribunal, el cual, en uso de su soberanía, entiende que la cláusula en cuestión constituye una cláusula penal. Aquí, a diferencia de lo que ocurría en los supuestos anteriores, no se pone límite a esa soberanía interpretativa del Tribunal.

— La sentencia de 22-10-1948 es ejemplificativa del modo de operar de la dirección restrictiva. Recoge un supuesto de compraventa en el que se hace entrega de una cantidad como «señal y a cuenta del precio». Sin embargo, se trata, en cualquier caso, de un supuesto de incumplimiento contractual, con lo que el artículo 1.454 en ningún modo desenvolvería sus consecuencias y el resultado, de entender el Tribunal que habían mediado arras penitenciales, no habría variado. La doctrina recogida en este caso va a marcar el desarrollo posterior de todos los asuntos referidos a las arras y supone, como se podrá observar un cambio importante, afirmándose con rotundidad una interpretación restrictiva del artículo 1.454 C.c. Dice así el Tribunal:

“si bien el artículo 1.454 que se cita como infringido, dispone que si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compraventa podrá éste rescindirse allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas, como las arras no tienen siempre la misma significación y se entregan para distintos fines, como pueden ser el de servir de medio de prueba de la celebración del contrato o el de constituir un anticipo del precio, para que puedan considerarse comprendidas dentro de la hipótesis del repetido artículo 1.454 y producir el efecto de desligar a las partes del com-

promiso contraído es necesario, dada la transcendencia que dicho precepto envuelve, que conste de una manera clara y evidente que las partes quisieron dar a las arras el carácter y efectos que tal artículo les atribuye y así lo tiene declarado este Tribunal en sus sentencias de 24-11-1926, 11-10-1927 16-1-1933 y 8-6-1933 y como la sala sentenciadora, interpretando el contrato, ha declarado que las arras o señal entregadas no tuvieron otro carácter que el de anticipo del precio, no puede considerarse infringido el artículo mencionado así como tampoco el 1.281 del Código civil, cuyo párrafo primero que es el que se supone infringido sólo resulta aplicable cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda a la intención de los contratantes, por lo cual debe de estarse al sentido literal de sus cláusulas, pero en el caso presente la palabra señal empleada por las partes tiene diversas significaciones, aceptando la sala sentenciadora la que dados los términos del contrato y sus circunstancias le ha parecido más adecuada y por eso carece de aplicación al caso controvertido el citado artículo.”

118 Lo que este supuesto de hecho concreto nos depara es, junto a una calificación que nos conduce a entender que la cantidad entregada era un anticipo (se habla de «señal a cuenta del precio»), un caso de incumplimiento contractual.

Merecen destacarse las afirmaciones que realiza en este supuesto el TS. y que pueden sintetizarse en dos, las cuales van a marcar el sentido de la jurisprudencia posterior:

a) Reconocida ya de forma clara la existencia de tres modalidades de pacto arral, se considera a las arras penitenciales como una figura que tiene una especial “trascendencia”, aunque no se nos diga en qué consiste tal. Ello hace considerar al Tribunal Supremo que es necesario que conste de una manera clara y precisa que la intención de las partes fue atribuir a las arras una función penitencial en el sentido que expresa el artículo 1.454 C.c. Se produce así una extensión de la interpretación restrictiva que se había llevado a cabo en las primeras sentencias comentadas, modificándose el escenario de dicha interpretación, que ya no será el de la contraposición anticipos- arras, sino el de la contraposición entre las diversas modalidades de arras.

b) Establece así el TS. cuál será el modo en que se habrá de operar ante los casos de arras: Puesto que la palabra señal tiene diversos sentidos, será determinante la interpretación que, atendiendo a los términos del contrato y a las circunstancias del caso, realice el Tribunal de instancia. Se pasa así a considerar que la utilización del término “arras” o “señal” no es dato suficiente para que entre en juego el artículo 1.454, siendo facultad del Tribunal *a quo* interpretar el alcance de esa expresión. A diferencia de las sentencias anteriores que partían de la contraposición entre arras y anticipos, refiriendo el término arras a las contenidas en el artículo 1.454 y apenas estableciendo distinción alguna entre las arras, esta sentencia parte de la distinción entre las diversas modalidades de arras y extiende la anterior interpretación restrictiva al ámbito de las clases de arras, así como la facultad interpretativa del Tribunal de instancia a los supuestos en que conste que lo entregado tenía el carácter de arras, y no sólo a la calificación del dato fáctico de la entrega. El cambio es por tanto bastante considerable. En todo caso se trataba de un supuesto de incumplimiento, con lo que en ningún modo el artículo 1.454 del Código civil hubiera desplegado sus efectos.

— En la sentencia de 15-10-1956 nos encontramos con otro supuesto de compraventa en la que se entrega una cantidad de dinero como señal. Dice el TS. al respecto que:

“Según doctrina que se recoge en sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1945, en la de 11 de octubre de 1927 se declaró que cuando el Tribunal de instancia estima que la cantidad entregada al celebrar el contrato lo fue a cuenta del precio y no como arras penitenciales, carece de aplicación el citado artículo; y en la de 8 de julio de 1933, que las arras o señal no tienen una significación única sino varia, agregándose en la primera de las sentencias invocadas que por ello no cabe entender que el empleo de la palabra señal expresa necesariamente la facultad de desligarse del contrato, y habiéndose asimismo declarado en la anteriormente citada de 22 de octubre de 1948 que para que las arras surtan el efecto previsto en el artículo 1.454 es necesario que conste de una manera clara y

evidente que tal fue la intención de las partes, criterio corroborado últimamente por la de 22 de octubre de 1954; si bien en los casos contemplados en las sentencias de 1948 y 1954 a la palabra «señal» se había agregado la expresión «a cuenta del precio», y en el de la Sala de 1927 sólo se consignó en un recibo adicional que lo era como anticipo del precio; mencionándose finalmente en el contrato objeto de la de 8 de julio de 1933 que la entrega se hacía como señal de su cumplimiento y con otros extremos que la Sala de instancia, en uso de su soberanía, había interpretado como cláusula penal, condenando, por aplicación de los artículos 1.152 y 1.124, a la pérdida de las arras como indemnización de daños por incumplimiento de la obligación de pago; significación que también tuvo en la especie que fue origen de la de 5 de junio de 1945; y como el Tribunal «a quo» declara en el presente caso, deduciéndolo del contexto del documento privado de compraventa, que la cantidad entregada al formalizarse el contrato lo fue como parte del precio y no en concepto de arras penitenciales; la interpretación que se da en el recurso a la cláusula primera, en que efectivamente se emplean las palabras “con señal”, pero se convienen los plazos en que debe abonarse las restantes pesetas del precio estipulado, y en la tercera se vuelve a hablar del aplazamiento de éstos, no puede prevalecer.”

Entiende el TS. en este supuesto que la cantidad que se entregó al momento de la perfección del contrato, aun cuando expresamente las partes la califican como “señal”, constituye una parte del precio, sin que pueda hablarse de arras penitenciales. A tal conclusión llega el Tribunal al contemplar el hecho de que esa cantidad, como se desprende con claridad de los términos del contrato, viene a ser un primer plazo al que después habían de seguir otros dos hasta completar el precio total. El documento contractual venía a decir así lo siguiente: “Que por el mencionado contrato de fecha de 27 de octubre de 1948 el vendedor recibía en el acto del comprador la cantidad de 3.000 pts. como señal, obligándose el último a completar dicha señal hasta la suma de 10.000 pts. el día 14 de noviembre siguiente y a pagar las 45.000 pts., resto del precio, el 14 de noviembre de 1949, fecha en que se otorgaría la escritura de compraventa”. Estaría por tanto este supuesto de hecho englobado dentro del punto “f” antes mencionado. No puede hablarse

de arras penitenciales cuando, con independencia de la calificación realizada por las partes en el contrato, la entrega de dinero realizada no reúne los requisitos necesarios para que pueda ser considerada como de arras. Respecto a los argumentos contenidos en esta sentencia, destaca el reconocimiento que se realiza de la variedad de supuestos de hecho examinados en la jurisprudencia anterior, que se reconoce fueron determinantes para negar la existencia de arras. En lo demás se reitera la doctrina de anteriores sentencias: Al existir tres tipos de pacto arral, será determinante la labor interpretativa que realice el Tribunal de instancia en orden a averiguar cual fue la voluntad de las partes. En dicha labor se ha de tener en cuenta que dada la especial trascendencia de las arras penitenciales, es necesario que conste de forma expresa que ese fue el sentido que las partes quisieron atribuir a las arras.

— En la sentencia de 7-2-1966 se aborda un supuesto de promesa de venta. En este caso aparece expresada de forma clara la voluntad de las partes de que la cantidad entregada sea “a título de arras o señal y a cuenta del precio convenido”. En ella se recoge la doctrina siguiente:

121

“Pues con absoluta independencia de que en el documento donde consta el contrato se hayan intercalado las palabras manuscritas «y a cuenta», que figuran salvadas a mano también, al final del mismo que por sí solo sería bastante para desvirtuar las alegaciones de la parte que ahora recurre en casación, no debe olvidarse que según la doctrina de esta Sala especialmente contenida en la S. 1 abril 1958, para interpretar el contrato en que existen las referidas arras o señal, es preciso buscar la intención real de los contratantes en orden a lo que, en virtud del principio de libertad contractual, quisieron fuere el alcance y eficacia de las dichas arras, y sobre todo que constante y reiteradamente se ha dicho por este Supremo Tribunal que la pretensión resolutoria del contrato de compraventa, que puede deducirse de la mediación de arras o señal, tiene que constar de manera clara y evidente apareciendo de modo expreso la intención de los contratantes en el sentido de que podía desligarse de la convención por dicho medio rescisorio, pues en otro caso la entrega ha de reputarse anticipo del precio.”

En el campo de los hechos, parece evidente, y así lo afirma el mismo TS., que no se trata de las arras del artículo 1.454 pues se entregan a cuenta del precio. Respecto a los razonamientos jurídicos, éstos marchan dentro de la línea restrictiva en el mismo sentido que la sentencia anterior. Se insiste en la importancia de averiguar a través de la interpretación del contrato, el sentido que las partes quisieron atribuir a las arras.

— En la de 12-7-1986 aparece un contrato de compraventa en el que se hace entrega de una cantidad de dinero “como señal y parte del pago del precio”. De la doctrina contenida en ella, merece resaltarse lo siguiente:

“El concepto de arras no es en Derecho moderno, tan simple y uniforme cual se pretende en el recurso, ya que se admite la existencia de varias clases de las mismas: unas llamadas penitenciales que son las que parece contemplar el artículo 1.454 del C.c., concebidas a manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes de desistir, a su arbitrio, del contrato; otras, denominadas confirmatorias que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante que no facultan, por tanto, para resolver la obligación contraída y que normalmente corresponden con las entregas o anticipos «a cuenta del precio», de lo que es ejemplo en nuestro sistema el supuesto del artículo 343 C. de c.; y otras denominadas penales, que se confunden con las confirmatorias cuando lo entregado como «arras» no se imputa al precio, sino que funciona de modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal del artículo 1.152 C.c., como resarcimiento, en este supuesto anticipado, para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida. Las dudas que puedan surgir en cuanto a cuál de ellas es la recogida en cada caso concreto, han de resolverse utilizando las normas de interpretación de los contratos en orden a lo que quisieron fuese el alcance y eficacia de las dichas arras.”

Y más adelante, siguiendo a la doctrina anterior, se dice que:

“las arras o señal que, como medio de garantía permite el artículo 1.454, tiene un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de la que resulta la voluntad

indubitada de las partes en aquel sentido, debiéndose entender, en caso contrario, que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado.”

De las expresiones contenidas en el documento contractual, parece desprenderse que se trata de una cantidad entregada como anticipo o dinero a cuenta y no como arras. Así lo entiende el propio Tribunal Supremo, de acuerdo con la calificación que ha realizado el Tribunal de instancia. La doctrina contenida es espejo de la recogida en las sentencias anteriores. Cada vez se insiste más en que el problema de las arras es un problema de interpretación de los contratos, para lo cual se habrá de acudir a las normas del Código civil contenidas en los artículos 1.281 y siguientes. Con lo cual se afirma también la facultad que compete para la interpretación de los contratos al Tribunal de instancia, cuyas conclusiones han de ser respetadas en casación, salvo que puedan ser reputadas de ilógicas.

123

—La de 9 de marzo de 1989 nos muestra un supuesto de compraventa en la que las partes introducen en el contrato unas cláusulas sin calificar que, por su contenido, pudieran ser asimilables a las arras penitenciales. El Tribunal de instancia considera que tales cláusulas conforman un pacto de arras penales, opinión que es compartida por el TS. sobre la base de la soberanía interpretativa que se reconoce al de instancia. La sentencia, tras definir las tres modalidades de arras dice, refiriéndose a las penitenciales que:

“Debe serles atribuido un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezcan, de modo que, la nota genérica de no presunción de las arras, alcanza en éstas su mayor rigor, exigiendo su constancia si no denominándolas expresamente con su específico nombre, si haciendo constar inequívocamente, la función resolutoria que contienen.”

En concreto, al estipular la venta se acuerda por las partes que la falta de cumplimiento por la compradora de las obligaciones contraídas, supondrá la pérdida de la cantidad

entregada por ésta, que quedará en manos del vendedor en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Del mismo modo, si es el vendedor quien incumple lo estipulado, vendrá obligado a devolver a la compradora el doble de la cantidad entregada más una suma en concepto de indemnización. Todas estas estipulaciones difícilmente pueden ser reconducidas al concepto de arras penitenciales ya que su finalidad es eminentemente penal, y están previstas para el caso de incumplimiento por alguna de las partes, de forma que se muestran bastante alejadas del espíritu que identifica a las arras penitenciales. Es de resaltar el hecho de que en esta sentencia se diga que “la nota genérica de no presunción de las arras alcanza en las penitenciales su mayor rigor”, ya que, como se pudo advertir, en las primeras sentencias citadas ese criterio de no presunción se refería a las arras en general, si bien éstas venían a identificarse con las del artículo 1.454. En esta sentencia se reconoce por vez primera que se ha hecho una extensión en cuanto a la interpretación restrictiva de las arras. El ámbito de esa interpretación ya no es el de la contraposición arras-anticipos, sino el de las diversas modalidades de arras. De forma que partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, conforme al cual es posible atribuir una triple función a las arras, corresponderá al Tribunal de instancia, en virtud de su facultad interpretativa, desentrañar el sentido que las partes quisieron atribuir a las arras pactadas, teniendo en cuenta que las penitenciales tienen un carácter excepcional. En cualquier caso hay también que poner de relieve que en este supuesto la actividad interpretativa del Tribunal se centra en las simples estipulaciones de las partes a fin de reconducirlas a algún concepto legal.

—La de 9 de octubre de 1989 nos depara un caso semejante al anterior: hay una cláusula del contrato de compraventa en la que se dice que si la compradora no cumpliese lo pactado en el plazo establecido, se dará por resuelto el contrato, perdiendo la señal entregada. El Tribunal de ins-

tancia entiende, atendiendo a los términos del contrato, que se trata de una obligación con cláusula penal, frente a la opinión de una de las partes que entiende se trata de un pacto de arras penitenciales.

Este supuesto, al igual que el de la anterior sentencia, hay que situarlo dentro del punto “c” antes mencionado.

– En la STS. de 3-10-1992 se nos muestra un supuesto de compraventa en la que se hace entrega al momento de la perfección de una cantidad de dinero. Las partes no califican de ningún modo esa entrega de cantidad, estableciéndose en relación con ella que en caso de incumplimiento en el otorgamiento de la escritura pública, los vendedores entregarán al comprador la cantidad recibida más el 50% de la misma. El TS., frente a la pretensión de una de las partes que considera que tal cláusula implica un pacto de arras penitenciales, entiende que se trata de una cláusula penal del artículo 1.152 C.c. Para defender esta conclusión a la que llega, parte el Tribunal de lo que considera, conforme a la doctrina anterior, el problema básico que existe en torno a las arras, el de “si toda entrega de cantidad al celebrarse el contrato, debe considerarse como arras penitenciales”. A ello se va a dar respuesta acudiendo a la sentencia de 1 de abril de 1948, cuyos argumentos se reproducen al pie de la letra. Dicha sentencia puede englobarse dentro de la línea declarativa, lo que ocurre es que posteriormente se citan otras sentencias cuyas argumentaciones responden plenamente a la línea restrictiva. También considera el Tribunal dato determinante para rechazar la posibilidad de que estemos aquí ante arras penitenciales, el hecho de ser esencial a éstas la bilateralidad y reciprocidad en cuanto a la facultad de desistir del contrato. Dice así el Tribunal que:

“Ha de tenerse en cuenta que es de esencia de esta clase de pactos su bilateralidad, consecuencia de la igualdad entre las partes y la reciprocidad de sus obligaciones y derechos, de forma tal que la facultad de apartarse del contrato con las consecuencias previstas en

el artículo 1.454 ha de reconocerse a ambas partes, lo que no se da en la cláusula discutida en que sólo se contempla esa supuesta facultad resolutoria a favor de los vendedores y no del comprador.”

126

— La STS. de 14-5-1993 se refiere a un contrato de compraventa en el que, pactándose el precio total en 60 millones de pesetas, se hace entrega por la parte compradora al momento de la celebración del contrato de 5 millones. Esta cantidad, según se especifica en el pacto segundo del contrato, se entrega «en concepto de arras o paga y señal, de conformidad con el artículo 1.454 del C.c.». Asimismo, en el pacto tercero, se establece que la escritura pública deberá ser otorgada en el plazo máximo de dos meses y que transcurrido ese plazo sin que se haya otorgado, o sin que la compradora haya requerido fehacientemente a la vendedora para su formalización, se considerará que el contrato queda sin efecto alguno, sin más trámite y sin que sea necesario aviso alguno entre las partes, en cuyo caso la cantidad de 5 millones entregada por la compradora en concepto de arras o paga y señal, quedará en poder de la vendedora, sin que aquélla pueda reclamar por ningún concepto dicha cantidad. Los hechos se desarrollaron del modo siguiente: fue transcurriendo el plazo hasta que, faltando dos días para su conclusión, acudió la parte compradora a la notaría requiriendo al Notario para que por correo certificado con acuse de recibo y con carácter urgente remitiese a la vendedora una carta en la que expresaba su voluntad de firmar la escritura pública. La carta, sin embargo, no salió de la notaría hasta pasados cuatro días, siendo recibida por la vendedora cuando ya había transcurrido el plazo y había vendido la cosa ya a otra persona.

Este supuesto es realmente interesante y plantea numerosas cuestiones en torno a las arras penitenciales. En primer lugar nos encontramos con una entrega de una cantidad de dinero realizada a la conclusión del contrato y que las partes califican expresamente de arras del artículo 1.454. Es decir, no sólo se habla expresamente de arras, sino que

además, para que no quepa ninguna duda, se añade que esas arras son penitenciales (pues no otra figura regula el artículo 1.454 C.c.). Esto último es lo que había venido exigiendo el Tribunal Supremo a través de su línea restrictiva, “que para entender que existen arras penitenciales es preciso que conste de una manera clara y evidente que tal fue la intención de las partes”, de forma que al Tribunal no le queda más remedio que admitir que efectivamente se trata en este caso de arras penitenciales porque de forma clara se observa que esa ha sido la voluntad de las partes. Pero en esto acaban todas las concesiones que hace el Tribunal a las arras penitenciales, ya que las argumentaciones posteriores están dirigidas a impedir que produzcan su efecto típico. Dice así después el Tribunal que:

“La no recepción del requerimiento que efectuó la compradora al vendedor antes del plazo de los dos meses, debe tener distinta significación en el contrato de compraventa y en el de arras, pues si al no recibirlo dentro del plazo la vendedora podía disponer libremente del bien sin que por ello incumpliera, sin embargo, la pena o multa en que consisten las arras penitenciales tiene como presupuesto, conforme al artículo 1.454 del C.c., que se rescinda el contrato y que se allanen el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas.”

127

Y en este caso, como el mismo Tribunal se encarga de recordar, no sólo no se lleva esto a cabo, sino que, antes bien, el comprador puso de manifiesto su intención de cumplir dentro del plazo estipulado, si bien su declaración de voluntad no llegó a conocimiento de la parte vendedora hasta después de transcurrido el plazo, lo cual sucedió por causas que a él no le son imputables. Estos datos considera el Tribunal Supremo que impiden la aplicación del artículo 1.454 del C.c., para ello invoca el alto Tribunal la realidad social, el espíritu y finalidad de la norma y la equidad. Hábilmente, a través de una verdadera operación de cirugía jurídica, se declara resuelto el contrato de compraventa, reconociéndose por tanto el derecho del vendedor a vender la

cosa a quien quisiera; pero al mismo tiempo entiende el TS. que la parte vendedora habrá de devolver la cantidad que le fue entregada. A esta conclusión se llega sobre la base de separar la compraventa por un lado y las arras por otro, de forma que la falta de requerimiento por parte de la compradora va a afectar únicamente a la venta, pero no a las arras. Es decir, esa falta de requerimiento que faculta al vendedor para resolver la venta, se entiende que, por lo que a las arras se refiere, no implica un allanamiento, una voluntad de desistir, habida cuenta de que se pretendió concluir la operación pactada. La falta de requerimiento se aplica a la venta, pero no a las arras. Dice así el Tribunal Supremo que:

“La voluntad emitida por el actor dos días antes de finalizar el plazo no pudo generar el efecto deseado al tratarse de una declaración de voluntad recepticia, por lo que, hecho el requerimiento obstativo al pago por el vendedor, pudo éste disponer lícitamente de la finca en favor de un tercero, no obstante lo cual, dado que el actor exteriorizó su voluntad de formalizar la operación dentro del plazo estipulado y con antelación suficiente para que pudiese llegar a conocimiento del vendedor dentro del plazo, sin que le sea imputable el que esto no se produjera, no puede afirmarse que tuviera voluntad de desistir de la operación, lo que impide aplicar el supuesto prevenido en el artículo 1.454 C.c.”

A estas conclusiones se llega invocando, de una parte, la realidad social, el espíritu y finalidad del artículo 1.454 C.c., y la equidad; y de otra, el carácter excepcional de aquel precepto, al cual se refiere el Tribunal en los términos siguientes:

“Las arras o señal del artículo 1.454 tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva, que es lo hecho por la Sala de instancia al conceder distinta significación a la no recepción del requerimiento hecho por el actor al demandado dentro de los dos meses, según incidiese en la compraventa o en las arras, pues respecto de aquélla admite la resolución, pero no la pérdida de éstas, al faltar el allanamiento del deudor a perderlas, con manifestación en tal sentido y voluntad de cumplimiento del contrato, aunque la misma, por causas que le son ajenas, no llegase en tiempo al vendedor.”

En este fragmento se reitera la doctrina del carácter excepcional de las arras penitenciales, pero dándole aquí un sentido diferente ya que se modifica el ámbito de operatividad y el alcance de esa interpretación restrictiva.

Al margen de las consideraciones que realiza el Tribunal, a mi modo de ver, estamos más bien en este caso ante una cláusula penal, como así lo manifestó en autos la parte vendedora. Y ello a pesar de que en el contrato se haga referencia de forma expresa al artículo 1.454 del Código civil. Del examen de las estipulaciones se deduce, sin embargo, que lo verdaderamente querido fue instaurar una pena para el supuesto de no cumplimiento por parte de la compradora; y, como ya se ha señalado, las arras penitenciales no están dirigidas a penar el incumplimiento, ni tienen cabida habiéndose producido éste. Es evidente que no se tuvo intención de introducir arras penitenciales y que la mención que se hace en el contrato al artículo 1.454 es solamente eso, una mención, la cual no se puede tomar en consideración porque el contenido de lo estipulado no se corresponde con lo que el precepto entraña. El Tribunal no está subordinado a la calificación que realicen las partes de sus pactos, antes bien ha de examinar si verdaderamente existe correspondencia entre la norma o institución mencionada y las estipulaciones concretas.

El entender que se trata de una cláusula penal no está exento tampoco de problemas, ya que la entrega de la cantidad estipulada como pena se realiza en este supuesto al momento de la perfección del contrato, de forma anticipada, y esto es algo que la doctrina considera como elemento característico de las arras penales y que diferencia a éstas de la cláusula penal. No hay duda en todo caso de que a través de ese pacto se persigue una finalidad de evidente carácter penal. Esto podría asimismo llevarnos a considerar que lo que en este caso se ha estipulado son unas arras penales, pero esto choca también con otro problema cual es el de que éstas permiten a la parte cumplidora optar entre

exigir el cumplimiento de la obligación, o quedarse con la pena, mientras que en este caso concreto, no cabe otra alternativa que la resolución del contrato sin que pueda exigirse el cumplimiento del mismo.

Otra cuestión a tener en cuenta y que ya aparecía en la sentencia anterior es la de si puede hablarse de arras penitenciales cuando no existe una reciprocidad o bilateralidad en cuanto a la facultad de desistir de la obligación.

2) *Sentencias pertenecientes a la línea declarativa.*

En la jurisprudencia recogida dentro de la dirección declarativa, se habla expresamente en los contratos que son objeto de litigio de “arras” o de “señal”, con lo cual estos supuestos enlazarían más, en este sentido, con la sentencia de 21-6-1994.

130 – Así, el supuesto recogido en la sentencia de 22-10-1956, nos muestra un documento de compraventa en el que consta la entrega de una cantidad de dinero “en concepto de señal”. El TS., tras reconocer que según la jurisprudencia anterior, es indispensable que para que la cantidad entregada como señal en un contrato de compraventa surta el efecto previsto en el artículo 1.454 C.c. conste de manera clara y evidente que tal fue la intención de las partes, afirma sin embargo que no es posible desentenderse de las circunstancias de hecho que en cada uno de los casos resueltos por las sentencias invocadas han concurrido, y que excluyen la necesaria semejanza con el presente caso y que impiden su aplicación al mismo. Se dice así en esta sentencia lo siguiente:

“Si bien las sentencias que se citan establecen la doctrina de que para que la cantidad entregada como señal en un contrato de compraventa surta el efecto previsto en el artículo 1.454 C.c., facultando a los contratantes para desligarse de sus compromisos en la forma que dicho artículo previene, es indispensable que conste de manera clara que tal fue la intención de las partes, no es posible

desentenderse de las circunstancias de hecho que en cada uno de los casos resueltos por las sentencias invocadas concurrieren y que excluyen la necesaria semejanza y paridad con el que es objeto de estos autos y que, impiden su aplicación al mismo en el sentido que se pretende.”

Y se continúa exponiendo los supuestos de hecho que eran contemplados en la jurisprudencia anterior y como éstos difieren del que se aborda en este caso, en el cual se hace constar que la cantidad entregada lo es “como señal”.

“En aquellos otros casos, o se trataba de un contrato verbal en el que los compradores entregaron una cierta cantidad «a cuenta» y que se recibió además en principio de ejecución con la entrega de la cosa vendida, como en el caso de la sentencia de 24-11-1926; o al concepto de señal se agregó que la entrega se hacía «como anticipo o a cuenta del precio», según resulta por ejemplo de la sentencia de 22-10-1948; sin embargo, en este caso sólo se hace constar la entrega de una cantidad «como señal», y ante tan sucinta expresión la Sala de instancia ha entendido que por no concurrir circunstancia alguna que modifique su concepto, tal como se expresa en el artículo 1.454 del Código, ha de tomarse la palabra en el natural sentido y literal significación que en el mismo se emplea, por tratarse a su juicio de términos claros y que no ofrecen dudas sobre la intención de los contratantes, haciendo aplicación al caso del párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil. Y no apareciendo demostrada la evidente equivocación del juzgador al fijar el alcance de un contrato, si su interpretación es natural, es obligado atenerse a ella aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud. La palabra señal sin ningún otro aditamento que la modifique expresa el concepto en que el artículo 1.454 la emplea para sus efectos.”

131

He aquí pues una sentencia que nos muestra unas argumentaciones distintas. El motivo no parece ser otro que el estar en este supuesto ante un caso diferente al de las sentencias anteriores, un caso en el que se habla expresamente de “señal”, sin ningún aditamento que la modifique.

— La sentencia de 1-4-1958 nos muestra un supuesto de compraventa en la que se entrega una cantidad “como señal”. Resulta interesante en ella el segundo considerando:

“Que a la publicación del Código civil regía también el artículo 343 del Código de Comercio, que atribuía a la señal o arras, la condición de confirmatoria y como entrega a cuenta del precio, salvo prueba en contrario, y bajo ese régimen, se incluye en aquél el artículo vigente 1.454, determinando que podrá rescindirse el contrato, *cuando median arras o señal allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas*, y así se planteó el problema de si toda entrega de cantidad, al celebrarse el contrato, debía considerarse como arras penitenciales, definidas en ese precepto, el cual resolvió la jurisprudencia de esta Sala, con ligeras desviaciones, en el sentido de depender de lo que las partes contratantes hubieran querido; y esto, con todo fundamento, en atención a la libertad contractual, base de nuestro sistema, que permite toda cláusula o condición convenida con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.255 del propio Código; a que el artículo mencionado, 1.454, no instaura una norma de derecho necesario y a que, en consecuencia, un pacto de distinto alcance que el determinado en este precepto, es perfectamente moral, lícito, conforme al orden público y a la *costumbre frecuentemente observada, por virtud de todo lo que, en último extremo, dicho problema queda confinado a la interpretación del contrato en que median arras, a buscar la intención de los contratantes en orden a determinar lo que se propusieron hacer o conseguir, para lo que, desde luego, el repetido artículo 1.454, determina una calificación supletoria de esa voluntad y aún decisiva para resolver cualquier duda en el sentido que el mismo propugna.*”

El supuesto de hecho es semejante al anterior. En ambos casos se habla expresamente de “señal”. Respecto a los razonamientos jurídicos, se comienza poniendo de relieve el problema básico que ha caracterizado a las arras y que se centra en considerar si toda entrega de cantidad al celebrarse el contrato debe considerarse como arras penitenciales. La solución, como recoge la propia sentencia, pasa por averiguar cuál fue la intención de las partes, tarea que compete a los tribunales mediante la interpretación de los contratos. Para ello el artículo 1.454 tiene un carácter supletorio y aún decisivo para resolver cualquier duda en el sentido por él apuntado. Esta última afirmación supone un alejamiento de la línea restrictiva, si bien se da considerable importancia a la hora del fallo a la interpretación hecha por el Tribunal de instancia.

—La sentencia de 20-5-1967 se refiere a una compraventa en la que según el documento de la misma, se entregaron 100.000 pesetas “como pago y señal” de la cantidad fijada de 375.000 pesetas. El TS. tras reconocer que en virtud del principio de libertad contractual, las partes en los contratos entregan con frecuencia cantidades dinerarias que pueden tener diversas finalidades, señala, refiriéndose a esas entregas, lo siguiente:

“Cuando la expresión de voluntad no aparece clara ya sea por parquedad o confusión, habrá que recurrir a las normas interpretativas de los artículos 1.281 a 1.289 C.c., como lo han hecho prolijamente las partes en instancia y lo hace en el recurso la parte recurrente, y cuando en definitiva de dicha interpretación se pueda deducir solamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras en el contrato, sin especificar sus consecuencias, procederá la aplicación en forma supletoria del único precepto legal que bajo ese nombre regula la institución, que es el artículo 1.454 C.c.; el cual precepto, si fuera de obligada aplicación iría contra el principio de libertad de contratación y si no tuviera eficacia supletoria carecería de razón de ser; y así lo ha entendido una jurisprudencia muy reiterada, aunque no única.”

133

Y más adelante se refiere a los términos recogidos en el contrato diciendo que:

“La expresión «como paga y señal» es una frase que por su parquedad solamente afirma la existencia de una institución y ante cuya escueta afirmación ha de aplicarse en forma supletoria la norma del artículo 1.454, sin que sea obstáculo el que se dé también a la cantidad entregada el carácter de «paga», ya que, en definitiva, ese carácter tienen siempre las arras en caso de cumplimiento del contrato.”

De nuevo parece ser determinante el supuesto de hecho concreto, el cual nos muestra un documento de compraventa en el que se habla expresamente de “señal”. Merecen destacarse asimismo las consideraciones que realiza el Tribunal respecto al término “paga”, que se recogía en el contrato. También es de destacar lo elevado de la cantidad que se dejó como señal en relación con el precio total pactado.

La doctrina contenida en esta sentencia es semejante a la de la anterior. Se insiste en el carácter supletorio del artículo 1.454 que la anterior resolución había afirmado por vez primera. No obstante, en este supuesto, a ese carácter supletorio se le atribuye un sentido diferente al que tiene en la sentencia anterior.

– La sentencia de 17-2-1982 se refiere a un contrato de compraventa en el que se hace una entrega de dinero en concepto de “señal”. En ella se reproducen prácticamente todos los argumentos utilizados con anterioridad por la jurisprudencia en lo que a las arras atañe. Argumentos que son en su mayor parte los que enuncia la sentencia de 21 de junio de 1994. Se comienza así enumerando las diversas especies de arras, para concluir diciendo que las penitenciales tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas en que se establezcan; que el artículo 1.454 es meramente supletorio e interpretativo de la voluntad de las partes; y que ha de acudir a las normas de interpretación de los contratos para averiguar el sentido de las arras. Parece no obstante que es el propio recurrente quien al plantear su recurso hace acopio de toda la doctrina legal que considera útil a su pretensión, siendo admitido todo ello por el TS., aunque después afirma éste que:

“Tampoco cabe desconocer que la sentencia recurrida, en uso de su soberana facultad interpretativa, claramente reconoce que la entrega de la mencionada cantidad se hizo en tal concepto de señal y así se advirtió al comprador, informándole que si no pagaba el resto del precio se podía rescindir el contrato.”

Merecen ser también destacados otros tres fragmentos de la sentencia:

“En valoración de la prueba practicada se aprecia la voluntad cierta de los contratantes de posibilitar la rescisión del contrato de compraventa en cuestión.”

“Además de haber alcanzado el referido órgano jurisdiccional de instancia la intención contractual de arras o señal penitenciales o de arrepentimiento a la indicada entrega, en todo caso el expresado

precepto legal sustantivo significa una calificación supletoria de esa voluntad decisiva para resolver cualquier duda en el sentido que el mismo propugna, según proclama la sentencia de 1-4-1958.”

“la calificación de las arras como penitenciales es cuestión de interpretación del contrato, y propio, como de tal índole, de la soberanía del Tribunal a quo.”

De estos tres fragmentos, si bien el segundo de ellos muestra una dirección clara en cuanto a la interpretación del artículo 1.454, que se opone a la interpretación defendida por la línea restrictiva, el resto de fragmentos dejan la incertidumbre de qué hubiera pasado si el Tribunal de instancia, en lugar de considerar que estamos ante un supuesto de arras penitenciales, hubiera considerado que se trataba de simples arras confirmatorias. Tales afirmaciones que atribuyen todo el peso de la decisión a la interpretación del Tribunal de instancia, se muestran próximas por ello al modo de operar de la línea restrictiva. Del mismo modo, el acopio de argumentaciones realizadas por el recurrente y que son admitidas por el Tribunal, supone hacer una concesión a la línea restrictiva. En todo caso de toda esta combinación de razonamientos no resulta sino una enorme confusión que será determinante a la hora de resolver los casos que se plantearon en lo sucesivo. A estas alturas se había incrementado ya considerablemente el grado de confusión en cuanto a los razonamientos jurídicos y supuestos de hecho, sin que se realice ningún tipo de sistematización de los mismos en orden a establecer unas pautas para una mejor resolución de los casos.

—La última sentencia que podemos situar dentro de la línea declarativa, es la de 19-10-1984, que al igual que las anteriores nos depara un supuesto de compraventa en la que se hace entrega de una cantidad de dinero en concepto de “reserva, señal y parte de pago”, que es interpretada por la Sala de instancia como significativa de arras penitenciales. En esta sentencia recoge el TS. la doctrina siguiente:

“Cuando la expresión de la voluntad no aparece clara, ya sea por parquedad o confusión, ha de ser objeto de interpretación conforme a las normas generales, y cuando, en definitiva, de dicha interpretación se pueda deducir solamente la voluntad inequívoca de los contratantes de que medien arras en el contrato, sin especificar sus consecuencias, procederá la aplicación en forma supletoria del único precepto legal que bajo ese nombre regula la institución. Las arras cumplen otras funciones además de la penal: unas veces como meros signos externos de perfección del contrato, otras como garantía o cláusula penal, otras llevando implícita una posibilidad de resolución onerosa por la parte que tome la iniciativa en el voluntario incumplimiento de estas entregas llamadas arras o señal, cuando están en el contrato cumplidamente previstas y no son contrarias a la ley. Por tanto si bien las arras o señal pueden suponer una cláusula penal como dice el recurrente, en el caso ahora discutido su función ha sido la de posibilitar la rescisión del contrato allanándose el comprador a perderlas, pues fue el que desistió de lo pactado, y al acordarlo así la sentencia recurrida no infringió doctrina alguna jurisprudencial en que se dé a las arras otra función, según los supuestos de hecho del caso en litigio.”

En esta sentencia se reitera la doctrina contenida en la de 20 de mayo de 1967.

Por último, junto a las anteriores sentencias y para ofrecer una visión lo más completa posible de la doctrina legal en materia de arras, se hará una breve mención de algunos otros supuestos en los que igualmente se discute la existencia de arras penitenciales. Para terminar, se hará un breve comentario de la sentencia de 21 de junio de 1994.

STS. de 5-6-1945: se refiere a un contrato de compraventa en la cual, tras entregarse una cantidad, se estipula en torno a la misma que en el caso de no otorgarse la escritura pública dentro del término pactado, perderá el vendedor una cantidad igual a la entregada por el comprador. Entiende el Tribunal Supremo, frente a la pretensión del vendedor, que a través de esa cláusula se ha introducido una pena encaminada a impedir el incumplimiento. Dada la doctrina que recoge sobre las arras penitenciales, es englobable dentro de la línea restrictiva (punto “c”).

STS. de 22-10-1954: Puede, por el resultado del fallo y por las argumentaciones del Tribunal Supremo englobarse dentro de la línea restrictiva, si bien el supuesto de hecho se refiere a la entrega de una cantidad “como señal y a cuenta del precio total”. Es además un supuesto de incumplimiento contractual por ambas partes (puntos “b” y “e”).

STS. de 24-4-1956: Recoge una venta en la que se entrega una cantidad sin calificar. El TS. considera que no se trata de arras porque éstas suponen un contrato efectivo y válido que aquí no hay (punto “d”).

STS. de 31-10-1963: Sus argumentaciones la sitúan dentro de la línea restrictiva. Se refiere a una venta en la que se hace una entrega de dinero que no es calificada de ningún modo por las partes, y a la que el Tribunal considera como fianza (punto “d”).

STS. de 16-12-1970: En el contrato objeto del litigio se habla de entrega “a cuenta de la cantidad en metálico”. La doctrina que sienta esta sentencia se sitúa dentro de la línea restrictiva (punto “b”).

STS. de 5-5-1990: En este caso sólo consta en el contrato la entrega de una cantidad. También hay que situar sus argumentaciones dentro de la línea restrictiva (punto “d”).

STS. de 31-7-1992: Se refiere a un supuesto de compraventa en la que se hace entrega al momento de la conclusión del contrato de una cantidad en concepto de “paga y señal” estipulándose que dicha paga y señal se aplicará “a cuenta del total del precio pactado”. Considera el TS. que esa cantidad entregada lo fue como arras confirmatorias, es decir, como parte del precio ya que así se desprende de los propios términos del contrato. En cuanto a sus argumentaciones se halla esta sentencia totalmente dentro de la línea restrictiva (punto “b”).

STS. de 15-3-1994: Se refiere a un contrato de compraventa en el que se hace entrega de una cantidad en concepto de “arras o paga y señal”, estableciéndose en otra de las cláusulas del contrato que dicha cantidad se imputará “a

cuenta del precio". Por otra parte, al tratarse de una compraventa de acciones de sociedades anónimas no cotizadas en bolsa, estamos ante un supuesto de compraventa mercantil, y así es calificada por el TS. Este dato es ya de por sí suficiente, como afirma el propio Tribunal, para excluir la aplicación del artículo 1.454, debiendo aplicarse en este caso el artículo 343 del Código de Comercio. Pero además, como también se afirma en la sentencia, en una de las cláusulas del convenio, se imputa la cantidad que se dice entregada en concepto de arras, "a cuenta del precio", por lo que ha de entenderse que tal entrega tiene carácter confirmatorio del contrato. En cualquier caso esta sentencia se sitúa claramente dentro de la línea restrictiva, como así se desprende de la jurisprudencia que cita (puntos "b" y "g").

138

La STS. de 21-6-1994 se refiere a un contrato de compraventa en el cual se pacta la entrega de 10.000.000 de pesetas "como arras o señal". Se trata así de un supuesto en el que expresamente consta en el contrato que se han pactado arras, sin añadirse ninguna expresión que matice ese término en dirección alguna. Asimismo hay que señalar respecto al desarrollo posterior de los hechos, que han tenido lugar todos los requisitos exigidos por el artículo 1.454 para que las arras penitenciales desplieguen su efecto propio, ya que el vendedor manifestó su voluntad de desistir del contrato antes de la fecha de ejecución del contrato, allanándose a devolver el doble de lo que había recibido como arras del comprador.

El Tribunal Supremo, a pesar de estos datos, entiende que en este caso se trata de un supuesto de arras confirmatorias, revocando la sentencia dictada por la Audiencia, confirmatoria de la de primera instancia. Para llegar a esta conclusión, se apoya el Tribunal en toda una serie de disquisiciones en torno al carácter del artículo 1.454 C.c. y en lo que considera una continuada y reiterada doctrina legal.

No obstante, como creo que se podrá haber deducido del análisis realizado en torno a la jurisprudencia en mate-

ria de arras, es evidente que la diversidad de supuestos de hecho hace imposible el considerar de modo uniforme todas las sentencias que se citan en la presente resolución y por tanto fundar en ellas el fallo. Más aún cuando de ellas se desprende que en los casos en que las partes recogen expresamente en el contrato los términos “arras o señal”, lo cual ocurre en el caso presente, ha de considerarse que no son sino arras penitenciales lo que las partes han querido establecer.

Pero la solución dada por esta sentencia no es en ningún caso extraña. En primer lugar porque ciertamente las arras penitenciales habían venido siendo consideradas cada vez más como una institución a combatir, y la opinión general en la doctrina y la jurisprudencia era la de rechazo a esta figura. En segundo lugar, porque con la doctrina sentada por la jurisprudencia anterior, no cabía, de ser seguida sin atender al supuesto concreto, llegar a ningún otro fallo. Es esta sentencia pues, el último paso dado para acabar con la consideración de las arras penitenciales como las generales en el Derecho civil.

139

5. Etapas por las que atraviesa la jurisprudencia.

Una vez analizada la jurisprudencia que existe sobre las arras, resulta conveniente intentar separar los diversos momentos por los que ésta ha atravesado:

1. Un primer momento que abarcaría los primeros años del siglo xx y que estaría representado a través de las sentencias anteriormente comentadas de 1926, 1927, 1929 y 1933. Durante esa época, no está claramente formulada la distinción entre las tres modalidades de pacto arral que hoy conocemos. Se parte, conforme a lo que establecía el Derecho de Partidas, de la distinción entre unas arras penitenciales, que son a las que propiamente se refiere el término arras, y unas arras confirmatorias, las cuales funcionan como anticipos del precio. El problema básico que constituye el punto

de partida en la discusión habida en los litigios planteados, es el de si la simple entrega de una cantidad al momento de la celebración del contrato, ha de considerarse por virtud del artículo 1.454 como arras penitenciales. Es decir, el de si toda entrega en ese momento constituye arras. La respuesta dada por la jurisprudencia es negativa, ya que se va a entender que las arras han de pactarse siempre expresamente, tratándose en los demás casos de meros anticipos del precio. Y es en la apreciación de este dato donde entra en juego la labor interpretativa de los tribunales.

2. Un segundo momento que vendría a comenzar a partir de los años cuarenta y en el que tiene lugar la formación de las dos líneas jurisprudenciales de las que tanto se ha hablado. En este tiempo se produce un incremento de la literatura en torno a las arras, las cuales son estudiadas desde muy diversos aspectos. Ello va a traer consigo un mayor conocimiento de la institución, tanto desde el punto de vista histórico, como dogmático y una depuración de los conceptos jurídicos. Se definen con precisión las tres funciones que se atribuyen a las arras y se formula con nitidez la distinción de las arras con la cláusula penal. Este incremento de los estudios sobre las arras da origen a una opinión totalmente contraria a las arras penitenciales, que son criticadas desde todos los puntos de vista: etimológico, histórico, sistemático y teleológico. La jurisprudencia se hace eco de todas estas opiniones que la doctrina manifiesta, formándose así lo que se ha denominado línea restrictiva. Las sentencias de esta época por tanto, extendiendo el criterio de interpretación restrictiva que había caracterizado el momento anterior, consideran que para que pueda entenderse que han existido arras penitenciales, es preciso que las partes hayan manifestado de forma clara y evidente esa voluntad. A pesar de esta rotundidad, lo cierto es que al examinar los supuestos concretos, como se ha puesto de relieve, la jurisprudencia continúa respetando la literalidad del artículo 1.454 y entiende generalmente que cuando las partes hablan ex-

presamente de arras, aunque no se diga de forma clara y evidente que son penitenciales, se ha de entender que esas fueron las queridas por las partes. Y cuando no es ese el caso, se entiende que se trata de confirmatorias o penales. De todo esto parece deducirse que los argumentos que conforman la línea restrictiva no tienen sino un carácter circunstancial, que son argumentos que tratan de responder ante situaciones determinadas, pero que no tienen un valor general independiente de los motivos concretos que les hicieron nacer. Al Tribunal se le reconoce un gran margen de apreciación ya que se le atribuye, con diverso alcance según la sentencia de que se trate, la facultad de interpretar la voluntad de las partes en orden a averiguar el tipo específico de arras por ellas pactado.

3. Un tercer momento parece descubrirse a partir de los últimos años, con una importante profundización en la línea restrictiva. Máxima expresión de este momento es la sentencia de 21 de junio de 1994. De acuerdo con la doctrina legal aquí contenida, aun cuando las partes expresamente hablen en el contrato de arras o señal, términos que en el Derecho civil, nos envían al artículo 1.454 C.c. y por tanto a las arras penitenciales, habrá no obstante que considerar que se trata de simples arras confirmatorias. Ello supone dar la espalda al artículo 1.454 sustituyendo su criterio por el contenido en el artículo 343 del Código de Comercio, el cual establece una presunción en favor de las arras confirmatorias.

Del examen de toda esta jurisprudencia no parece posible afirmar la existencia de una línea de evolución clara. Junto a la dualidad de corrientes existentes, en la dirección que se ha denominado restrictiva, no todas las sentencias parten de los mismos razonamientos, ni todas tienen la misma visión del conjunto. Así, entre las primeras sentencias y las dadas sobre todo a partir de los años 40 hay una diferencia muy grande en la consideración global del tema de las arras. A partir de esos años se parte de unas mismas

concepciones, pero tampoco los argumentos son siempre los mismos. En la sentencia de 21 de junio de 1994 podemos encontrar reunidos todos esos argumentos que la jurisprudencia ha ido ideando y que se hallan dispersos por las sentencias anteriores. La primera ocasión en que se citan todos reunidos es en la sentencia de 17-2-1982, si bien es el propio recurrente el que hace esa combinación de argumentos de la jurisprudencia anterior.

Por todo lo expuesto creo que no es posible afirmar la existencia de una doctrina legal reiterada en la que basar con seguridad un recurso de casación, o fundar una sentencia. La diversidad de supuestos de hecho, de puntos de partida y de argumentaciones, impide que pueda hablarse de jurisprudencia en el sentido recogido por el artículo 1.6 del Código civil.

142 El único punto que puede considerarse de enlace entre las sentencias citadas, es el reconocimiento que se hace de las tres modalidades de arras y de que éstas tienen cabida dentro del ordenamiento civil habida cuenta del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que será preciso proceder a interpretar la voluntad de las partes para determinar cuál es el tipo de arras pactado. Cuándo procede esa interpretación y hasta dónde ha de alcanzar son ya, sin embargo, cuestiones sobre las que se discrepa.

Efectuado el análisis de la jurisprudencia, es preciso volver sobre la norma para extraer las debidas conclusiones.

6. Análisis del artículo 1.454 C.c. y de sus diversas interpretaciones.

- Se había afirmado, siguiendo a la jurisprudencia, el carácter interpretativo del artículo 1.454, exponiendo las razones por las que se estimaba que se había llegado a tal calificación. También se expuso el sentido que de acuerdo con esta caracterización se habría de atribuir al precepto. Toda norma interpretativa está dirigida a determinar la voluntad de

las partes cuando ésta se ha expresado, aunque de forma dudosa o incompleta. De acuerdo con esto, en aquellos casos en que consta de forma expresa la voluntad de las partes de pactar arras, debido a que son varias las modalidades de pacto arral que podrían caer dentro de ese concepto genérico de arras que aparece recogido en el contrato objeto de la litis, puede afirmarse que hay una voluntad incompleta o dudosa que habría que completar, con lo que vendría en aplicación la norma interpretativa del artículo 1.454.

Es en la doctrina francesa (25) donde surge esta calificación, que después es tomada por la española (26). A través de ella, se ha pretendido introducir cierta flexibilidad en el artículo 1.454 C.c. a fin de dar cabida en él al resto de modalidades de arras. Con ella se permite al Tribunal hacer una valoración global del contrato en que medien arras, observar todas las circunstancias que en él concurren, para determinar con precisión el sentido que las partes quisieron atribuir a las arras. Esta caracterización del artículo 1.454 como norma interpretativa está presente en gran parte de la doctrina legal, aun cuando no siempre se alude a ella de forma expresa. Así, por ejemplo, es posible descubrirla en la sentencia de 1 de marzo de 1958 cuando se dice que el artículo 1.454 determina una calificación decisiva para resolver cualquier duda en el sentido que el mismo propugna. También parece ser este el sentido que se atribuye al artículo 1.454 en la sentencia de 20 de mayo de 1967 cuando se habla de su eficacia supletoria.

- Se califica también a las arras penitenciales unas veces de excepcionales, y otras se habla de la especial tras-

(25) Así A. COLIN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, T. 4, p. 28. Señalan estos autores, refiriéndose al art. 1590 del Código civil francés, que éste no es más que una simple interpretación de la voluntad presunta de las partes, pues muy bien pudiera resultar de los términos del contrato o de las circunstancias que lo acompañan, que la entrega de arras tenga otro carácter.

(26) Así CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Comentario a la sentencia de 24-11-1926", en *Revista de Derecho Privado*, 1927, p. 329, n.º 10.

cendencia que tienen, diciéndose por ello que deben interpretarse restrictivamente las cláusulas en que aparezcan. ¿Cuál es, sin embargo, el alcance que ha de darse a una interpretación restrictiva? ¿Cuál es su ámbito propio? Las respuestas que nos ofrecen las sentencias comentadas son bastante variadas. Desde las pertenecientes a la primera etapa, que centran esa interpretación restrictiva en considerar que para que la entrega de algo al momento de la perfección del contrato pueda ser considerado como arras es preciso que así conste de forma clara y evidente, se pasa, en las sentencias posteriores, a referir esa interpretación restrictiva a las arras penitenciales frente al resto de modalidades, de forma que cuando en un contrato se pacten simplemente arras, ha de entenderse, en virtud de tal interpretación, que se trata de arras confirmatorias o penales, pero no de arras penitenciales. También hay ocasiones en que el alcance de esta interpretación restrictiva se ve modificado, como ocurre en la sentencia de 14 de mayo de 1993, en la cual dicha interpretación se lleva a cabo en relación con los elementos fácticos que componen el supuesto, en orden a impedir que las arras penitenciales desenvuelvan sus efectos propios, lo cual sucedería de no llevarse a cabo una interpretación restrictiva. En mi opinión, sólo la interpretación restrictiva que se realiza en las sentencias de la primera etapa y la llevada a cabo del modo que lo hace la sentencia de 14 de mayo de 1993 es acertada y adecuada a lo que debe entenderse por interpretación restrictiva.

- También se habla de norma supletoria. Calificación que se viene a utilizar por la jurisprudencia en un sentido semejante al de norma interpretativa. Pero si partimos del propio concepto de norma supletoria, conforme al cual, ésta es aquella norma que tiene por objeto suplir la falta o carencia de la voluntad de las partes, habría que decir, de acuerdo con esto, que en los casos en que se habla expresamente de arras no puede por tanto decirse que fal-

te la voluntad, sino que esa voluntad es incompleta. Por ello, considero que no es acertado calificar al artículo 1.454 de norma supletoria. Tal calificación es, sin embargo, utilizada por la jurisprudencia para incidir en la importancia de la labor interpretativa del Tribunal de instancia sobre el contrato en que medien arras, en orden a determinar cuál fue la voluntad de las partes. Para ello ha de servirse de las normas de interpretación de los contratos, de forma que el artículo 1.454 quedaría como norma supletoria de esa labor interpretativa.

Esta caracterización del artículo 1.454 se desprende de numerosas sentencias, tanto de la línea restrictiva como de la declarativa. No obstante, cuando en estas últimas sentencias se habla de norma supletoria, más bien se está queriendo con ello hacer referencia al carácter interpretativo del precepto, puesto que apenas se permite la entrada en juego de las normas de interpretación de los contratos cuando en ellos se habla de forma expresa de arras o señal. Si se hace alguna referencia a estas normas es para poner de relieve, conforme al párrafo primero del artículo 1.281 C.c., la claridad que se deriva de la expresión arras o señal. Así, en la sentencia de 20 de mayo de 1967 no se acude a las normas de interpretación de los contratos para averiguar el sentido que las partes pudieran atribuir a la expresión arras o señal, sino para poner de relieve que mediaron arras y que ante este solo término, puesto que no consta en el contrato que se le haya querido atribuir algún sentido determinado, se aplicará por tanto el que previene el único precepto que se refiere a las arras en el Derecho civil, que es el artículo 1.454 C.c.

Todas estas consideraciones hacen que debamos preguntarnos acerca de la labor interpretativa desarrollada por los tribunales en los contratos en que median arras. Ya al exponer la problemática que acompaña a las arras, se apuntó que el problema básico es el de determinar el valor del artículo 1.454, o lo que es lo mismo, el de determinar la

posición de las arras que este precepto recoge en relación con el resto de modalidades, y que esto constituye fundamentalmente un problema de interpretación, tanto del propio precepto considerado en abstracto, como de las cláusulas en que se pacten arras. Este problema de interpretación viene precedido de una voluntad clara de matizar e incluso desvirtuar el artículo 1.454, así como de ofrecer una solución adecuada a los problemas concretos que la realidad plantea.

146

A lo largo del extenso análisis jurisprudencial se habrá podido observar que, con frecuencia, se insiste en las sentencias en el papel fundamental de la interpretación del contrato en relación con las arras, sobre todo para averiguar cuál es el sentido que las partes las quisieron dar. Prácticamente toda la doctrina legal citada se refiere a esto. ¿Cuáles es, no obstante, el alcance que se debe dar a esa labor interpretativa?, ¿Hasta dónde es posible aplicar las normas de interpretación de los contratos? ¿Hasta qué punto puede interpretarse el contrato y hacerse una valoración de las circunstancias que lo acompañan para matizar lo que parece desprenderse de sus términos? Y, por último ¿Hasta qué punto puede llevarse a cabo una interpretación restrictiva? En esto, la jurisprudencia discrepa. Si bien aquí sí puede afirmarse la existencia de una línea, dentro de las sentencias citadas, claramente dominante y que se muestra a favor de una aplicación amplia de las normas de interpretación de los contratos, relegándose el artículo 1.454 a un segundo e inexistente plano. No obstante hay que recordar que en la mayor parte de los casos en que esto se afirma, resulta bastante difícil entender que existen arras, pues el que se hable de arras en los supuestos que contemplan las sentencias comentadas no tiene muchas veces otro apoyo que las simples manifestaciones de la parte recurrente, a quien interesa que se aplique el artículo 1.454.

Se plantea pues la cuestión de qué norma es prioritaria en su aplicación, el artículo 1.454 o las normas de interpre-

tación de los contratos. En mi opinión (que coincide en bastante medida con lo expuesto en la sentencia de 20 de mayo de 1967 y que después es recogido por otras sentencias posteriores), si partimos de las calificaciones que del artículo 1.454 C.c. ha venido realizando la jurisprudencia, la labor interpretativa del Tribunal ha de tener especial importancia en aquellos casos en que sólo consta la entrega de una cantidad o se recoge en el contrato una cláusula que, sin ser calificada por las partes, es asimilable a las arras penitenciales, pero que también podría serlo a las penales o no tratarse de arras. En estos supuestos serían plenamente aplicables los artículos 1.281 a 1.289, así como una interpretación restrictiva. Pero cuando la voluntad de las partes de pactar arras es clara y la duda aparece sobre la modalidad, habida cuenta de que existen tres tipos de arras, el precepto aplicable será el 1.454, que desplaza a las normas de interpretación de los contratos, ya que siendo norma interpretativa sería especial al caso. Si no fuera así, este precepto quedaría vacío de contenido. Con ello se está defendiendo que el término «arras o señal», utilizado sin ningún tipo de añadidura, ha de entenderse referido al supuesto contemplado en el artículo 1.454, y que por tanto en este caso no se habrá de realizar en principio ninguna labor interpretativa, salvo la conducente a determinar si aquello que las partes consideran como arras lo es en realidad, es decir, si existe una adecuación entre la calificación que las partes hacen de su pacto y el contenido del pacto mismo. Sí que será posible desarrollar una tarea interpretativa en todos los demás casos, es decir, en los casos en que se introduzcan matizaciones al término arras, o cuando se establezcan cláusulas que no sean directamente reconducibles a una norma, o cuando simplemente conste que se ha entregado una cantidad de dinero al momento de la conclusión del contrato. En general puede decirse que cabe desempeñar una labor interpretativa cuando lo que se trate de examinar sea un dato fáctico, pero no cuando se trate de un concepto jurí-

dico directamente reconducible a una norma. En todos esos casos, que si se observa, constituyen la mayoría de los supuestos recogidos en las sentencias examinadas, le es posible al Tribunal interpretar, y también, partiendo de la consideración de las arras penitenciales como excepcionales, llevar a cabo una interpretación restrictiva que impida que pueda considerarse que los hechos o datos en cuestión constituyen un supuesto de mediación de arras.

También puede tener lugar la interpretación restrictiva respecto de los elementos fácticos que acompañan a un pacto de arras penitenciales, al modo como sucede en la sentencia de 14 de mayo de 1993, a fin de amortiguar los efectos que se derivan de estas arras.

148

Creo que es posible afirmar con bastante certeza que toda actividad interpretativa está dirigida a desentrañar el sentido de algo, introduciendo para ello las matizaciones precisas y realizando las construcciones que sean necesarias para acceder mejor a ese sentido y lograr al fin y al cabo una adecuada aplicación de la norma. Si esto es así, la tarea interpretativa no puede ir más allá del propio precepto del que parte, no puede prescindir de él, ya que su objetivo es averiguar su sentido. Si se prescinde de él, llevándose a cabo una interpretación al margen, entonces se estaría propiamente creando algo nuevo, sustituyendo el criterio del precepto a interpretar por otro criterio distinto. De acuerdo pues con esto, no resulta lícito desarrollar una actividad interpretativa invadiendo el campo propio y específico de actuación del artículo 1.454. Este precepto encierra un sentido, el cual será posible matizar y acomodar a las circunstancias, pero no desvirtuar. Toda interpretación, por innovadora que se pretenda, ha de partir de los propios términos de la norma a la que se refiere, de su sentido. No se puede así realizar una interpretación restrictiva de un supuesto de hecho previsto directamente en una norma (como ocurre cuando en un contrato se pactan arras de forma expresa), que vaya más allá del tenor literal de esa

misma norma. Cuando expresamente se hace constar la presencia de arras o señal, no cabe ninguna interpretación restrictiva, porque con ello se estaría superando el tenor literal del artículo 1.454. Lo que se ha de interpretar restrictivamente son las cláusulas, lo fáctico, no la norma o la institución concreta en ella contemplada. No resulta lógico que una norma que es calificada como interpretativa pueda interpretarse restrictivamente.

Con todo esto no se pretende afirmar que en lo claro no cabe labor interpretativa alguna. En primer lugar hay que reconocer que el término «arras» de por sí es poco claro, pero también hay que reconocer que existe una norma que arroja cierta claridad sobre él y que prácticamente no se ha intentado ninguna construcción teórica sobre las arras que, partiendo de ese precepto, trate de determinar cuándo pueden éstas desenvolver sus efectos en la práctica, y que establezca las bases para lograr una distinción más nítida entre las diversas modalidades conocidas. En segundo lugar, hay que reconocer que la actividad interpretativa es enormemente variada y cabe llevarla a cabo sobre multitud de realidades. Es este el motivo por el que se dice que aun ante lo claro cabe interpretar. Así pues, cuando se habla expresamente de arras, desde luego que las normas de interpretación de los contratos, como normas que intentan desentrañar el sentido de los términos de los contratos, no son aplicables. Se daría tan solo por supuesta la aplicación del artículo 1.281.1 C.c., el cual nos remite al sentido literal de las cláusulas del contrato. La única labor interpretativa que podría realizar el Tribunal, resultando expresa la presencia de arras, es la de determinar si aquello que se califica por las partes como arras, entra dentro del concepto genérico y función de las arras (entrega que se hace al momento de la perfección del contrato con una finalidad asegurativa).

A todas estas conclusiones cabe llegar partiendo de las calificaciones que la jurisprudencia hace del artículo 1.454 del

Código civil, fundamentalmente de la consideración de este artículo como norma interpretativa. De acuerdo con esta lectura, el artículo 1.454 actuaría al modo que lo hace el artículo 343 del Código de Comercio en el ámbito mercantil, por lo que, siempre que medien arras se habrá de entender, salvo que las partes pacten otra cosa, que se trata de arras penitenciales. Además, puesto que se reconoce en esta modalidad de arras una cierta excepcionalidad en relación con los principios generales, cabe admitir que ha de realizarse una interpretación restrictiva, pero que ésta ha de respetar el sentido del precepto.

Frente a esta interpretación que conjuga las diversas modalidades de arras e introduce cierta flexibilidad en la aplicación del artículo 1.454, rompiendo con una interpretación estrictamente literal del mismo, se presenta otra lectura del precepto que lo hace aún más flexible. Esta lectura es la que está hoy día más en boga, y es la que parece estar presente en la sentencia de 21 de junio de 1994, al desvincularse en ésta el término arras del artículo 1.454 y otorgar al Tribunal todo el peso en la determinación del tipo concreto de arras pactado por las partes. También existen ciertos atisbos de esta interpretación en las sentencias anteriores.

Esta lectura viene a coincidir con la tercera posible interpretación del artículo 1.454 C.c. que a nivel teórico era planteada al comienzo de este trabajo. Conforme a ella dicha norma tendría un carácter absolutamente dispositivo, limitándose a recoger la definición de un tipo específico de arras, las penitenciales. Esta modalidad de arras coexistiría con las demás en igual plano y sólo se aplicaría cuando las partes hubieran optado por ellas. Para el caso de que en el contrato simplemente se hable de arras, corresponderá entonces al juez averiguar cuál es la intención de las partes, qué modalidad de arras ha sido la pactada por ellas. A dicha lectura es posible llegar partiendo incluso del propio texto del artículo 1.454 si se entiende la expresión «podrá

rescindirse» como uno de los posibles efectos que las partes pueden hacer derivar de un pacto de arras (27).

Al igual que la anterior lectura del artículo 1.454, esta otra, en principio, podemos considerarla también como válida, pero del mismo modo que anteriormente era preciso fijar unas ciertas reglas conforme a las cuales los tribunales habían de resolver, aquí es aún más necesario establecerlas ya que el margen de apreciación que se otorga al Tribunal es mayor, puesto que no va a tener que decidir bajo la órbita del artículo 1.454.

Esta interpretación ha sido recientemente defendida por la profesora SILVIA DÍAZ ALABART (28), precisamente al comentar la sentencia de 21 de junio de 1994. Señala en primer lugar esta autora, lo poco acertado de la dicción del artículo 1.454, precepto que considera no se ajusta a nuestros antecedentes históricos y que estima fue una copia mal hecha del artículo 1590 del Código de Napoleón, el cual también recoge las arras con función penitencial pero refiriéndolas a la promesa de venta. Así pues entiende que es un precepto desafortunado que impide la eficacia de un contrato válidamente celebrado, y que no tiene parangón en ninguno de los sistemas de nuestro entorno. Conforme a esto, afirma que el artículo 1.454 del Código civil no puede encerrar en sí una presunción general de que las arras entregadas sean penitenciales, sino que lo que hace es sencillamente establecer el funcionamiento de las arras penitenciales para el caso de que las partes las hayan querido así con claridad. Conforme a esta lectura que realiza entiende, que no es que las arras del artículo 1.454 sean excepcionales o que el pre-

151

(27) A este posible sentido del artículo 1.454 se refiere también el profesor GARCÍA CANTERO al comentar el artículo 1.454 en *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, T. XIX, Madrid, 1980, p. 112. No obstante, aun cuando ésta podría ser una posible interpretación del artículo 1.454, es bastante evidente que no es éste el sentido que pretende dicho precepto.

(28) DÍAZ ALABART, S.: "Comentario a la sentencia de 21 de junio de 1994," en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 36, septiembre de 1994.

cepto deba ser interpretado restrictivamente, ni siquiera que se trate de una norma supletoria e interpretativa de la voluntad de las partes, sino que las arras penitenciales no son más que uno de los tipos que pueden pactarse, y por eso no hay que realizar ninguna interpretación restrictiva del precepto, sino aplicarlo sin restricción cuando las partes hayan pactado ese tipo de arras. En mi opinión esta postura resulta válida y a la vez coherente. El hecho de que se entienda que el Código civil a través del artículo 1.454 se limita a regular el contenido de una modalidad de arras, la cual sólo desplegará sus efectos cuando las partes opten por ella, impide que se pueda atribuir al artículo 1.454 cualquier otro carácter. No tiene por tanto sentido atribuir a un precepto que se entiende totalmente dispositivo y cuyo contenido las partes pueden escoger o no según les plazca un carácter excepcional, ni supletorio o interpretativo. Y no tiene sentido, porque algo que se presenta sobre la mesa como una de las posibles vías a elegir, podrá ser mejor o peor, y se podrá elegir o no, pero una vez escogido se habrá de aplicar con todas las consecuencias. Por eso la postura de la citada profesora es hasta aquí perfectamente coherente. El problema se plantea a la hora de decidir qué modalidad de arras se habrá de entender que fue la pactada por las partes cuando éstas en el contrato simplemente hablen de «arras». Ante esta inevitable cuestión considera que, salvo que se desprenda con seguridad que lo que se quiso en el contrato fue pactar arras penitenciales, habrá de entenderse que se trata de arras confirmatorias y, para el caso de que las partes hubieran especificado sin más que no las querían confirmatorias, habrá que entender que se trata de arras penales. No creo que en esto último la profesora DÍAZ ALABART sea coherente con la lectura que defiende del artículo 1.454, y que supone una interpretación del mismo plenamente dispositiva, situando las diversas modalidades de arras en un mismo plano. Sin embargo, de su comentario se deduce que, salvo que se pacte otra cosa, siempre

que se hable de arras, el Tribunal habrá de inclinarse por la función confirmatoria y, en cualquier caso, sólo en última instancia por la función penitencial. Con ello lo que en realidad está haciendo es sustituir el criterio del artículo 1.454 por el del artículo 343 del Código de Comercio. Para que la lectura defendida por esta profesora resulte coherente, la decisión sobre cuál es la modalidad de arras pactada, ha de quedar exclusivamente en manos del Tribunal, que sin ningún tipo de consideración previa ha de valorar las circunstancias del caso para determinar cuál pudo ser la voluntad verdadera de las partes. Ciertamente que la profesora parte de esta idea, pero se deja llevar por un sentimiento claro de animadversión hacia las arras penitenciales.

Esta posibilidad interpretativa del artículo 1.454 que sostiene la profesora DÍAZ ALABART presenta ciertas ventajas en relación con la consideración del artículo 1.454 como norma interpretativa, pero también ciertos inconvenientes. Tiene como ventajas las siguientes:

153

– Muchas veces las partes al pactar arras no tienen claro lo que ello significa, por lo que resultaría poco acertado aplicar el régimen que dispone el artículo 1.454 y permitir a una de las partes apartarse del contrato. No obstante, partir de esta suposición supone partir de una cierta desconfianza hacia la voluntad de las partes y hacia su propia capacidad de defender sus propios intereses, lo cual se muestra alejado del espíritu que envuelve las relaciones civiles.

– Esta lectura permite, al convertir el artículo 1.454 en una norma dispositiva, salvaguardar la seguridad y firmeza de los contratos, evitando el que un contrato válidamente celebrado pueda en principio, por el hecho de mediar arras, carecer de eficacia por la sola voluntad de alguna de las partes. Se evitan así también los abusos a que puede conducir una utilización del artículo 1.454 con evidente mala fe.

Presenta por contra los siguientes inconvenientes:

– La inseguridad jurídica que supone el conferir al Tribunal todo el peso en la determinación del sentido que las

partes quisieron atribuir a las arras. Frente a esto, la consideración del artículo 1.454 como norma interpretativa, determina la solución a aplicar en caso de duda.

– Que es realmente difícil extraer de los términos y circunstancias del contrato el sentido que las partes quisieron atribuir a las arras pactadas, más aún cuando una misma institución como lo es la de las arras, guarda sentidos tan diversos y puede llegar a producir efectos muy dispares. Resulta difícil determinar cuál será el dato que el Tribunal ha de considerar relevante para decidirse por una u otra clase de arras.

– Esta interpretación se muestra alejada del propio artículo 1.454 y de la situación que con él se pretendió introducir.

154 – Se halla esta postura cercana a la concepción anglosajona del Derecho en la medida en que la capacidad de decisión que se otorga al juez se ve incrementada de forma notable. Parece así optarse con ella por un voluntarismo, frente al intelectualismo propio del sistema continental.

Admitamos en cualquier caso como válidas ambas lecturas del artículo 1.454, pero advirtiendo que cada una de ellas posee su propio método interno de funcionamiento, sus propias reglas destinadas a evitar la arbitrariedad del juez. Partiéndose de una u otra lectura puede llegarse a soluciones semejantes, aún cuando pueda parecer, a primera vista, que la que lo considera como norma interpretativa conducirá en la mayor parte de los casos a pronunciarse a favor de la existencia de arras penitenciales. Pero esto no tiene por qué ser así, ya que existen importantes elementos a tener en cuenta. La apreciación de toda la variedad de supuestos de hecho posibles, la utilización de una interpretación restrictiva, y el examen del contenido del caso concreto para comprobar si encaja dentro del espíritu del artículo 1.454, son matizaciones suficientes para evitar una aplicación desmesurada de aquel precepto que perjudique la seguridad del tráfico. Del mismo modo, una lectura del artículo 1.454

como norma absolutamente dispositiva, no tiene por qué conducir a rechazar siempre la función penitencial de las arras, antes bien, ha de partir de una consideración en igual plano de las diversas modalidades de arras, buscando descubrir qué función es la que mejor responde a la voluntad de las partes.

En cualquier caso, es preciso poner siempre en relación el caso concreto a resolver y el posible régimen a aplicar, tratando de encontrar el mayor número de puntos de conexión entre ellos, a fin de lograr un resultado satisfactorio para las dos partes en litigio.

Volviendo sobre la postura mantenida por la profesora DÍAZ ALABART en relación con la sentencia de 21 de junio de 1994, nos indica la propia profesora cómo el Tribunal ha entendido que el pacto de arras que se recoge en el contrato sobre el cual se plantea la litis, es de arras confirmatorias ya que "el contrato comenzó a cumplirse, no sólo con la entrega de los diez millones de pesetas iniciales, sino también con la entrega que hizo el vendedor al comprador de las escrituras de las fincas para cancelar los gravámenes que pesaban sobre ellas, y con este acto se manifestó una firme voluntad de cumplimiento del contrato por las partes, que va más allá de la entrega de una cantidad como señal de un contrato de dudoso cumplimiento que permita su rescisión." Sin embargo no creo que esto pueda en absoluto ser considerado como dato relevante para determinar que se trata de arras confirmatorias y no penitenciales, pues es evidente que todo contrato se estipula para ser cumplido. El hecho mismo de que se celebre un contrato supone una voluntad de cumplimiento, de llevar lo estipulado hasta sus últimas consecuencias. La voluntad de cumplir el contrato existe siempre, aunque medien arras penitenciales, ya que la facultad de desistir que aquéllas otorgan es simplemente eso, una facultad de la que puede o no hacerse uso, y mientras no se utilice, el contrato seguirá su curso normal.

En el supuesto recogido en aquella sentencia hay muchos otros datos que no se han considerado y que serían suficientes para entender que lo pactado son arras penitenciales. Basta examinar con detalle la jurisprudencia anterior, así como la doctrina general sobre las arras, para descubrir cuáles han sido los elementos que se han tenido en cuenta para resolver los casos concretos. Así, habría que partir en primer lugar, de la diversidad de supuestos de hecho posibles; en segundo lugar, habría que tener en cuenta el propio modo de operar del artículo 1.454; y en última instancia, se ha de valorar si el supuesto encaja dentro de la finalidad perseguida por la institución, y si desde el punto de vista práctico resulta conveniente reconducirla a ella. En este sentido, un dato importante que se pone de relieve a través de la evolución histórica de la institución, y que también se ha destacado por la doctrina, pero que principalmente se obtiene de la contemplación de la propia finalidad de las arras, es la cuantía de aquello que se entrega en tal concepto. Para que las arras penitenciales cumplan plenamente todas sus funciones, es importante que lo que se entrega de ese modo constituya una parte considerable del precio total. Si acudimos al supuesto concreto de la sentencia de 21 de junio de 1994 observamos que se habla expresamente de arras, sin ningún añadido o matización que pueda dar lugar a una interpretación en el sentido de entender que se trata de simples arras confirmatorias; se cumplen además los requisitos del artículo 1.454, no existiendo incumplimiento contractual alguno, ni superación del plazo en que cabe el desistimiento, sino allanamiento del vendedor a devolver duplicadas las arras recibidas; y la cantidad que se entrega como arras es ciertamente apreciable. Con todo ello se lograba cumplir sobradamente con la función de las arras penitenciales, sin que pueda apreciarse ningún tipo de abuso por parte de quien hace uso de la facultad de desistir. Con semejante cantidad de dinero se lograba garantizar el cumplimiento del contrato, y ofrecer por parte de quien consi-

derara conveniente desistir del contrato, una adecuada compensación a la otra parte. Difiere este supuesto de los contemplados en otras numerosas sentencias en que, o sólo consta la entrega de algo al momento de la perfección del contrato, o se pacta una cláusula que pudiera asimilarse a las arras penitenciales, o hay una parte que incumple; supuestos todos en que no cabe hablar de arras y sólo en la mente del recurrente, con el ánimo evidente de vulnerar el contrato, es posible hallar la presencia de aquéllas. Otras veces, aun cuando hayan mediado arras, éstas no pueden producir sus efectos típicos por haber transcurrido ya el plazo dentro del cual cabe el desistimiento. Y también hay ocasiones en que las cantidades que se ofrecen como arras son muy pequeñas. Es evidente que en esos casos la doctrina legal anterior está movida por un ánimo de poner coto a los posibles abusos por parte de quien no quiere cumplir y se ampara para ello, habiéndose entregado alguna cantidad a la perfección del contrato, en el artículo 1.454. Es este deseo de evitar un uso abusivo del artículo 1.454 (basta examinar la jurisprudencia para percatarse de que de esta forma se pretende con frecuencia utilizar), lo que ha llevado a que se condene a las arras penitenciales al ostracismo. Creo no obstante que el estudio de los supuestos de hecho realizado contribuirá a suavizar esa postura.

157

La valoración de todos esos datos, estimo que debiera haber llevado al Tribunal Supremo, en la sentencia de 21 de Mayo de 1994, a admitir la existencia de arras penitenciales. Las conclusiones extraídas del análisis del artículo 1.454, y las que se derivan del examen de la jurisprudencia, hacen poner en cuestión la solución adoptada en este supuesto por el Tribunal Supremo, tanto en relación con la interpretación que hace del precepto, como en relación con la doctrina legal en que afirma basarse.

Lo que se deduce sin embargo de la sentencia de 21 de Junio de 1994, así como del comentario de la misma realizado por la profesora DÍAZ ALABART, es que se ha sustitui-

do el criterio del artículo 1.454, no por aquél que pudiera resultar de un análisis de los elementos en juego, sino por el criterio que resulta de fabricar una nueva norma que trasladada al ámbito civil la solución mantenida en el Código de Comercio. Una aplicación coherente de la lectura del artículo 1.454 propugnada por la profesora, dejaría todo el peso de la decisión en el Tribunal, el cual se habría de limitar a valorar los datos que se le presentan, sin partir de ningún tipo de repulsa o agrado hacia alguna de las clases de arras.

En resumen, cabe concluir este apartado señalando que, al margen de una interpretación exclusivamente literal del artículo 1.454 del Código civil, cabe realizar dos posibles lecturas de este precepto que, introduciendo en él mayor o menor flexibilidad, permitan la coexistencia de las diversas modalidades de arras. Que es entonces preciso llevar a cabo una labor interpretativa para averiguar el sentido de la voluntad de las partes. Interpretación que ha de resultar coherente con la lectura de la que se parta, y que ha de apoyarse en el propio contrato, pero que ha de basarse sobre todo en la construcción jurídica del caso, seleccionando los elementos relevantes, para captar así el supuesto concreto dentro de la institución que mejor se adapte a él.

III. Régimen jurídico de las arras penitenciales

Es preciso en última instancia adentrarnos en el estudio del régimen jurídico de las arras penitenciales, tratar de descubrir sus elementos configuradores y su funcionamiento. Si las arras penitenciales constituyen una fuerza difícil de contener y sujeta a posibles desbordamientos, será entonces necesario abrir cauces consistentes, comunicados entre sí y por los que pueda fluir nuestra institución, que permitan su aprovechamiento de forma útil y racional y de los cuales se pueda partir para la resolución de futuros conflictos. Para ello contamos con todo el acervo histórico, doctrinal y ju-

risprudencial, a través del cual se ponen de relieve los diversos problemas que será preciso abordar, así como las soluciones que se han ido barajando. A tales fines consagraremos este último apartado, con la pretensión de alcanzar una cierta configuración teórica sobre esta figura de las arras penitenciales.

1. Elementos que integran el concepto de arras penitenciales.

1) LA GARANTÍA: Las arras son, en primer lugar, un medio de reforzar el contrato, de que las partes cumplan con aquello a lo que se obligaron.

2) EL DESISTIMIENTO: Junto al elemento anterior, aparece otro de signo opuesto y que podemos considerar como el elemento central de esta institución, en torno al cual giran los otros dos. A través de las arras penitenciales se faculta a cualquiera de las partes para desistir del contrato, o más bien, del objeto que constituye la prestación específica de aquél.

3) LA SUSTITUCIÓN: El desistimiento no es absoluto, sino que se encuentra limitado. Si no fuera así, el primer elemento quedaría totalmente desvirtuado. Cualquiera de las partes puede, habiendo mediado arras, apartarse del contrato, pero para ello, habrá de allanarse a perder lo que entregó como arras o a devolverlo duplicado, según sea el comprador o el vendedor quien haga uso de esta facultad. Se produce así, caso de que se utilice la facultad de desistir del contrato, la sustitución de la prestación específicamente pactada, por lo que fue entregado como arras. De esta manera se impide que la obligación sea cumplida conforme a lo inicialmente pactado, pero otorgándose en su lugar la compensación que las arras constituyen.

Son estos los tres elementos que se combinan en las arras penitenciales y de los que hemos de partir en la configuración de su régimen jurídico. Nos muestran el punto de

partida, pero también la finalidad que esta institución persigue. Nos definen las arras penitenciales y también la función que con ellas se logra.

La utilidad de esta institución derivará entonces de la conjunción de estos elementos, de que lo que se haya buscado sea alcanzar una suma y equilibrio entre esas finalidades.

Sin duda que en el supuesto elegido en este trabajo para mostrar la problemática de las arras, es perfectamente posible apreciar esa finalidad que resulta de la articulación de esos tres elementos. El contrato estipulado es reforzado mediante un pacto de arras, que al mismo tiempo permite a cualquiera de las partes, para el caso de que por alguna circunstancia le resulte más adecuado no realizar la prestación pactada, apartarse de la misma y sustituirla por las consecuencias que traen consigo las arras. La parte que se allana a perder o devolver duplicadas las arras, logra así desvincularse de la obligación pactada, satisfaciendo en este sentido su interés. La otra parte logra también satisfacer su parte de interés en cuanto que se la compensa con las arras. Si examinamos el supuesto de la sentencia de 21 de Junio de 1994, vemos que aparecen en él estos tres elementos. Con las arras, el vendedor, que en principio quería vender el bien de su propiedad, se asegura así la posibilidad de apartarse de tal compromiso para el caso de que halle más adecuado a sus intereses conservar la cosa en su propiedad y entregar las arras. El comprador por su parte, goza también de la misma ventaja de partida, y del mismo modo que el vendedor hizo uso de su facultad de desistir, también lo pudiera haber hecho el comprador, caso de que las circunstancias hubiesen sido otras y a él le hubiera convenido apartarse de lo estipulado. Recibe en todo caso la compensación que las arras constituyen, sin que él tenga a cambio que entregar nada.

Pero no se trata sólo de una cuestión de valorar intereses, algo que resulta marginal, sino de valorar si la función que atribuimos a las arras penitenciales está presente aquí,

y si éstas cumplen una utilidad al captar en este caso, las posibles modificaciones en el precio del bien y consecuentemente el mayor o menor interés de las partes en celebrar el contrato en las condiciones pactadas inicialmente.

2. Modo de operar del artículo 1.454 del Código civil.

Para que tengan lugar las arras penitenciales, se requiere de una serie de requisitos, lo cual nos hace entrar en el estudio del artículo 1.454:

A) Ha de existir un contrato perfecto y válido (Ss. 14-5-1929 y 24-4-1956). Así se desprende del propio precepto que habla de “si hubiesen mediado arras en el contrato de compra y venta”. Presuponen por tanto las arras penitenciales un contrato celebrado y, además, celebrado válidamente, puesto que las arras constituyen un pacto accesorio vinculado a la vida del contrato principal, en cuya garantía se establecen. De acuerdo con esto, cualquier causa de ineficacia del contrato llevará consigo la ineficacia del pacto arral como accesorio que es del contrato principal. También se deduce la necesidad de que el contrato sea válido al poner en relación el artículo 1.454 C.c. con el 1.290 C.c. ya que el primero permite la rescisión del contrato, lo cual, de acuerdo con el segundo, sólo cabe en los contratos válidamente celebrados.

El hecho de que nuestro Código refiera las arras únicamente al contrato de compraventa, no impide que se pueda hacer uso de ellas en otros contratos. De hecho, buena parte de la doctrina ubica el estudio de las arras dentro del capítulo referente a las garantías de las obligaciones. En general puede decirse que cabrán en los contratos sinalagmáticos. Respecto a la posibilidad de este tipo de arras en el precontrato o *pactum de contrahendo*, hay que pronunciarse a favor de ello, si bien advirtiendo que aun cuando cumplen en este caso una adecuada función de garantía, no es éste, sin embargo, su lugar propio.

B) Las arras consisten en un objeto o una cantidad de dinero que se entrega al momento de la perfección del contrato. En segundo lugar, es pues preciso que se realice esa entrega. Sin ella no es posible la constitución de las arras, ya que éstas poseen carácter real. De modo que el pacto de arras no tiene lugar por el simple acuerdo o promesa de entregarlas, sino que se produce con la entrega efectiva de las mismas.

162

Respecto al objeto entregado como arras, no establece el artículo 1.454 ningún tipo de previsión, pero parece normal que haya de consistir en una suma de dinero o cosa fungible (29), lo cual siempre facilitará la devolución duplicada del mismo. Nada impide, sin embargo, que pueda tratarse de otro tipo de cosa. Suele señalar la doctrina (30) la necesidad de que lo entregado como arras sea de valor inferior al precio, ya que si llegara a abarcar la totalidad del mismo, podría reputarse entonces como cumplimiento. Pero no creo que pudiera plantearse inconveniente alguno, aunque sería escasamente probable, si lo entregado como arras resultase de valor superior a la prestación en el caso de que ambos fueran de diversa especie, pues de este modo no cabría la confusión entre ellos. Hay que señalar en todo caso la conveniencia de que lo entregado como arras constituya una parte importante del precio, ya que de esta forma se cumple plenamente la finalidad de garantía.

En cuanto al momento en que se ha de producir la entrega de las arras, éste ha de coincidir necesariamente con el de la perfección del contrato. Antes no tendría sentido, ya que lo que se pretende con ellas es reforzar el contrato y a la vez permitir el desistimiento, lo cual sólo puede tener lugar estando perfecto el contrato. Después

(29) En este sentido HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, pág. 62.

(30) Así HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, pág. 62. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XIX, Madrid, 1980, p. 110.

tampoco tendría sentido por la misma razón de que lo que se pretende es reforzar el vínculo obligatorio. Deben por tanto ser excluidas del concepto de arras penitenciales las entregas anteriores y posteriores a la conclusión del contrato. No obstante, hay que admitir cierta flexibilidad en el último caso debido a la dificultad que presentan los pagos en efectivo de grandes sumas de dinero. Es además preciso que la entrega de las arras se efectúe al momento de la perfección del contrato y de una sola vez. No es posible su entrega de forma espaciada en el tiempo, a modo de sucesivos pagos. En este caso se habrá de entender que se ha comenzado a cumplir el contrato y por tanto que no existen arras.

C) Será preciso, en tercer lugar, que las partes hayan pactado expresamente las arras, porque de lo contrario, habrá de considerarse lo entregado como simple anticipo del precio. No cabe, de este modo, constituir las tácitamente y cualquier entrega de cantidad al momento de la perfección del contrato se habrá de considerar como anticipo del precio (Ss. de 24-11-1926 y 11-10-1927). En última instancia lo que se pretende con esto es diferenciar las arras de los meros anticipos o pagos a cuenta, poniendo de relieve la función específica de garantía que acompaña a las primeras. No creo, sin embargo, y, a pesar de las muchas opiniones en contra, que haya de expresarse de forma clara y precisa en el contrato que las arras que se establecen en el mismo tengan carácter penitencial para que pueda entrar en juego el artículo 1.454. Sobre esta cuestión se hablará más adelante.

D) La rescisión: Constituye ésta una facultad que otorgan las arras penitenciales, de la que cualquiera de las partes, sin contar con la otra, puede hacer uso. Dice en este sentido la jurisprudencia que las arras penitenciales son un medio lícito de desligarse del vínculo contractual sin anuencia del otro (Ss. de 5-6-1945 y 22-2-1949). Si alguna de las partes ejercita esta facultad, las arras habrán desarrollado su función de permitir el desistimiento, su función penitencial.

En el caso de que no se ejercite, entonces el contrato se desenvolverá normalmente y seguirá su curso. No es preciso acudir a los tribunales para ejercitar la facultad de desistir, aunque esto se hará preciso cuando la otra parte se oponga a ello surgiendo entre ambos un conflicto. Sí que es necesario que la parte que desee hacer uso de esta facultad lo comunique fehacientemente a la otra parte, a fin de que no quepan dudas sobre el ejercicio o no de tal facultad. Se configura así el desistimiento, en palabras del profesor GARCÍA CANTERO, como una declaración unilateral de voluntad dirigida de modo fehaciente a la otra parte.

164 Es preciso determinar el momento hasta el cual cabe hacer uso de esta facultad de desistimiento ya que es evidente que no puede alargarse indefinidamente tal posibilidad. Hay que distinguir aquí dos posibles supuestos: Puede ocurrir que exista un plazo dentro del cual las partes puedan desistir, ya sea porque lo establezca así la propia ley (31), o porque así lo estipulen las partes. En este caso, una vez transcurrido ese periodo, no podrá ejercitarse la facultad de desistir. Puede también ocurrir que no exista plazo para ello, bien porque la ley no lo prevea, o bien porque las partes tampoco lo estipularon. En este caso actúa como límite el momento de la consumación del contrato, el cual en ningún caso podrá ser traspasado, ni siquiera por estipulación de las partes. Tampoco podrá hacerse uso de esta facultad una vez que se ha comenzado la entrega de la cosa objeto del contrato.

Considera la doctrina que no resulta en modo alguno aceptable hablar en este supuesto de rescisión, como lo hace el artículo 1.454, ya que se trata más bien de un supuesto de resolución en la medida en que aquélla tiene su

(31) Establece el Código civil chileno de 1987 que si los contratantes hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega.

origen en una disposición de la ley, derivando por tanto de un motivo externo al ser de la obligación, mientras que la resolución constituye una cláusula expresa o implícita en el contrato (32).

Una vez transcurrido el plazo para el desistimiento, ya no será posible llevarlo a cabo y el contrato seguirá su curso normal. Si posteriormente no se cumple voluntariamente el contrato, ya no será aplicable el artículo 1.454, sino el artículo 1.124. Del mismo modo, si se comenzó el cumplimiento en virtud de cualquier entrega anterior al plazo, dentro del cual cabe el desistimiento porque así lo admitieron las partes, entonces tampoco será aplicable el artículo 1.454 en la medida que ya se ha comenzado a ejecutar el contrato.

E) El allanamiento a perder o devolver duplicadas las arras: Para que cualquiera de las partes pueda hacer uso de la facultad de desistir, el Código civil impone una carga. La parte que desee desistir habrá de allanarse a perder o a devolver duplicadas las arras, según sea el comprador o el vendedor quien desee hacerlo. La terminología empleada por el Código es poco precisa ya que nada tiene que ver este "allanamiento" con su homónimo procesal. El allanamiento es aquí la vía para realizar el desistimiento, el cauce; es el presupuesto para que la parte que lo desee pueda desistir de su obligación. Se ejercita por tanto de forma paralela a aquél, y consiste, del mismo modo, en una declaración unilateral de voluntad dirigida de modo fehaciente a la otra parte. No puede así atribuirse a este allanamiento un sentido procesal. Allanamiento significa aquí, en palabras de F. HERNÁNDEZ GIL, avenirse o conformarse con lo estipulado, es decir, con el objeto que constituyen las arras. En cuanto al plazo para llevarlo a cabo, será el mismo que para el desistimiento, ya que no puede entenderse el uno sin el otro.

165

(32) Con diversas argumentaciones realiza esta precisión F. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 66.

En el caso de que cualquiera de las partes ejercite la facultad de desistir de la obligación, allanándose a perder o a devolver duplicadas las arras, no parece adecuado hablar de incumplimiento ya que éste propiamente no ha tenido lugar. Así lo entiende la mayor parte de la doctrina, que considera a las arras como un medio lícito de separarse del contrato. Este matiz es esencial para diferenciar las arras penitenciales de las penales, pues estas últimas funcionan como pena del incumplimiento, presuponen el incumplimiento, entrando dentro de la dinámica del artículo 1.124. Constituyen así las arras penales realmente un sustituto de la indemnización. Las arras penitenciales por su parte se sitúan al margen del incumplimiento voluntario, impiden la ejecución específica, la cual sí es exigible mediando cualquier otra modalidad de arras. Al allanarse a perder las arras o a devolverlas duplicadas, se está cumpliendo con el contrato porque esa facultad aparece reconocida en el propio contrato. Utilizadas adecuadamente, las arras penitenciales fuerzan al cumplimiento del contrato y, en el caso de que por las razones que sea, no se quiera cumplir con la prestación específicamente pactada, facultan para desistir, propiciando además un adecuado sustituto de la ejecución específica, la cual en numerosas ocasiones presenta grandes inconvenientes para ser llevada a cabo.

Y puesto que no constituyen incumplimiento, no podría exigirse ninguna otra cantidad como indemnización adicional, aún cuando realmente existan y se prueben daños que superen el tope que representan las arras.

3. El artículo 1.454 dentro del sistema general de obligaciones y contratos.

Son diversas las posturas que pueden mantenerse en relación con las arras penitenciales para darlas una explicación que las sitúe dentro del sistema general de obligaciones y contratos:

1) Podemos partir en primer lugar de una consideración del artículo 1.454 que se centre exclusivamente en la facultad de apartarse de un contrato perfecto. Es esta la postura que predomina hoy día al intentar encuadrar las arras penitenciales dentro del sistema general y explicar su régimen jurídico. En este trabajo es la que se ha seguido fundamentalmente para exponer los requisitos de funcionamiento.

– Puede configurarse así el pacto de arras como un acuerdo específico, introducido por la autonomía de la voluntad conforme al cual las partes se permiten recíprocamente desistir de la prestación inicialmente pactada mediante el pago de una cantidad. Tienen, de acuerdo con esto, las arras penitenciales la virtualidad de impedir el cumplimiento en forma específica de lo estipulado (33).

– Se puede configurar también a las arras como una obligación facultativa a través de la cual, las partes se confieren recíprocamente la facultad de sustituir la prestación inicialmente pactada por la que se deriva de la penitencia arral (34). Se diferencian sin embargo las arras penitenciales de las obligaciones facultativas en que mientras que en las primeras, debido a su función de garantía, es esencial la reciprocidad en cuanto a la facultad de sustituir la prestación, en las segundas es posible otorgar esa facultad únicamente a una de las partes.

– En la doctrina francesa surgió la idea de configurar las arras penitenciales como una condición, entendiéndola algunos autores como suspensiva (35), y otros como resolutoria (36).

(33) *Vid.* al respecto PUIG BRUTAU, J.: “La función de las arras”, en *RCID*, 1959, julio-diciembre, pp. 208-216.

(34) *Vid.* por todos LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*, vol. I. Madrid, 1991, p. 132.

(35) La condición consistiría aquí en que cada parte renunciará a retirar su adhesión una vez pasado el plazo que se fije en el contrato. Postura esta defendida por autores como COLINT y CAPITANT o JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

(36) En este caso la propiedad de la cosa se reputa transmitida inmediatamente al adquirente, resolviéndose la obligación con la devolución o pérdida de las arras. En esta dirección se expresan autores como DE PAGE.

Según estos autores las arras penitenciales vendrían a mudar el carácter de la obligación convirtiéndola de pura en condicional. Partiendo de esta configuración, COLINT y CAPITANT (37) recogen las arras dentro del capítulo titulado “modalidades de venta”, considerando las ventas en que medien arras como ventas condicionales. En nuestro país esta opinión ha sido defendida por QUINTANO RIPOLLÉS (38), para quien las arras penitenciales suponen introducir en el contrato una condición resolutoria. De este modo logra el mencionado autor situar nuestra institución dentro de la sistemática general, debiendo entenderse que la obligación ha nacido, pero que, caso de producirse el desistimiento de alguna de las partes, entonces dejará de producir efectos y quedará resuelta. Considero, no obstante, en contra de esta posibilidad que es mantenida por QUINTANO como la opción más razonable, que no cabría hablar aquí de condición en la medida en que se hace depender la resolución del contrato de la simple voluntad de las partes, por mucho que sea una facultad bilateral que se atribuya a ambas partes. No es éste el sentido que en las obligaciones condicionales se atribuye a la condición, además, esta consideración tiene tan solo en cuenta un aspecto de las arras penitenciales, cual es su función penitencial, prescindiendo de su función de garantía para el cumplimiento y de medio de resarcimiento para el caso de que una de las partes no desee cumplir con lo pactado.

Es posible partir también en esta labor del sentido histórico que con toda seguridad se las atribuyó.

— Puede así considerarse a la compraventa con arras como una modalidad específica de venta cuya perfección no tiene lugar por el consentimiento de las partes, sino por la cumplimentación de una determinada formalidad de la que las

(37) A. COLINT y H. CAPITANT, *op. cit.*, pág. 28.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Las arras en el novísimo derecho contractual”, en la *RGLJ*, 1950, T. 187, p. 759.

partes han hecho depender el surgimiento de las obligaciones entre ellas. Supondría esto configurar a la venta con arras como un contrato formal y también, en algunos casos, real. Se solventaría así el problema que se plantea como consecuencia de que las arras penitenciales permiten el desistimiento unilateral de un contrato perfecto.

Tiene esta configuración una base histórica que arranca del Derecho romano postclásico, si bien resulta difícil encuadrarla dentro del régimen que prescribe para las arras penitenciales el artículo 1.454. No obstante, el análisis de los supuestos concretos en la jurisprudencia nos muestra que esta postura está bastante cercana al sentido que en la práctica se atribuye a las arras en los contratos. La inmensa mayoría de los casos en que median arras se refieren a un contrato de compraventa de inmueble en el que, tras convenirse los términos de la misma, se establece el momento en el que se ha de otorgar la escritura pública, existiendo entonces siempre un período de tiempo entre el momento en que la venta es acordada y el momento en que se otorga la escritura.

169

De acuerdo pues con esta idea, las arras penitenciales podrían mediar en una compraventa, actuando como garantía y medio compulsivo para el cumplimiento, cuando las partes hubieran decidido que el contrato no se perfeccionara hasta tanto no se otorgue la escritura, hasta tanto no se realice la entrega de la cosa. El problema se hallaría en determinar cuándo se entiende que existe esa voluntad. Esta podría entenderse por el mero hecho de pactarse arras; o por el hecho de que una forma especial se requiera para la transmisión; o bien entenderse que sólo es posible cuando la voluntad de las partes en ese sentido sea claramente reconocible.

3) Puede, del mismo modo, partirse de su sentido histórico, pero adaptándolo al estado actual de las circunstancias que acompañan a esta institución.

— Con frecuencia es así afirmado que el lugar propio de las arras penitenciales lo constituye la promesa de contrato

o *pactum de contrahendo*. Esta opinión es la que parece extraerse de los autores de la época del Derecho común cuando ubican las arras confirmatorias en los contratos concluidos y las penitenciales en los todavía inconclusos. También se afirma por algunos autores, que éste era el sentido que se atribuía a las arras en el Derecho justiniano (39). Son en fin numerosos los autores que sitúan esta modalidad de pacto arral dentro de la figura del precontrato, acudiendo con frecuencia al ejemplo del Código civil francés. Dice así F. HERNÁNDEZ GIL que las arras penitenciales en el contrato perfecto deben constituir la excepción. La razón de esta ubicación de las arras penitenciales radica en la dificultad para exigir el cumplimiento específico dentro de esta figura, algo que es generalmente rechazado. De este modo, las arras se situarían aquí frente a un eventual resarcimiento del daño producido por el abandono de la promesa, con la ventaja de ligar a la otra parte para forzarla a contratar, asegurando al mismo tiempo una indemnización cierta para el caso de que la otra parte se niegue a concluir el contrato.

De estos tres posibles encuadres sistemáticos, el primero ha de tomarse principalmente para explicar el funcionamiento y régimen jurídico de las arras penitenciales y el segundo ha de servir como criterio actual para valorar y apreciar la existencia de esta modalidad de arras, en la medida en que nos aproxima a su sentido original. Las arras penitenciales en la promesa de contrato son también una posibilidad que sirve para otorgar fuerza a la misma.

(39) Es esta una lectura equivocada de la interpretación que CHALON SECRETAN realiza de los textos justinianos. Entiende este autor que la expresión "sin escritura" se refería no a la promesa de contrato, sino a una venta que se está realizando pero que aún no está hecha. Opinión que es, sin embargo, rebatida adecuadamente por W. SCHUSTER: "Die Funktion der Arrha bei Justinian", en *Labeo*, 1959, p. 31 y ss.

4. Cuestiones problemáticas.

1) ¿Es preciso que conste de forma clara que las partes quisieron pactar arras penitenciales?

La lectura o interpretación de partida que se haga del artículo 1.454 del Código civil es determinante para atribuir un sentido u otro al término “arras”. Si partimos de una interpretación estricta, siempre habremos de concluir que este término implica un pacto de arras penitenciales porque sólo éstas existen en el ordenamiento civil. Pero si lo consideramos como un precepto interpretativo, admitiendo la existencia de diversas modalidades de arras, entonces será preciso realizar una valoración global de los elementos en juego que nos proporciona el contrato, pronunciándonos ante la duda por la existencia de arras penitenciales. Si partimos de una lectura del precepto que le atribuya un carácter dispositivo, entonces el término “arras” ya, ni directa ni indirectamente por vía interpretativa nos conducirá a las arras penitenciales, y será preciso llevar a cabo un análisis de todos los elementos y datos de que dispongamos, relacionándolos con la finalidad propia de cada modalidad de arras, para averiguar cuál de ellas fue la querida por las partes. En todo caso parece evidente que la utilización del término arras ha de llevarnos a entender, salvo que esta calificación no se corresponda con el concepto y contenido de las mismas, a que existen arras. Cosa distinta será el determinar el alcance de las mismas, para lo cual será determinante la lectura que hagamos del artículo 1.454 C.c.

La cuestión que sin embargo ofrece mayor problema, pues es la que en mayor medida se suscita en la jurisprudencia, es la de si ha de expresarse de forma clara en el contrato, para que se pueda admitir la existencia de arras penitenciales, que las arras que se pactan tienen ese sentido. A esta afirmación creo que se pueden oponer dos argumentaciones. En primer lugar, que esto supondría rechazar el que la función penitencial de las arras pudiera extraerse

del análisis del contrato, defendiéndose una férrea literalidad que no es posible sostener. De optarse por esta rigurosidad literal habría que afirmar la existencia de arras penitenciales siempre que las partes así calificaran su pacto, aún cuando del análisis del contenido del mismo se desprenda que no existen arras penitenciales. Esta defensa de la literalidad es algo que en nuestro ordenamiento jurídico se rechaza. También hay que señalar que no puede llegarse a esta conclusión por la vía de una interpretación restrictiva, porque ninguna interpretación de este tipo puede tener ese alcance. Y en segundo lugar, que, se parta de la lectura del precepto de la que se parta (como norma interpretativa o totalmente dispositiva), no resulta necesario en ninguna de ellas, ni tampoco coherente con las mismas establecer esa exigencia para entender que existen arras penitenciales.

172

Por último hay que recordar que pese a los argumentos que se manejan en la jurisprudencia, la afirmación de que es preciso, para que pueda entenderse que existen arras penitenciales, que así conste de una manera clara y evidente, hay que entenderla realizada dentro de las circunstancias que caracterizan el supuesto concreto sometido a conocimiento del Tribunal. Hay por tanto que relativizar esas argumentaciones en la medida en que no se les otorga un alcance general, sino que se emplean para hacer frente a problemas muy concretos.

Un problema paralelo lo constituye la equiparación que el Código realiza entre los términos arras y señal, equiparación que ya se venía realizando en nuestros textos legales anteriores. Las Partidas, por ejemplo, emplean la expresión señal para referirse a las arras penitenciales. El problema radica en que el término señal en el lenguaje común alude generalmente al sentido de signo o prueba, de forma que con él podría con frecuencia quererse expresar una función confirmatoria. Ciertamente que este término de señal presenta hoy día cierta confusión y quizá hubiera resultado más adecuado emplear en el artículo 1.454 únicamente la expre-

sión arras. Para algunos autores el hecho de que el Código emplee ambas expresiones, arras y señal, pone de relieve la subsistencia de las arras confirmatorias en nuestro Derecho. En este sentido consideran PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (40) que la modalidad de arras confirmatorias no ha desaparecido de nuestro Derecho, ya que incidentalmente se habla en aquel artículo de señal, por lo que ha de reconocerse su subsistencia. También HERNÁNDEZ GIL realiza algunos intentos por separar ambos conceptos y referir la expresión señal a las arras confirmatorias. Es evidente, sin embargo, como reconoce este último autor, que el Código equipara las dos expresiones refiriéndolas a las arras penitenciales. En un sentido gramatical o etimológico no sería del todo correcta esa identificación, pero resulta claro que el Código la establece, al señalar un mismo efecto jurídico.

Interesante resulta el argumento que PUIG BRUTAU (41) ofrece para entender que ha de constar de forma clara y evidente que las partes quisieron dar a las arras el carácter de penitenciales. Tal argumento parte de la función que este autor considera como distintiva de las arras penitenciales y que consiste en la imposibilidad de exigir, mediando arras penitenciales, el cumplimiento específico de lo convenido, algo que constituye en nuestro ordenamiento una excepción.

2) ¿Ha de considerarse la cuantía de lo dado como arras para determinar la modalidad pactada?

Se ha señalado la conveniencia de que el importe de lo entregado como arras penitenciales sea importante. El mismo elemento de garantía viene a lograrse cuando esto es así, y la doctrina en general se refiere a este hecho como característico de las arras penitenciales. POTHIER dice así que si hubieran mediado arras y se ignorase si ha sido convenido el contrato, o si tan solo estaba en proyecto, de forma que en principio no sería posible, conforme a lo que este

(40) Notas al *Tratado* de Enneccerus, QIPP y WOLF. Derecho de obligaciones, T. II, vol. I.

(41) PUIG BRUTAU, J.: *op. cit.*, pág. 216.

autor afirma, saber si se trata de arras confirmatorias o penitenciales; si lo dado como arras es una cosa de muy poca monta, no puede tenerse estas arras como penitenciales, es decir, como aquéllas que son propias de una venta convenida en principio, sino como arras confirmatorias, como arras dadas en prueba y señal de una compra rematada. COLINT y CAPITANT, partiendo de su consideración del artículo 1590 del *Code* como una simple interpretación de la voluntad presunta de las partes, pudiendo resultar de los términos del contrato o de las circunstancias que lo acompañan que la entrega de arras tenga un carácter distinto al penitencial, entienden que las arras habrán de ser confirmatorias cuando consistan en una cantidad sumamente pequeña.

El problema de fondo que se plantea es el de si la importancia de la cuantía de lo entregado como arras ha de considerarse como elemento propio y característico del concepto de arras penitenciales, de forma que, cuando se hable de arras o incluso de arras penitenciales en un contrato, pero la cantidad que se entregue como tal sea de escasa importancia, haya entonces que rechazar de plano la posibilidad de que se trate de arras penitenciales. A esta conclusión se llegaría, tanto si partimos de una concepción del artículo 1.454 C.c. como norma interpretativa, como si lo consideramos como norma totalmente dispositiva. Creo, sin embargo, que esta postura puede ser excesiva y que habría que tener también en cuenta el juego de otros datos y no basarnos solamente en éste para poder afirmar o rechazar la existencia de arras penitenciales. La valoración de este dato es plenamente posible, dándosele toda la importancia que tiene, si partimos de una lectura del artículo 1.454 C.c. como norma dispositiva. En este caso funcionará como una de las circunstancias o datos relevantes que habrá que valorar y poner en relación con el sentido de cada modalidad de arras. También será posible valorar este dato si partimos de la consideración de aquel precepto como norma interpretativa, ya que esta lectura permite también la toma en con-

sideración de todas las circunstancias que acompañan al contrato, y además sí que sería posible en este ámbito llevar a cabo una interpretación restrictiva que restringiera el concepto de arras a los supuestos en que las cantidades entregadas como arras resultan importantes. En todo caso, es evidente la dificultad que supondría establecer la cuantía a partir de la cual se considera que existe una adecuada garantía de la obligación y una adecuada compensación por el desistimiento. Para evitar estos problemas resulta más adecuado no considerar la importancia de la cuantía como elemento propio del concepto de arras penitenciales, sino como un dato relevante que se habrá de valorar.

3) ¿Es posible el pacto de arras en un contrato diferente al de compraventa?

El estudio jurisprudencial ha puesto de relieve que el lugar común de las arras penitenciales es el contrato de compraventa, y más en concreto la compraventa de inmuebles. En todos los supuestos analizados, las arras penitenciales aparecen en contratos de compraventa, y en la inmensa mayoría de los supuestos en ventas de inmuebles y siempre enfocadas hacia el momento de la entrega de la cosa, del otorgamiento de la escritura.

A pesar de esto no parece existir ningún problema para que las arras en general, y las penitenciales en particular, estén presentes en otros tipo de contratos (42). Así se manifiesta la generalidad de la doctrina que, a la hora de estudiarlas, suele con frecuencia englobarlas, incidiendo en su carácter de garantía, dentro de la doctrina general de las obligaciones (43).

(42) En este sentido POTHIER, R. J.: *op. cit.*, pág. 200, quien afirma que todo lo dicho sobre las arras en la compraventa puede aplicarse a las que median en los demás contratos.

(43) Como ejemplo sirva OSSORIO MORALES, J.: *Lecciones de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Granada, 1986, quien señala que cabe la posibilidad de establecer también las arras como medio de reforzar el vínculo obligacional de otras figuras contractuales.

Es preciso, no obstante, señalar que, dado que las arras penitenciales están pensadas para un contrato con las características de la compraventa, sólo será posible su extensión a aquellos que se le asemejen. Así, no sería posible la existencia de arras penitenciales fuera de un contrato bilateral o sinalagmático.

4) ¿Cuál es el destino que ha de darse a las cantidades que se entregan como arras penitenciales?

El destino de tales cantidades variará según cuál sea el supuesto ante el que nos hallemos:

a) En el caso de desenvolverse normalmente el contrato y llegarse al cumplimiento voluntario, la cantidad entregada como arras se imputará al pago, formando parte de él. En nuestro Derecho, salvo pacto en contrario, no constituyen las arras ningún tipo de añadidura, suplemento o sobreprecio. Sin embargo la duda se plantea cuando lo que se entregó como arras es un objeto. En este caso, parece lo más apropiado entender que si el objeto es de la misma especie que aquello que constituye el objeto de la prestación, entonces se habrá de imputar al pago, pero que en caso contrario se habrá de devolver al concluir el contrato, salvo que la voluntad de las partes sea otra.

b) Para el caso de que se haga uso de la facultad de apartarse del contrato por alguna de las partes, entonces lo entregado quedará, en todo caso, en poder del vendedor si fue el comprador el que desistió o, bien se habrá de restituir duplicado por el vendedor si fue éste quien desistió. En este último supuesto, si se entregó como arras un objeto, bastará con la devolución del mismo más la entrega de una cantidad de dinero equivalente a su valor.

c) En el supuesto de que no se ejercite la facultad de desistir por ninguno de los contratantes y que posteriormente el contrato sea incumplido por causa no imputable a ninguno de ellos, o por causa que fuera imputable a ambos, entonces las arras deberán ser restituidas y las cosas volverán al estado en que estaban al momento de la conclusión del contrato.

d) Por último, para el caso en que no se haya producido el desistimiento y posteriormente tenga lugar el incumplimiento voluntario de alguna de las partes, habrá entonces que acudir a las normas generales relativas al incumplimiento y resarcimiento. Será así de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil, sin que pueda invocarse entonces el artículo 1.454, habida cuenta que transcurrió ya el tiempo en que cabría el desistimiento. Si es el comprador el que se niega a cumplir con su parte, entonces podrá el vendedor aplicar lo que se le entregó como arras para su resarcimiento. En el caso de que sea el vendedor quien se niegue a cumplir, no será entonces posible exigirle la devolución duplicada de lo entregada, sino simplemente, que en lo que atañe a lo que se le entregó como arras, que lo restituya.

Hay que señalar que en este supuesto de incumplimiento del contrato por alguna de las partes, las arras no determinan ningún tipo de límite de cara al resarcimiento. Procederá por tanto el pleno resarcimiento, debiendo aplicarse las normas generales al respecto. Esto es así porque las arras penitenciales funcionan como compensación por el desistimiento, pero no como pena o medio de resarcimiento por el incumplimiento. De acuerdo con esto, la penitencia arral podrá aplicarse al resarcimiento, pero si es insuficiente para cubrir los daños del incumplimiento, no existe obstáculo que impida el resarcimiento íntegro.

Por último es necesario realizar dos anotaciones: De un lado, la obligación por parte de quien recibe las arras de conservarlas de forma adecuada. Y de otro, advertir que la rescisión o resolución del contrato por otros motivos no da lugar a la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 1.454 del Código civil.

5) ¿Es esencial a las arras penitenciales la reciprocidad en cuanto a los derechos y obligaciones que éstas otorgan?

Se plantea aquí si es posible que la facultad de desistir se otorgue exclusivamente a una de las partes. La jurisprudencia

dencia parece pronunciarse de forma negativa, al entender que es de esencia de esta clase de pactos su bilateralidad, consecuencia de la igualdad entre las partes y la reciprocidad de sus obligaciones y derechos, de forma tal que la facultad de apartarse del contrato con las consecuencias previstas en el artículo 1.454 ha de reconocerse a ambas partes. Frente a esta postura se sitúa el régimen navarro, conforme al cual sí que sería posible atribuir exclusivamente a una de las partes la facultad de apartarse de la prestación pactada. En el mismo sentido se pronuncian también algunos códigos extranjeros.

178

En mi opinión resulta acertada la postura de la jurisprudencia, a cuyos argumentos añadiría otros dos que enlazan con aquél. En primer lugar, creo que afirmar la posibilidad de que se otorgue a una sola de las partes la facultad de desistir, chocaría con la función recíproca de garantía que ostentan las arras penitenciales. Y en segundo lugar, creo que aquello no es tampoco posible porque, aun cuando el juego del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos es enorme, las arras penitenciales conforman una institución de perfiles concretos, que sólo muy escasamente sería posible alterar. Tienen las arras penitenciales una función y un contenido muy concretos que la autonomía de la voluntad no puede alterar sin menoscabar su esencia. A diferencia de la cláusula penal, la cual constituye una finalidad, las arras penitenciales constituyen fundamentalmente un contenido.

6) Diferencias entre las arras penitenciales, la cláusula penal y las arras penales.

En primer lugar me referiré a las diferencias en relación con la cláusula penal, figura a la que con cierta frecuencia se asimilan por la doctrina, las arras penitenciales. También en la jurisprudencia existe cierta confusión entre ambos conceptos.

a) Se diferencian ambas figuras por el momento en que tiene lugar la entrega de las mismas. Mientras las arras penitenciales suponen siempre la entrega de un objeto o suma

de dinero al momento de la conclusión del contrato, atribuyéndoselas por tanto carácter real, la cláusula penal supone una promesa o compromiso de entregar una cosa determinada para el caso de que se incumpla con lo estipulado. Y como las arras constituyen una dación actual, son así prueba y signo de la conclusión del contrato.

b) La cláusula penal constituye una pena por el incumplimiento. Mediante su introducción en el contrato, las partes pretenden garantizar sus posiciones frente a un eventual incumplimiento de la otra parte, asegurándose para ese supuesto una adecuada reparación de los daños y el pleno resarcimiento. Se rige por las normas contenidas en los artículos 1.152 a 1.155 del C.c. Las arras penitenciales se configuran, en cambio, como la penitencia que ha de pagarse por desistir de la prestación pactada en el contrato. Se hallan así dentro de la propia dinámica del contrato. Al ejercitarse la facultad de desistimiento se está cumpliendo con lo estipulado, sin que pueda hablarse de incumplimiento. En conclusión, puede decirse que mientras la cláusula penal gira en torno al incumplimiento, el cual constituye presupuesto para su aplicación, las arras penitenciales se mantienen al margen ya que su límite de aplicación está determinado por el momento de la consumación del contrato.

c) Las arras penitenciales, una vez que se ejercita la facultad de desistimiento, tienen como única consecuencia la pérdida o devolución duplicada de la cosa que fue entregada en tal concepto. Frente a esta sencillez en cuanto a sus efectos propios, la cláusula penal, cuando viene a aplicarse, presenta un amplio abanico de consecuencias posibles. Estas consisten básicamente en la posibilidad de elegir entre exigir el cumplimiento o aplicar la pena, pero cabe también que las partes pacten otras posibles consecuencias.

d) La cláusula penal constituye básicamente una finalidad. Finalidad de garantía, y de resarcimiento y pena por el incumplimiento. De ahí el mayor margen de la autonomía de la voluntad que es posible apreciar en ella. Por el

contrario, las arras penitenciales constituyen fundamentalmente un contenido, son una institución de perfiles muy concretos en la que el juego de la autonomía de la voluntad es más pequeño.

e) Por último, como señala ROYO MARTÍNEZ (44), la cláusula penal aunque puede muy bien ser recíproca, se emplea en elevado porcentaje de casos para asegurar la prestación de una de las partes exclusivamente; sin embargo, en las arras existe un especial y constante sentido sinalagmático. Refiere este autor ese carácter sinalagmático a todas las modalidades de arras.

180

En relación con las arras penales, figura que resulta de la combinación de las arras penitenciales con la cláusula penal, la nota fundamental que las diferencia de las arras penitenciales es la de ser pena y resarcimiento anticipado para el caso de incumplimiento. Al igual que la cláusula penal, las arras penales giran en torno al incumplimiento, mientras que las penitenciales operan al margen de aquél, como penitencia por el desistimiento.

Mayor interés ofrecería la distinción entre las arras penales y la cláusula penal, cuestión de la que la doctrina se ha ocupado profusamente (45), así como la relación de éstas con las arras penitenciales. Es esta una cuestión que excede del alcance de este trabajo, pero a la que hemos de dedicar unas palabras en la medida en que atañe a la delimitación del concepto de arras penitenciales. La confusión entre estas tres figuras y la necesidad de perfilar sus contornos, es puesta de relieve en la anteriormente comentada sentencia de 14 de mayo de 1993. Esta resolución pone de relieve, en mi opinión, las dificultades que entraña diferenciar las arras penales de la cláusula penal, figuras que presentan grandes

(44) ROYO MARTÍNEZ: *Notas sobre la función de las arras en la contratación*, Sevilla, 1949.

(45) *Vid.* al respecto ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 19. Y también, TRABUCCHI, A.: *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid 1967, p. 135.

similitudes y cuyo origen es paralelo. No se equivocan así los autores que equiparan las arras penales a la cláusula penal (46). En la susodicha sentencia es evidente el carácter penal de la estipulación introducida por las partes en el contrato, a pesar de que éstas hablen de arras del artículo 1.454 del Código civil. Existen, sin embargo, dificultades para subsumir tal estipulación dentro del concepto estricto de cláusula penal o de arras penales ofrecido por la doctrina. Esto creo que pone de relieve lo ficticio de la distinción entre ambas figuras. Se plantea así, ante la necesidad de realizar una calificación jurídica del supuesto contemplado en la mencionada resolución de 14 de Mayo de 1993, una serie de cuestiones, como, si es posible introducir unas arras penales en las que no se permita como posibilidad exigir el cumplimiento forzoso, o en las que no aparezca ese sentido sinalagmático que con carácter general se atribuye a todas las modalidades de arras (47). En igual sentido cabe plantear respecto a la cláusula penal, si es posible la entrega de la suma de dinero en que consista, al momento de la conclusión del contrato. A mi modo de ver, en la medida que la cláusula penal se caracteriza básicamente por constituir una finalidad, creo que esto es perfectamente admisible. Por eso entiendo que puede apreciarse en aquel supuesto la existencia de una cláusula penal, y que, de acuerdo con esto, hubiera podido aplicarse lo previsto en el artículo 1.154 del Código civil como medio para mitigar la pena, atendiendo a la voluntad de cumplimiento que se desprendía del comportamiento de la compradora.

(46) Puede verse en este sentido PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, vol. II, Barcelona 1994, quien considera a las arras penales como una cantidad entregada en concepto de pena convencional.

(47) En relación con este punto, LACRUZ BERDEJO, que asimila también las arras penales a la cláusula penal, afirma que la eficacia de las arras penales puede ser unilateral, y entonces se constituyen por uno de los contratantes exclusivamente como garantía del cumplimiento de la obligación que le incumbe; o bilateral, en cuyo supuesto, constituidas por un contratante, el otro queda obligado a devolverlas duplicadas si es él quien incumple.

7) Las arras penitenciales como garantía. El *ius poenitendi*.

Con frecuencia la doctrina cuestiona el que las arras penitenciales desarrollen una función de garantía, y por tanto, viene también a cuestionar el que constituyan unas auténticas arras. En general se suele señalar que sólo las arras penales son genuinas arras porque son las únicas que refuerzan el vínculo obligacional en tanto que las penitenciales lo debilitan. Parten estos autores de la idea de considerar que el término arras equivale a garantía. Sin embargo, a pesar de que el origen etimológico efectivamente nos envía a una función de garantía (*Ἀρραβων*), no creo que pueda deducirse de ello una identificación plena entre los conceptos de arras y de garantía. Hay en todo caso que poner de relieve que el concepto de garantía puede tener diversos sentidos.

182 Ciertamente que pueden señalarse algunas circunstancias que deben concurrir para que sea posible apreciar este carácter de garantía con mayor claridad en las arras penitenciales. Suele ser así ya un tópico señalar que esta función se logra cuando la cantidad que se entrega como arras resulta bastante considerable, pues de este modo, decidirse por el desistimiento supondrá siempre un detrimento de mayor entidad en el patrimonio que optar por el cumplimiento. También se afirma con frecuencia que esta función de garantía se manifiesta asimismo en la medida en que no es necesario probar ni valorar los daños y perjuicios causados por el desistimiento, ya que éstos vienen determinados de antemano por las partes. Aparece, por último, este sentido de garantía en el propio carácter real de las arras, las cuales son entregadas de forma anticipada en el momento de la conclusión del contrato.

Si acudimos al resto de modalidades de arras podemos observar, no obstante, que también este sentido de garantía no aparece con rotundidad. Esto es evidente en las confirmatorias, las cuales, aunque en teoría son signo externo de

la perfección del contrato, lo cierto es que apenas cumplen esta función, con lo que la garantía ya de por sí tenue, prácticamente desaparece. La mera entrega de un objeto o cantidad de dinero difícilmente puede probar algo si no media recibo, en cuyo caso la señal y prueba no será el objeto o cantidad en sí, sino el recibo.

Algo semejante puede decirse de las arras penales, las cuales, aunque se afirma que constituyen auténtica garantía, lo cierto es que, al igual que ocurre en el caso de las penitenciales, para que esto se produzca han de concurrir también algunas circunstancias, no pudiéndose establecer una igualdad entre arras penales y garantía. Del mismo modo que se afirma que las penitenciales refuerzan la obligación sólo cuando la cuantía de lo entregado es ciertamente importante, algo semejante puede defenderse en relación con las penitenciales, porque, ¿Qué garantía añaden cuando su finalidad es igualmente alcanzable por vía de indemnización de daños y perjuicios? Sólo cuando su importe sea estimable podrá decirse entonces que refuerzan el vínculo más allá de lo que resulta normal. También hay que reconocer que las arras penales tienen la ventaja de que evitan el tener que determinar posteriormente la cuantía del resarcimiento y que, a diferencia de la indemnización normal de daños y perjuicios, la parte cumplidora, si es el vendedor, cuenta ya con la cantidad de forma anticipada.

En conclusión, creo que es posible ligar la función de garantía a todas las modalidades de arras, pero señalando que esa vinculación no es absoluta, sino que aparece ligada a determinadas circunstancias.

En la doctrina, la mayoría de los autores encuadra el estudio de las arras dentro de las formas de garantía que de forma convencional es posible establecer en los contratos.

Mas hasta aquí hemos partido de un determinado y concreto concepto de garantía movidos por la corriente que emana de la actual literatura sobre las arras penitenciales, y ciertamente, que para que nuestra institución encaje dentro

de ese concepto, hemos tenido que introducir algunas matizaciones, desacreditando además la idea de garantía en el resto de modalidades de pacto arral. Cabe, no obstante, recurrir a otro sentido del término garantía, que con seguridad nos brindará mejor acogida.

Como se ha venido repitiendo a lo largo del presente trabajo, el móvil principal en la discusión sobre las arras penitenciales se basa en que éstas permiten el arrepentimiento de un contrato, contrato en el que ya ha mediado el consentimiento y del que se derivan por tanto efectos obligacionales (artículo 1.258 del Código civil). Esta idea es la que ha originado una postura abiertamente contraria a las arras penitenciales. Y si entendemos que esta postura alcanza su máxima expresión a través de la consideración del artículo 1.454 como norma absolutamente dispositiva, y en la propia opinión mantenida por la profesora DÍAZ ALABART, observaremos ciertamente que esta autora basa principalmente su rechazo a las arras penitenciales en entender que el que un contrato válidamente celebrado pueda carecer de eficacia por voluntad de las partes no puede ser razonablemente una presunción general, sino algo excepcional.

Pero si acudimos a la legislación positiva podremos comprobar que tal posibilidad de arrepentimiento no es en modo alguno extraña, y que sobre la misma se vierten elogios. Ejemplos los hallaremos en el contrato de trabajo; en el contrato de obra; y en ciertos contratos de servicios. Así ocurre en los contratos celebrados con las agencias de viajes, en los cuales se permite al usuario de servicios turísticos desistir de los servicios contratados mediante el abono de una indemnización que variará según los supuestos (artículo 9.4 de la Ley 21/1995 de 6 de Julio, reguladora de los Viajes Combinados, y que ha venido ha sustituir a la Orden de 14 de Abril de 1988). Esta misma posibilidad se prevé para las ventas realizadas por catálogo, y para los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (artículo 5 de la Ley 26/1991, de 21 de Noviembre, que tras-

pone a nuestro ordenamiento lo dispuesto en la Directiva del Consejo 85/577/CEE de 20 de Diciembre). Pero quizá donde resulta más llamativa esta función penitencial, sobre todo porque enlaza con su concepción más clásica, que la sitúa dentro del terreno de los derechos reales, es en materia de multipropiedad vacacional. Así, la Directiva 94/47/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo prevé, en su artículo 5, la posibilidad de rescindir el contrato sin alegar motivo alguno dentro de un plazo de diez días, que comenzará a contarse a partir de la fecha de la firma del contrato. Asimismo es preciso citar la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de Septiembre de 1989, por la que se pide a la Comisión que prepare una Directiva con las disposiciones mínimas necesarias para proteger los derechos de los consumidores en las transacciones inmobiliarias que incluya, entre otras medidas, un período de reflexión como el que prevé la Directiva 85/577, gracias al cual el comprador tiene derecho a rescindir el contrato en el plazo de siete días a partir de la firma y a obtener el reembolso de todo el dinero abonado al vendedor o a su agente.

185

La extensión de este derecho de desistimiento, así como sus consecuencias, aún debatidas, sobre la teoría general en materia de perfección de contratos, pone de manifiesto la relevancia de una finalidad como la penitencial, de una función como la de desistimiento, que en nuestro Derecho permanecía vigente a través del instituto de las arras penitenciales. Ello no quiere decir que este nuevo derecho de arrepentimiento y las arras penitenciales sean una misma cosa, sino que simplemente responden a unas mismas motivaciones.

No resulta difícil deducir el porqué de semejante facultad de arrepentimiento, sobre todo si se mira ésta desde el punto de vista del derecho del consumo. A través de aquella facultad se pretende introducir un elemento de protección hacia la parte contratante más débil, hacia el consumidor. Aparece así la idea de garantía. El *ius poenitendi* se

configura de este modo como una garantía frente a la agresividad del comerciante (48) a la hora de pretender vender la mercancía. Mientras este último pretenderá vender su producto con la mayor rapidez posible, exaltando las virtudes del mismo, el consumidor intentará adquirir el producto con pleno convencimiento de su calidad y confiando en que de él se deriven los resultados y ventajas esperados. La contratación en el ámbito mercantil se dice por ello que es rápida, mientras en el civil se caracterizaría por una mayor lentitud.

Esta idea del derecho de arrepentimiento como garantía, que es propugnada en el ámbito de las relaciones comerciante-consumidor de la mano del llamado derecho del consumo, es trasladable al ámbito estrictamente civil de la mano de las arras penitenciales. Se verá aquí entonces la necesaria reciprocidad en cuanto a la facultad de desistimiento en unas relaciones como las civiles en las que se parte de la situación de igualdad de los contratantes y en las que los intervinientes, a diferencia de los comerciantes, no son contratantes habituales y carecen de experiencia y conocimientos en la materia, con lo que requieren de un mayor tiempo a la hora de llevar a cabo sus operaciones, especialmente cuando aquéllas tienen por objeto bienes de especial importancia de los que se espera disfrutar por un tiempo lo más amplio posible.

Que a través del *ius poenitendi* se pretende introducir una garantía hacia la parte contratante más débil, se deduce claramente de las excepciones que se establecen a esa facultad en la propia Ley de protección de los consumidores

(48) Aunque se hable de comerciante hay, no obstante, que hacer una matización a la utilización de este término en la medida en que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo primero define al consumidor como destinatario final de bienes o servicios, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tiene por tanto en cuenta la Ley la naturaleza del sujeto que proporciona el bien o servicio, sino que el concepto de referencia es el de destinatario final.

en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Ley de 21 de Noviembre de 1991), y especialmente de la excepción que se refiere a los contratos documentados notarialmente. Como ha señalado recientemente MARTÍNEZ SANCHIZ (49), implícitamente reconoce con ello la ley la imparcialidad e independencia notariales y las garantías que para el consumidor representa el documento público notarial.

En opinión de FIGA FAURA (50) el derecho de arrepentimiento ha de adquirir carta de naturaleza dados los inconvenientes que plantea el documento privado. Parte este autor de las diversas notas que caracterizan y diferencian la contratación civil y la mercantil. Señala así cómo a través de la primera se procura la adquisición de bienes para disfrutarlos directamente, mientras que en la segunda lo verdaderamente importante no es la obtención de un bien para usar de él, sino la obtención de una ganancia. Los bienes tienen de este modo en el ámbito mercantil un carácter instrumental, son simples mercaderías. El dinero, que en la contratación civil es un instrumento, se convierte en la contratación mercantil en el principal objetivo. De acuerdo con esto, el comerciante trata de realizar el mayor número posible de intercambios y operaciones a fin de incrementar la ganancia. Esto le convierte en un contratante habitual y experimentado.

El hombre civil, en cambio, al pretender únicamente el disfrute directo de las cosas, no es un contratante habitual, carece de experiencia y necesita por ello de asesoramiento. Todo esto determina el que la contratación civil sea lenta.

(49) MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: "Protección al consumidor *ius poenitendi* en ciertos documentos privados (Ley de 21 de Noviembre de 1991)", en *RJN*, enero-marzo de 1992, p. 257.

(50) FIGA FAURA, L.: "Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles." Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 24 de abril de 1988, publicada en *AAMN*, T. XXVIII, 1987.

Puesto que el comerciante pretende aumentar la velocidad de la contratación en la medida en que de ello se deriva una mayor ganancia, en consecuencia, el mundo mercantil rechaza cualquier forma jurídica de solemnización. Las formas contractuales que exige son de mera identificación, dirigidas fundamentalmente a identificar el contrato, contrato cuyo alcance jurídico es ya conocido por los contratantes comerciantes. Por el contrario, en el ámbito civil son más propias las formas de solemnización. Estas formas proporcionan el asesoramiento jurídico que requieren los contratantes y procuran la lentitud necesaria del proceso contractual, con el fin de que los contratantes no actúen precipitadamente o sin suficiente reflexión. Pone así de relieve este autor que la mayoría de los negocios que llegan al Notario no están cerrados, sino que constituyen más bien un negocio *in fieri*.

188

Partiendo de estas diferencias, señala en segundo lugar el ilustre Notario barcelonés la influencia constante que desde el siglo pasado viene ejerciendo el Derecho Mercantil sobre el Civil, y que es explicable dado el deseo de los comerciantes de extender cada vez más su campo de actuación relacionándose para ello más directamente con los consumidores. Habla así, metafóricamente de “invasión”; y como victorias principales del mundo mercantil recoge la movilización de los inmuebles y la generalización de la letra de cambio. Pero advierte que en nuestro país hasta aproximadamente 1940 los dos mundos viven separados. A partir de esa fecha el mundo civil cede y las anteriores victorias comienzan a desplegar sus efectos. Los inmuebles pasan a convertirse en una mercadería (51) con la que se comercia y se realizan prósperos negocios. El espíritu mercantil inunda este ámbito. Afirma así el mencionado autor que el documento privado, que en la mente del legislador de 1889

(51) En este mismo sentido se expresan M. DE LA CÁMARA y E. GARRIDO CERDÁ al abordar el tema de la propiedad horizontal. *Vid. RDN*, n.º 64, 1969, p. 188.

está pensado para cuestiones de poca monta, se utiliza para fijar definitivamente y de forma irrevocable contratos importantes por unas partes contratantes totalmente desiguales: una de ellas, la del comerciante debidamente asesorado, que impone un texto contractual con arreglo a sus intereses y con la prisa que su negocio exige; la otra, la del no comerciante, casi nunca con el debido asesoramiento, que firma sin tener noción de su alcance y no pocas veces en condiciones que no pueden calificarse más que de leoninas. Por ello la elevación a escritura pública —la *solemnización*— acaba siendo una mera formalidad ritual.

Sobre estas bases, concluye abogando por la introducción de un *ius poenitendi* para pensarlo dos veces y, si conviene, volverse atrás. Tal facultad la concibe no sólo en relación con el consumidor, sino en el ámbito más amplio de lo que él denomina “hombre civil”.

Como ya señalé anteriormente, esta función es la que creo están llamadas a desempeñar las arras penitenciales en el ámbito civil. Y parece factible entender que la crítica que esta figura ha recibido está relacionada con las ideas arriba recogidas. Es precisamente a partir de los años cuarenta cuando doctrina y jurisprudencia arremeten contra ella, utilizándose en relación con el artículo 1.454 los mismos argumentos empleados por los romanistas en la interpretación de los textos justinianeos (52). Vista la transmisión de inmuebles como un negocio floreciente, y considerando a éstos como una mercancía, resulta poco adecuado a las necesidades de un tráfico que se pretende sea lo más fluido y rápido posible, la existencia de un posible derecho de arrepentimiento.

189

(52) Se intenta así modificar en algunos casos la lectura del artículo 1.454 sobre la base de atribuir al verbo podrá un sentido abierto a las diversas modalidades de arras, o se entiende que es a la promesa de venta a la que realmente se quiso hacer referencia o, finalmente, se acude a una función penal de las arras que sirva para desvirtuar la función penitencial. Estas argumentaciones no difieren de las sostenidas por los romanistas a los que nos hemos referido.

No creo, en fin, que estas opiniones estén alejadas de lo que, a mi entender, sería la interpretación más adecuada de los textos justinianeos y que parte de una contemplación conjunta de todos ellos, pero fundamentalmente del *Codex*. En mi opinión, se habría previsto en ellos un tipo de ventas en las que existía una solemnidad especial, de modo que del acuerdo de voluntades anterior, o contrato (como dicen los propios textos), ya se hubiera celebrado por escrito o no, podría desistirse en tanto que no se hubiera rellenado la forma solemne. Las arras actuarían aquí como instrumento apto para compeler a las partes para concluir el contrato mediante la cumplimentación de esa forma. Algunas muestras de este sentido originario de las arras pueden encontrarse en nuestro Derecho, en la medida en que es posible establecer una relación entre el artículo 1.454 y los preceptos referentes al documento público, especialmente el artículo 1.279 (53). Hay, así, que poner de relieve que cuando se celebra un contrato y se desea documentarlo notarialmente, se observa en esto una intención de dar confirmación a las declaraciones de voluntad originarias, de dejar un poco más claros los términos del contrato a través del asesoramiento notarial. Lo mismo ocurre si el contrato se celebra verbalmente y se acuerda ponerlo por escrito. Hay en ese deseo un valor que supera el mero carácter probatorio. La misma voluntad que es declarada inicialmente busca confirmarse posteriormente a través de la escritura. Y esto no significa que no quiera cumplirse el contrato.

(53) Es decir, según mi opinión, la expresión *sive in scriptis sive sine scriptis*, no se estaría refiriendo propiamente al tipo de venta (*cum scriptura o sine scriptura*), sino al modo en que el acuerdo de voluntades o contrato se había llevado a cabo: Por escrito o sin escrito. Con esta interpretación se lograría una mejor comprensión de los tan controvertidos textos justinianeos. Interpretación que respeta el valor general del consentimiento como causa generadora de obligaciones, pero que reconoce también la virtualidad del derecho de desistimiento en relación con aquellas ventas que pudieran revestir, por su objeto, una mayor complejidad. Las arras jugarían en este último caso como instrumento apto, como medio de compulsión para que las partes concluyeran aquello que previamente habían estipulado.

En la evolución posterior el sentido penitencial se fue separando de la existencia de una forma solemne y vinculándose directamente a la institución de las arras. Del mismo modo iba creciendo la importancia del consentimiento como fuerza generadora de obligaciones, y las formas solemnes iban perdiendo importancia. Quedan así las arras como manifestación aislada de un *ius poenitendi* una vez que la solemnidad pierde terreno, asumiendo aquellas por sí solas la doble función de permitir el desistimiento y garantizar la consumación. El siguiente paso se produce una vez que los inmuebles se convierten en mercancía y la contratación sobre los mismos requiere de una mayor agilidad y seguridad, con lo cual se procede a combatir el sentido penitencial que las arras llevan consigo. Vuelve sin embargo a defenderse la función penitencial a través del derecho del consumo, donde se manifiesta de nuevo su necesidad, a fin de otorgar mayor protección y garantía al consumidor.

191

De acuerdo con este sentido de garantía (*ius poenitendi*) se entenderá porque lo entregado como arras no tiene que consistir necesariamente en una suma importante, aunque resulte conveniente que así lo sea para incitar a la conclusión del contrato. Son así hoy las arras penitenciales la pena del arrepentimiento, un arrepentimiento que ellas mismas permiten.

Esto es todo. Sería quizá necesario profundizar en la relación de las arras con los preceptos que regulan la eficacia de los contratos, así como en las nuevas orientaciones del *ius poenitendi* y en la relación de éste con el consentimiento como fuerza creadora de obligaciones, pero éstas son ya materias para otro tratado.

Conclusiones

1. Sobre la norma.

De todo lo expuesto se deduce que había bases lo suficientemente sólidas en la tradición jurídica española, a la vez que razones prácticas, como creo haber demostrado, para redactar un precepto destinado a las arras en el sentido que las recoge el artículo 1.454 del Código civil. Parece pues razonable intentar sacar el máximo provecho de él, aplicándole de forma adecuada y con los límites y correcciones necesarios para no desvirtuar el sistema general y no dejar lugar a los abusos que pueden derivarse de la mala fe de las partes.

2. Sobre la jurisprudencia.

192

Que toda la Doctrina legal está movida por una finalidad evidente de hacer frente a los problemas concretos que ha planteado la aplicación del artículo 1.454 del Código civil y que no es posible extraer de ella una doctrina reiterada y uniforme, sino que, comenzando por la diversidad de supuestos de hecho que se contemplan, es la variedad y la suma de argumentaciones la nota característica de la jurisprudencia existente en materia de arras. Falta un criterio constante y uniforme en la aplicación del artículo 1.454.

3. Sobre su aplicación.

Que un conocimiento adecuado de los elementos que integran el concepto de arras penitenciales, así como de su modo de operar y evolución histórica, puede permitir una aplicación más racional del artículo 1.454 del Código civil, mediante la valoración global del supuesto de hecho enjuiciado, con todos los datos relevantes que lo informan, y la finalidad y sentido propio de las arras penitenciales. Aplicado este precepto en sus justos límites resulta de utilidad y no se deriva de él ningún tipo de abuso ni desviación.

Bibliografía

LAS ARRAS EN EL DERECHO ROMANO

- ARANGIO RUIZ: *La compravendita in diritto romano*, 1956.
- ARIAS RAMOS-ARIAS BONET: *Manual de derecho romano*.
- CHALON SECRETAN: *Les arrhes de la vente sous Justinien*, 1954.
- D'ORS, A.: "Las arras en la compraventa justiniana", en *IURA* 6, 1955.
- D'ORS, A.: "Arra reagitata: Sive in scriptis sive sine scriptis", en *IURA* 9, 1958.
- ORTOLAN, M.: *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, trad. esp. Madrid 1873.
- POPESCO, E.: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, 1925.
- PRINGSHEIM: *The Greek law of sale*, 1950.
- SHUSTER, W.: "Die Funktion der Arrha bei Justinian", en *LABEO*, 1959.
- THOMAS, J. A. C.: "Arra in sale in Justinian's law", en *Revue d'histoire du droit*, XXIV, 1956.

193

LAS ARRAS EN EL DERECHO MEDIEVAL

- BRUNNER-SCHVERIN: *Historia del Derecho germánico*. Trad. esp., Barcelona 1936, p. 210.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: "La compraventa en el Derecho medieval español", en *AHDE* XXV, 1955.
- MAYER: *El antiguo derecho de obligaciones español*. Trad. esp., Barcelona 1926.
- MEREA, P.: "A arra penitencial no direito hispânico anterior à recepção", en *Estudos de direito hispânico medieval*, 1, Coimbra 1952.
- OTERO VARELA, A.: "Las arras en el derecho español medieval", en *AHDE*, XXV, 1955.

LAS ARRAS EN EL DERECHO COMÚN

- COING, H.: *Europäische Privatrecht- Älteres Gemeines Recht. (1500 bis 1800)*, 1985.
- DOMINGO DE MORATO, D. R.: *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, T. II, Valladolid 1847.

- GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, T. II, Madrid 1861.
- GUTIÉRREZ, B.: *Códigos*, T. IV, 1871, p. 280.
- POTHIER, R. J.: *Oeuvres III. Traité du contrat de vente*. Paris 1847, pp. 196-200.
- SALA, J.: *Ilustración del Derecho Real de España*, 1834, p. 245.

LAS ARRAS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

- ALBACAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid 1991.
- ALBALADEJO, M.: *Derecho de obligaciones (parte general)*.
- BÁDENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*, T. 1, Barcelona 1979.
- BONET, R.: "Comentario a la sentencia de 28-12-1946", en la *RDP*, 1947.
- CABANILLAS MÚGICA, S.: "La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril", en *Derecho privado y Constitución*, n.º 6, mayo-agosto 1995.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de viviendas y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995.
- CALVO VIDAL, F. M.: *La jurisprudencia ¿Fuente de Derecho?* Valladolid 1992.
- CALVO VIDAL, F. M.: "La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales", en *Actualidad civil*, n.º 10/8-14 de marzo de 1993.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*. T. 1, vol. 1 y T. IV. Madrid 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Notas a la sentencia de 3-5-1930", en *RDP*, 1932. Y "Notas a la sentencia de 24-10-1926", en *RDP*, 1927.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1989.
- DE LA CÁMARA, M. y GARRIDO CERDÁ, E.: En *RDN*, n.º 64, 1969, p. 188.
- DÍAZ ALABART, S.: "Comentario a la sentencia de 21-6-1994", en *Cuadernos civitas de jurisprudencia*, n.º 36, sept/dic. 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 1993.
- ESCRICHE, J.: "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia."

- ESPÍN, D.: *Obligaciones y contratos*, vol. III, Madrid 1978.
- FIGA FAURA, L.: "Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles", en *AAMN*, T. XXVIII, 1987.
- GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 1.454 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XIX, Madrid 1980.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios*, Madrid 1952.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: *Las arras en el Derecho de la contratación*, Salamanca 1958.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol 1, Barcelona 1977.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Comentarios al Código civil*, vol. II, publicados por el Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil*, T. X, 1919.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: "Protección al consumidor *ius poenitendi* en ciertos documentos privados (Ley de 21 de noviembre de 1991)", en *RJN*, enero-marzo 1992.
- NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La compraventa civil*, Granada 1993.
- LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*, vol. 1, Madrid 1991.
- OSSORIO MORALES, J.: *Lecciones de Derecho Civil: Obligaciones y contratos*, Granada 1986.
- PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del art. 3.1 del Código civil*. 1994.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: *Notas al tratado de Enneccerus*, T. II, vol. I.
- PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, vol. II, Barcelona 1994.
- PUIG BRUTAU, J.: "La función de las arras", en *RIDC*, julio-diciembre 1954.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Las arras en el novísimo Derecho contractual", en *RGLJ*, 1950, T. 187.
- ROYO MARTÍNEZ: *Notas sobre la función de las arras en la contratación*, Sevilla 1949.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, T. IV, Madrid 1899.
- SCAEVOLA, M.: *Comentario al Código civil*, T. XXIII, Madrid 1906.

LAS ARRAS EN EL DERECHO EXTRANJERO

VOZ CAPARRA, en la *Enciclopedia de Derecho italiana*.

VON THUR, A.: *Tratado de las obligaciones*, T. II, Madrid 1934.

TRABUCCHI, A.: *Instituciones de Derecho civil II*, Madrid 1967.

RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Madrid 1931.

COLINT, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, T. IV.

**SUCESION UNIVERSAL EN VIRTUD
DE NEGOCIO JURIDICO**
**COMPROBACION DE LA EFICACIA DE UNA INSTITUCION
DE DERECHO CIVIL EN EL DERECHO DE LA EMPRESA**

197

KARSTEN SCHMIDT

*Profesor Doctor
Hamburgo*

SUMARIO: **I.** FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS. **1.** Un tema para la “praxis civilística”. **2.** Concepto y función de la sucesión universal. **3.** *¿Succedere in universitatem o succedere per universitatem?* **II.** LOS SUPUESTOS CLÁSICOS: FUSIÓN Y TRANSFORMACIÓN TRANSMISIVA. **1.** Fusión y transformación como problemas de sucesión particular y universal. **2.** La fusión como núcleo de las normas sobre la sucesión universal en virtud de negocio jurídico. **3.** La transformación transmisiva: un supuesto provisional con consecuencias. **4.** Fusión y transformación de sociedades personalistas en relación con el último socio restante: ¿sucesión universal en vir-

tud de negocio jurídico? **III. SUCESIÓN UNIVERSAL NEGOCIAL COMO AVENTURA: ESCISIÓN Y FRACCIONAMIENTO POR LA VÍA DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL PARCIAL.** **1.** Novedades de la Ley de transformaciones. **2.** Clasificación jurídico-política y sistemática desde la perspectiva de la legislación vigente sobre transformación unipersonal. **3.** La determinación del alcance de la sucesión universal negocial y su conciliación con principios de responsabilidad del empresario. **4.** La transmisión de relaciones jurídicas, en especial la aplicación del § 613 a BGB. **IV. EL PROBLEMA DE LA ADQUISICIÓN DE BUENA FE.** **1.** Una polémica caída en el olvido. **2.** Los supuestos de sucesión universal completa (fusión, transformación transmisiva). **3.** Los supuestos de sucesión universal parcial (transformación unipersonal, escisión, segregación).

I. Fundamentos dogmáticos

1. Un tema para la “praxis civilística”.

El presente trabajo (1) tiene su origen en cuestiones planteadas en el ámbito del Derecho empresarial y de sociedades, y trata problemas prácticos y de política jurídica relativos al régimen jurídico de la transformación. Su publicación en estos momentos se debe al avanzado estado en que se encuentra la discusión sobre la reforma del régimen jurídico de la transformación (2) y al “Gesetz über die Spaltung der

(1) Fue comenzado en 1985 y terminado en 1991; el anuncio en las páginas 274 y 289 de la primera edición de la obra *Gesellschaftsrech*, publicada en 1986, de su futura aparición, provocó numerosas preguntas al autor.

(2) Proyecto de discusión *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts* (“Ley de reforma del Derecho de transformaciones”) (en adelante *E-UmwG*), 1988; cfr. los trabajos de LUTTER, PRIESTER, HOMMELHOFF, HOFFMANN-BECKIG, WIESEN, KILGER, WILDMANN y KARSTEN SCHMIDT, *ZGR* 1990, 392 y ss.

von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen” (SpTrUG) (Ley sobre la escisión de las empresas gestionadas por la Treuhandanstalt –organismo de gestión fiduciaria–) de 1991 (3), que supone una aplicación parcial de dicha reforma. En este ámbito, la sucesión universal se enfrenta a un reto de un alcance hasta ahora desconocido. Tampoco es casualidad que este trabajo aparezca en una revista de Derecho civil y no en publicaciones de Derecho mercantil, económico o empresarial, puesto que se trata de la subsunción dogmática de nuevas cuestiones prácticas y de política jurídica, de las que la ciencia civilista en general y el “Archiv für die civilistische Praxis” en particular no pueden desentenderse (4). La sucesión universal, medio de negocio jurídico, representa un ejemplo extraordinario para mostrar la vigencia práctica, los problemas y las soluciones que puede aportar una figura básica de la dogmática civilista.

199

2. Concepto y función de la sucesión universal.

Mientras el término sucesión particular ha sido recogido como *terminus technicus* en el BGB (5), el de sucesión universal no está fijado de manera inequívoca. El gran manual de *Nörr/Scheyhing*, que cita la fusión y la transformación transmisiva como supuestos de sucesión universal (6), renuncia a ofrecer una definición y se limita a indicar algunos de los ejemplos más importantes (7). Cabe especular sobre si ello expresa inseguridad o, en cambio, una seguridad engañosa. Lo que sí puede asegurarse es que los procesos de fusión y transformación no coinciden exactamente con los

(3) *BGB*1. I p. 854; sobre este tema *vid.* GANSKE, *DB* 1991, 791; MAYER, *DB* 1991, 1609; ISING/THIELL, *DB* 1991, 2021; WEIMAR, *DtZ* 1991, 182.

(4) Sobre esta cuestión, *cfr.* la argumentación del autor en el volumen recopilatorio *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, p. 9 y ss.

(5) *Cfr.* §§ 746, 751, 755 Apdo. 2, 1010 *BGB*.

(6) NÖRR/SCHHEYHING, *Sukzessionen*, 1983, p. 1, 238.

(7) NÖRR/SCHHEYHING (nota 6), p. 1; al menos se hace referencia a la desviación respecto del principio de especialidad.

presupuestos clásicos de la dogmática civil y que parecen aún más ajenos a ella al enmarcarlos en la figura de la sucesión universal negocial, que hasta ahora no ha sido objeto de estudio. En efecto, llama la atención el hecho de que los civilistas ligen el concepto de la sucesión universal con una imagen jurídica basada en un paradigma: el ejemplo de la sucesión hereditaria. Lo característico de este paradigma consiste en la función clarificadora y, desde nuestro punto de vista (8), prácticamente necesaria, de la sucesión universal legal. Puesto que el Derecho privado vigente procura evitar el nacimiento de derechos sin sujeto (9), y la muerte significa el fin de la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones —si bien no necesariamente de la personalidad jurídica como tal (10)—, y por tanto, de la llamada capacidad jurídica (11), el legislador no tuvo otra opción que la de establecer una sucesión universal legal, ya sea recayendo directamente en los herederos (12), u operándose una independización de la herencia mediante su transformación en persona jurídica (13). El BGB ha optado

(8) Sobre la historia de los dogmas, vid. MITTEIS/LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, 4.ª edición, 1963, p. 144 y ss.

(9) Doctrina mayoritaria; cfr. v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, 1910, § 2 VII, ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15.ª edición 1959, § 75 III; KÖHLER, *BGB Allgemeiner Teil*, 21.ª edición, 1991, § 5 II 1; con mayor detalle HOHNER, *Subjektlose Rechte*, 1969, p. 63 y ss., con numerosas referencias al estado de la cuestión.

(10) BGHZ 50, 133, 136 y ss.

(11) § 3 BGB-E I decía lo siguiente: “La capacidad jurídica del ser humano comienza con el nacimiento y termina con la muerte”. La parte final fue suprimida por la segunda comisión por considerarla superflua (cfr. Prot., en: *Mugdan* I, p. 571). En la comisión del Reichstag se presentó nuevamente la enmienda siguiente: “Todo ser humano tiene personalidad jurídica; esta personalidad comienza con la consumación del nacimiento y dura hasta la muerte”. De nuevo se objetó a ello: “El que la capacidad jurídica y por tanto la libertad del ser humano dure hasta la muerte es obvio y se deduce necesariamente de todo el contenido del BGB” (cfr. informe de la comisión en *Mugdan*, *Materialien*, Bd. I, 1899 (reimpresión 1979), p. 949).

(12) Cfr. Mot. en: *Mugdan*, *Materialien*, Bd. V, 1899 (reimpresión 1979), p. 2.

(13) En el derecho austríaco se presume la capacidad jurídica de la herencia hasta el momento de su puesta en posesión (§ 819 ABGB); cfr. WELSER, en: *Rumel*, ABGB., 1983, § 547 número marginal 2; EHRENZWEIG/KRALIK, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 4. Buch, Erbrecht, 3.ª edición 1983, § 7.

por la primera vía, de modo que el jurista asocia normalmente el concepto de la sucesión universal con la idea de que se trata de

- una sucesión legal (14)
- una sucesión necesaria (15)
- una sucesión que abarca la totalidad del patrimonio activo y pasivo (16).

De acuerdo con estos rasgos, se presenta la idea de que es posible influir sobre la extensión o volumen de la sucesión universal anticipando su disposición –por ejemplo, mediante la cada vez más extendida sucesión hereditaria anticipada (17)–, pero que la propia sucesión no puede citarse en vías negociales (18). No hay duda de que estos caracteres son ciertos por lo que se refiere a la sucesión hereditaria. También es verdad que se trata de caracteres típicos de la sucesión universal. Sin embargo, no puede afirmarse que se trate de caracteres necesarios de toda sucesión universal (según la terminología de hace unos decenios, menos encorsetada, se habría dicho, con acierto, que sean “conceptualmente necesarios”) (19). Hay que partir más bien de

201

(14) De modo característico el BAG, AP n.º 24 al § 613 a BGB; BAUR, *Sachenrecht*, 15.ª edición 1989, § 19 A I 1; EICHLER, *Institutionen des Sachenrechts* I, 1954, p. 91; SEITER, *Betriebsinhaberwechsel*, 1980, p. 142; ERMAN/HANAU, *BGB*, 8.ª edición, 1989, § 613 a, número marginal 26; STAUDINGER/RICHARDI, *BGB*, 12.ª edición, 1978 y ss., § 613 a, número marginal 81.

(15) *Vid.* con reservas v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II/1, 1914, § 46 II 2.

(16) En este sentido EICHLER, *Institutionen des Sachenrechts* II/1, 1957, p. 95: “per universitatem in omne ius”; *vid.* también BGH, DVBl. 1951, 728, 729: “Mientras el deudor siga existiendo sin merma en su personalidad jurídica, no cabe la sucesión universal”. REINHARDT, NJW 1952, 445, se muestra crítico respecto a ello.

(17) Con detalle, OLZEN, *Die vorweggenommene Erbfolge*, 1984, p. 21 y ss.; OTTE, *AcP* 186 (1986), 313 y ss.; H. P. WESTERMANN, en: *Festschrift Kellermann*, 1991, p. 505 ff.

(18) Así, expresamente v. TUHR (nota 15), § 46 II 2; el § 1749 II BGB-E I decía literalmente: “La transmisión de un patrimonio como un todo (sucesión hereditaria) no puede ser excluida por el causante”. Sobre la supresión de este párrafo en el actual § 1922 BGB, *cfr.* Prot., en *Mugdan* V (nota 12), p. 383.

(19) GERNHUBER, *Bürgerliches Recht*, 3.ª ed., 1991, § 39 I, ha tratado de forma convincente las limitadas implicaciones del principio de la sucesión universal precisamente para el caso de la sucesión hereditaria.

los siguientes principios, fundamentados aquí a modo de hipótesis.

a) La sucesión universal es una sucesión *legal*, en la medida en que el Derecho vigente somete la transmisión negocial de activo y pasivo al principio de la especialidad (20) y —en relación con ello— hace depender el traspaso negocial de cada derecho de que se observen las reglas particulares aplicables a cada uno de los objetos del patrimonio (21). Este principio no impide que el legislador permita asimismo, junto a la sucesión negocial particular, la transmisión de universalidades de cosas o de derechos.

b) La sucesión universal es *imperativa* cuando va aparejada a la extinción de un sujeto de derecho. Si se quiere impedir la reaparición de la poco apreciada figura de los derechos sin sujeto (22), el legislador tiene que hacer depender la extinción de un sujeto de derecho de la inexistencia de patrimonio o bien vincular dicha extinción a una sucesión universal. Para la persona natural, la segunda de las soluciones es la que se impone por razones fisiológicas y de ética jurídica. En el caso de las personas jurídicas y (demás) figuras asociativas, el Derecho vigente emplea ambas alternativas: así, por ejemplo, las sociedades de capital pueden ser extinguidas mediante cancelación en el Registro Mercantil únicamente cuando no existe ya patrimonio activo (23), y se impone la liquidación suplementaria cuando apa-

(20) Cfr. en este sentido EICHLER (nota 14), p. 104; el principio de la especialidad es válido para toda disposición, y no, como se dice comúnmente, un principio específico de los derechos reales; SÄCKER negó la existencia del “Derecho de cosas” como una unidad conceptual, en su discurso —no publicado— pronunciado en la reunión de docentes de Derecho civil en 1989.

(21) Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, 7.^a ed. 1989, § 13 V b; KÖHLER (nota 9), § 5 II 3 a.

(22) Cfr. nota 9.

(23) Así, la teoría del “doble supuesto de hecho” defendida por el autor; referencias al estado de la cuestión en Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 2.^a ed. 1991, § 11 V 6; últimamente BORK, *JZ* 1991, 844.

rece algún activo (24). Se preceptúa la extinción de sociedades personalistas, independientemente de su estado patrimonial, cuando sus participaciones caen en manos de una sola persona, pero se ha de vincular a este supuesto de hecho de extinción la consecuencia jurídica de la sucesión universal (sobre esta cuestión véase el apartado II 4). Finalmente, se recurre a las dos posibilidades mencionadas, en el Derecho de asociaciones: si la asociación es disuelta, se lleva a cabo una liquidación que no lleva a la extinción de aquélla hasta que no se haya repartido totalmente el patrimonio (§ 47 BGB) (25), siempre que no se produzca la sucesión universal de la Hacienda Pública en virtud del § 46 BGB –que desde el punto de vista constitucional no está exenta de problemas (26)– que lleva aparejada la extinción de la asociación (27).

c) La sucesión universal abarca sin *fraccionamientos* la totalidad del patrimonio activo y pasivo en los supuestos en que sea consecuencia de la extinción del sujeto de derecho y no lleve a la atribución fraccionada a diferentes titulares nuevos. Tanto lo uno como lo otro son característicos, como muestra el § 1922 BGB, pero en ningún caso conceptualmente necesarios. En el Derecho de sucesiones, este principio –independientemente de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la comunidad en mano común– permanece inalterado incluso en aquellos casos en los que la herencia pasa a una comunidad de herederos (28) y sólo después de

(24) Cfr. asimismo § 2 apdo. 3 LöschG.

(25) Para la comprensión de esta norma, cfr. KARSTEN SCHMIDT, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, 1984, p. 296 y ss.; actualmente también Soergel/Hadding, *BGB*, 12.^a ed. 1987 y ss., antes de los §§ 41-53 Rndr. 4; REICHERT/DANNECKER/KÜHR, *Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts*, 4.^a ed. 1987, número marginal 1479.

(26) Vid. KARSTEN SCHMIDT, *Verbandszweck* (nota 25), p. 295.

(27) Sobre ello Mot., en: *Mugdan I* (nota 11), p. 414; KG, NJW 1969, 752, 753; REUTER, en: *MünchKomm. BGB*, 2.^a ed. 1984 ss., §§ 45-47, número marginal 2; SOERGEL/HADDING (nota 25), § 46 número marginal 2.

(28) En relación con la competencia unificada en el caso de la comunidad hereditaria, cfr. KIPP/COING, *Erbrecht*, 14.^a ed. 1990, § 114 I 2, 3.

la partición se procede al reparto entre ellos (29), pero la –muy discutida– “reserva hereditaria” de participaciones en sociedades personalistas (30) –que en esencia no es otra cosa que una partición parcial automática *ex lege* (31)–, ha puesto en jaque a la concepción tradicional de la sucesión universal (32). El resultado de esta discusión, según el cual las participaciones sociales transmitidas a determinados coherederos en virtud de la “reserva hereditaria” también son bienes de la herencia (33), sólo es conciliable con nuestra imagen si se reconoce que la institución jurídica de la sucesión universal no presupone necesariamente una transmisión sin fraccionamientos de la totalidad del patrimonio.

Las observaciones que se acaban de hacer deben recordarse de nuevo en relación con el tema del régimen jurídico de la transformación, fusión y escisión. No puede decirse que sean cuestiones novedosas, como demuestra, por ejemplo, el supuesto de aplicación del § 1416 apdo. 1, frase 1, BGB, ya reconocido de forma generalizada. Según este precepto, los bienes que no pertenecen al patrimonio reservado (§ 1417 BGB) o al privativo (§ 1418 BGB) de cada cónyuge pasan al “patrimonio común de ambos cónyuges (patrimonio ganancial)” en virtud de la sociedad de gananciales. § 1416 BGB apdo. 2 aclara, además, que “los diversos bienes se hacen comunes; no han de ser transmitidos por negocio jurídico.” Según esto, la doctrina mayoritaria entiende

(29) Sobre la cuestión *vid.* LANGE/KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 3.^a ed. 1989, § 46.

(30) SCHLÜTER, *Erbrecht*, 12.^a ed., 1986, § 35 II 2; STAUDINGER/MAROTZKE (nota 14), § 1922 número marginal 167 y ss.

(31) KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* (nota 23), § 45 V 3.

(32) El BGH en BGHZ 22, 186, 192 y ss., niega que se esté ante una sucesión universal; *vid.* asimismo ULMER, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, 2.^a ed., 1986, § 727 número marginal 29.

(33) Así, especialmente la Sala encargada de Derecho de sucesiones; *cfr.* BGHZ 98, 48, 51 ff. BGH NJW 1983, 2376, 2377; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* (nota 23), § 45 V 3 c; últimamente RADDATZ, *Die Nachlaßzugehörigkeit vererbter Personengesellschaftsanteile*, 1991, p. 45 ff., 142; STODOLKOWITZ, en: *Festschrift Kellermann*, 1991, p. 439 y ss.; FLUME, *ZHR* 155 (1991), número 6.

que la adquisición se produce en virtud de la ley, y no —lo que sólo estaría en aparente contradicción con el tenor literal del § 1416 BGB— del contrato matrimonial (34). Así pues, difícilmente puede hablarse de que exista un supuesto de sucesión universal en virtud de negocio jurídico que disfrute de una larga tradición. Sin embargo, sobre lo que no cabe duda es de que estamos ante una sucesión universal (35) que no abarca la totalidad del patrimonio.

3. *¿Succedere in universitatem o succedere per universitatem?*

En la obra de KARL LARENZ, la contraposición entre sucesión universal y sucesión particular aparece únicamente referida a la cuestión de si la adquisición se produce respecto a un único derecho o a un complejo de derechos (36). Esta es la perspectiva correcta. Ya en la segunda comisión del BGB, que aún tenía presente la polémica sobre el Derecho común, se decía, en relación con el § 1922 BGB, que “había que poner el acento en el *succedere per universitatem*, y no en el *in universitatem*” (37). En vísperas de la aprobación del BGB, la doctrina del Derecho común acababa de superar la concepción de que sólo cabía una sucesión universal en el caso de extinción de sujetos de derecho (38). La reducción de la figura a un supuesto de excepción al

205

(34) DÖLLE, *Familienrecht*, Bd. I, 1964, § 67 I 1a; TIEDTKE, *FamRZ* 1976, 510, 511f.; el primer proyecto decía en el § 1343: “La unión de los patrimonios de ambos cónyuges en el patrimonio común se produce en virtud de la ley, sin que sea necesaria su transmisión”. En el segundo proyecto y en la propuesta del Reich no se encontraba la adición “en virtud de la ley”.

(35) Cfr. por ejemplo GERNHUBER, *Familienrecht*, 3.^a ed. 1980, § 38 III 2; DÖLLE (nota 34), § 67 I 1 a; STAUDINGER/THIELE (nota 14), § 1416, número marginal 17; SOERGEN/GAUL (nota 25), § 1416 número marginal 3; ERMAN/HECKELMANN (nota 14) § 1416 número marginal 5; PALANDT/DIEDERICHSEN, *BGB*, 50.^a ed. 1991, § 1416 número marginal 3.

(36) LARENZ (nota 21), § 13 Vb.

(37) Prot., en: *Mugdan V* (nota 12), p. 383.

(38) Cfr. las indicaciones críticas en WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd I, 9.^a ed. 1906 (reimpresión 1963), p. 299 y nota 5.

principio de especialidad había sido objeto de una larga premeditación. Así, en el AcP de hace 170 años se podía leer lo siguiente (39): “La sucesión universal (*successio per universitatem*) y la sucesión particular (*successio in rem*) son especies de un género: *in locum alicuius succedere*, es decir, se transmiten derechos de una persona a otra; uno sigue al otro en la tenencia de los derechos. Habría que pensar en sucesión universal cuando un agregado de derechos como un todo jurídico pasa a otra persona; por el contrario, la sucesión particular implica que se transmiten derechos aislados como unidades, ya sea uno solo o varios a la vez”. HASSE calificó en aquella época el traspaso *ipso iure* y la extensión a todo un patrimonio como caracteres engañosos de la sucesión universal (40). Se trata precisamente de aquellos caracteres que ya habíamos reconocido como accidentales (si bien son típicos en el supuesto de la sucesión hereditaria). Mientras la tradición común se mantuvo vigente, la diferencia esencial se precisó para el BGB en el sentido de que “el objeto de la sucesión universal es una suma de relaciones jurídicas unificada en un conjunto cerrado, mientras que el objeto de la sucesión particular es una única relación jurídica o una suma de relaciones sin unificar” (41). Esta creación conceptual de principio de siglo sólo se aprecia con tal claridad en pocos autores. Sucesión particular es una sucesión en un derecho o relación jurídica singular, mientras que sucesión universal es la sucesión en varios derechos o relaciones jurídicas como efecto unitario de un supuesto de hecho (42).

(39) HASSE, *AcP* 5 (1822), 19.

(40) HASSE, *AcP* 5 (1822), 19, 22 y ss., *vid.* asimismo 26 y ss., 35.

(41) V. SCHWERIN, *Über den Begriff der Rechtsnachfolge nach geltendem Civilrecht*, 1905 p. 10; v. SCHWERIN siguió en esta definición las argumentaciones de ENDEMANN, *Bürgerliches Recht*, Bd I, 9.^a ed. 1903, § 58 I; con menos precisión, WINDSCHEID/KIPP (nota 38), p. 299: “bien sucesión en un patrimonio como un todo... (sucesión universal) o una sucesión en partes de un patrimonio como singularidades (sucesión particular)”.

(42) Cfr. ERNST WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 3.^a ed. 1982, § 6 II c; WOLF añade “una persona humana”, al afirmar, incorrectamente, que sólo las personas naturales tienen capacidad jurídica.

La adquisición legal, imperativa y de carácter total no pertenece al concepto de la sucesión universal. Esta sencilla determinación conceptual, limitada a indicar la liberación del principio de especialidad y bien fundamentada dogmáticamente, resiste la prueba –rica en consecuencias– de su eficacia en el moderno Derecho de fusiones, transformación y escisión.

II. Los supuestos clásicos: Fusión y transformación transmissiva

1. Fusión y transformación como problemas de sucesión particular y universal.

a) La fusión y la transformación son fundamentalmente problemas relacionados con la práctica empresarial. Su origen se encuentra normalmente en necesidades de economía empresarial (búsqueda de un efecto sinérgico, optimización de la organización empresarial, disminución de la carga fiscal, etc.); pero la realización de medidas de fusión y transformación es una cuestión jurídica. La superación jurídica de los problemas de fusión y transformación refleja las relaciones de atribución entre objetos jurídicos y sujetos de derecho en el Derecho empresarial: puesto que la empresa carece de capacidad jurídica (43), por lo que ha de atribuírsele un titular empresarial como sujeto de derecho (44), la fusión en sentido jurídico sólo puede significar la fusión de titulares jurídicos, y la transformación, sólo el paso de un sujeto de derecho de una forma a otra distinta. En consecuencia, los procesos de fusión y transformación, aunque en la vida económica aparezcan como genuinamente empresariales, tienen dos puntos de referencia en la teoría general

207

(43) Con más detalle, KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 3.^a ed., 1987, § 4 IV 1.

(44) Con más detalle, KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, § 4 IV 2, § 5.

del Derecho civil: el titular jurídico y el patrimonio (45). Los supuestos de fusión y transformación no significan otra cosa que el paso de universalidades patrimoniales al titular de otra empresa o al titular empresarial en otra forma jurídica.

b) Las disposiciones especiales tienen la finalidad de simplificar los procesos de fusión y transformación, y no de posibilitarlos (46). Los presupuestos elementales de transformación y fusión son

- fundación con aportación no dineraria (o aumento de capital con aportación no dineraria),

- aportación singular y

- liquidación.

Incluso sin la existencia de normas específicas sobre fusión, las empresas pueden fusionarse entre sí mediante liquidación y aportación singular a una nueva compañía mercantil (fusión por nueva creación) o mediante liquidación de una sociedad participada y aportación de su patrimonio a otra sociedad (fusión por absorción) (47). Asimismo, una transformación puede desarrollarse de tal forma que el patrimonio de una compañía mercantil puede traspasarse a otra por la vía de la liquidación (48). Sin embargo, el origen del Derecho de fusiones y de transformación responde

(45) KARSTEN SCHMIDT, ZGR 1990, 580, 592 y ss.; por ello el proyecto de discusión para la Ley de reforma del Derecho de transformaciones (nota 2) no hace depender, con razón, las disposiciones sobre transformación de la existencia de una empresa.

(46) Cfr., por ejemplo, la Exposición de Motivos del *Entwurf eines Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Ggwerkschaften*, BT-Drucks. II/2402, p. 11; cfr. también ZÖLLNER, en: *Kölner Komm. AktG*, 1.^a ed. 1985, comentarios previos al § 362, número marginal 16, con referencias a JUNCK, *JherJ* 77 (1927), 297, 308 y ss., que habla del “horror liquidationis”, p. 315.

(47) Ya opinaba así WIENER, ZHR 27 (1882), 333 y ss.; ello indujo —en vano— a sociliar en la Comisión de Nürnberg la supresión del precepto sobre fusión contenido en el Proyecto; cfr. LUTZ, *Protokolle der Kommission zur Berathung eines ADHGB*, Bd. I, 1858, p. 369.

(48) Liquidación de la sociedad sin liquidación de la empresa; cfr. RG, JW 1908, 686; KG DNotZ 1929, 341; para más detalle, vid. SCHLEGELBERGER/KARSTEN SCHMIDT, HGB, 5.^a ed. Bd. III/1, 1991, § 145 número marginal 38 y ss.

precisamente a la voluntad de sustituir la liquidación y la sucesión particular por reglas más sencillas.

2. La fusión como núcleo de las normas sobre la sucesión universal negocial

a) La necesidad de sustituir las transmisiones singulares por una sucesión universal negocial fue reconocida por primera vez en relación con la fusión. Y en la primera versión de 1861, el ADHGB incluía la fusión de sociedades anónimas (art. 215 apdo. 2, 247 ADHGB). La base de esta propuesta la constituía el Proyecto prusiano de 1857 (49), cuya Exposición de Motivos se remite a la “necesidad práctica” de contar con disposiciones sobre la fusión (50). Las reglas sobre liquidación no deberían “ser de aplicación necesariamente, porque aquí no se trata simplemente de disolución, sino de la constitución, al mismo tiempo, de una nueva sociedad, cuyas acciones constituyen el subrogado de la antigua sociedad. No se lleva a cabo... la venta del patrimonio de la sociedad; el subrogado no se presta en dinero, sino en acciones”. El art. 247 ADHGB aún regulaba la fusión inequívocamente en el sentido de un procedimiento de disolución –en palabras de nuestro actual § 145: “otro tipo de partición (51)”– (52), pero al menos se había logrado algo: la sustitución de las transmisiones individuales por una sucesión universal en virtud de negocio jurídico (53). Tras esta regulación, el Derecho de fusiones ha sido objeto de nume-

209

(49) Art. 205.

(50) *Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten*, 1857, Motive, p. 98.

(51) Sobre el significado de este concepto *cfr.* SCHLEGELBERGER/KARSTEN SCHMIDT (nota 48), § 145, número marginal 31 y ss.

(52) Con profundidad, *RGZ* 9, 11 y ss.

(53) Con acierto WIENER, *ZHR* 27 (1882), 333, 365 y ss.: “El negocio jurídico que tiene como efecto la unificación supone siempre la aportación de patrimonios sociales ya existentes...” (p. 369). “La persona titular de la sociedad disuelta queda extinguida mediante la sucesión universal de la sociedad absorbente” (p. 372).

rosas reformas (54). Sin embargo, esto no cambia el hecho de que el paso decisivo se había dado ya hace casi un siglo y medio. La fusión constituye hoy en día la figura central en la vida de las sociedades de capital (55). Pero ya en los primeros tiempos de la sociedad anónima desempeñó un papel importante (56), gracias a que se había creado la sucesión universal en virtud de negocio jurídico.

b) Sin embargo, pronto se hizo patente que —como diríamos hoy en día— en el ADHGB sólo se encontraba regulada la fusión por absorción y no la fusión por nueva creación (57). Quien conozca la actual pusilanimidad en la aplicación del Derecho de fusiones y transformaciones (58), se sorprenderá de la decisión con que se cerró esta laguna mediante analogía: el art. 247 se aplicaba analógicamente cuando dos o más sociedades ya existentes se fusionaban en una sociedad de nueva creación (59). Actualmente, la sucesión universal en caso de fusión está prevista en la ley (60), y también el Proyecto de discusión para la reforma del Derecho de transformaciones parte, naturalmente, de ese presupuesto (61). El interés jurídico-político y práctico se centra ahora en los problemas subsiguientes en el ámbito jurídico externo e interno de las socie-

(54) Cfr. §§ 303 y ss. *HGB* 1897, §§ 23 y ss. *AktG* 1937, §§ 339 y ss. *AktG*, reformados por el *Verschmelzungsrichtliniengesetz* 1982 (BGBl. I p. 1425); §§ 19 y ss. *KapErhG*, modificado por el *Bilanzrichtliniengesetz* 1985 (BGBl. I p. 2355).

(55) Cfr. *BGHZ* 112, 9; 107, 296.

(56) Cfr. los informes jurisprudenciales en *ZHR* 2 (1859), 149 y s.; 6 (1863), 618 y ss.

(57) Con detalle ZIMMERMANN, *BuschsArch.* 6 (1865), 225 y ss.

(58) Cfr. sobre el *numerus clausus* del Derecho de transformación, por ejemplo, SCHOLZ/PRIESTER, *GmbHG*, 7.^a ed. 1988, Apéndice Transf., número marginal 17; ROWEDDER/ZIMMERMANN, *GmbHG*, 2.^a ed. 1990, Apéndice § 77 número marginal 10; en cambio, a favor de la extensión por vía jurisprudencial, *vid.* JUNCK, *JherJ* 77 (1927), 297, 315.

(59) ANSCHÜTZ/v. VÖLDERNDORFF, *ADHGB*, 1870, comentario al art. 147; RE-NAUD, *Das Recht der Actiengesellschaften*, 2.^a ed., 1875, p. 805 y ss.

(60) Cfr. §§ 346 apdo. 3, 353 apdo. 5 *AktG*, §§ 25 apdo. 2, 32 apdo. 4 *KapErhG*.

(61) Cfr. §§ 20 apdo. 1 n.º 1, 34 apdo. 1 *E-UmwG*.

dades (62). En cualquier caso, en el marco de estas consideraciones hay que tener presente el carácter pionero del Derecho de fusiones para la figura de la sucesión universal en virtud de negocio jurídico.

3. La transformación transmisiva: un supuesto provisional con consecuencias.

a) De la institución jurídica de la fusión por medio de nueva creación a la transformación transmisiva sólo hay un paso, puesto que si los patrimonios sociales de varias sociedades se unifican *uno actu* en el patrimonio de una nueva sociedad de modo que las sociedades puedan ser llevadas a la extinción, no se ve ningún obstáculo importante para la transmisión sin liquidación del patrimonio de una única sociedad a otra bajo distinta forma jurídica. Si se reconoce la sucesión universal en la fusión por medio de nueva creación (§§ 353 apdo. 5 AktG, 32 apdo. 4 UmwG), y si esta fusión puede llevar también por medio de la llamada transformación por fusión a la transmisión de derechos a una sociedad bajo una nueva forma jurídica (*cfr.* hoy los §§ 3 y ss. UmwG), surge inmediatamente la cuestión de por qué este sencillo traspaso del patrimonio social a una sociedad con nueva forma jurídica ha de depender de la preexistencia de varias sociedades. Por ello se comprende que el régimen jurídico de la fusión fuera el origen de las normas sobre transformación. Uno de los primeros ejemplos para ello es el de la transformación de antiguas sociedades anónimas a sociedades de responsabilidad limitada en virtud del los §§ 80 y ss. GmbHG (63) en la versión de 1892, vigente hasta 1937. Según estos preceptos, una sociedad anónima podía “ser disuelta con la finalidad de su transformación en una sociedad de responsabilidad limitada” (§ 80), produciéndose,

211

(62) *Cfr.*, por ejemplo, LUTTER, *ZGR* 1990, 393, 406 y ss., PRIESTER, *ZGR* 1990, 420 y ss.; HOMMELHOFF, *ZGR* 1990, 447 y ss., HOFFMANN-BECKING, *ZGR* 1990, 482 y ss.

(63) Hasta 1898 §§ 78 y ss. *GmbHG*.

en lugar de la liquidación, la transmisión de todos los derechos y obligaciones de la sociedad anónima a la sociedad de responsabilidad limitada (§ 81) (64). Este tipo de sucesión universal (65) no se había previsto aún en el Proyecto de GmbHG (66). Había sido incluida sobre todo por razones de reducción de gastos (67), pero se convirtió en el supuesto básico de la transformación transmisiva. El Reichsgericht la calificó claramente como sucesión universal negocial (68). Si se prescinde del supuesto —que ha de ser tratado separadamente— de la transformación de empresas cuyo titular es un comerciante individual (véase el apartado III 2), el modelo de la transformación transmisiva se ha mantenido especialmente en los siguientes casos:

— transformación de sociedades de capital a sociedades personalistas (§§ 1-39 UmwG)

212 — transformación de sociedades personalistas a sociedades de capital (§§ 40-49 UmwG).

La primera de estas posibilidades de transformación proviene del “Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften” (Ley sobre transformaciones de sociedades de capital) de 1934 (69), que permitió este tipo de transformación (70), y cuyo trasfondo político se encontraba en la finalidad de apoyar el abandono del “capital anónimo”. La transformación en sentido contrario, a la que se opusieron objeciones ideológicas en los años 30 (71), y de tipo dogmático

(64) Como ejemplo de la aplicación de estas normas *vid.*: RGZ 64, 10 y ss.

(65) BRODMANN, *GmbHG*, 1924, § 81 comentario n.º 1; LIEBMANN/SAENGER, *GmbH*, 7.ª ed. 1927, § 81, comentario n.º 1.

(66) Si bien el § 76 *GmbH-E* 1891 ya contenía la “disolución con la finalidad de transformación”, sólo preveía en esencia la liberación de la sociedad anónima disuelta del plazo de un año.

(67) *Cfr.* BRODMANN (nota 65), § 81 comentario n.º 1.

(68) RGZ 64,10,12.

(69) RGBI. I p. 569

(70) Los §§ 16 y ss. *UmwG* 1956 se basan en esta figura.

(71) Las discusiones en la comisión fueron bastante arduas; *vid.* SCHUBERT, *Akademie für deutsches Recht 1933-1945, Protokolle der Ausschüsse, Bd II, Ausschluß für GmbH-Recht* 1986, p. 234 y ss., 242 y ss.

más tarde (72), sólo está permitida como transformación transmisiva desde 1969 (73).

b) Surge la tentación de considerar la transformación transmisiva como el ejemplo más completo de sucesión universal, y por el contrario, se trata de una solución provisional explicable históricamente (y superable). La finalidad de la transformación transmisiva es la de conseguir la total continuidad del titular jurídico durante la discontinuidad de su régimen estatutario o constitutivo. Con este objetivo no se corresponde una transmisión jurídica, sino una modificación de ese régimen constitutivo del titular jurídico, es decir, una modificación cualificada de los Estatutos o bien —dicho desde el punto de vista del Derecho de transformaciones— la figura jurídica de la transformación como cambio de la forma jurídica (74). Esta última se permitió en el año 1884 para el cambio entre la sociedad comanditaria por acciones (KGaA) y la sociedad anónima (AG) (75), y en 1937, para el cambio entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada (76), pero fue el Proyecto de discusión “Reform des Umwandlungsrechts” de 1988 el que la estableció como principio general (77). La Exposición de Motivos del Proyecto deja sin resolver la cuestión —objeto de discusión teórica— sobre “cuáles son las estructuras y caracteres que ha de presentar una empresa antes y después del

213

(72) Cfr. *UmwG* 1956, *BT-Drucks.* II/2402, p. 12.

(73) Ley de 6-11-1969; *vid. Exposición de motivos BT-Drucks.* V/3165.

(74) Sobre el cambio de forma como modificación estatutaria, cfr. KREIFELS, *GmbHR*, 1957, 16.

(75) Art. 206 *ADHGB* en la versión de 1884. Esta regulación estaba prevista aún en el Proyecto; se introdujo durante la deliberación en el Reichstag a solicitud del diputado Dr. Meyer, Halle; cfr. SCHUBERT, en: SCHUBERT/HOMMELHOFF, *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, 1985, p. 41. Se mantuvo en los §§ 332-334 HGB; sobre ello Denkschrift, en: SCHUBERT/SCHMIEDEL/KRAMPE, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Band II, p. 1102.

(76) §§ 263 y ss. *AktG* 1937; cfr. la Exposición de Motivos, en KLAUSING, *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz)*, nebst Einführungsgesetz und Amtlicher Begründung, 1937, p. 223.

(77) *Diskussionsentwurf* (nota 2), §§ 253 y ss. *E-UmwG*.

cambio de forma jurídica, para que a pesar de la modificación se pueda seguir hablando de una transformación que respete la identidad de la empresa”, puesto que “para establecer legalmente los presupuestos que han de ser observados tanto material como procedimentalmente en el supuesto de un cambio de forma, sólo tienen importancia los intereses económicos que son afectados por la transformación (...)” (78). Con ello, el Proyecto responde a una exigencia formulada hace ya varios decenios (79). Si la ley permite la total continuidad respecto al centro de imputación de relaciones patrimoniales, existiendo al mismo tiempo una discontinuidad en la forma jurídica, puede permitir el cambio de forma y no necesita construir una sucesión universal sólo por causa de dicho cambio. La transformación como cambio de forma jurídica se basa en la idea fundamental de la identidad del titular jurídico (80), y no hay prácticamente razones para temer (81) el “conceptualismo” de esta idea fundamental, puesto que es convincente, gracias a la sencilla descripción –acorde con su finalidad–, de las circunstancias de la imputación. La figura de la transformación transmissiva es innecesariamente complicada. Tiene su explicación, en parte, en el ya mencionado carácter pionero del Derecho de fusiones, pero también en un doctrinarismo obstinado, que se resiste frente a la idea de admitir la “identidad” de titulares jurídicos con diferente estructura. Esta objeción apadrinó el rechazo de un cambio de forma entre sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima en los años 1892-1936 (82), y aclara asimismo la posición del legislador,

(78) Exposición de Motivos del *DiskussionsE UmwG* (nota 2).

(79) REINHARDT, en: *Festschrift Bartholomeyczik*, 1973, p. 307, 315.

(80) Cfr. el tenor literal de los §§ 365, 368, 372, 381, 385, 385c, 385h, 385p, 391 *AktG*: “Desde el momento de la inscripción de la transformación, la sociedad continúa existiendo como...”

(81) En este sentido, *vid.* las críticas contra HORN, *NJW* 1964, 89, en BÜTTNER, *Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen*.

(82) Cfr. *Entwurf eines GmbHG*, 1981, Exposición de Motivos, p. 115 y s.; a ello se añadió que no se quería reconocer que la admisión de un derecho de separación en favor de los accionistas disidentes no excluye un cambio de forma.

que se mantiene en la actualidad, relativa al cambio de forma entre sociedades de capital y personalistas. En relación con la transformación de sociedades de capital, en la Exposición de Motivos del “Umwandlungsgesetz” de 1934, se lee que “no sólo cambia la forma jurídica, sino también la personalidad jurídica: en lugar de (...) la persona jurídica se encuentra un conjunto de personas (...). La simplificación frente al Derecho hasta ahora vigente consiste en que el traspaso del patrimonio se produce sin liquidación, es decir, no por la vía de transmisiones individuales, sino mediante sucesión universal (...)” (83). Y cuando el legislador finalmente permitió la transformación de sociedades personalistas en sociedades de capital en el año 1969, lo motivó de la siguiente manera (84): “Por razones de sistemática jurídica, la transformación mediante cambio de forma jurídica sólo debería tomarse en consideración si la empresa misma es propietaria del patrimonio, y por tanto, éste permanece en propiedad de la empresa, que sólo cambia su forma jurídica. Sin embargo, en los casos que ahora son regulados (...), el patrimonio no es propiedad de la empresa que va a ser objeto de transformación, sino —como en el caso de la sociedad colectiva y la comanditaria— de los socios en mano común, quienes han de transmitirlo al nuevo sujeto de derecho.”

215

Tras la expansión de la doctrina de la comunidad en mano común (85), que defiende la personalidad jurídica de ésta, es fácil darse cuenta de que la aludida motivación ha de considerarse superada (86). De todas formas, era dogmá-

(83) Motivación oficial, DJ 1934, 884.

(84) *BT-Drucks.* V/3165, p. 8.

(85) Con profundidad, FLUME, *ZHR* 136, (1972), 177 y s.; FLUME, *Die Personengesellschaft*, 1977, § 4 II, § 5; cfr. actualmente SOERGEL/HADDING, *BGB*, 11.^a ed., § 718 número marginal 3; ULMER, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (nota 32), § 705 número marginal 127 y ss.; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* (nota 23), § 8 III 5.

(86) Al menos por lo que se refiere a las sociedades mercantiles personalistas, la discusión sobre la pretendida titularidad jurídica de los socios sólo se comprende desde la perspectiva del § 15 EStG (Ley del Impuesto sobre la Renta), aunque

ticamente insostenible desde el principio. En efecto, el cambio de forma jurídica entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada no puede ser fundamentado con la afirmación de que aquí “la empresa misma es propietaria del patrimonio, y por tanto, éste permanece en propiedad de la empresa, que sólo cambia su forma jurídica”, ni tampoco puede decirse, en el supuesto de transformación de una sociedad personalista, que los socios han de transmitir el patrimonio al nuevo sujeto de derecho, puesto que en realidad sólo se trata de determinar cómo ha de llevarse a cabo el cambio entre el patrimonio social de una sociedad personalista (§ 124 HGB) y una sociedad capitalista (§§ 1 apdo. 1 frase 1 AktG, 13 apdo. 1 GmbH). En este sentido, el nuevo proyecto se expresa con acierto: La técnica de la transformación transmisiva es una figura provisional ya superada (87). Hace unos años aún se podía leer que había que mantener esta institución en relación con las sociedades personalistas y de capital, porque no cabía esperar del legislador una decisión fundamental sobre la cuestión de la atribución jurídica (88). Pero el proyecto se ha liberado de las garras de esta mal entendida dogmática jurídica, lo que sin duda es de agradecer (89).

4. Fusión y transformación de sociedades personalistas en relación con el último socio restante: ¿sucesión universal en virtud de negocio jurídico?

En cambio, la fusión y subsiguiente transformación de una sociedad personalista mediante sucesión universal en

desde el punto de vista de la dogmática civilista es sorprendente; sirva como ejemplo la discusión en el seno del IdW (coordinador), *Personengesellschaft und Bilanzierung*, 1990, p. 87 y ss.

(87) Cfr. sobre el Proyecto de deliberación KARSTEN SCHMIDT, *ZGR* 1990, 580, 594 y s.

(88) KLEWER, *Posibilidades de simplificación del Derecho de transformación*, Diss. (tesis doctoral), Gießen 1983, p. 101-112.

(89) Asimismo, con razón, LUTTER, *ZGR* 1990, 392, 395 y s.

favor del último socio restante no ha sido aún superada. Hasta 1969 tuvo que sustituir la falta de regulación de la transformación en el Derecho de las sociedades personalistas (90), y aún hoy en día tiene una importancia considerable. Si las participaciones de una sociedad en mano común pasan a una sola persona, se extingue la sociedad, y su patrimonio activo y pasivo cae en manos del único socio restante (91). Esta reunión de participaciones puede producirse en virtud de sucesión hereditaria (92), por exclusión de socios (93) o bien mediante negocio jurídico —fundamentalmente por transmisión de participaciones o acuerdo de separación—, es decir, se pone al servicio de procesos de fusión y transformación. Como ejemplo más reciente de fusión puede citarse la sentencia “Bleyle” de 1990, en la que se trataba de la anulación de la escisión de una empresa mediante fusión de la sociedad explotadora con la sociedad titular (94). Los supuestos de transformación pueden darse, por ejemplo, como sigue: una GmbH & Co. KG (sociedad de responsabilidad limitada con socios en comandita) puede quedar reducida a la sociedad complementaria de responsabilidad limitada por causa de la renuncia de todos los socios comanditarios o de la transmisión de todas las participaciones en comandita (95). La transformación por medio de sucesión universal tiene aquí un fecundo campo de aplica-

217

(90) Cfr. BÖTTCHER/BEINERT/HENNERKES, *Wechsel der Unternehmensform*, 3.^a ed. 1971, p. 160; opone objeciones injustificadas GAITZSCH, *Zur Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften*. Diss. (tesis doctoral) Freiburg 1965, p. 57 y ss.

(91) Cfr. BGHZ 48, 203, 306; 71, 296; jurisprudencia constante.

(92) Cfr. BGHZ 113, 132 = NJW 1991, 844 = JZ 1991, 731, con comentario de Karsten Schmidt.

(93) La denominada acción de adquisición del § 142 HGB es una simple acción de exclusión; cfr. SCHLEGELBERGER/KARSTEN SCHMIDT (nota 48), § 142, número marginal 5, 25 y ss.

(94) BGH, NJW-RR 1990, 798.

(95) Cfr. HESSELMANN/TILLMANN, *Handbuch der GmbH & Co.*, 17.^a ed. 1991, número marginal 1449 y ss.; asimismo, BAG, NJW 1991, 1972, por lo que se refiere al punto de partida —aunque en el desarrollo se aparta de las posiciones clásicas—: renuncia del único socio comanditario, con lo que el complementario aporta la empresa a una nueva sociedad.

ción. De hecho, esta sucesión universal es legal, imperativa y total, puesto que se produce independientemente de la voluntad de las partes con la reunión de las participaciones y va aparejada a la extinción del anterior titular jurídico (96). La causa de la reunión de las participaciones es irrelevante en este contexto. Puede ser, naturalmente, negocial. Pero la sucesión continúa siendo legal, aunque el supuesto de hecho al que se vincula la sucesión universal sea consecuencia de un negocio jurídico. Así pues, en el caso de la transformación o fusión sobre el último socio restante, los partícipes se sirven únicamente de una sucesión universal legal.

III. Sucesión universal negocial como aventura: Escisión y fraccionamiento por la vía de la sucesión universal parcial

218

1. Novedades de la Ley de transformaciones.

a) Mientras los supuestos de la fusión y de la transformación transmisiva, como simples casos especiales, aún se mueven en el terreno de lo conocido, en el Proyecto de reforma del “Umwandlungsgesetz” (Ley sobre transformaciones) de 1988 y con el nuevo “Spaltungsgesetz” (Ley relativa a la escisión) de 1991 se anuncian novedades sensacionales:

aa) Según los §§ 193 y ss. del Proyecto de discusión “Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts”, una empresa puede, por la vía de la sucesión universal, segregar partes de su patrimonio y transmitir las a sociedades ya existentes (segregación por absorción) o a empresas de nueva creación (segregación por nueva creación). Es decir, pueden crearse sociedades filiales, se pueden transmitir empresas o partes de filiales ya existentes, o llevar a cabo una fragmentación de una empresa, sin que haya que realizar apor-

(96) KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* (nota 23), § 44 II 2, II 4.

taciones individuales por la vía de la sucesión particular (97). El fundamento jurídico de la segregación lo constituye un contrato de segregación y adquisición (98), en virtud del cual el activo y el pasivo que han de ser segregados se traspasan como “unidad” a las empresas beneficiarias.

bb) Más espectacular aún es la nueva regulación de la escisión: en virtud de los §§ 138 y ss. E-UmwG, una sociedad (99) puede dividir su patrimonio sin necesidad de liquidación mediante su transmisión a varios titulares jurídicos ya existentes (escisión por absorción) o que van a ser constituidos (escisión por nueva creación). Según los §§ 167 y ss. E-UmwG, también puede escindir partes de su patrimonio y transmitir las a titulares ya existentes (escisión parcial por absorción) o de nueva creación (escisión parcial por nueva creación). En este caso, la base jurídica de estos procesos la constituye un contrato de escisión y adquisición (100). La consecuencia jurídica de la escisión inscrita es que el conjunto del activo y pasivo resultante del contrato de escisión se traspasa a la empresa o empresas beneficiarias como “unidad” (101), es decir, por la vía de la sucesión universal (102). De manera similar está ya regulada la escisión de las empresas gestionadas por la Treuhandanstalt: según el § 1 SpTrUG está permitida como división del patrimonio o como escisión parcial por nueva creación y lleva a una sucesión universal según lo dispuesto en el proyecto de escisión (§ 10 apdo. 1 n.º 1 SpTrUG) (103).

b) La finalidad de estas normas, en parte nuevas, en parte aún en proyecto, no es la de posibilitar, sino facilitar

(97) Cfr. *Diskussionsentwurf* (nota 2), Exposición de Motivos, p. 159 y ss.; *vid.*, asimismo, LUTTER, ZGR 1990.

(98) § 196 E-UmwG.

(99) Según el proyecto: “una empresa”; pero ya que el proyecto no presupone necesariamente la existencia de una empresa, sería más correcto hablar de un titular jurídico susceptible de transformación.

(100) §§ 141, 170 E-UmwG.

(101) §§ 145 apdo. 1 n.º 1, 172 apdo. 1 E-UmwG.

(102) Cfr. GÄBELEIN, BB 1989, 1420, 1424.

(103) Cfr. WEIMAR, DtZ 1991, 182 y ss.

las medidas de modificación estructural. Los procesos de segregación ya son conocidos en la práctica (104), y también la escisión ha podido ser practicada hasta el momento como escisión total o parcial en beneficio de sociedades mercantiles nuevas o ya existentes (105). El legislador pretende simplemente la superación del principio de especialidad por medio del reconocimiento de la aportación patrimonial *uno actu*. Pero la osadía del legislador reside en que, tras la reforma, no puede hablarse ya de sucesión universal no fraccionada: por la vía de la sucesión universal se transmite, no un patrimonio completo, sino un conjunto patrimonial que ha de ser definido negocialmente.

2. Clasificación jurídico-política y sistemática desde la perspectiva de la legislación vigente sobre transformación unipersonal.

220

a) A la vista de los cambios que se están produciendo, resulta de utilidad traer a colación algunos ejemplos ya existentes de esta sucesión universal parcial, en concreto los supuestos ya admitidos desde 1969 y 1980, respectivamente, de la transformación de una empresa cuyo titular es un empresario individual en una sociedad anónima o una sociedad comanditaria por acciones (106), o en una sociedad de responsabilidad limitada (107). En virtud de los §§ 50 y ss.

(104) Cfr. BGHZ 83, 122 ("Holzmüller"); KROPPF, en: *Festschrift Geßler*, 1971, p. 111; TIMM, *Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze*, 1980, p. 103; WERNER, en: *Festschrift Quack*, 1991, p. 545 y ss.

(105) Cfr. DUVINAGE, *Die Spaltung von Personengesellschaften*, 1984, p. 21 y ss., 39 y ss.; KOTTMANN, *Die Spaltung einer Aktiengesellschaft*, 1986, p. 17 y ss.; FRITZ, *Die Spaltung von Kapitalgesellschaften*, 1991, p. 35 y ss.; DUDEN/SCHILLING, AG 1974, 202 y ss.; TEICHMANN, AG 1980, 85 y ss.; SCHULZE-OSTERLOH, ZHR 149 (1985), 615 y ss.; GÄBELEIN, BB 1989, 1420 y ss.

(106) En este sentido, ver Exposición de Motivos del UmwG, BT-Drucks. V/3165, p. 13 y ss.

(107) En la Ley de transformación de 1969 no se había previsto esta transformación de la empresa unipersonal, ya que tampoco se admitía la fundación unipersonal de una sociedad de responsabilidad limitada; cfr. Exposición de Motivos del

y 56a y ss., un empresario individual puede modificar su empresa en una sociedad de capital mediante declaración de transformación e inscripción. A la declaración de transformación debe adjuntar un inventario certificado, en el que consten el activo y pasivo adscritos a la empresa (108). En el momento de la inscripción, los derechos y obligaciones reseñados en el inventario pasan a la sociedad anónima o de responsabilidad limitada (109): en virtud de negocio jurídico, puesto que el proceso es considerado como una fundación con aportación no dineraria simplificada, pero en cualquier caso, por la vía de la sucesión universal, puesto que la transmisión jurídica no está sujeta al principio de especialidad de la sucesión particular (110).

El proceso es calificado como “sucesión universal parcial” (111), y si se contempla la empresa (que es de lo que se trata, en la práctica) como titular jurídico y patrimonio (en el apartado II 1 se vio que estos eran los puntos de conexión), es fácil reconocer que las actuales reglas sobre la transformación unipersonal no son en realidad normas sobre transformación, sino sobre segregación: se trata de disposiciones que liberan del principio de especialidad el proceso de fraccionamiento e independización de parte de un patrimonio que va a ser objeto de transmisión a otro titular

221

UmwG, BT-Drucks. V/3165, p. 13; *Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses*, impreso en WIDMANN/MAYER, *Umwandlungsrecht*, Stand 1991, *Gesetzesbegründungen*, p. 32; la reforma de la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada resolvió la laguna; *cfr.*, en este sentido, la Exposición de Motivos RegE en BT-Drucks. VIII/1347, p. 28, 60; PRIESTER, *DNotZ* 1980, 515, 524.

(108) §§ 52, 56c UmwG.

(109) §§ 55 apdo. 1 frase 2, 56 apdo. 1 frase 1 UmwG; en este sentido, *vid.* la Exposición de Motivos del UmwG, BT-Druck V/3165, p. 16.

(110) *Cfr.* KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* (nota 23), § 12 III 4; HACHENBURG/SCHILLING, *GmbHG*, 7.ª ed. 1984, § 77 apéndice I, § 50 UmwG, número marginal 2.

(111) *Cfr.* HACHENBURG/SCHILLING (nota 110), § 77 apéndice I, § 50 UmwG número marginal 2, § 56 a número marginal 3; SCHOLZ/PRIESTER (nota 58), apéndice UmwG § 56 y s. número marginal 2; ZÖLLNER, en: *Kölner Komm. AktG*, 1.ª ed. 1985, comentario previo al § 362 número marginal 10; SCHNEIDER/SCHLAUS, *DB* 1969, 2263.

jurídico. Como tales se incluyeron en el Proyecto de discusión (112), para el que constituyeron un precedente rico en consecuencias: la sucesión universal parcial en virtud de negocio jurídico.

b) Según lo dicho en el apartado I 2, no sorprende que estos supuestos de sucesión universal parcial, que más adelante iban a ser objeto de generalización, fueran considerados hasta entonces como curiosidades, y que su clasificación jurídica provocara dificultades a todos aquellos que partían de la idea de que la sucesión universal era una sucesión patrimonial de carácter legal, imperativo, y vinculada a la extinción del anterior titular jurídico. Por ello, por una parte se ha negado (113) la naturaleza de sucesión universal de la transformación unipersonal; por otra se intenta conciliar este proceso con la imagen tradicional de la sucesión universal por medio de afirmar que se trata de un supuesto de sucesión legal, considerando la declaración de transformación como la realización del supuesto de hecho legal de sucesión (comparable a los casos expuestos en el apartado II 4 relativos a sociedades personalistas) (114). La primera tesis es tan vulnerable como la segunda: la transmisión *uno actu* —y su implicación: el traspaso de diferentes bienes sin tener que respetar las normas relativas a la transmisión de cada uno de ellos (115)— sólo puede ser sucesión universal, y si este traspaso —a diferencia de los casos de la fusión y transformación transmisiva tratados en el apartado II— puede limitarse voluntariamente a determinados bienes (116), resulta difícil defender una calificación de esta sucesión universal que no sea la negocial.

(112) §§ 211 y ss. E-UmwG.

(113) ROBERT MAYER, en WIDMANN/MAYER (nota 107), número marginal 969; simpatizaba con la idea PRIESTER, *DB* 1982, 1967, nota 12.

(114) PRIESTER, *DB* 1982, 1967, nota 12.

(115) *Cfr.* nota 21.

(116) PRIESTER, *DB* 1982, 1967, 1968 y s.

3. La determinación del alcance de la sucesión universal negocial y su conciliación con principios de responsabilidad del empresario.

a) El alcance de la sucesión patrimonial queda determinado por el inventario patrimonial, regulado en los §§ 52, apdo. 4, 56 c apdo. 3 UmwG, o por el contrato de segregación, o de escisión y adquisición, según los §§ 196, 141, 170 E-UmwG, o bien por el proyecto de escisión según el § 2 apdo. 1 n.º 9 SpTrUG, y por tanto queda al arbitrio de los interesados (117). El carácter determinante del inventario, el contrato o el proyecto se deriva del tenor literal de la Ley, y responde al concepto de la sucesión universal en virtud de negocio jurídico. Sólo cuando la sucesión universal implica la extinción del anterior titular jurídico, como ocurre en la escisión con división de todo el patrimonio, la ley ha de velar por la completa atribución de todos los bienes de éste, si quiere evitar liquidaciones suplementarias. Según lo dispuesto en el § 10 apdo. 3 frase 1 SpTrUG, los bienes que no han sido incluidos en el proyecto de escisión por olvido y que no pueden ser asignados por la vía de la interpretación, han de ser atribuidos en partes alícuotas a las nuevas sociedades (118). Esta necesaria regla auxiliar no modifica, en principio, el carácter determinante de la voluntad declarada.

b) El tratamiento del pasivo es considerablemente más complicado. En principio, éste es transmitido asimismo según lo determinado en el inventario patrimonial, contrato de segregación o proyecto de escisión (119). Sólo si la sociedad de partida se extingue en virtud de división y no se ha atri-

(117) Cfr. SCHOLZ/PRIESTER (nota 58), apéndice UmwG, § 56 c número marginal 13, 56 f número marginal 2; PRIESTER, DB 1982, 1967, 1968 y ss.; CANARIS, ZIP 1989, 1161, 1165.

(118) Esto lo determinaba ya el § 145 apdo. 3 frase 1 E-UmwG.

(119) Cfr., por ejemplo, ROBERT MAYER, en: WIDMANN/MAYER (nota 107), número marginal 1001, 1284; CANARIS, ZIP 1989, 1161, 1165.

buido obligación alguna a las sociedades beneficiarias, el nuevo régimen jurídico de la escisión garantiza la responsabilidad solidaria de éstas (120). Por lo demás, la doctrina mayoritaria fundamenta la protección de los acreedores en el § 419 BGB (121) y en el derecho concursal de impugnación (122). Se discute si el § 25 HGB lleva a una solución diferente, cuando el objeto de la sucesión universal —como, sobre todo, en los casos de los §§ 50 y ss., 56 a y ss. UmwG— sea una empresa. La respuesta ha de ser afirmativa (123), independientemente de que se prosiga o no con el nombre comercial (124). El complejo de cuestiones no puede ser tratado en este lugar con amplitud. Sin embargo, al argumento de que esta concepción de responsabilidad no es conciliable con el tenor literal de la Ley (125), la cual contempla únicamente el inventario patrimonial o el proyecto de escisión, hay que objetar que las disposiciones sobre transformación y escisión sólo hablan de sucesión universal en virtud de negocio jurídico. La posibilidad de que ello implique una responsabilidad legal es una cuestión de responsabilidad imperativa —en este caso, los §§ 25 y ss.— que no está regulada en las Leyes de transformación y escisión.

(120) Con más detalle, § 10 apdo. 3 frase 2 SpTrUG; de forma similar, § 145 apdo. 3, frase 2 E-UmwG.

(121) Sobre el incierto futuro de este precepto, *cfr. Diskussionsentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts* (Proyecto de discusión de una ley de reforma del Derecho concursal).

(122) *Cfr.* en especial CANARIS, ZIP 1989, 1161, 1163 y s.; sobre la reforma del régimen jurídico de la impugnación, *cfr.* HENCKEL, en: LEITPOLD, *Insolvenzrecht im Umbruch*, 1991, p. 239 y ss.; KÖNIG, *o.c.*, p. 255 y ss.

(123) KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* (nota 23), § 12 III 4 d; KARSTEN SCHMIDT, ZIP 1989, 1025, 1027 y s.; del mismo autor, ZGR 1990, 580, 598 y ss.; lo niega CANARIS, ZIP 1989, 1161 y s.

(124) *Cfr.* sobre este concepto del § 25 HGB KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht* (nota 43), § 8 II 1c; disiente la opinión dominante.

(125) CANARIS, ZIP 1989, 1161, 1165.

4. La transmisión de relaciones jurídicas, en especial la aplicación del § 613 a BGB.

a) La problemática de la responsabilidad empresarial pone sobre el tapete la cuestión del traspaso de relaciones jurídicas complejas. El BGB no ha diseñado la relación jurídica compleja como objeto de disposición, lo que dificulta la elaboración de la asunción de contrato como instituto jurídico (126). Cuando la sucesión universal –como en el caso de la fusión– abarca todo el patrimonio, el traspaso de relaciones jurídicas complejas no provocará muchas dificultades. En cambio, la sucesión universal parcial –transformación unipersonal, escisión, en el futuro también la segregación– obliga a desviar la atención hacia el problema de que también han de tenerse en cuenta como objeto de la sucesión universal negocial las relaciones jurídicas complejas –y con ello, el papel de parte contractual–, por lo que han de ocupar un lugar en el inventario patrimonial o proyecto de escisión (127).

225

b) El destino de las relaciones jurídicas tiene trascendencia práctica en especial cuando se transmiten empresas o partes de ellas a nuevos titulares en virtud de negocio jurídico. No basta con una inclusión o exclusión arbitrarias en el activo o pasivo objeto de traspaso. En primer lugar, hay que recordar de nuevo el § 25 HGB, que, a pesar de su tenor literal, no se ocupa sólo de activos y pasivos aislados, sino que sirve de fundamento a la transmisión de relaciones jurídicas complejas (128).

(126) Vid. PIEPER, *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt*, 1963, p. 184 y ss.; NÖRR/SCHHEYING (nota 6), p. 246 y ss.; DÖRNER, *Dynamische Relativität*, 1985, p. 187 y ss.

(127) ROBERT MAYER, quien rechaza la aplicación del § 613 a BGB, exige consecuentemente una relación de todos los vínculos laborales que han de ser traspasados; cfr. WIDMANN/MAYER (nota 107), número marginal 1091.1.

(128) KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht* (nota 43), § 8 I 4c; de forma similar, BÖRNER, en: *Festschrift Möhring*, 1975, p. 37 y ss., aunque con el punto de partida de su interpretación es criticable; en opinión del autor, el § 25 es una de las disposiciones que compensan la falta de subjetividad jurídica de la empresa (vid. *Handelsrecht* [nota 43], § 4 V).

Pero también el § 613 a BGB es aplicable a la sucesión universal en virtud de negocio jurídico. El Bundesarbeitsgericht (Tribunal Superior de lo Social) entendió, en 1974, que la fusión “lleva a un traspaso de la explotación, cuyas consecuencias laborales han de ser enjuiciadas según lo dispuesto en el § 613 a BGB” (129). Esta decisión fue criticada por SEITER (130), y en 1984, el BGA creyó tener que modificar su doctrina en el sentido de afirmar que existen dos tipos básicos de cambio de titular de una explotación (131): “Uno es el traspaso de la explotación por medio de negocio jurídico, el otro es la sucesión universal. (...) Los cambios en el titular de la explotación en virtud de negocio jurídico, por un lado, y por sucesión universal, por otro, han de contemplarse en una relación sistemática. El § 613 a apdo. 1, que regula el traspaso negocial de la explotación, pretende completar las disposiciones legales ya existentes sobre cambio en el titular de la explotación por medio de la sucesión universal. Con las palabras ‘por negocio jurídico’ quiere expresarse que quedan comprendidos todos los supuestos salvo la sucesión universal”.

La doctrina mayoritaria da por supuesto que en los supuestos de sucesión universal –también en los casos de fusión y transformación– no se está ante un cambio de titular por negocio jurídico, y que el § 613 a BGB no puede ser aplicado al supuesto de hecho –pretendidamente legal– de la sucesión (132). Consideran que la confirmación de

(129) BAG, AP n.º 2 sobre el § 3 TVG, con comentario de WIEDEMANN.

(130) SEITER, *Betriebsinhaberwechsel* (nota 14), p. 146; del mismo autor, AR-Blattei “*Betriebsinhaberwechsel*” n.º 10.

(131) BAG, AP n.º 24 sobre el § 613 a BGB, con comentario de LÜKE, con referencia expresa a SEITER.

(132) Cfr. SEITER (nota 14), p. 146; ERMAN/HANAU (nota 14), § 613 a número marginal 26; STAUDINGER/RICHARDI (nota 14), § 613 a, número marginal 81, 83, 190 y ss.; SCHAUB, en: *MünchKomm. BGB* (nota 27), § 613 a, número marginal 3; con detalle, QUANDER, *Betriebsinhaberwechsel bei Gesamtrechtsnachfolge*, 1990, p. 10 y ss.; de interés también BAG, ZIP 1989, 1012, 1019, donde se constata con alivio que, en caso de disolución, las normas sobre asociaciones no permiten un traspaso global del patrimonio de la asociación disuelta a otra con derecho a él, sino que exigen transmisiones individuales.

esta tesis se encuentra en el propio § 613 a apdo. 3 (133), que sin embargo sólo excluye la aplicabilidad del apdo. 2 en los casos de la fusión por absorción y de la transformación transmisiva. Cuando a ello añaden los autores que la regla del apdo. 3, incluida en la Ley para evitar malentendidos, sólo ocasiona confusión (134), hay que objetar que ésta es imputable en gran medida a la doctrina mayoritaria que defiende que la sucesión universal es necesariamente legal, y que niega, con precipitación, la aplicabilidad del § 613 a BGB. Es cierto que el § 613 a apdo. 3 BGB sólo contiene una banalidad, pero no porque no se produzca traspaso alguno “por negocio jurídico”, sino porque un titular jurídico que queda extinguido difícilmente puede seguir respondiendo en virtud del § 613 a apdo. 2. También es cierto que no hay necesidad para la aplicación del § 613 a BGB a los supuestos de fusión y transformación, pero no porque estemos ante una sucesión universal, sino porque el problema de la continuidad de los contratos de trabajo en los casos clásicos de fusión y transformación –como en el simple cambio de forma– se reduce a la aplicabilidad del § 613 a apdo. 4 (135) y a la jurisprudencia correspondiente sobre el derecho de oposición del trabajador (136). En el supuesto de la transformación unipersonal, regulado en los §§ 50 y ss. UmwG, ya reconocido como un supuesto de segregación, las cosas se desarrollan de otra manera (137), y

(133) STAUDINGER/RICHARDI (nota 14), § 613 a número marginal 25; *cfr.*, con acierto, ULMER, que disiente de lo anterior.

(134) STAUDINGER/RICHARDI (nota 14), § 613 a número marginal 192.

(135) En favor de la aplicación analógica en todos los supuestos ya existentes de sucesión universal, *cfr.* QUANDER (nota 132), p. 179 y ss.

(136) En relación con este derecho, sobre el que no nos detendremos, *cfr.* BAG, AP, n.º 8, 10, 21, 37, 55, 70 sobre 613 a BGB; crítico, SEITER (nota 14), p. 66; sobre el estado de la cuestión, ERMAN/HANAU (nota 14), § 613 a número marginal 48 y ss.; sobre el alcance del EuGH (TJC), Slg. 1988, 2577 *cfr.* últimamente ISING/THIELL, DB 1991, 2082.

(137) En favor de la aplicación del § 613 a BGB, con acierto, ULMER, BB 1983, 1865, 1870; en contra, ROBERT MAYER, en: WIDMANN/MAYER (nota 107), número marginal 1019.1.

finalmente es necesaria la aplicación del § 613 a BGB en caso de reestructuraciones según el futuro régimen jurídico de la escisión. Es digno de mención el que también el “Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen” ya haya recogido el supuesto de hecho de la “división” del § 613 a apdo. 3 BGB (138). Con ello, la Ley ha dejado clara la aplicabilidad del § 613 a BGB (139), y a quien quiera realizar una crítica dogmática a esta voluntad del legislador (140), debe objetársele que aquí estamos ante traspasos totales o parciales de explotaciones “en virtud de negocio jurídico”, y más concretamente, casos de aplicación de la sucesión universal negocial. La aplicabilidad del § 613 a BGB a estos supuestos no es ninguna extravagancia dogmática, sino que incluso está indicada por el tenor literal, la finalidad y la dogmática de la disposición.

IV. El problema de la adquisición de buena fe

1. Una polémica caída en el olvido.

a) Hoy en día, como se desprende del estado de la doctrina, no se discute seriamente sobre la posibilidad de la adquisición de buena fe en los procesos de fusión y transformación (141), y como se podrá comprobar, la cuestión no debería pasar de ahí. Sin embargo, el examen de la sucesión universal negocial hace surgir la duda de si no se habrán simplificado demasiado las cosas. La fundamentación

(138) § 16 apdo. 1 SpTrUG.

(139) Con acierto, ISING/THIELL, *DB* 1991, 2082.

(140) Cfr. OETKER/BUSCHE, *NZA-Beilage* 1/1991, 18, 19; sobre la pretendida inaplicabilidad del § 613 a BGB a la sucesión universal cfr. nota 132.

(141) Así, niegan la adquisición de buena fe KRAFT, en: *Kölner Komm. AktG*, 2.^a ed. 1991, § 346 número marginal 18; STAUDINGER/GURSKY (nota 14), § 892 número marginal 65; sin embargo, vid. ROBERT MAYER, en: WIDMANN/MAYER (nota 107), § 5 UmwG número marginal 180.

formalista en el sentido de que la sucesión universal, al constituir un supuesto legal de adquisición, no permite la adquisición de buena fe (142) (independientemente de la fragilidad de la premisa de que la adquisición legal y la de buena fe se excluyan mutuamente, lo que ha sido puesto de relieve por v. TUHR (143), CANARIS (144) y HAGER (145)) no aporta nada al ámbito que está siendo objeto de estudio, si se tiene en consideración que la adquisición es negocial. La sucesión universal negocial funciona, en los supuestos fusión, transformación transmisiva, escisión y segregación, como una aportación no dineraria liberada del principio de especialidad. Puesto que las aportaciones no dinerarias en caso de aportación individual pueden ser adquiridas de buena fe por la sociedad en virtud de los §§ 892, 932 y ss. BGB, art. 17 WG (146), la adquisición de buena fe en los supuestos aquí mencionados sólo puede fracasar por dos razones: desde el punto de vista técnico, por la liberación del principio de especialidad; desde el punto de vista funcional, por la finalidad económica del proceso.

a) HAFNER (147) afirmó en el año 1913 la posibilidad de adquisición de buena fe en el supuesto de fusión. HAFNER se enfrentó en primer lugar –en relación con la fusión regulada por los §§ 305 y ss. de la versión del HGB vigente hasta 1937– con la opinión dominante en aquel momento, que consideraba la adquisición por fusión como un supuesto legal, no negocial. El autor afirmaba que la atribución a la sociedad absorbente de la totalidad del activo y pasivo –y por tanto, también de las acciones relativas

(142) Cfr. RG, Gruch. 47 (1903), 663, 667; WOLFF/RAISER, *Sachenrecht*, 10.^a ed. 1957, § 45 I 3b; HECK, *Sachenrecht* 130 (reimpresión 1960), § 43 III 7; BAUR (nota 14), 23 III 3 a; WESTERMANN, *Sachenrecht* II, 6.^a ed. 1988, § 101 III 1 a.

(143) *Allgemeiner Teil* II/1, 1914, p. 166 y ss.

(144) NJW 1986, 1488.

(145) *Vertrauensschutz durch redlichen Erwerb*, 1990, p. 96 y ss.

(146) Cfr., sobre la aplicabilidad de las reglas generales del Derecho de cosas, BAUMBACH/HUECK, GmbHG, 15.^a ed. 1988, § 7 número marginal 10 y ss.

(147) HAFNER, *Holdheim* 22 (1913), 234 y ss.

a la rectificación de inscripciones registrales— no era razón suficiente para negar la adquisición de buena fe. Finalmente, HAFNER también trató el problema de si el hecho de que en la fusión no se transmitiera un bien aislado —en su ejemplo, un inmueble—, sino un patrimonio completo, hubiera podido ser un obstáculo para la adquisición de buena fe. Sin embargo, consideró que la contraposición entre un objeto patrimonial aislado y una suma de objetos no permitía concluir el rechazo de dicha clase de adquisición, al tratarse de un salto mental, puesto que (148): “en realidad, el complejo patrimonial no es otra cosa que la suma de los distintos bienes aislados. Por tanto, la eficacia de la transmisión ha de ser enjuiciada aisladamente para cada uno de los objetos patrimoniales, por lo que no hay obstáculo para la adquisición de buena fe por la sociedad absorbente”. HAFNER introduce finalmente un punto de vista valorativo (149): “(...) puesto que sería de una dureza inadmisibles que, en caso de fusión, en la que los inmuebles y derechos reales desempeñan normalmente un papel fundamental, la sociedad absorbente no pudiera confiar en el Registro de la Propiedad y sólo pudiera evitar reclamaciones por la vía de la liquidación y la posterior transmisión individualizada del § 305 HGB”. Esta última argumentación también se lee, en relación asimismo con las reglas sobre fusión que entraron en vigor en 1900, en la obra de FRANZ BEYERLE, quien sólo excluye la protección de la buena fe en caso de sucesión universal automática, y por lo demás, distingue según exista un título de adquisición susceptible de protección (150). Para BEYERLE, esto se da en especial “allí donde dos cuerpos económicos se juntan formando una nueva unidad. ¿Por qué habría de negarse la protección registral en el caso de fusión de dos sociedades anónimas? Lo lógico es que la so-

(148) HAFNER, *Holdheim* 22 (1913), 234, 236.

(149) O.c.

(150) BEYERLE, *AcP* 127 (1927), 370 y s.

ciudad absorbente pueda confiar en la posesión registral de la absorbida, si no se quiere que la vida económica sea expuesta a graves trastornos”.

c) El análisis de la sucesión universal negocial da pie para recordar a esa corriente doctrinal que hoy en día es citada simplemente como “opinión divergente”. El intento de su clasificación ha de partir del problema de la relación entre los distintos bienes con el patrimonio en su totalidad. Puesto que nuestro Ordenamiento hace depender la protección de la adquisición de buena fe de diferentes supuestos de hecho de publicidad en la transmisión, que divergen en función de la naturaleza del bien objeto de disposición (151), y en consecuencia, está diseñada para el ámbito de vigencia del principio de especialidad, la cuestión sólo puede consistir en si la sucesión universal negocial sustituye a una suma de negocios de disposición aislados y permite, por ejemplo, la adquisición de buena fe en caso de bienes en posesión inmediata, a pesar de que no se produzca una “venta realizada en virtud del § 929” (§ 932 BGB), y en si permite la adquisición de buena fe de inmuebles inscritos incorrectamente “en virtud de negocio jurídico” (§ 892 BGB) —a pesar de que no exista adquisición basada en el acuerdo abstracto de transmisión y en la inscripción (§ 873)—, y la inscripción subsiguiente en el Registro sólo tenga carácter rectificador. El problema se complica con la cuestión de si con la sucesión universal negocial, los partícipes han sido liberados de la carga técnica del principio de especialidad sólo en interés suyo, o si en cambio estamos ante un negocio de disposición *sui aeneris*, cuyas ventajas no pueden ser disfrutadas sin las desventajas correspondientes. Esta cuestión ha de ser examinada por separado en relación a los supuestos clásicos de la sucesión universal completa, por un

(151) Cfr., sobre el § 892 BGB, *Motive*, en *Mugdan* I (nota 11), p. 117; sobre los §§ 932 y ss. BGB, *Motive*, igualmente, en la p. 191 y s.; asimismo, *Protokolle*, en la misma obra, p. 632; *vid.* una panorámica general en WESTERMANN, *JuS* 1963, 1 y ss.

lado, (ver más abajo, apdo. 2) y los nuevos casos de la sucesión universal parcial, por otro (apdo. 3). En este sentido, hay que tener en cuenta no sólo argumentos de carácter técnico, sino que hay que procurar la conciliación de nuestro Derecho de sociedades con el régimen jurídico de los Derechos reales.

2. Los supuestos de la sucesión universal completa (fusión, transformación transmisiva).

a) La fusión y la transformación transmisiva, supuestos aun conciliables con la imagen tradicional de la sucesión universal, son de fácil clasificación: quien adquiere el patrimonio completo de un titular jurídico que se extingue, lo adquiere “tel quel”. El objeto del contrato o acuerdo que lleva a la sucesión universal no lo constituyen los bienes aislados, y ello se corresponde con la voluntad de las partes, que persigue la sucesión completa en el activo y pasivo (y por tanto, también en obligaciones de restitución y rectificación registral). En este caso hay que excluir, de acuerdo con la opinión dominante, la adquisición de buena fe (152).

b) El examen de otros supuestos de sucesión universal subraya las correspondencias del sistema y la exactitud del resultado:

aa) En los casos en los que el legislador ha sustituido la transformación transmisiva por el simple cambio de forma—esto ocurre, como ya se expuso en el apdo. II 3, en las sociedades de capital, y es previo a la generalización de este principio—, no puede pensarse seriamente en una adquisición de buena fe (153). Un titular de derechos que únicamente cambia su forma jurídica a través de una modificación cualificada del Estatuto de la sociedad, no podrá

(152) Cfr. nota 141, 142; cfr. ya KOHLER, *ArchBürgR* 40 (1914), 309, 313.

(153) Sobre la ausencia de cualquier transmisión, cfr. ZÖLLNER, en: *Kölner Komm. AktG* (nota 46), antes del comentario al § 362 número marginal 3.

adquirir patrimonio ajeno por mucha buena fe que exista. Es correcto que ello se fundamente con los argumentos de la identidad del sujeto de derecho y de la ausencia de cualquier transmisión jurídica, ya que estas categorías, en principio puramente conceptuales, representan certeramente el sentido económico del proceso: lo que se quiere y se lleva a cabo es un cambio en la organización, y no del estado patrimonial del titular jurídico que se transforma.

bb) El otro caso comparable es el de la transmisión del patrimonio de una sociedad personalista al último socio restante, como ocurre, por ejemplo, en la transformación de una GmbH & Co. KG (sociedad de responsabilidad limitada con socios en comandita) a una sociedad de responsabilidad limitada, ya sea por la separación de todos los socios comanditarios o por la transmisión de sus participaciones a la SRL. El argumento de que esta adquisición es legal y no negocial (más arriba, II 4), no parece suficiente, tras lo dicho en el apartado IV 1 a (154); sin embargo, el patrimonio de la sociedad que se extingue recae en su sucesora en el estado en que se encuentre: con todos los derechos de propiedad realmente existentes, si bien con la carga de obligaciones de restitución y rectificación registral cuando los derechos de la sociedad sean únicamente aparentes.

Un caso muy descriptivo fue el resuelto por el *Kammergericht* en el año 1927 (155). Los socios de una sociedad colectiva se habían unido en una sociedad de responsabilidad limitada, aportando a ella sus participaciones en la sociedad colectiva y, al tiempo, llevando a cabo el acuerdo abstracto de transmisión de los inmuebles pertenecientes a esta última con la nueva sociedad. El litigio versó sobre la adquisición de buena fe de los inmuebles libres de cargas por parte de la sociedad de responsabilidad limitada. El

(154) Acertadamente HAFNER (nota 145), p. 179 y ss.

(155) KG, JFG 5, 413

procedimiento empleado, que hoy en día resulta peculiar –transmisión de las participaciones y acuerdo abstracto de transmisión de los inmuebles– respondía a la obstinación de una tesis reinante en aquel momento, que consideraba ilícita la transmisión de participaciones sobre la base del § 719 BGB (156) y obligaba a los partícipes a la transmisión individualizada del patrimonio social. Desde este punto de vista, la decisión se convirtió en un caso de aplicación de la teoría –que se examinará más adelante– del negocio del tráfico jurídico (157): El *Kammergericht* rechazó la adquisición de buena fe libre de cargas de los inmuebles pertenecientes al patrimonio social debido a la identidad de los socios. Hoy en día se argumentaría de otra forma: la transmisión de participaciones a la sociedad de responsabilidad limitada provocaría la transmisión del patrimonio social a la misma sin posibilidad de adquisición de buena fe, en el estado en que se encontrara. El acuerdo abstracto de transmisión, realizado con carácter preventivo, en vistas a la –errónea– interpretación del § 719 BGB que regía en aquel momento, quedó sin objeto.

Frente a ello, se lee en la obra de HAGER que en caso de “adquisición de una sociedad en mano común por parte de un miembro” es posible la adquisición de buena fe (158). Ahora bien, esta transmisión no se fracciona en trasposos aislados de cada uno de los bienes, sino que el patrimonio en mano común se transforma más bien en patrimonio individual del receptor en virtud de sucesión universal. En su opinión, esto no es razón suficiente para excluir la adquisición de buena fe. Al contrario: puesto que con el traspaso, la comunidad en mano común ha desaparecido y

(156) Cfr. *RGZ* 83, 312, 314 y s.; 128, 172, 176; *RG, LZ* 1914, 1380; *KG, JW* 1934, 2699; DÜRINGER/HACHENBURG/FLECHTHEIM, *HGB* 3.^a ed. 1932, *Allg. Einl.*, número marginal 26, § 130, número marginal 6.

(157) En este sentido, la decisión aún es valorada en la actualidad; cfr. STAUDINGER/GURSKY (nota 14), § 892, número marginal 87.

(158) HAGER (nota 145), p. 179 y s.

la propiedad ya no se atribuye a los socios en su unidad mancomunada, sino al adquirente en su calidad de titular jurídico único, no existe una razón de peso para negar la adquisición de buena fe. La posibilidad de que el actual propietario único del patrimonio que hasta ese momento pertenecía a la sociedad haya finalmente de restituir la cosa adquirida de buena fe debe decidirse según lo dispuesto en el § 419 BGB.

Estas argumentaciones, que no son aceptables ni en sus aspectos básicos ni en sus detalles (159), son representativas de las dificultades de atribución jurídica en relación con compañías mercantiles personalistas, provocadas por una doctrina sobre la comunidad en mano común dominante durante décadas (160). Quien tome literalmente la nueva y razonable regla del § 124 HGB, aplicando la nueva teoría de la comunidad en mano común (161), y refiera la sucesión universal a la totalidad del patrimonio activo y pasivo que pertenecía a la sociedad que se extingue, no encontrará ningún punto de apoyo para afirmar la adquisición de buena fe del último socio restante y por tanto, ni siquiera intentará buscar “una razón de peso para negar esta posibi-

235

(159) También por lo que se refiere a su exposición en la p. 177 sobre el acrecimiento. La transmisión de participaciones (*vid.* su nota 525) no provoca la consecuencia jurídica del § 738 apdo. 1 frase 1 BGB, en contra de la opinión de FLUME (*Personengesellschaften* [nota 85], § 17 VIII). Si se considera a la sociedad en mano común como la titular jurídica (nota 85), la regla del acrecimiento no tiene como consecuencia una transmisión en relación con los bienes del patrimonio social (en este sentido también HAGER, con más detalle KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* [nota 23], § 45 II 5). Si se parte del hecho de la legitimación patrimonial de los comuneros (*vid.* fundamentación en HAGER [nota 145], p. 177), no es necesario reflexionar sobre si “la adquisición legal en realidad quiere asegurar una finalidad totalmente distinta –la garantía del vínculo comunitario en mano común– a la de prohibir la adquisición de buena fe”. Aun cuando el § 738 apdo. 1 frase 1 BGB sólo quiera garantizar dicho vínculo comunitario, es decir, quiera que continúe entre los socios restantes, no hay base alguna para afirmar la adquisición suplementaria de buena fe de bienes por parte del patrimonio social, por lo que tampoco hay razón para prohibirla. Probablemente fuera esto lo que HAGER quería decir, para marcar las diferencias con la copropiedad.

(160) *Vid.* la prueba de ello en HAGER (nota 145), p. 177.

(161) *Cfr.* nota 85.

lidad", ya que no es necesaria la negación de un supuesto de hecho inexistente (162). La sucesión universal total no permite la adquisición de buena fe de bienes ajenos.

3. Los supuestos de la sucesión universal parcial (transformación unipersonal, escisión, segregación).

236 a) Los casos en que se transmite por sucesión universal un complejo patrimonial delimitado negocialmente son mucho más complicados. De *lege lata* se trata de la denominada transformación unipersonal según los §§ 50 y ss., 56 a y ss. UmwG, y recientemente también la escisión según la SpTrUG; de *lege ferenda* la escisión y segregación según los §§ 140 y ss., 167 y ss., 193 y ss. E-UmwG. Aquí, la desviación respecto del principio de especialidad se reduce a la técnica de transmisión específica de cada objeto que va aneja a este principio, mientras que el círculo de bienes afectados ha de ser determinado negocialmente en el contrato, proyecto o inventario. En estos supuestos se niega igualmente la posibilidad de la adquisición de buena fe (163). Es evidente que no se trata de una cuestión meramente teórica, en especial por lo que se refiere a las sociedades sometidas al nuevo Derecho de escisión que se encuentran bajo la gestión de la Treuhand, ya que el estado de su patrimonio puede ser objeto de discusión. Quien esgrima únicamente argumentos técnicos puede limitarse a poner de relieve que en el Derecho de cosas vigente, la adquisición de buena fe está vinculada al principio de especialidad, cuya liberación sólo puede realizarse al precio de dejar de proteger la buena fe. Sin embargo, para lograr la plena uniformidad conceptual, debe tratarse también la cuestión de si cabe siquiera pensar en adquisición de buena fe

(162) Tampoco se comprende por qué en la relación entre el auténtico legítimo y el adquirente ha de "decaer" "la razón de peso para negar la adquisición de buena fe" a causa de la extinción de la comunidad en mano común.

(163) Cfr. ROBERT MAYER, en: WIDMANN/MAYER (nota 107), número marginal 1049.

en el supuesto de que se lleven a cabo aportaciones no dinerarias por parte del empresario individual, escisiones y segregaciones, respetando el principio de especialidad. Se trata de un problema de la denominada teoría del negocio del tráfico jurídico.

b) La teoría del negocio del tráfico jurídico (164) –con más propiedad: la teoría de la exclusión de la adquisición de buena fe en ausencia de negocio del tráfico jurídico– se ocupa de la reducción teleológica de las disposiciones sobre la adquisición de buena fe (165). Intenta excluir determinados supuestos del ámbito de aplicación de los §§ 892, 932 y ss. BGB, 17 WG, que, según una adecuada interpretación del sentido de las normas citadas, no pueden llevar aparejada una expropiación del verdadero legitimado en virtud de una adquisición de buena fe. Se trata, en este sentido, de grupos de casos bastante heterogéneos, cuyas variantes más problemáticas, como las de los resultados anticipados (166) y la readquisición por parte del no legitimado (167) no son de interés en esta sede. Los casos clásicos de esta teoría son los de la autoadquisición de una carga inmobiliaria sobre la propiedad por parte del no legitimado de buena fe (168), además de los supuestos en los que, desde el punto de vista económico, las atribuciones patrimoniales simplemente sufren una reestructuración hacia nuevas formas de

237

(164) Es bastante representativo y reciente WESTERMANN/GURSKY, *Derecho de cosas* I, 6.^a ed. 1990, § 45 III 1 c; WIELING, *Sachenrecht* I, 1990, § 10 II 1 b; *vid.* también TIEDTKE, *Gutgläubiger Erwerb*, 1985, p. 6 y ss.

(165) *Cfr.* WITTKOWSKI, *Die Lehre vom Verkehrsgeschäft*, 1990, p. 56.

(166) Por lo que se refiere a la ausencia de negocio del tráfico jurídico, *vid.* RGZ 123, 52, 56; MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 15.^a ed. 1991, número marginal 549; WESTERMANN/GURSKY (nota 164), § 45 III 1 c; REEB, *Die Tatbestände der sog. Nicht-Verkehrsgeschäfte*, Diss. Mainz 1967, p. 45, 58; STAUDINGER/GURSKY (nota 14), § 892, número marginal 69; disiente OLZEN (nota 17), p. 287 y ss.

(167) En relación con la ausencia de negocio del tráfico jurídico, *vid.* REEB (nota 166), p. 88 y ss.; SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, 23.^a ed. 1991, § 35 VI; disiente QUACK, en: *MünchKomm. BGB* (nota 27), § 932 número marginal 63; WIEGAND, *JuS* 1971, 62.

(168) *Vid.*, con detalle, WITTKOWSKI (nota 165), p. 78 y ss.

participación, pero no son modificadas mediante desplazamientos patrimoniales de carácter material (169). Finalmente, el último grupo de casos –y aquí existe un punto vulnerable a la crítica (170)– se fundamenta la mayoría de las veces sobre la base de la identidad económica del vendedor y comprador (171). Últimamente, la doctrina del negocio del tráfico jurídico está siendo sometida cada vez más a la crítica de sus fundamentos (172), que aquí no puede exponerse más detalladamente (173). Sin embargo, la discusión da pie para expresar la necesidad de que se distinga entre las objeciones de principio al instituto jurídico, las objeciones contra sus fundamentaciones, que muchas veces son irreflexivas (174), y finalmente las objeciones contra la incorrecta delimitación de los grupos de supuestos de ausencia de negocio del tráfico (175). El hecho de que la autotransmisión –como en el caso de la constitución de una carga inmobiliaria sobre la propiedad por parte del propietario registral– no pueda fundamentar una adquisición de buena fe es evidente (176), por lo que la cuestión se reduce a preguntarse si la transmisión de patrimonio de un titular jurídico a otro ha de estar excluida de los supuestos de hecho de la adquisición de buena fe, cuando desde el punto de vista

(169) Para una panorámica general, *vid.* STAUDINGER/GURSKY (nota 14), § 892, número marginal 80 y s.

(170) *Cfr.* especialmente WILHELM, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, 1981, p. 266 y ss.; WITTKOWSKI (nota 165), p. 95 y ss.

(171) Así, en especial en casos de comunidad en mano común, RGZ 117, 257, 266; 129, 119, 121.

(172) *Cfr.* especialmente WILHELM (nota 170), p. 267 y s.; HAGER (nota 145), p. 118 y ss.; WITTKOWSKI (nota 165), p. 121 y ss.; hace distinciones FLUME, *Die juristische Person*, 1983, § 3 II.

(173) *Vid.* una defensa de la teoría en cuestión por parte de GURSKY, *AcP* 191 (1991), 368 y ss.

(174) En relación con este problema, *vid.* WITTKOWSKI (nota 165), p. 57 y ss.

(175) Así le ocurre a FLUME (nota 172), que hace distinciones en relación a los negocios entre el socio de la sociedad unipersonal y la sociedad (cabe adquisición de buena fe por parte de la sociedad, no cabe por parte del socio), sólo desde ese punto de vista.

(176) *Cfr.* nota 168.

económico supone una mera reestructuración. La aportación a una sociedad de capital unipersonal (177) o la transmisión jurídica entre asociaciones con los mismos miembros (178) han sido declaradas como no aptas para la adquisición de buena fe por parte de una jurisprudencia equilibrada y rica en tradición, a pesar de sus formulaciones apodícticas, que para la ciencia jurídica actual resultan chocantes. Cuando se quiere argumentar en contra de estas consideraciones sobre la base del régimen jurídico del levantamiento de capital en las sociedades capitalistas y de la protección de los acreedores (179), hay que objetar que las valoraciones legales en el ámbito de las disposiciones sobre adquisición de buena fe se concentran sobre los intereses del adquirente y del verdadero legitimado, y que la idea de la protección del levantamiento de capital, a costa del verdadero legitimado, y además dependiente de la buena fe de los socios o de los órganos sociales, no es adecuada para difuminar los límites inmanentes de la protección de la buena fe (que constituyen el objeto de la teoría del negocio del tráfico jurídico). Esto habla en favor de la doctrina jurisprudencial en relación con los supuestos que aquí interesan. Ahora bien, si se rechaza la posibilidad de la adquisición de buena fe en caso de una aportación individual en los supuestos de constitución unipersonal, escisión y segregación, no existe razón alguna para hablar sobre adquisición de buena fe en la sucesión universal genérica.

(177) Cfr. *RGZ* 131, 64, 65 = *JW* 1931, 610, con comentario de ENDEMANN; *RG*, *HRR* 1931, n.º 1047; *BGHZ* 78, 318, 325; HACHENBURG/MERTENS, *GmbH*, 8.ª ed. 1989, apéndice § 13 número marginal 65; LUTTER/HOMMELHOFF, *GmbH*, 13.ª ed. 1991, § 13 número marginal 18; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* (nota 23), § 9 III 2 d.

(178) Cfr. *RGZ* 117, 257, 265 y s.; 126, 46, 48; 130, 390, 392; *RG*, *SeuffA* 83 n.º 190; *BayOblGZ* 26, 368; *KG*, *JFG* 5 n.º 87 y 88; *OLG* Hamburg, *OLGE* 46, 72, 73; WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht* I, 1980, § 4 III 2b; STAUDINGER/GURSKY (nota 14), § 892 número marginal 80, 87 con amplia fundamentación.

(179) WILHELM (nota 170), p. 270; con detalle, con amplia fundamentación, WITTKOWSKI (nota 165), p. 119 y ss.

Dirección General de los Registros y del Notariado

LA OPERACION ACORDEON

**(Comentario a la Resolución
de la Dirección General de los Registros y del Notariado
de 16 de enero de 1995) (*)**

243

1. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 1995

1.1. Supuesto de hecho.

El 16 de julio de 1992, mediante escritura pública otorgada ante un Notario de Madrid, se elevaron a público los acuerdos sociales adoptados por unanimidad en la Junta General Extraordinaria y Universal de la Sociedad "Anaya Tapia, Sociedad Anónima" en su reunión de 24 de junio de 1992. Entre dichos acuerdos figuraba el de reducción y aumento simultáneo de capital: se redujo en 8.000.000 de pesetas el capital social, que era de 10.000.000 de pesetas, totalmente suscrito y desembolsado, devolviendo sus aportaciones a dos socios por el importe del valor nominal de sus acciones y, simultáneamente, se aumentó el capital social en la misma cuantía mediante la aportación y desembolso total efectuado por un nuevo socio, previa renuncia del derecho de suscripción preferente por los socios que ya lo

(*) B.O.E. n.º 51, 1995, págs. 7070 y ss. Este trabajo constituye un primer avance de la tesis doctoral que está elaborando el autor bajo la dirección del Profesor D. Manuel Areán Lalín.

eran; de modo que al final de la operación el capital social ascendía a la misma cifra inicial de 10.000.000 de pesetas.

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid para su inscripción, ésta fue denegada por haberse observado los siguientes defectos que a juicio del Registrador calificador le impedían:

“Deben acompañar los correspondientes anuncios previstos en el artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas. La reducción de capital no puede llevarse a efecto hasta que transcurra el plazo de un mes desde el último anuncio (art. 166 del Reglamento del Registro Mercantil)”.

Frente a la calificación del Registrador Mercantil, el Notario autorizante interpuso recurso de reforma (arts. 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil) sobre la base de los argumentos que, de forma resumida y limitada a los efectos del presente comentario, se exponen a continuación:

(i) Que el artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas (al que parece referirse la nota de calificación del Registrador cuando alude al necesario transcurso del plazo de un mes para llevar a efecto la reducción del capital social) se refiere a un supuesto de simple reducción de capital, pero “no contempla el caso de reducción y aumento simultáneo de capital social, sobre todo cuando este último es de cuantía igual o superior a la reducción” no siendo, por lo tanto, aplicable al supuesto de hecho objeto de la calificación registral.

(ii) Que las publicaciones exigidas en el artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas no son aplicables al supuesto de hecho que motiva la calificación, pues dicho artículo contempla “únicamente el caso de reducción pura y simple del capital social”. Existe, por tanto, a juicio del Notario recurrente, una laguna legal que habría de llenarse interpretando conjuntamente dicho precepto con el relativo a la operación acordeón (art. 169) que no exige expresamente la publicidad perseguida por el artículo 165. No obstante, sigue el razonamiento del Notario recurrente, ello no debe llevar a la conclusión de que el artículo 165 no es de aplicación a los supuestos del artículo 169 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que la interpretación de las normas debe ser sistemática y atender a su finalidad que, en este caso, consiste en proteger los intereses de los socios y terceros. En consecuencia, si dichos intereses son perjudicados debe procederse a la publicación de los anuncios referidos en el artículo 165. Y como en el caso objeto del recurso no existe perjuicio alguno para los acreedores sociales y los terceros, ya que la cifra de capital después de la operación permanece inalterada, es posible, de acuerdo con la interpretación teleológica del artículo 165 que postula el Notario recurrente, prescindir de los anuncios exigidos por el citado artículo.

En la contestación al recurso de reforma interpuesto, el Registrador Mercantil mantuvo su calificación y en defensa de la misma añadió los argumentos que, de nuevo de forma resumida, se exponen a continuación:

(i) Que la necesidad de dar publicidad a la reducción de capital social la ordena imperativamente el artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 170.3 del Reglamento del Registro Mercantil sin hacer distinción alguna entre las distintas modalidades de reducción. Publicidad que no se ordena únicamente al ejercicio del derecho de oposición por los acreedores sociales ya que puede haber otros colectivos (i.e. los trabajadores) interesados en conocer la reducción del capital social.

(ii) Que respecto de la aplicación del derecho de oposición reconocido en el artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas, la posición que se adopte depende de la postura que prevalezca respecto del primer defecto de la nota de calificación; sin que el argumento de que la cifra de capital sea igual al inicio de la operación y al final pueda, según el Registrador, aceptarse, “pues ni siquiera en la sociedad anónima se excluye un examen pormenorizado de quienes son las personas que están detrás de ella (teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas) y a un acreedor no le es indiferente que un determinado grupo económico entre o salga de una sociedad anónima aunque se mantenga la cifra de capital”.

245

Insatisfecho con la defensa de su calificación ensayada por el Registrador Mercantil recurrido, el Notario recurrente decide alzarse contra la misma e interponer el correspondiente recurso ante la Dirección General de los Registros y el Notariado (ex. art. 71 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil). En la alzada el recurrente insiste en sus argumentos iniciales con especial incidencia en los relativos a la no aplicación del artículo 165 al supuesto de hecho de la resolución, su *ratio legis* y, por fin, la especial naturaleza jurídica de la operación acordeón, “en donde tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 16 de mayo de 1967 y 25 de noviembre de 1985), como la unanimidad de la doctrina y la propia Dirección General –Resolución de 9 de mayo de 1991– la consideran como una operación unitaria, pues hay que atender al resultado final y la reducción está íntimamente ligada a la ampliación, que la condiciona, sin que pueda tratarse separadamente de

ésta, y así se desprende del artículo 169 de la Ley, apartados 2 y 3". En cuanto al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 166 de la Ley de Sociedades Anónimas, el Notario recurrente mantiene que a su exigencia "casa mal" con la operación practicada y "debe exigirse sólo en los casos de efectiva reducción de capital social como resultado final".

1.2. Fundamentos de derecho.

La Dirección General de los Registros y el Notariado ("DGRN") decide revocar la nota y el acuerdo del Registrador, declarando por tanto procedente la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo objeto del recurso (ex. art. 74 del Reglamento del Registro Mercantil). Para ello acude a sus Resoluciones de 9 de mayo de 1991 y 28 de abril de 1994 y aduce los Fundamentos de Derecho que a continuación se reproducen literalmente:

246

"SEGUNDO.—Se trata, por lo tanto, de un supuesto similar, en parte, al contemplado en la Resolución de 28 de abril 1994 (RJ. 1994, 3071), aunque aquí existe un matiz diferenciador. Se ha producido una restitución de patrimonio a alguno de los socios. Como se ha indicado con anterioridad, la significación del capital social como cifra de retención en garantía de acreedores exige que la protección de éstos presida la interpretación y aplicación de las normas relativas a la reducción del capital social y, en concreto, de la disposición del artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige la publicación del acuerdo de reducción en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" y en dos periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Y es verdad que pese a la simultaneidad de los acuerdos de aumento y reducción calificados, éstos conservan su autonomía conceptual y por ende, deberán ser observados los requisitos prevenidos inespecíficamente para uno y otro.

TERCERO.—No obstante, como se ha señalado también con anterioridad por esa Dirección General, cuando nos encontramos ante la reducción de capital y aumento simultáneos (en los términos del art. 169 de la Ley), el recíproco condicionamiento de la operación como un todo unitario, forzosamente produce una serie de consecuencias jurídicas, de tal manera que la posición de los acreedores puede quedar incólume en aquellos supuestos en los que lejos de disminuir la garantía que supone la cifra de capital social, ésta al menos se mantiene e incluso, a veces (aunque no

siempre el motivo sea la existencia de deudas sociales), se produce un saneamiento de la sociedad como consecuencia de las nuevas aportaciones realizadas. Es por ello que puede sostenerse que los requisitos de publicidad y el derecho de oposición regulados en los artículos 165 y 166 de la Ley de Sociedades Anónimas, se refieren a los supuestos de reducción del artículo 163 de la misma norma (y no en todos los casos –cfr. art. 167–), pero no a la hipótesis del artículo 169 que expresamente ha sido contemplada por el legislador como un caso particular.

CUARTO.– Por lo tanto, dado que en este supuesto: a) la cifra de retención en garantía de los acreedores se mantiene; y b) la ampliación es inmediatamente desembolsada en metálico, la operación puede considerarse neutra para los acreedores, puesto que carece de consistencia el argumento del Registrador de que a los acreedores no les son irrelevantes los eventuales cambios de la composición personal del accionariado, pues ello supondría desconocer el carácter no personalista de la sociedad anónima y llegar a consecuencias tan alejadas del sentido común como el que tuvieran que cumplirse los requisitos de publicidad cada vez que un accionista vendiera sus acciones.

QUINTO.– Respecto del segundo de los defectos (necesidad de que transcurra el plazo de un mes desde el último anuncio), una vez resuelto el primero en sentido negativo, no procede entrar en su examen.”

247

2. Comentario

2.1. Introducción.

La operación consistente en la reducción y aumento simultáneos del capital conocida por operación acordeón (1) ha sido ejemplo hasta hace poco de los desajustes que con alguna frecuencia se producen en nuestro ordenamiento entre realidad social y Derecho positivo. Utilizada en la prác-

(1) La expresión “operación acordeón” es de uso generalizado en nuestros días para designar toda operación integrada por un acuerdo de reducción y otro simultáneo de aumento de capital. Su origen, como señala GARRIDO DE PALMA (“La operación acordeón y la Sociedad Anónima”, *La Ley*, 1992, XIII, pág. 1), parece encontrarse en la expresión “coup d’accordeón” acuñada por la doctrina francesa, descriptiva del movimiento de ida y vuelta de la cifra del capital social que es característico de dicha operación y se asemeja al vaivén de los fuelles de un acordeón.

tica societaria española y reconocida en su complejidad y posibilidad por la doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia, ha carecido sin embargo de amparo legislativo expreso hasta 1989, año en el que, como es notorio, se lleva a cabo una significativa reforma de nuestro Derecho de Sociedades.

Es ya clásico en este sentido el recurso a la definición que de la reducción y ampliación simultáneas de capital proporciona LANGLE (2), según el cual, la operación acordeón, “es una doble operación que se pone en práctica para el saneamiento de las empresas que han sufrido pérdidas de cierta importancia y que necesitan procurarse fondos. Primeramente, la sociedad toma el acuerdo de disminución del capital para nivelarlo con la situación en que ha quedado su patrimonio y seguidamente acuerda una elevación del capital a base de emitir nuevas acciones cuya colocación le proporcione los recursos deseados.” La definición transcrita, se dice, prueba el recurso en la práctica a la operación acordeón desde antes incluso de la antigua Ley de Sociedades Anónimas y el correlativo interés que desde muy temprano ha mostrado nuestra doctrina por dicha figura (3). Tampoco

(2) LANGLE, Emilio: *Manual de Derecho Mercantil Español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, I, pág. 526.

(3) Los trabajos doctrinales que en nuestro país han abordado específicamente la operación acordeón no son, desde luego, numerosos. No obstante, el interés doctrinal por dicha operación se ha visto promovido en los últimos años por la entrada en vigor de la nueva Ley sobre Sociedades Anónimas que la ha tipificado por primera vez en nuestro Derecho de Sociedades. Sin ánimo exhaustivo, entre los citados trabajos deben destacarse: PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1973 (págs. 232-239); SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: *El derecho de suscripción preferente*, Editorial Civitas, Madrid, Reimpresión 1990 (págs. 108 y ss.); MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: “Pérdida del capital social y continuación de la Sociedad Anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981 (págs. 496-518); SACRISTÁN REPRESA, Marcos: “Impugnación de acuerdos de Junta General de Sociedad Anónima: acuerdos de reducción a cero del capital y subsiguiente elevación del mismo. Legitimación para impugnar acuerdo por el cauce procesal del artículo 70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. Reunión de todas las acciones en manos de un único accionista”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, n.º 10,

el Tribunal Supremo ha permanecido del todo ajeno a la compleja combinación ampliación-reducción de capital social y a los problemas que de ella se derivan. Dos son, que sepamos, las ocasiones en que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la operación acordeón: Sentencia de 16 de mayo de 1967 y Sentencia de 25 de noviembre de 1985 (4). Ambas sentencias coinciden en testimoniar la relevancia que ha gozado en la práctica la operación acordeón y, sobre todo, en abrir la puerta en nuestro Derecho de Sociedades a su licitud; eso sí, no sin advertir las dificultades inherentes a su funcionamiento y consecuencias.

Desgraciadamente, las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales a las que se ha aludido no encontrarán respuesta legislativa (5) hasta el año 1989 en el caso de las Socieda-

enero-marzo de 1986 (págs. 3201-3213); VICENT CHULIÁ, Francisco: "Concepto, licitud y requisitos de la operación acordeón", *La Ley*, Año 1986, III (págs. 316-327); CABANAS, Ricardo: "La reducción y ampliación simultáneas del capital de las sociedades anónimas. Estudio de la denominada operación acordeón y perspectiva establecida por el Proyecto de reforma y adaptación de 1988", *Revista de Derecho Mercantil*, enero-junio 1988, n.º 187-188 (págs. 93-146); ROJO, Angel y BELTRÁN, Emilio: "El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica legislativa", *Revista de Derecho Mercantil*, enero-junio 1988, n.º 187-188 (págs. 149-173); BELTRÁN, Emilio: "En torno a los requisitos de la Operación Acordeón", *Revista de Derecho Mercantil*, enero-junio 1991, n.º 199-200 (págs. 75-89); SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: "La reducción y el aumento de capital simultáneos según el artículo 169 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas", VV.AA., en *Derecho de Sociedades Anónimas, Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, Volumen 2, Editorial Civitas, Madrid, 1994 (págs. 1011-1048); SEBASTIÁN DE ERICE, Eduardo, "Supresión del derecho de adquisición preferente de los accionistas minoritarios. Restablecimiento del equilibrio patrimonial por pérdidas", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 3, Año II, 1994 (págs. 203-218); ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: "Reducción y aumento del capital simultáneos", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 3, Año II, 1994 (págs. 219-224); BELTRÁN MENDIZÁBAL, Fernando: "Las Sociedades en pérdidas: especial referencia a la normativa de mercado de valores", VV.AA., en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil Homenaje a Emilio Verdura y Tuells*, Tomo I, *La Ley*, Madrid, 1994, pág. 267.

(4) La referencia de la sentencia de 1967 se extrae de PÉREZ DE LA CRUZ, *op. cit.*, pág. 239.

RJ 1985, 5985, comentada por VICENT CHULIÁ en su trabajo "Concepto, licitud y requisitos de la operación acordeón". Citado *supra* nota 2.

(5) Adviértase, no obstante, que la operación acordeón sí fue tenida en cuenta en las tareas prelegislativas, como lo prueba el artículo 103 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas preparado por la Sección de Reforma del Derecho Privado

des Anónimas y el presente año 1995 en el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ni la LSA de 1951 ni la LSRL de 1953 positivizaron la operación acordeón ni, por consiguiente, dieron solución a los problemas que de ella resultaban en la práctica según se ocupaba de destacar la doctrina, especialmente en aquellos casos en que la reducción de capital se llevaba hasta cero. En estas circunstancias el peso del análisis de la operación acordeón en nuestro país ha venido descansando tradicionalmente en la doctrina científica (6). Lamentablemente excede el objeto de este comentario la revisión de las distintas posturas que en relación con la licitud de la operación acordeón y sus requisitos ha defendido nuestra doctrina mercantilista. Baste decir que mientras que desde muy temprano ha existido cierta unanimidad entre los autores en lo relativo a la admisibilidad de la figura (7), no era tanta la coincidencia a la hora de determinar los requisitos a los que habría de someterse su puesta en práctica. En este sentido, la discusión doctrinal se centraba tradicionalmente en el problema de la mayoría necesaria para que la Junta General pudiese adoptar válidamente el acuerdo de reducción y aumento simultáneos de capital; e, íntimamente conectado con el problema de la mayoría, en el juego que debería otorgársele al derecho de suscripción preferente del accionista en el marco de la operación acordeón (8). En cualquier caso, el esfuerzo doctrinal

del Instituto de Estudios Políticos: "Salvo en el caso previsto en el artículo 100, el capital social no podrá ser reducido por debajo de la cifra mínima que establece el artículo 4.º, a menos que el acuerdo de reducción sea simultáneo de otro de elevación hasta el límite legal, por lo menos" (VV.AA.: *Reforma de la Sociedad Anónima*, Instituto de Derechos políticos, Madrid, 1949, 4.ª edición).

(6) *Vid supra* nota 3.

(7) *Vid.* VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, págs. 319-325.

(8) El conflicto se planteaba entre la tesis de la exigencia del consentimiento de todos los accionistas y aquélla que estimaba que era suficiente el acuerdo mayoritario de la Junta General adoptado con los requisitos de las modificaciones estatutarias. La tesis de la unanimidad se basaba en un pretendido derecho del accionista a conservar en todo caso su condición de tal modo que sólo con su consentimiento podría reducirse su posición jurídica a la mera titularidad de un derecho de suscripción preferente (*vid.* BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 79-82; MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 494-499).

por determinar los requisitos que habrían de aplicarse a la combinación reducción-ampliación se planteaba generalmente en relación con la operación acordeón con reducción a cero del capital social y, en ese contexto, con el primordial objetivo de proteger adecuadamente el derecho de los accionistas a no ser expulsados injustificadamente de la sociedad (9).

La situación, no obstante, cambió significativamente con la aprobación en 1989 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ("TRLSA"). Allí, entre los preceptos dedicados a la reducción del capital (Sección Tercera del Capítulo VI del TRLSA), se encuentra el artículo 169 ("Reducción y aumento del capital simultáneos") que, como se ha dicho, "otorgó carta de naturaleza" (10) en nuestro Derecho de Sociedades a la figura de la reducción y ampliación simultáneas de capital, a la operación acordeón (11).

El artículo 169 TRLSA tiene su origen en el artículo 34 de la Segunda Directiva Comunitaria de Sociedades (12) que permite a los Estados miembros autorizar la reducción

251

(9) Sobre los medios de tutela del accionista en estos supuestos, *vid.* BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 82-84.

(10) SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 1011.

(11) Artículo 169 TRLSA: Reducción y aumento del capital simultáneos.

1. El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima.

En todo caso habrá de respetarse el derecho de suscripción preferente de los accionistas.

2. La eficacia del acuerdo de reducción quedará condicionada, en su caso, a la ejecución del acuerdo de aumento de capital.

3. La inscripción del acuerdo de reducción en el Registro Mercantil no podrá practicarse a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el acuerdo de transformación, o de aumento del capital, así como, en este último caso, su ejecución.

(12) Artículo 34 de la Segunda Directiva Comunitaria del Consejo en materias de Sociedades, de 13 de diciembre de 1976, n.º 77/91 C.E.E.: "El capital suscrito no podrá reducirse en una cuantía inferior al capital mínimo fijado de acuerdo con el artículo 6. Sin embargo, los Estados miembros podrán autorizar tal reducción si prevén igualmente que la decisión de llevar a cabo una reducción sólo tendrá efecto si se procede a un aumento del capital suscrito destinado a llevar a éste a un nivel al menos igual al del mínimo prescrito".

del capital social por debajo del mínimo legal por el que hubiesen optado en cada caso siempre que prevean que dicha reducción sólo pueda llevarse a efecto "si se procede a un aumento de capital suscrito destinado a llevar a éste a un nivel al menos igual al del mínimo prescrito". Contra lo que pudiera parecer, el artículo 169 TRLSA no contempla cualquier combinación de acuerdos de reducción y aumento de capital social. Sólo aquella en la que la reducción sea lo suficientemente profunda como para llevarlo por debajo del mínimo legal o, en el extremo, a cero (13) tiene cabida en el supuesto de hecho regulado por el artículo 169 TRLSA. Quedan por tanto fuera de la disciplina del citado artículo aquéllas otras operaciones que combinen reducción y aumento de capital, simultáneos o no, pero en las que la reducción no disminuya el capital social más allá del mínimo legal de diez millones de pesetas establecido en el artículo 4 TRLSA (14). Puede decirse entonces que la tipicidad de la operación acordeón en nuestro vigente Derecho de Sociedades Anónimas descansa exclusivamente (15) en la intensidad del primero de los acuerdos que la integran, la reducción de capital; con independencia, como luego se verá, de la finalidad (16) que con ella se persiga y, desde luego,

(13) Hubiera sido desde luego suficiente que el artículo 169 TRLSA se refiriese únicamente a la reducción por debajo del mínimo legal para entender comprendida también la reducción a cero. No obstante, y a la vista posiblemente de la polémica que tradicionalmente había envuelto al supuesto, el legislador parece haberse sentido obligado a incluir expresamente la reducción a cero del capital social para, en lo sucesivo, eliminar cualquier duda sobre su admisibilidad.

(14) Ello no supone, sin embargo, juicio alguno sobre la licitud y régimen jurídico de estas operaciones que vendrá determinado por el contenido del acuerdo social en cuestión, y, en lo no regulado por él, por lo dispuesto en el TRLSA para el aumento y reducción de capital social (*vid.* CABANAS, *op. cit.*, pág. 119).

(15) De ahí su carácter polivalente y multifuncional al que más adelante nos referiremos.

(16) No puede negarse, sin embargo, que la finalidad tradicionalmente atribuida a la operación acordeón es la de recomponer el equilibrio patrimonial menoscabado como consecuencia de las pérdidas. Desde ese punto de vista la operación acordeón permite, mediante la reducción nominal del capital social, compensar las pérdidas restableciendo así el necesario equilibrio entre el valor del patrimonio neto y la cifra

de los motivos que en cada caso la justifiquen (17). Idénticas consideraciones se pueden trasladar hoy al ámbito de las Sociedades de Responsabilidad Limitada a la vista del artículo 83 de la reciente Ley 2/95, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada que reproduce de manera prácticamente literal el artículo 169 TRLSA (18).

La tipificación legal de la operación acordeón es una de las virtudes atribuibles al TRLSA y, más recientemente, a la LSRL, en la medida en que disipa cualquier duda que a estas alturas todavía pudiera existir respecto de su licitud y validez en nuestro ordenamiento jurídico. Además, el artículo 169 TRLSA permite por fin definir los perfiles legales de la operación acordeón y, sobre todo, adivinar las dos notas que hoy la definen con mayor nitidez: su polivalencia desde el punto de vista funcional (19) y la simulta-

del capital social a la vez que, con el simultáneo aumento del mismo, favorece la obtención de los recursos necesarios para la continuidad de la actividad social (*vid.* BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 75-76; sobre el concepto de reducción de capital nominal y efectiva, *vid.* SÁNCHEZ DE MIGUEL, María Candelas: "La reducción del capital social: Modalidades y requisitos", VV.AA., en *Derecho de Sociedades Anónimas, Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, Volumen 2, Editorial Civitas, Madrid, 1994 (págs. 753-758)). En este sentido la operación acordeón se plantea generalmente como única alternativa posible a la disolución de la sociedad cuando las pérdidas son cuantiosas (art. 260.4 TRLSA) y, no obstante, el proyecto empresarial por ella abordado merece todavía una oportunidad de la mano de sus accionistas, de terceros distintos de ellos o de ambos.

(17) Para una sistemática exposición de los posibles objetivos perseguidos con la reducción-aumento, *vid.* CABANAS, *op. cit.*, págs. 104-110.

(18) Artículo 83 de la LSRL: Reducción y aumento del capital simultáneos.

1. El acuerdo de reducción del capital a cero o por debajo de la cifra mínima legal sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima.

En todo caso habrá de respetarse el derecho de preferencia de los socios, sin que en este supuesto quepa su supresión.

2. La eficacia del acuerdo de reducción quedará condicionada, en su caso, a la ejecución del acuerdo de aumento del capital.

3. La inscripción del acuerdo de reducción en el Registro Mercantil no podrá practicarse a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el acuerdo de transformación o de aumento del capital, así como, en este último caso, su ejecución.

(19) En relación con el carácter polivalente y, por tanto, neutral de la operación acordeón tal y como ha quedado configurada en el artículo 169 TRLSA, *vid.* SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 1011-1017.

neidad (20) de los acuerdos de reducción y ampliación del capital social que la integran. Por lo demás, la aportación del artículo 169 TRLSA al régimen de la operación acordeón es, debe decirse, limitada (21).

Fruto seguramente de la consideración instrumental y multifuncional que se le ha atribuido, el TRLSA se limita a establecer dos requisitos de carácter sustantivo y otro de naturaleza registral a los que debe imperativamente someterse toda operación acordeón. En relación con el necesario acceso de la operación acordeón al Registro Mercantil (22), el artículo 169. 3 TRLSA dispone que la inscripción del acuerdo de reducción del capital social no podrá practicarse a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el correspondiente aumento de capital debidamente ejecutado (23). Desde el punto de vista sustantivo el artículo 169 TRLSA condiciona, por un lado, la eficacia del acuerdo de reducción de capital a la ejecución del acuerdo de aumento de capital (art. 169.2 TRLSA) (24) y, por otro, obliga “en todo

(20) Respecto del significado de la simultaneidad de los acuerdos de reducción y ampliación que forman la operación acordeón y el carácter unitario de la misma vid. SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 1020-1032; CABANAS, *op. cit.*, págs. 111-120; MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 498-499; ROJO-BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 160-164; LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel-Angel: “Reducción del capital y protección de los acreedores sociales”, VV.AA., en *Derecho de Sociedades Anónimas, Modificación de Estatutos. Aumento y Reducción del capital. Obligaciones*, Volumen 2, VV.AA, Editorial Civitas, Madrid, 1994, págs. 836-839.

(21) Sobre el significado que deba atribuírseles a dichas notas en relación con la operación acordeón y, sobre todo, de las consecuencias que de ellas resultan se tratará más adelante por cuanto ambas se manifiestan de forma intensa en la RDGRN objeto del presente comentario.

(22) Vid. artículos 94 y 165-173 del RRM.

(23) Por ejecución del acuerdo de aumento del capital social debe entenderse la suscripción total o parcial, según se hubiese previsto, de las acciones emitidas como consecuencia del mismo así como su desembolso en los términos establecidos (vid. SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial de Derecho Reunida, Madrid, 17.^a edición (págs. 445-446); CABANAS: “La suscripción incompleta del aumento de capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 198, octubre-diciembre 1990 (págs. 729-798)).

(24) La necesidad de haber ejecutado el acuerdo de ampliación de capital como *conditio sine qua* no de eficacia e inscribibilidad de la operación acordeón no se encontraba entre los requisitos exigidos para dicha operación en el Proyecto de Ley

caso” a respetar el derecho de suscripción preferente de los accionistas (art. 169.1 TRLSA, *in fine*).

Los requisitos a que se refieren los apartados 2 y 3 del repetido artículo 169 responden a la nota de simultaneidad que caracteriza a la operación acordeón y, en definitiva, a la íntima conexión equivalente a la unidad que existe entre los acuerdos de reducción y aumento de capital que la integran. Respecto del derecho de suscripción preferente y el protagonismo que deba asumir en el contexto de la operación acordeón, debe recordarse que ha sido tradicionalmente uno de los temas más relevantes de los examinados por la doctrina mercantilista que en nuestro país se ha ocupado del estudio de dicha operación. Desgraciadamente no se plantea ninguna cuestión relativa al derecho de suscripción preferente entre las que aborda la RDGRN objeto del presente comentario donde los socios de “Anaya Tapia, Sociedad Anónima” optan por renunciar al que les correspondía liquidando así cualquier duda que pudiese suscitarse en relación con su presencia o no en el aumento de capital.

255

En cualquier caso, lo cierto es que existe ya cierta unanimidad entre nuestra doctrina más reciente a la hora de concluir que no es posible excluir el derecho de suscripción preferente por la vía el artículo 159 TRLSA en el caso de la operación acordeón (25). Más dudas parecen existir, sin

de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea para el que bastaba el simultáneo acuerdo de ampliación de capital con independencia de que se hubiese ejecutado y, por tanto, de que se hubiese reintegrado efectivamente el capital social a través de las correspondientes aportaciones. Fueron ROJO y BELTRÁN (*op. cit.*, pág. 161) los que en su momento llamaron la atención sobre lo paradójico de tal previsión (que permitía reducir a cero el capital social sin tener garantía alguna sobre su posterior recuperación) y la defectuosa técnica legislativa empleada propugnando como “indispensable una interpretación correctora de la norma a fin de que el efectivo aumento del capital en cuantía suficiente o la transformación ya ejecutada constituyan presupuesto para la eficacia del acuerdo de reducción”.

(25) En el marco de la operación acordeón el respeto del derecho de suscripción preferente se ha justificado en su carácter de contrapeso a la supresión de la unanimidad como condición de validez en aquellos casos en que se pretende la

embargo, en cuanto a la posibilidad de acudir a modalidades de ampliación de capital que, *de facto*, imposibiliten o dificulten en gran medida el ejercicio del derecho de suscripción preferente por los accionistas (p. ej. aportaciones no dinerarias) (26). Por lo demás, la postura defensora de la

reducción a cero del capital social. El derecho de suscripción preferente, se dice, garantiza al socio su permanencia en la sociedad cuando decida reducir su capital a cero y éste no vote o vote en contra del acuerdo en cuestión en la medida en que le permite, si así lo desea, suscribir nuevas acciones en proporción a su participación en el capital de la sociedad antes de la reducción a cero. En contra de su exclusión se han manifestado BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 84; SEQUEIRA, *op. cit.*, págs. 1040-1042; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 457; CABANAS, *op. cit.*, págs. 134-137; VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.*, pág. 554; y ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: "Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica". *Estudio de Derecho Mercantil*, n.º 21, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 123. Que sepamos no ha sido tan estudiado —seguramente por lo evidente de la respuesta— el papel que deba atribuírsele al derecho de suscripción preferente en aquellos supuestos, desde luego habituales, en los que la reducción de capital no llegue hasta cero y, por tanto, no exista para el accionista riesgo de verse separado de la sociedad aunque sí, lógicamente, de verse mermado en su *status socii*. La literalidad y sistemática del artículo 169 TRLSA no parecen, a nuestro juicio, dejar duda respecto de la postura que debe prevalecer: tampoco cabe prescindir del derecho de suscripción preferente en tales supuestos. Se evita así cualquier tentación de soslayar el derecho de suscripción preferente mediante la reducción del capital hasta un mínimo meramente testimonial (ingeniosa idea que, en otro contexto, ya sugirió MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 499-500 y 514-515). A favor de la no exclusión del derecho de suscripción preferente en los supuestos de reducción del capital social por debajo del mínimo legal pero por encima de cero se ha manifestado SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 1041; en contra, aunque a la vista del Proyecto de Reforma y Adaptación de 1988, CABANAS, *op. cit.*, pág. 137.

(26) En contra de la posibilidad de utilizar modalidades de aumento de capital que de hecho supongan la privación a los accionistas del derecho de suscripción preferente (i.e. aportaciones no dinerarias y compensación de créditos) se ha manifestado BELTRÁN (*op. cit.*, pág. 84), para quien "si la sociedad pretende conseguir con la operación la entrada de terceros y/o la compensación de créditos deberá obtenerse la renuncia, expresa o tácita de los socios a su derecho". SEQUEIRA MARTÍN, por contra, aunque no se pronuncia expresamente al respecto, parece dejar la puerta abierta a la posibilidad de utilizar modalidades de ampliación de capital como las antes citadas en la medida en que por un lado, limita la prohibición de prescindir del derecho de suscripción preferente al supuesto de exclusión del artículo 159 TRLSA (*vid.* SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 1041) y, por otro, más explícitamente, admite la posibilidad de que el aumento de capital pueda realizarse mediante aportaciones no dinerarias (*vid.* SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 1039).

Mientras se redactaba el presente artículo se ha publicado una interesante RDGRN de fecha 19 de mayo de 1995 en relación con una operación acordeón en la que el aumento de capital se llevaba a cabo mediante compensación de créditos con el voto en contra de algunos accionistas (BOE n.º 152, 1995, págs. 19379 y ss.).

necesidad de respetar el derecho de suscripción preferente ha venido a ser en cierto modo ratificada por la reciente LSRL cuyo artículo 83, antes se ha dicho, reproduce literalmente su equivalente en la LSA excepto en el párrafo relativo al derecho de asunción preferente donde incorpora un significativo y clarificador inciso: "... sin que en este supuesto quepa su supresión" (27).

2.2. Antecedentes de la RDGRN de 16 de enero de 1995: la RDGRN de 9 de mayo de 1991 y la RDGRN de 28 de abril de 1994.

Aun cuando sea de forma necesariamente breve dadas las pretensiones de este comentario, parece conveniente hacer referencia a los antecedentes en que se apoya la

Brevemente, en la citada resolución la DGRN se manifiesta en contra de la posibilidad de instrumentar operaciones acordeón mediante modalidades que *de facto* impidan el ejercicio del derecho de suscripción preferente si no es con la aquiescencia expresa o tácita de todos los accionistas ya sea a través de su consentimiento a la operación expresado en la correspondiente Junta General o mediante la renuncia al derecho de suscripción preferente que les corresponda (*vid.* Fundamento de Derecho Segundo, segundo párrafo).

(27) Al introducir el artículo 83 LSRL como argumento en favor de la imposibilidad de prescindir del derecho de suscripción preferente no se nos ocultan las dificultades que hoy existen a la hora de recurrir a la analogía entre la LSRL y el TRLSA: sobre todo a la vista de la explícita intención del legislador por trazar una clara línea divisoria entre los tipos sociales Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada (*vid.* Exposición de Motivos de la LSRL). No obstante, no es menos cierto que en este caso existe una notable coincidencia entre los intereses protegidos por los artículos 169 TRLSA y 83 LSRL. Por lo demás, tampoco es desdeñable considerar el hecho de las indudables coincidencias existentes entre la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Anónima así como el carácter de *lex posterior* de la LSRL en relación con el TRLSA y, en tal sentido, la incidencia que en el ánimo del legislador de la LSRL puede haber tenido el conocimiento de las dificultades de interpretación que respecto del derecho de suscripción preferente se venían planteando con relación al artículo 169 TRLSA. A este respecto, es significativo acudir al proceso de tramitación parlamentaria del actual artículo 83 LSRL que nos muestra como la única modificación introducida en dicho trámite al Proyecto de LSRL fue la adición del inciso al que nos venimos refiriendo. Sobre la tramitación parlamentaria de la LSRL *vid.*, recientemente, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, VV.AA., Volumen II, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, págs. 129 y ss.

RDGRN de 16 de enero de 1995. Y ello aunque sólo sea porque hasta ahora carecemos de referencias jurisprudenciales promovidas al amparo del nuevo Derecho de Sociedades Anónimas que nos asistan en la interpretación y aplicación del artículo 169 TRLSA; debiendo por tanto descansar cuando enfrentamos dichos problemas en las pautas que marca la doctrina científica y, en igual o mayor medida, la Dirección General de los Registros y del Notariado ("DGRN") a través de sus resoluciones que, como es sabido, tan importante papel vienen jugando a la hora de encauzar la aplicación práctica del TRLSA (28). De ahí la importancia de referirnos aquí a las dos resoluciones citadas que orientan el criterio de la Dirección General en el recurso gubernativo que dio origen a la RDGRN de 16 de enero de 1995; y que, por lo demás, muestran las dos únicas ocasiones en las que hasta entonces la Dirección General había tenido ocasión de enfrentarse directamente (29) a la operación acordeón desde la entrada en vigor del artículo 169 TRLSA.

Las dos resoluciones citadas en la RDGRN de 16 de enero de 1995 son *la de 9 de mayo de 1991* y *la de 28 de abril de 1994* (30). Así pues, ambas se dictan con el TRLSA ya vigente. Mas debe advertirse que el valor de la primera de ellas es relativo a los efectos antes se-

(28) Ante la inexistencia hasta la fecha de pronunciamientos jurisprudenciales sobre el artículo 169 TRLSA es indiscutible, al menos desde un punto de vista práctico, el indudable valor de guía que tiene la jurisprudencia cautelar integrada por las resoluciones de la DGRN en materia de sociedades dictadas al amparo de la Sección Segunda ("Del recurso gubernativo") del Capítulo IV del Título Primero del Reglamento del Registro Mercantil.

(29) Decimos directamente porque hay otras ocasiones en las que a la DGRN han llegado cuestiones relacionadas con la operación acordeón aunque nunca pertenecientes al núcleo de los problemas típicos y, en esa medida, exclusivos de dicha operación (v. gr. RDGRN de 21 de febrero de 1991 (BOE n.º 121, 1991, págs. 16155 y ss.) y RDGRN de 31 de marzo de 1993 (BOE n.º 114, 1994, págs. 14454 y ss.)).

(30) BOE n.º 140, págs. 19429 y ss., 1991 y BOE n.º 139, págs. 18461 y ss., 1994, respectivamente.

ñalados, por cuanto se refiere a la calificación de un título que recogía los acuerdos adoptados en una Junta General de Accionistas celebrada el 27 de junio de 1989 y a los que, por tanto, resultaba de aplicación la LSA de 1951 (Disposición Transitoria Primera, número 2 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989) que todavía no amparaba expresamente la operación acordeón.

(i) La RDGRN de 9 de mayo de 1991.

En su resolución de 9 de mayo de 1991 la Dirección General de los Registros y el Notariado se enfrentó a una típica operación acordeón: reducción y aumento simultáneos de capital con la única finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido como consecuencia de las pérdidas. El capital social se reducía a cero mediante la amortización de todas las acciones de la sociedad, sin restitución alguna a los socios a fin de absorber pérdidas; y simultáneamente se ampliaba por encima del mínimo legal mediante la emisión y puesta en circulación de nuevas acciones que se ofrecían a los antiguos socios para que pudiesen suscribirlas en ejercicio de su derecho de suscripción preferente.

259

Dos eran los problemas que se le planteaban a la DGRN en relación con la operación descrita. El primero, de carácter preparatorio del acuerdo de reducción y aumento de capital simultáneos, se refería al grado de claridad exigible al orden del día de la Junta General que iba a ocuparse de la operación acordeón. La postura de la Dirección General respecto de esta cuestión fue clara: no basta con indicar en el orden del día de la reunión como puntos separados “reducción de capital” y “aumento de capital”. La especialidad de la operación acordeón, su específica finalidad (restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad), su carácter de única alternativa a la disolución (ex. art. 150.3 LSA

de 1951) y, por último, la trascendental consecuencia (i.e. la salida de la sociedad) que para los accionistas resultaría de la no suscripción de las nuevas acciones en caso de que decidiesen no ejercitar el derecho de suscripción preferente que les corresponde, exigen la máxima concreción en el orden del día contenido en la convocatoria de la Junta General que vaya a deliberar sobre la misma (Fundamento de Derecho 1.º). Sólo así se atendería la “debida claridad” exigida por el artículo 84 de la LSA de 1951 en relación con la convocatoria de la Junta General que deba tratar sobre cualquier modificación estatutaria, incluida la relativa a la cifra del capital social.

A pesar de que el criterio emanado en este caso de la DGRN respecto del grado de claridad y expresividad exigible al orden del día de la Junta General que vaya a resolver sobre una operación acordeón se enmarque en el régimen vigente bajo la LSA de 1951, no existen a nuestro juicio motivos para rechazarlo al amparo del TRLSA. Muy al contrario, no parece que hoy exista otra alternativa a la hora de confeccionar el orden del día de la reunión de la Junta que deba deliberar sobre tal operación. En efecto, a los argumentos proporcionados por la RDGRN de 9 de mayo de 1991 (31) debemos añadir ahora el concerniente al reforzamiento de que ha sido objeto el derecho de información del accionista por la TRLSA en relación con las modificaciones estatutarias en general y las relativas al capital social en particular (32). Reforzamiento que, en nuestra opinión, impide hurtar al accionista la naturaleza y finalidad de la combinación reducción/aumento de capital en un momento tan crucial para la formación de su voluntad y posterior ejercicio de su derecho de voto como la convocatoria

(31) Argumentos susceptibles, a nuestro juicio, de aplicación analógica al artículo 144 TRLSA a la vista de la proximidad existente desde el punto de vista de la *ratio legis* entre dicho precepto y su equivalente en la LSA de 1951 (art. 84).

(32) Basta confrontar el artículo 144 TRLSA con el artículo 84 de la LSA de 1951.

de la Junta General de Accionistas (33) la cual, necesariamente, debe contener el orden del día (34).

La segunda cuestión abordada por la DGRN en la resolución de 9 de mayo de 1991 es la de la mayoría necesaria para adoptar el “acuerdo mixto” (35) de reducción a cero del capital social y simultáneo aumento del mismo por encima del mínimo legal; *vexata quaestio*, como se ha indicado, entre las relativas a la operación acordeón. En la citada resolución se expresaban las dos posturas tradicionalmente mantenidas en relación con el problema de la mayoría. El Registrador calificador invocaba la necesidad del acuerdo unánime de los socios sobre la base de que no era suficiente respetar su derecho de suscripción preferente a la vista del artículo 85, párrafo primero de la antigua LSA (“ninguna modificación de los estatutos que implique nuevas obligaciones para las accionistas podrá adoptarse sin la aquiescencia de los interesados”) y la doctrina de la STS de 25 de noviembre de 1985 (36). Frente a esta postura, la DGRN defendía la posibilidad del acuerdo mayoritario en el caso concreto que se le presentaba sobre la base de los siguientes argumentos:

261

— La exigencia del acuerdo unánime de todos los socios no puede ser mantenida en aquellas hipótesis en que la reducción a cero del capital viene impuesta por su íntegra pérdida.

(33) Al respecto, recientemente, *vid.* URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y MUÑOZ PLANAS, José María: “La Junta General de Accionistas (Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)”, en *Comentario al Régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo V, Editorial Civitas, Madrid, 1991 (págs. 83 y ss.); OTERO LASTRES, José Manuel: *Notas sobre la Junta General de Accionistas de la Sociedad Anónima*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 17 de octubre de 1993 (págs. 30-46).

(34) En palabras del artículo 97 TRLSA, “... los asuntos que han de tratarse”.

(35) Así lo califica la RDGRN de 9 de mayo de 1991.

(36) En la STS de 25 de noviembre de 1995 el Tribunal Supremo mantuvo la necesidad de contar con el consentimiento unánime de los socios para poder acordar válidamente la reducción a cero del capital social.

—El pretendido derecho del socio a permanecer en la sociedad mientras subsista no debe prevalecer frente a la posible continuación de la sociedad en un supuesto en el que ésta ha perdido la totalidad de su capital como consecuencia de las pérdidas. Mantener lo contrario no sería congruente con las propias características del tipo social de la Sociedad Anónima, ni con la previsión legal de subsistencia de la sociedad si se efectúa la adecuada restitución del capital (arg. ex. art. 150.3 LSA de 1951) ni, por último, con la conveniencia del mantenimiento de la empresa, máxime cuando es querido por una mayoría de accionistas tan significada como la exigida por el artículo 58 de la antigua LSA y, además, se respeta el derecho de los antiguos socios a suscribir preferentemente las nuevas acciones emitidas como consecuencia de la ampliación de capital social.

262

El criterio de la DGRN respecto de la mayoría necesaria para acometer la operación acordeón era, no cabe duda, más flexible que el del Registrador calificador para quien la unanimidad era condición necesaria de su validez e inscribibilidad (37). No obstante, no debemos apresurarnos en el ha-

(37) La exigencia de unanimidad, ya discutida bajo la vigencia de la LSA de 1951, parece ahora superada en favor de la tesis de la mayoría; al menos en los supuestos en los que la operación acordeón tiene por única finalidad el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad alterado como consecuencia de las pérdidas. Así se deduce de la doctrina que se ha ocupado del problema en el marco del TRLSA (*vid. BELTRÁN, op. cit.*, págs. 79-82; SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 1036-1037; CABANAS, *op. cit.*, págs. 132-139).

En cualquier caso, el problema de la mayoría no es más que la expresión superficial del conflicto de intereses existente entre, por un lado, el accionista interesado en mantener el valor de su acción o, en el supuesto extremo de reducción a cero, su propia condición como tal; y, por otro lado, la sociedad deseosa de perseverar en el mercado asegurando su supervivencia. La opción por la unanimidad supone elegir el interés individual frente al interés social mientras que la opción por la mayoría implica supeditar el interés particular del accionista al general de la sociedad. Quizás sea pertinente recordar aquí, en refuerzo de la posición "pro-mayoría", que muy cerca del artículo 169 TRLSA, en el artículo 159 TRLSA, el legislador se enfrenta a similar conflicto accionista/sociedad resolviéndolo en favor de la sociedad y en detrimento, por tanto, del interés individual del accionista por mantener el valor económico y político de su acción (sobre el conflicto de intereses que subyace en el derecho de suscripción preferente es inevitable la cita de SÁNCHEZ ANDRÉS, *op. cit.*

lago a la DGRN por su mayor flexibilidad a la hora de abordar el problema de la mayoría en la operación acordeón ya que, a nuestro juicio, la postura adoptada por la Dirección General no era susceptible de generalización. Por el contrario, debía ser aplicada con suma precaución.

No debemos olvidar en este sentido que el supuesto de hecho al que se enfrentaba la Dirección General era extremo desde el punto de vista de la supervivencia de la empresa. A ella acudía una sociedad descapitalizada a consecuencia de las pérdidas que, no obstante, todavía podía mantenerse en el mercado contribuyendo a la producción de riqueza. Pero ello pasaba necesariamente por restablecer el equilibrio patrimonial de la sociedad (que en otro caso debería disolverse ex. art. 150 de la antigua LSA) mediante la compensación de las pérdidas sufridas y la posterior inyección de fondos a través de la oportuna ampliación de capital social que, por lo que parece deducirse de los Hechos de la resolución, se suscribiría, al menos parcialmente, por "personas ajenas a la sociedad" (Hecho I). Así las cosas, el conflicto de intereses que subyace al problema de la mayoría en la operación acordeón estaba servido: frente al interés general en conservar una unidad productiva en funcionamiento se alzaba el interés particular del accionista en mantenerse como tal sin necesidad de ejercitar el derecho de suscripción preferente que le correspondería en la ampliación de capital. Enfrentada con el conflicto, la DGRN lo resolvió en favor de la mayoría y en detrimento de la unanimidad; primando por tanto el interés social favorable al mantenimiento de la empresa frente al individual del accio-

263

(págs. 73-123); además, recientemente, se han ocupado del tema VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: "El derecho de suscripción preferente", VV.AA., en *Derecho de Sociedades Anónimas, Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, Volumen III (págs. 522-530), Editorial Civitas, Madrid, 1994; VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: "El derecho de suscripción preferente a la luz de la experiencia estadounidense", *Revista de Derecho Mercantil*, julio-septiembre, 1993, n.º 209 (págs. 914-928), ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, págs. 17-65.

nista por permanecer en la Sociedad. No nos parece dudoso, sin embargo, que en el ánimo de la DGRN al adoptar tal postura haya pesado seguramente la dramática situación en la que se hallaba la sociedad, que sólo parecía permitir como medida de supervivencia la compensación de pérdidas y posterior suministro de fondos mediante una operación acordeón. En consecuencia, como se anticipaba, no creemos que pudiese generalizarse la postura de la DGRN en favor de la mayoría y pretender a partir de ese momento su aplicación a todos los supuestos de operación acordeón. Para ello basta acudir al propio tenor de la RDGRN de 9 de mayo de 1991 del que se deducían importantes limitaciones a cualquier intento de extender el criterio de "pro-mayoría" en ella establecido:

264

1. *La reducción a cero del capital tenía carácter obligatorio como consecuencia de las pérdidas y se presentaba como única alternativa a la disolución de la sociedad.* Quedaban por tanto fuera de la doctrina de la RDGRN de 9 de mayo de 1991 aquellas operaciones acordeón en las que la reducción de capital social no viniese obligada como consecuencia de las pérdidas y, por supuesto, aquéllas que persiguiesen finalidades distintas al restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad.

2. *En el supuesto de hecho objeto de la resolución los accionistas dispusieron del correspondiente derecho de suscripción preferente y, por tanto, tuvieron la posibilidad de mantener su condición como tales y en idéntica proporción a la que se encontraban antes del acuerdo de reducción.* El respeto del derecho de suscripción preferente fue uno de los argumentos barajados por la DGRN para defender la postura de la mayoría, en la medida en que permitía permanecer en la sociedad a los antiguos accionistas que lo desearan, no obstante la reducción a cero del capital social. Lógicamente, nada decía la RDGRN de 9 de mayo de 1991 res-

pecto de aquellos casos en los que o bien se excluía el derecho de suscripción o bien el contravalor de la ampliación imposibilitaba *de facto* su ejercicio; supuestos que en consecuencia debían entenderse también excluidos de la doctrina derivada de la resolución citada.

En cualquier caso, y no obstante haberse dictado al amparo de la legislación anterior, no puede negarse el valor de la resolución de la DGRN de 9 de mayo de 1991 al menos en lo que respecta a su, todavía, tímida posición en favor de la suficiencia de la mayoría; postura que, por otro lado, pronto se vería consolidada en la doctrina de la DGRN como lo prueban la RDGRN de 28 de abril de 1994 y, recientemente, la RDGRN de 19 de mayo de 1995 (38).

(ii) La RDGRN de 28 de abril de 1994.

La RDGRN de 28 de abril de 1994 es, sin duda, el precedente más importante para la DGRN en la resolución objeto del presente comentario. A ello contribuye que, al contrario que la de 9 de mayo de 1991, dicha resolución se dicta atendiendo al TRLSA y no a la LSA de 1951. Pero, sobre todo, lo que le confiere incontestable relevancia es la circunstancia de que el supuesto de hecho del que se ocupa es sustancialmente idéntico al planteado en la resolución objeto del presente comentario: de ahí que la referencia que aquí haremos a la RDGRN de 28 de abril de 1994 sea necesariamente somera.

La RDGRN de 28 de abril de 1994 se ocupaba de una sociedad que mediante acuerdo adoptado por unanimidad en su Junta General Universal de accionistas reduce en Ptas. 60.000.000 su capital social, hasta entonces fijado en Ptas. 80.000.000, y, simultáneamente, lo amplía en Ptas. 80.000.000, con el objeto de restablecer su situación patrimonial me-

(38) *Vid. supra.* nota 26.

dante la compensación de las pérdidas acumuladas. Según se acordó en la referida Junta General, la reducción y aumento simultáneo de capital se llevó a cabo mediante la disminución y posterior aumento del valor nominal de las acciones de la sociedad. Presentados en el Registro Mercantil para su preceptiva inscripción los acuerdos correspondientes, la Registradora Mercantil calificante acordó no practicarla sobre la base de que no se acompañaban al acuerdo de reducción los anuncios exigidos por el artículo 165 del TRLSA. La DGRN revocó la nota y la decisión de la Registradora. A diferencia de la RDGRN de 16 de enero de 1995, ningún problema se planteaba en este caso en relación con el derecho de oposición de los acreedores dada la específica finalidad de la reducción de capital, destinada a la compensación de pérdidas (art. 167 TRLSA).

2.3. La polivalencia de la operación acordeón según la RDGRN de 16 de enero de 1995.

No puede decirse que el interés de la RDGRN de 16 de enero de 1995 radique en la doctrina que de ella resulta, ya que, en buena medida, reproduce la postura adoptada en su momento por la DGRN en su resolución de 28 de abril de 1994. A nuestro juicio, el atractivo de la citada resolución descansa, primero, en el supuesto de hecho que se le plantea a la DGRN y, en segundo lugar, en la utilización que en ella se hace del carácter unitario de la operación acordeón a la hora de resolver el recurso planteado.

Desde el primer punto de vista, el relativo al supuesto de hecho, la RDGRN de 16 de enero de 1995 ejemplifica en buena medida el carácter neutral de la operación acordeón tal y como ha quedado configurada en el artículo 169 TRLSA y, recientemente, en el 83 LSRL; opuestos ambos preceptos a la concepción tradicional que veía en dicha operación un instrumento exclusivamente encaminado al restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado como conse-

cuencia de las pérdidas (39). Por otro lado, mediante el recurso al carácter unitario de la operación acordeón como elemento interpretativo esencial para fijar la solución al problema que se le planteaba, la DGRN contribuye a ensalzar la simultaneidad de los acuerdos de reducción y ampliación como una de las notas que, sin lugar a dudas, definen hoy a la mencionada operación. En definitiva, el interés de la RDGRN de 16 de enero de 1995 debe centrarse en su carácter de vehículo de expresión de la polivalencia y la simultaneidad que caracterizan a la operación acordeón en su actual configuración; notas distintivas que, a nuestro juicio, contribuyen a dibujarla como un verdadero *tertius genus* entre el simple aumento o la reducción de capital social (40). Al significado y consecuencias de las citadas notas dedicaremos las próximas líneas del presente comentario al hilo de los ingredientes de que nos provee la citada resolución. Comencemos por el carácter neutral o polivalente de la operación acordeón.

La combinación reducción-aumento de capital, propia de la operación acordeón, se ha ligado tradicionalmente, por un lado, a la existencia de pérdidas cuantiosas (41) y, por otro, a la oportunidad de supervivencia empresarial que todavía restaba a la sociedad afectada por dichas pérdidas. En ese contexto la operación acordeón permite compensar las pérdidas mediante la oportuna reducción de capital social (42)

(39) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 101, d), 5) del Proyecto de Reforma y Adaptación de la LSA de 1951.

(40) Así resulta del examen del régimen jurídico de la operación acordeón y sus especificidades que van más allá de la mera suma de las propias del aumento y reducción del capital social.

(41) Cuantiosas dado que, en puridad, sólo cabe a nuestro juicio aplicar el régimen del artículo 169 TRLSA, a aquellas combinaciones reducción/aumento de capital en las que la compensación de pérdidas con cargo al capital social haga descender a éste por debajo del mínimo legal (a favor, SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 1024).

(42) Sobre la reducción de capital social para compensar pérdidas *vid.* DE TORRES ZAPATERA, Mariano: "La reducción de capital para compensar pérdidas", VV.AA., en *Derecho de Sociedades Anónimas, Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, Volumen 2, Editorial Civitas, Madrid, 1994, págs. 883-962.

a resultas de la cual, la cifra de éste queda fijada por debajo del mínimo legal. La reducción de capital supone el restablecimiento del mínimo equilibrio necesario entre patrimonio neto y capital social; y, en la mayoría de los supuestos en los que habitualmente se desarrolla la operación acordeón, la remoción de la causa de la disolución en la que se encontraba la sociedad como consecuencia de las pérdidas (arts. 260.4 TRLSA y 104.1.e) LSRL) (43).

No obstante, la reducción de capital para compensar pérdidas y sus purificadores efectos sobre la estructura patrimonial de la sociedad, con ser necesaria, no es en modo alguno suficiente para asegurar la supervivencia de la sociedad ni en el plano jurídico ni en el económico. Jurídicamente no es admisible una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada con una cifra de capital inferior al mínimo legal (arts. 4 y 104.1 f) LSRL; y artículos 4 y 260.1.5 TRLSA). Económicamente no parece dudoso que, compensadas las pérdidas, la conservación de la empresa requiera la correspondiente provisión de nuevos recursos que le permitan reanudar o reorientar su actividad con nuevos ímpetus (44). A todo ello viene a dar solución la simultánea ampliación de capital que necesariamente integra la

(43) Sobre la posibilidad de remover la causa de disolución tipificada en el artículo 260.1.4 TRLSA, vid. BELTRÁN: "La disolución de la Sociedad Anónima", en *Estudios de Derecho Mercantil*, n.º 5, Editorial Civitas, Madrid, 1991 (págs. 106-113 y 125-130); URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, y BELTRÁN, Emilio: "Disolución y liquidación de la sociedad anónima (arts. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)", en *Comentario de Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo XI, Editorial Civitas, Madrid, 1992 (págs. 40-43); DE EIZAGUIRRE, José M.: "Disolución y liquidación. Obligaciones", VV.AA., en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VIII, EDESA, Madrid, 1993 (págs. 40-48).

(44) Si la entrada de los nuevos recursos va a venir de la mano de nuevos inversores distintos de los accionistas la reducción de capital para compensar pérdidas es doblemente necesaria. Como pone de manifiesto DE TORRES ZAPATERA (vid. *op. cit.*, pág. 887), si falta la imprescindible coherencia entre capital y patrimonio la sociedad fracasaría en su intento de captar inversores pues éstos rehusarían a suscribir acciones sobrevaloradas —ya que, a resultas de las pérdidas, su valor facial no se compadecería con su valor real— porque ello equivaldría a soportar pérdidas previas de la sociedad.

operación acordeón. Por un lado garantiza la supervivencia jurídica de la sociedad en la medida en que recompone la cifra de capital hasta, por lo menos, el mínimo legal (45). Por otro, mediante el desembolso de la ampliación, la sociedad atrae para sí nuevos recursos que le permitirán la reanudación o reorientación de sus actividades a que antes nos referíamos.

En este contexto podemos decir que la utilidad de la operación acordeón y, en esa medida, la perspectiva desde la que se la viene examinando, radica en su carácter de instrumento adecuado para afrontar crisis empresariales en principio reversibles y, en definitiva, encarar procesos de reestructuración empresarial. Así lo entiende BELTRÁN (46) para quien la operación acordeón “tiene pleno sentido como medida de saneamiento en aquellos supuestos en que las pérdidas de la sociedad sean cuantiosas: mientras que con la reducción –nominal– del capital se elimina o, al menos, se reduce el desequilibrio existente entre el valor del patrimo-

269

(45) No puede olvidarse sin embargo, que la ampliación de capital no es la única vía de la que dispone la sociedad para asegurar su supervivencia. El propio TRLSA y, recientemente, la LSRL, prevén como alternativa la transformación de la sociedad en otro tipo social con menores exigencias en lo que a la cifra mínima de capital se refiere. Es posible, por tanto, que tras la reducción de capital para compensar pérdidas, la sociedad opte por su conversión en otro tipo social mediante la correspondiente transformación (*vid.* arts. 223 y ss. TRLSA y arts. 87 y ss. LSRL). Transformación y ampliación se presentan generalmente en la práctica como soluciones alternativas claramente diferenciadas al problema de supervivencia de la sociedad. No obstante, no nos parece que exista inconveniente en combinar ambos procedimientos (pensemos, p. ej., en una sociedad anónima que acuerda reducir su capital social a cero para compensar pérdidas y, simultáneamente, ampliarlo a, digamos, cinco millones, para, a continuación transformarse en sociedad de responsabilidad limitada). Sobre la transformación de la sociedad anónima *vid.* URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y CARLON, Luis: “Transformación, fusión y escisión de la sociedad anónima” en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IX, Volumen 1.º (Transformación), Editorial Civitas, Madrid, 1993; SÁNCHEZ DE MIGUEL, María Candelas: “Transformación, fusión y escisión” en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII, Edersa, 1993 (págs. 3-75); AREÁN LALÍN, Manuel: *La transformación de la Sociedad Anónima en Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

(46) *Op. cit.*, págs. 75 y 76.

nio neto y la cifra del capital social, con el aumento —efectivo— de éste se consiguen los recursos necesarios para la continuación de la actividad social”. Con idéntico parecer se pronuncia CABANAS para quien “... la reducción-aumento es una operación de saneamiento propia de sociedades con pérdidas ...” (47) y, por tanto, “sólo la reducción por pérdidas con simultáneo aumento efectivo es susceptible de integrar una operación compleja (por la operación acordeón) que altere el régimen propio de cada uno de los acuerdos que la forman” (48). MENÉNDEZ, por su parte, se refiere a la operación acordeón como “una de esas operaciones financieras complejas, a las que se suele recurrir en algunas ocasiones en que, no obstante la pérdida del capital, la sociedad manifiesta posibilidades de recuperación que aconsejan la recuperación de la empresa” (49).

270

Como se ve, la operación acordeón ha sido tradicionalmente considerada como una operación de salvamento empresarial que mediante una reducción nominal del capital social —para compensar pérdidas— y simultáneo aumento efectivo del mismo —para insuflar nuevos recursos— permite la supervivencia de la sociedad. Tal consideración no es, desde luego, banal. Trasciende, a nuestro juicio, de la mera constatación del hecho de la utilización que de ella se viene haciendo usualmente en la práctica para influir significativamente en el análisis emprendido en relación con su licitud y requisitos. Así, por ejemplo, en algunos casos se ha acudido al argumento de la utilidad que en la práctica tiene la operación acordeón a la hora de rebatir las posiciones contrarias a su admisibilidad (50). También se ha invocado el

(47) *Op. cit.*, pág. 103.

(48) *Op. cit.*, pág. 104.

(49) *Op. cit.*, pag. 496.

(50) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 497: “Nos parece, sin embargo, que las razones aducidas en contra de la operación de reducción-aumento no son insalvables, y que no sería acertado, en aras de un excesivo formalismo, sacrificar la práctica de una operación que puede facilitar la recuperación de la empresa, mejorando la posición de los acreedores, sin lesionar los derechos de los socios”.

hecho de que la operación acordeón presupone la existencia de pérdidas cuantiosas que implican la pérdida del capital social para rechazar la injustificada exigencia del acuerdo unánime de los accionistas (51). Incluso se le ha conferido rango de medio de tutela del accionista a la previa existencia de pérdidas apreciables que hubiesen disminuido significativamente el capital social (52); o, por último, también se ha acudido a la existencia de pérdidas para justificar la consideración de la operación acordeón (53) como una figura distinta de la mera acumulación de acuerdos de reducción y aumento de capital. Por ello, parece a nuestro juicio razonable sostener que el carácter de la operación acordeón como operación de salvamento empresarial ha condicionado significativamente la discusión doctrinal y las conclusiones que de ella han resultado en torno a su admisibilidad y a los requisitos a que habrá de estar sujeta (54).

La consideración de la operación acordeón como medio idóneo para recomponer situaciones patrimoniales desequilibradas como consecuencia de las pérdidas sigue, sin lugar a dudas, primando en la práctica. No así, sin embargo, al menos en su tenor literal, en los artículos 169 TRLSA y 83 LSRL donde se tipifica la operación acordeón en nuestro ordenamiento. En ninguno de ellos se hace referencia a la previa existencia de pérdidas (cuantiosas o no) como antecedente necesario de la operación acordeón. Ni siquiera desde el punto de vista sistemático puede mantenerse otra vinculación distinta de la proximidad numérica entre los artículos 169 TRLSA y 83 LSRL y el relativo en cada caso a

271

(51) BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 80: "Presupuesto de la operación acordeón con reducción a cero mediante acuerdo -mayoritario- de la Junta General es, pues, que realmente se haya perdido todo el capital social, por lo que cobra todo su sentido la exigencia de un balance oportunamente auditado (art. 168 LSA)".

(52) BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 83.

(53) CABANAS, *op. cit.*, pág. 103.

(54) Quizás también hayan influido en nuestra doctrina a la hora de analizar la operación acordeón los tintes dramáticos que generalmente adornan las situaciones en las que se lleva a cabo.

la reducción de capital para compensar pérdidas (arts. 168 TRLSA y 82 LSRL, respectivamente). El legislador societario, por tanto, y a la vista de la literalidad de los citados artículos, parece haber optado por despojar a la operación acordeón de sus tradicionales connotaciones configurándola desde la más absoluta neutralidad en cuanto a sus posibles finalidades (55).

Es precisamente esa neutralidad la que nos permite afirmar hoy el carácter puramente instrumental de la combinación reducción-aumento de capital y, como consecuencia de ello, su polivalencia funcional (56). Los artículos 169 TRLSA y 83 LSRL se limitan a poner a disposición de las sociedades que regulan un medio apto para la consecución de múltiples objetivos, los cuales deberán concretarse en cada caso a la vista de las necesidades que deban satisfacerse. Ahora bien, este medio se caracteriza no ya por sus aptitudes sanatorias en situaciones financieramente comprometidas sino por las posibilidades que confiere a la sociedad para llevar a cabo reducciones en su capital social —cualquiera que sea su modalidad— que impliquen una disminución de la cifra de éste por debajo del mínimo legal. En su configuración legal actual, por tanto, puede afirmarse que el centro de gravedad de la operación acordeón, el que la ha amparado y justificado tradicionalmente, se ve desplazado en buena medida desde el principio de conservación del capital social (57) —y, estrechamente relacionado con éste, el de

(55) En el mismo sentido se manifiesta LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 837 y 838.

(56) *Vid.* SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 1014.

(57) El principio de conservación del capital social responde a su consideración como cifra de retención del patrimonio social en garantía de los acreedores y, en esa medida, obedece a la necesidad de asegurar que durante la vida social exista la mayor correspondencia posible entre la cifra de capital y el patrimonio neto de la Sociedad. Expresión de dicho principio de conservación en relación con las Sociedades Anónimas son los artículos 163 y 260.1.4 TRLSA. Ambos velan por la necesaria correspondencia entre cifra de capital y cifra de patrimonio; imponiendo a la sociedad la puesta en marcha de las actuaciones necesarias (reducción o ampliación de capital, reintegro del patrimonio social o disolución de la sociedad) para recom-

conservación de empresa— al principio del capital social mínimo (58). En efecto, lo relevante ya no es sólo arbitrar una vía para recomponer el capital en aquellas situaciones en las que la correspondencia entre importe del patrimonio neto y la cifra del capital social se haya perjudicado más allá de lo legalmente soportable (arts. 163.1 y 260.1.4 TRLSA y art. 104.1 e) LSRL); lo significativo ahora es proteger el capital social mínimo impuesto por la Ley para las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada de modo que en ningún caso sea posible que aquél se reduzca (sea cual sea la finalidad de la reducción) sin que simultáneamente se

poner el equilibrio mínimo exigido por la Ley entre capital social y patrimonio neto. Para una representación esquemática del sistema de defensa del capital social en la vigente legislación de sociedades anónimas *vid.* QUINTANA, Ignacio: "El capital social", en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, VV.AA con la Dirección Angel Rojo, Editorial Civitas, Madrid, 1987 págs. 112-115.

(58) La necesidad de contar con un capital social mínimo es una de las novedades de la vigente Ley de Sociedades Anónimas respecto de su antecesora la LSA de 1951 cuyo origen, de acuerdo con ROJO y BELTRÁN, hay que situar en una opción de política legislativa encaminada a luchar contra la tradicional inercia en favor de la Sociedad Anónima en detrimento de otros tipos sociales y, especialmente, del tipo Sociedad de Responsabilidad Limitada (*vid.* ROJO y BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 149-152). Las consecuencias derivadas de la exigencia de un capital social mínimo se manifiestan tanto en el momento de la constitución de la Sociedad Anónima como en su evolución posterior. Desde el primer punto de vista debe recordarse el carácter de requisito constitutivo esencial que tiene el capital social mínimo. No puede haber Sociedad Anónima válidamente constituida y dotada de auténtica personalidad jurídica con un capital social inferior a los diez millones de pesetas (art. 4 TRLSA) (*vid.* ROJO y BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 157-158). En lo que hace a la conservación del capital social mínimo a lo largo de la vida social, el TRLSA ha establecido dos mecanismos de salvaguarda. El primero, en sede de disolución, consiste en la inclusión de la reducción del capital social por debajo del mínimo legal entre las causas que pueden desencadenar la disolución y liquidación de la sociedad (art. 260.1.5 TRLSA; sobre esta causa de disolución *vid.* BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 113-117; DE EIZAGUIRRE: *op. cit.*, págs. 48-50). El segundo, en sede de reducción de capital, es el repetido artículo 169 TRLSA por virtud del cual, como sabemos, sólo es posible la reducción del capital social por debajo del mínimo legal si simultáneamente se acuerda la transformación de la sociedad o el aumento de su capital social hasta una cifra igual o superior al mínimo legal (en el mismo sentido, *vid.* ROJO y BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 158-164). Sobre la posible contradicción existente entre el artículo 169 y el 260.1.5 TRLSA *vid.* BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 114-117.

Las mismas reflexiones pueden trasladarse hoy al ámbito de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

recomponga en la cuantía suficiente (ampliación de capital) o, en otro caso, la sociedad acuerde alterar su forma social (transformación).

La RDGRN de 16 de enero de 1995 es un buen ejemplo del carácter polivalente de la operación acordeón al que acabamos de aludir. El supuesto de hecho objeto del recurso ante la Dirección General no se compadece en absoluto con las situaciones en las que usualmente se viene desarrollando la operación acordeón. En él no hay rastro de crisis empresarial. Ni siquiera una mención a la previa existencia de pérdidas sociales que debieran ser “enjuagadas” a través de una reducción de capital. Al contrario, la situación económica de la sociedad era lo suficientemente buena —al menos desde el punto de vista de su liquidez— como para hacer entrega de ocho millones de pesetas a dos de sus accionistas en concepto de devolución de aportaciones sociales. En definitiva, frente a la habitual combinación reducción nominal/aumento efectivo encaminada simultáneamente a reconstruir la estructura patrimonial de la sociedad y garantizar su supervivencia, el supuesto de hecho de la RDGRN de 16 de enero de 1995 nos presenta una combinación alternativa de reducción efectiva/aumento efectivo (59) dirigida a favorecer la desinversión de parte de los accionistas y, simultáneamente, a relevar a los accionistas salientes con la entrada en el capital social de un nuevo inversor. Y no parece que la DGRN albergue duda alguna a la hora de calificar la mencionada combinación como verdadera operación acordeón a la que, en consecuencia, le es de aplicación el artículo 169 TRLSA. Las dudas se plantean respecto del régimen jurídico al que habrá de someterse la operación en

(59) Para una exposición detallada sobre las distintas combinaciones posibles de reducción y aumento de capital *vid.* CABANAS, *op. cit.*, págs. 99-104; quien, no obstante, acaba por rechazar la posibilidad de aplicar el régimen especial de la operación acordeón a todas aquellas combinaciones que no consistan en una reducción de capital nominal por pérdidas y simultáneo aumento efectivo para incorporar nuevos recursos a la sociedad (*op. cit.*, pág. 104).

cuestión; no respecto de su calificación como verdadera operación acordeón (60) ni respecto de su encaje en el artículo 169 TRLSA.

Vista la actual extensión del supuesto de hecho del artículo 169 TRLSA, cabe preguntarse ahora si la polivalencia que caracteriza hoy a la operación allí regulada fue deseada por el legislador societario. Lo cierto es que al inicio del proceso de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas la intención del legislador parecía ser la de respetar la tradicional vinculación entre la operación acordeón y la previa existencia de pérdidas sociales. Así, el artículo 101 d.5) de la LSA de 1951 según la redacción dada por el artículo tercero del Proyecto de Ley de Reforma y Adaptación, establecía que la reducción del capital social por debajo del mínimo legal sería posible únicamente en caso de pérdidas. Tal redacción fue, no obstante, criticada por alguna doctrina que puso de manifiesto los problemas que resultaban del hecho de que, en su literalidad, el artículo 101.d.5) dejaba fuera de su ámbito de aplicación otros supuestos en que la reducción tenía carácter obligatorio para la sociedad (p. ej. como consecuencia del ejercicio del derecho de separación del accionista). Como solución a los problemas apuntados, ese mismo sector doctrinal propugnó una flexibilización del principio de conservación del capital mínimo que admitiese la reducción de capital por debajo del mínimo legal siempre que la reducción tuviese carácter obligatorio para la sociedad y, simultáneamente, la introducción de una nueva causa de disolución que sancionase con la disolución y liquidación de la sociedad toda reducción del capital social por debajo del mínimo legal que no fuese acompañada de un posterior aumento o transformación en otro tipo social (61). En la mente del legislador estaba seguramente el dar solución a

(60) Véase, p. ej., el Fundamento de Derecho Tercero de la RDGRN de 16 de enero de 1995.

(61) ROJO y BELTRÁN, *op. cit.*, pág. 160.

los problemas mencionados cuando decidió modificar la inicial redacción del artículo 101 d.5) citado y la sustituyó por la que habría de ser su versión definitiva (art. 101. e) del Proyecto remitido al Senado y actual artículo 169 TRLSA. Sea como fuere, no parece caber duda que la literalidad del artículo 169 TRLSA hoy no permite restringir los supuestos de hecho por él regulados a las reducciones de capital obligatorias o para compensar pérdidas. Es más, en él encajan supuestos que parecen quedar claramente fuera de la originaria *voluntas legislatoris* como las reducciones de capital voluntarias y efectivas. Por ello, y a la vista del *iter* legislativo del TRLSA, tiene a nuestro juicio razón SEQUEIRA MARTÍN (62) cuando señala que el artículo 169 TRLSA “sobrepasa ampliamente la primitiva intención del legislador y probablemente también la finalidad de su redacción definitiva de incluir reducciones obligatorias que, dados los términos de su redacción originaria, no habían sido acertadamente contempladas” (63). Sea como fuere, en la actualidad ya no parece posible negar el carácter instrumental de la operación acordeón y, en esa medida, su aptitud para ser utilizada con fines ajenos al restablecimiento del equilibrio patrimonial menoscabado como consecuencia de las pérdidas.

Ahora bien, de la misma manera que antes indicábamos que la consideración tradicional de la operación acordeón como operación de salvamento empresarial habría influido significativamente en la definición de su régimen jurídico, su actual carácter polivalente debe trascender, a nuestro juicio, de sus indiscutiblemente ampliadas posibilidades prácticas para obligarnos a revisar su régimen jurídico tal y como ha venido describiéndose y, en la medida en que sea necesario, acomodarlo a sus nuevas características. En este sentido

(62) *Op. cit.*, pág. 1016.

(63) La validez del análisis aquí esbozado respecto de la *voluntas legislatoris* quizás deba ser revisado a la vista de la reciente LSRL cuyo artículo 83 coincide como ya sabemos con el artículo 169 TRLSA: confirmando así en cierta manera la opción del legislador en pro de una operación acordeón de carácter polivalente.

tiene especial interés determinar si siguen siendo aplicables a la operación acordeón en su actual configuración las conclusiones que hasta este momento hemos venido manejando respecto del problema de la mayoría y del derecho de suscripción preferente (64).

Ciertamente, la cuestión merece mayor atención que la que, por su finalidad, podemos prestarle en este comentario. En todo caso, sí se pueden avanzar ya algunas breves ideas al respecto. En primer lugar, y a la vista del artículo 169 TRLSA, debe señalarse que desde el punto de vista de su régimen jurídico hoy puede decirse que existen tantas operaciones acordeón como combinaciones posibles de acuerdos de reducción y aumento de capital social (65); combinaciones que, por otra parte, no admitirán otras limitaciones que las resultantes de la propia naturaleza de los acuerdos que las integran (p. ej. a la vista del art. 168 TRLSA no será posible una combinación reducción nominal para compensar pérdidas/aumento nominal con cargo a reservas voluntarias). El único nexo común entre todas ellas desde el punto de vista estructural será la interdependencia esencial existente entre los acuerdos que las compongan, derivada de la nota de simultaneidad a la que nos referiremos inmediatamente. No obstante, y en lo que atañe a los problemas antes citados de la mayoría y el derecho de suscripción preferente, es posible distinguir entre todas las potenciales combinaciones aquéllas en las que la reducción de capital viene obligada por la Ley (p. ej. arts. 147 y 149 TRLSA) o se dirige exclusivamente al restablecimiento del equilibrio patrimonial y aquéllas otras en las que la reducción de capital persigue otras finalidades: especialmente la condonación de dividendos pasivos y la devolución de aportaciones a los socios.

(64) Nos referimos sólo al problema de la mayoría y del derecho de suscripción preferente por ser los más característicos de la operación acordeón.

(65) Se demuestra así una vez más el carácter puramente instrumental del artículo 169 TRLSA respecto del que no es posible decir que encierre un único supuesto de hecho y, por tanto, un régimen jurídico plenamente definido y predeterminado de antemano.

Respecto de las primeras no ofrece duda que deben mantenerse las conclusiones señaladas con anterioridad en relación con la suficiencia de la mayoría y la imposibilidad de suprimir el derecho de suscripción preferente. En relación con el resto de posibles combinaciones parece necesario, sin embargo, revisar al menos parcialmente dichas conclusiones. Decimos revisión parcial porque no creemos en principio que haya nada que objetar en estos supuestos a la imposibilidad de prescindir del derecho de suscripción preferente que corresponde al accionista. También cuando la operación acordeón persiga finalidades distintas a la restructuración patrimonial o el cumplimiento de una disposición legal debe otorgárseles a los accionistas la posibilidad de no diluirse o, en el extremo, mantenerse como tales mediante la correspondiente suscripción y desembolso de las nuevas acciones emitidas como consecuencia de la ampliación de capital (66).

No es posible decir lo mismo, sin embargo, de la suficiencia de la mayoría en los supuestos citados y ello porque, es difícil identificar *a priori* un interés superior al individual de cada uno de los accionistas por no verse injustamente perjudicados por la operación acordeón que justifique limitar su tutela al respeto del derecho de suscripción preferente. Es pertinente recordar aquí que la defensa de la tesis de la mayoría en detrimento del consentimiento individual de todos y cada uno de los accionistas afectados se apoya en buena medida en el interés general en la conservación de la sociedad ante el que cede el particular del accionista por defender su posición como tal. La ausencia de un claro interés social —como el existente en los supuestos en los que la reducción de capital se encamina a la compensación de pérdidas para evitar la disolución de la sociedad— o general —como el que por definición concurre en las reducciones de capital obligadas por la Ley— en los supuestos a los que nos

(66) A favor, SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 1037.

estamos refiriendo, obliga, a nuestro juicio, a replantearse la bondad de la tesis de la mayoría ante la necesidad de proteger eficazmente los intereses de los accionistas en tales casos (67). No se olvide que estas operaciones se prestan a ser utilizadas de forma espúrea por los accionistas mayoritarios con la única finalidad de prescindir de molestos grupos minoritarios (68).

La necesidad de proteger adecuadamente los intereses de los accionistas en estos casos podría sugerir la conveniencia de recuperar el consentimiento individual de cada uno de ellos como el único medio eficaz de tutela frente a los posibles abusos de la mayoría o, simplemente, como única garantía para su permanencia en la sociedad. Se trataría, por tanto, de defender la tradicional tesis de la unanimidad para aquellos supuestos en los que la operación acordeón no viniese obligada por la Ley ni se encaminase al restablecimiento del equilibrio patrimonial. Su atractivo radica en su carácter de arma indudablemente eficaz frente a mayorías abusivas y, sobre todo, en el ensalzamiento que le es esen-

279

(67) En efecto, a falta del citado interés social o general no parece posible defender con éxito que el derecho de suscripción preferente es, por sí solo, el medio idóneo de tutela de los accionistas. Piénsese, p. ej., en el caso extremo de un accionista que es expulsado de la sociedad contra su voluntad a través de una operación acordeón en la que la reducción de capital tiene por única finalidad la devolución de sus aportaciones. Triste consuelo puede ser para él saber que su permanencia en la sociedad pasa por el ejercicio del derecho de suscripción preferente que le corresponde con el desembolso que necesariamente ello lleva consigo. Por lo demás, y al margen de los remedios generales –abuso de derecho o fraude de Ley ex. arts. 6.4 y 7.2 C.c.–, tampoco parece que la posibilidad de impugnación de los acuerdos de la Junta General de Accionistas que perjudiquen los intereses de los accionistas minoritarios (ex. arts. 115 y ss. TRLSA y art. 56 LSRL) en beneficio de los mayoritarios sea el remedio más adecuado a los riesgos inherentes a las modalidades de la operación acordeón a los que nos estamos refiriendo –entre otras cosas– porque el perjuicio sufrido por los accionistas minoritarios no es, por sí sólo, causa de impugnación al amparo del TRLSA o la LSRL (arg. ex. arts. 115.1 TRLSA y 59 LSRL). Al respecto *vid.* JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael: “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima”, en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, VV.AA., Editorial Civitas y Fundación Profesor Manuel Broseta, Madrid, 1995 (págs. 321-328); URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, págs. 313-341.

(68) Acerca de los riesgos de la operación acordeón desde este punto de vista *vid.* GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, pág. 2; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 499.

cial del *status socii* como posición jurídica inatacable si no es con la aquiescencia del accionista.

No obstante, la viabilidad de la tesis de la unanimidad puede verse ensombrecida por su carácter excepcional en el contexto del tipo social Sociedad Anónima regulado como se sabe por el principio de mayoría y, en esa línea, por la literalidad del artículo 169 TRLSA en el que no se contiene referencia alguna a la necesidad del acuerdo unánime de los accionistas. Ausencia que se hace especialmente llamativa si se confronta con la preocupación mostrada por el legislador societario por intentar aclarar el régimen del derecho de suscripción preferente en el marco de la citada operación (art. 169.1 TRLSA). Así pues, no parece que la tesis de la unanimidad pueda hoy sostenerse sin dificultad y sin una detenida justificación que permita amparar su innegable excepcionalidad en sociedades gobernadas por el principio mayoritario. Ahora bien, en nuestra opinión, las posibles carencias de la exigencia del consentimiento unánime no permiten tampoco acoger sin más la tesis de la mayoría con todos sus inconvenientes. Por ello, y como alternativa a ambas posibles soluciones, podría considerarse la posibilidad de acudir a los artículos 164.3 y 148 TRLSA donde se regulan los mecanismos tendentes a salvaguardar, por un lado, el principio de igualdad entre los accionistas (art. 164.3 TRLSA) en el marco de las reducciones de capital y, por otro, la defensa de las clases de acciones para aquellos supuestos en los que una modificación estatutaria pudiese resultarles perjudicial para sus intereses (69). Ambos artículos contribuyen a configurar una posible vía intermedia con expreso amparo legal entre la unanimidad y la simple mayoría cuya aplicación analógica a la hora de velar por los intereses indi-

(69) Respecto de la tutela de la clase de acciones *vid.*, recientemente, el trabajo de BELTRÁN, Emilio: "Las clases de acciones como instrumento de financiación de las sociedades anónimas", VV.AA., en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1994, págs. 215-223.

viduales de los accionistas en el contexto de operaciones acordeón como las que nos venimos refiriendo no creemos que pueda ser sin más desdeñada (70).

2.4. El régimen jurídico de la operación acordeón a la luz de la RDGRN de 16 de enero de 1995.

Decíamos al inicio del apartado anterior que el atractivo de la RDGRN de 16 de enero de 1995 no se encuentra en la doctrina que de ella emana por cuanto reproduce en lo esencial la de su predecesora de 28 de abril de 1994. El interés de la resolución que ahora comentamos está, como indicábamos, en el hecho de que sirve de vehículo de expresión de las notas que hoy distinguen a la operación acordeón con mayor nitidez: su polivalencia en lo funcional y la simultaneidad con que se llevan a cabo los acuerdos de reducción y aumento de capital que la integran. Polivalencia y simultaneidad son pues las características que permiten hoy definir la operación acordeón a partir de los artículos 169 TRLSA y 83 LSRL. Ambos contribuyen a identificarla como un “caso particular” (71) distinto de la simple reducción o aumento de capital y de la mera acumulación de

281

(70) Más difícil es, a primera vista, el ensayo de esta vía intermedia en el ámbito de la LSRL donde no existen preceptos equivalentes al 148 y 164.3 TRLSA. El artículo 71 LSRL obliga a recabar el consentimiento de los “interesados o afectados” no solo, como en el TRLSA, cuando la modificación estatutaria en cuestión “implique nuevas obligaciones para los socios”, sino que también aquél es exigible en aquellos casos en los que la modificación afecte a lo que la LSRL vagamente califica sus “derechos individuales” entre los que pudiere pretenderse la inclusión de un derecho a permanecer en la sociedad mientras ésta subsista. Derecho del que, a la vista del artículo 71 LSRL, no podría despojarse el socio sin su anuencia lo que conllevaría la exigencia de acuerdo unánime en todas aquellas operaciones acordeón en las que el capital social se redujese hasta cero y no hubiese un interés social o general que lo justificase. Para una primera aproximación al artículo 71 LSRL vid. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: *La sociedad de Responsabilidad Limitada*, VV.AA., Colegios Notariales de España, Volumen I, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, págs. 350-361.

(71) En palabras de la propia DGRN en el Fundamento de Derecho Tercero *in fine* de su resolución de 16 de enero de 1995.

ambas operaciones. Ya nos hemos referido al significado que debe otorgársele a la polivalencia funcional en el marco de la operación acordeón así como a las consecuencias que de ella resultan en lo que atañe a su núcleo de problemas característicos. Es el momento por tanto de abordar, aun cuando sea brevemente, el significado y consecuencias de la simultaneidad con que se adoptan –y ejecutan– los acuerdos que integran la operación acordeón.

282 La simultaneidad de los acuerdos de reducción y aumento que componen la operación acordeón es, sin duda, el elemento más importante de los que configuran su estructura. No hay operación acordeón *strictu sensu* –es decir, tal y como se define en los arts. 169 TRLSA y 83 LSRL– si no coinciden en el tiempo reducción y aumento de capital. No es posible reducir a cero o por debajo del mínimo legal la cifra del capital social sin que simultáneamente se aumente en la cuantía necesaria o, en otro caso, se proceda a la transformación de la sociedad. En este contexto, simultaneidad equivale a interdependencia y, en último término, a unidad. La validez y permanencia del acuerdo de reducción depende de la simultánea adopción del necesario acuerdo de aumento o de transformación que, por su parte, debe ser igualmente válido y mantenerse como tal. Lo mismo cabe decir respecto de la eficacia, ejecución e inscripción de dichos acuerdos (apartados 2 y 3 de los arts. 169 TRLSA y 83 LSRL). Reducción y aumento de capital en la operación acordeón están, por tanto, íntima y recíprocamente condicionados e interrelacionados; de tal manera que no es posible tratarlos de forma aislada. Al contrario, deben ser abordados conjuntamente, como piezas que son integrantes de una única operación, la operación acordeón (72).

(72) Sobre la simultaneidad de los acuerdos de reducción y ampliación y el carácter unitario de la operación acordeón, *vid. in extenso*, SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 2020-1032 y CABANAS, *op. cit.*, págs. 111-120.

Debe señalarse también que la simultaneidad de los acuerdos de reducción y aumento de capital cumple determinadas funciones (73): la más importante, evitar que como consecuencia de la reducción del capital social por debajo del mínimo legal la sociedad incurra en causa de disolución ex. artículos 260.1.5 LSA y 104.1 f) LSRL. Implica asimismo relevantes consecuencias en lo que atañe, como ya se ha dicho, a la eficacia e inscripción en el Registro Mercantil de la operación acordeón. Por último, y esto es lo importante en relación con la RDGRN que comentamos, la simultaneidad y, en definitiva, el carácter unitario de la operación acordeón, es en nuestra opinión una herramienta interpretativa de primer orden a la hora de determinar el régimen jurídico que habrá de aplicarse a las distintas posibles combinaciones reducción/aumento de capital susceptibles de integrarla. Es éste el aspecto de la simultaneidad que con mayor claridad se pone de manifiesto en la RDGRN de 16 de enero de 1995 y al que, por tanto, dedicaremos las próximas líneas.

La cuestión básica con la que tuvo que enfrentarse la Dirección General en la resolución de 16 de enero de 1995 coincide como ya apuntamos con la abordada en su momento a través de la de 28 de abril de 1994:

¿En qué medida son de aplicación a la reducción de capital realizada en el seno de una operación acordeón los requisitos exigidos con carácter general por el TRLSA a las reducciones de capital que se lleven a cabo aisladamente?

En el caso de la RDGRN de 28 de abril de 1994 el problema se planteaba en relación con la publicidad prevista en el artículo 165 TRLSA según el cual toda reducción de capital deberá ser publicada en el "Boletín Oficial del

(73) Acerca de las funciones de la simultaneidad *vid.*, de nuevo, SEQUEIRA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 1021-1028.

Registro Mercantil” y en dos periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Por su parte, el supuesto de hecho al que se enfrentaba la DGRN en el caso de la resolución que comentamos añadía al problema del artículo 165 TRLSA el relativo al derecho de oposición de los acreedores (art. 166 TRLSA), por cuanto la finalidad de la reducción de capital elegida –la devolución de aportaciones a los accionistas– no se encontraba entre las que, de acuerdo con el artículo 167 TRLSA, permiten excluir el citado derecho (74). En cualquier caso a ambas resoluciones subyacía la consideración de la cifra del capital social como cifra de retención del patrimonio social en beneficio de los acreedores y la correlativa preocupación que por tanto suscitaba cualquier disminución de la misma que se pretendiese, por momentánea que fuese. No debe olvidarse en este sentido que es precisamente dicha función del capital social la que inspira el sistema de protección de los acreedores en la reducción de capital y sobre la que en buena parte gravita el régimen que con carácter general establece el TRLSA para dicha operación (75).

En ambas resoluciones la Dirección General decidió la no aplicación de los artículos 165 y 166 TRLSA a la vista, por un lado, de las especiales características de la operación acordeón y, por otro, de las circunstancias que concurrían en cada uno de los supuestos; características y circunstancias que, conjuntamente consideradas, daban lugar a operaciones inócuas para los acreedores en relación con el capital social quienes, por ello, no requerían la protección que les otorgan los mencionados artículos. También coinciden las dos resoluciones en cuanto al razonamiento seguido por la Dirección General para alcanzar las conclusiones citadas respecto de la no aplicación de los artículos 165 y 166 TRLSA:

(74) En torno al derecho de oposición de los acreedores en los supuestos de reducción de capital *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 819-870.

(75) LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 793-795.

1. *Reconocimiento de la autonomía jurídico-sustantiva de los acuerdos que integran la operación acordeón:* La operación acordeón no priva a los acuerdos de reducción y aumento de capital que la integran de las especificidades que en cada caso les son de aplicación y, por tanto, y en línea de principio, deben cumplirse todos los requisitos que para cada uno de ellos prevé el TRLSA (76).

2. *La simultaneidad de la operación acordeón como elemento corrector de la autonomía jurídico-sustantiva de los acuerdos de reducción y aumento que la integran:* Los acuerdos de reducción y aumento integrantes de la operación acordeón están recíprocamente condicionados formando un todo unitario, inescindible desde el punto de vista de sus consecuencias (77). Así pues, la posición de los acreedores sociales debe examinarse a la vista del conjunto reducción-aumento y no tan sólo a la luz del acuerdo de reducción. Sólo habrá lugar para la aplicación de las medidas que el TRLSA ha previsto en favor de los intereses de los acreedores en sede de reducción de capital si, contemplada la operación acordeón como un todo unitario, resultase que el capital social al final de la misma se viese perjudicado respecto de su situación de partida (78).

3. *Examen del capital social tras la operación acordeón:* En la medida que tras la operación acordeón en cuestión la cifra de capital social sea igual o superior a la inicial y, además, éste se encuentre totalmente desembolsado, puede de-

(76) Cfr. Fundamento de Derecho Segundo de la RDGRN de 16 de enero de 1995.

(77) Cfr. Fundamento de Derecho Tercero de la RDGRN de 16 de enero de 1995.

(78) De este modo, y frente a la interpretación literal y sistemática defendida por el Registrador recurrido, la DGRN favorece una interpretación teleológica de los artículos 165 TRLSA y 166 TRLSA basada en la ponderación de los intereses que a través de ellos se pretenden tutelar.

cirse que no existe perjuicio alguno para los acreedores sociales quienes, en consecuencia, no requieren de la protección que les confieren los artículos 165 y 166 TRLSA (79).

Trasladado el razonamiento descrito con anterioridad el supuesto de hecho de la RDGRN de 16 de enero de 1995, resultaba que la situación del capital social al comienzo y al final de la operación acordeón era idéntica por lo que no podía decirse que se hubiesen perjudicado en modo alguno los intereses de los acreedores sociales; todo lo cual llevó a la Dirección General a sancionar la inaplicabilidad de los artículos 165 TRLSA y 166 TRLSA a la operación que se le presentaba. La neutralidad de la operación acordeón para los acreedores sociales la basó la DGRN en dos argumentos: (a) La cifra nominal del capital social se mantuvo; man-

(79) Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de la RDGRN de 16 de enero de 1995.

En la citada resolución la Dirección General parece identificar en cuanto a su ratio los artículos 165 y 166 TRLSA. Lo cierto es que tal identidad de fines no resulta tan evidente a la vista de que la exclusión del derecho de oposición de los acreedores no conlleva *per se* la supresión de la publicidad exigida por el artículo 165 TRLSA (arts. 166 y 170.3 RRM). Por lo demás, en esa línea corrió en parte la argumentación del Registrador calificador. Quizás por ello se eche en falta en las RDGRN de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995 alguna aclaración al respecto.

Recientemente, sin embargo, la Dirección General ha tenido ocasión de aclarar el carácter y la ratio del mencionado artículo 165 TRLSA distinguiéndolos de los del artículo 166 TRLSA. Nos referimos a la RDGRN de 8 de junio de 1995 (BOE n.º 168, 1995, págs. 21817-21818). En ella se discutía la pertinencia de dar cumplimiento a la publicidad exigida por el artículo 165 TRLSA en la hipótesis de reducción del capital social para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido como consecuencia de las pérdidas. Sobre la base de las consideraciones que resumidamente expondremos a continuación, la DGRN se muestra favorable a aplicar el artículo 165 TRLSA con independencia de que la finalidad de la reducción prive a los acreedores sociales de poder oponerse a la misma ex artículo 167 TRLSA: (i) El carácter incondicionado con que está formulado el artículo 165 TRLSA, sin distinción de hipótesis; (ii) la inexistencia de derecho de oposición no permite deducir la irrelevancia de la reducción para los acreedores en cuanto que para el futuro la cifra de retención será más reducida que la vigente al tiempo de surgir sus créditos; y (iii) el especial vigor que en la valoración en interpretación de las normas de protección de terceros impone el tipo social Sociedad Anónima.

teniéndose por tanto la cifra de retención en garantía de los acreedores; y (b) la ampliación fue inmediatamente desembolsada en metálico (80). Por último, también rechazó acertadamente la DGRN el argumento ensayado por el Registrador en relación con la relevancia que para los acreedores tenía la identidad de los accionistas y, en definitiva, la composición personal del accionariado (81).

(80) No creemos que deba extraerse consecuencia alguna del hecho de que la Dirección General insista (*vid.* RDGRN de 28 de abril de 1994) en el carácter dinerario del desembolso. Sea cual fuere la modalidad de aportación por la que se opte, el sistema de verificación de los desembolsos previsto en el TRLSA (arts. 37, 38, 39 y 40) garantiza en todo caso la debida integridad del capital social. Al respecto *vid.*, recientemente, el trabajo de LOJENDIO OSBORNE, Ignacio: "Aportaciones Sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo III, Volumen 3.º, Editorial Civitas, Madrid, 1994, págs. 58-180.

(81) No se equivoca el Registrador calificador cuando invoca lo relevante que en la práctica es para los acreedores la personalidad de los accionistas. Sí lo hace, a nuestro juicio, cuando con ello pretende reforzar su argumentación en el marco del recurso gubernativo interpuesto.

Como acertadamente aduce la DGRN, la Sociedad Anónima se caracteriza por su configuración esencialmente capitalista ajena por tanto a los elementos personales que la integran. En este sentido debe recordarse la ausencia en el TRLSA de todo mecanismo de publicidad tendente a advertir a los terceros de cuales son en cada momento los accionistas de la Sociedad más allá de los constituyentes (arts. 8 TRLSA y 114 RRM). Basta para ello con acudir, p. ej., a las normas relativas a la transmisión de acciones y al libro-registro de acciones nominativas. De acuerdo con las primeras, la transmisión de acciones queda circunscrita al ámbito de las relaciones vendedor-comprador y, en el caso de acciones nominativas, de aquél último con la Sociedad a través del libro-registro de acciones nominativas. Sin que, en ningún caso, ni siquiera cuando la transmisión estuviese sometida a restricciones estatutarias, el cambio producido como consecuencia de la tramitación deba ser objeto de publicidad alguna por mandato del TRLSA. Por su parte, el libro-registro de acciones nominativas —cuyo objetivo primordial es servir de instrumento para determinar en cada momento quien ostenta la titularidad de las acciones de la sociedad— tampoco tiene carácter público de suerte que su examen sólo está permitido a los accionistas (art. 55.1 TRLSA).

Es cierto que en algunos supuestos (p. ej. sociedades cotizadas, sociedades anónimas, entidades de crédito, sociedades y agencias de valores) el legislador ha establecido severos instrumentos de control y publicidad sobre su accionariado y los cambios que en él puedan producirse (*vid.*, entre otros, art. 12 del Real Decreto 276/89, sobre Sociedades y Agencias de Valores, Real Decreto 377/1991, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas, Real Decreto 1197/91, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, Título VI ("Régimen de las participaciones significativas") de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito). Estos controles, sin embargo, encuentran su justifica-

Nada tenemos que objetar al razonamiento de la DGRN que acabamos de describir más allá de la –parece que inevitable– dosis de inseguridad que conlleva. Inseguridad derivada del hecho de que, como más adelante se verá, en última instancia el régimen aplicable a la operación acordeón en lo relativo a los mecanismos legales de protección de los acreedores dependerá en cada caso del importe de la ampliación de capital que la integre y, sobre todo, de su mayor o menor grado de suscripción y desembolso.

La argumentación manejada por la Dirección General en su resolución de 16 de enero de 1995 recoge la tesis que viene siendo claramente mayoritaria en nuestra doctrina. Tesis que, por un lado, reconoce la aplicación de las reglas sobre modificación de estatutos en general y modificación de la cifra de capital en especial que en cada caso correspondan a la vista de la particular combinación reducción/aumento de que se trate; y, por otro, conviene en modular dicho régimen a la vista del carácter unitario de la operación acordeón y de las consecuencias que de ello resultan (82). Se reconoce así la peculiar identidad de la operación acordeón distinta de la mera acumulación de acuerdos de reducción y aumento de capital; de suerte que su régimen jurídico debe diferenciarse de la simple yuxtaposición de los regímenes previstos por el TRLSA para los acuerdos de reducción y aumento de capital que se lleven a cabo de forma aislada. Por tanto, y en lo que respecta a los artículos 165 y 166 TRLSA, sólo deberán aplicarse a la operación acordeón si, considerada en su conjunto, de ella resulta algún perjuicio para los acreedores sociales que justifique su

ción en la necesaria protección de determinados intereses de carácter público o general –p. ej. el buen funcionamiento de los mercados de crédito y de valores– que trascienden a los particulares –indudablemente legítimos– de sus acreedores. Acreedores a los que, ni siquiera en estos casos, se les confiere posibilidad específica alguna de reacción frente a los cambios accionariales que en cada momento puedan producirse.

(82) BELTRÁN, *op. cit.*, págs. 84-87.

intervención. Perjuicio que, a la vista de las características del sistema de protección de dicho colectivo diseñado por el TRLSA, pensamos que sólo cabría identificar con una efectiva reducción de la cifra del capital social tras la ejecución del aumento de capital correspondiente; con independencia por tanto de su grado de desembolso antes y después de la operación acordeón en cuestión (83). Así, si la cifra de capital social tras la operación acordeón es igual o superior a la existente en la situación de partida, no procederá la aplicación de los artículos 165 TRLSA y 166 TRLSA. En otro caso deberá atenderse a lo dispuesto en el primero de ellos o en ambos, según corresponda a la vista del artículo 167 TRLSA. En este último supuesto la operación acordeón quedará, además, doblemente condicionada: a la ejecución del acuerdo de ampliación de capital (art. 169.2 y 3 TRLSA) y al cumplimiento de lo dispuesto en relación con el derecho de oposición de los acreedores (art. 166 TRLSA).

289

(83) Es desde luego encomiable la preocupación que muestra la DGRN por salvaguardar los intereses de los acreedores en el contexto del supuesto de hecho del artículo 169 TRLSA. Sin embargo, no nos parece acertado vincular la aplicación de los artículos 165 y 166 TRLSA al mayor o menor grado de desembolso del capital social tras la operación acordeón. Así resulta a nuestro juicio del examen de la *ratio* de dichos preceptos que descansa fundamentalmente —como la propia DGRN reconoce en sus resoluciones de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995— en la protección del capital social en su calidad de instrumento de retención del patrimonio social (*vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 793-795). Y desde ese punto de vista lo único relevante es la cifra a la que asciende el capital con independencia por tanto de su mayor o menor grado de desembolso. El problema del importe y modalidad en que el capital social esté desembolsado forma parte de los relativos a la función empresarial o productiva que pueda desempeñar y a su necesaria integridad cuya protección se garantiza por vías distintas a las proporcionadas por los artículos 165 y 166 TRLSA. Al respecto *vid.* PAZ-ARES, Cándido: “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, en *ABC*, 1983, (págs. 1611-1612); LOJENDIO OSBORNE, *op. cit.*, págs. 73-180; OTERO LASTRES, José Manuel: “De los dividendos pasivos (artículos 42 a 46 LSA)”, en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo III, volumen 3.º, Editorial Civitas, Madrid, 1994, (págs. 261-298); BELTRÁN, Emilio: “Los dividendos pasivos”, en *Cuadernos Civitas*, Editorial Civitas, Madrid, 1988 (págs. 57-140).

No obstante su aparente sencillez, la puesta en práctica de las anteriores conclusiones en relación con la aplicación de los artículos 165 y 166 TRLSA no está exenta en algunos casos de incertidumbres que redundan en un cierto —e inevitable— grado de inseguridad a la hora de determinar el régimen jurídico que corresponde desde ese punto de vista a la operación acordeón. La aplicación de las citadas conclusiones es desde luego automática en aquellas situaciones en que la cifra máxima (84) a la que puede llegar el capital social tras la operación acordeón sea inferior a la existente con anterioridad a la misma. En estos casos no cabe duda del perjuicio que la combinación reducción/aumento tiene para los acreedores sociales y, por ende, de la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo 165 TRLSA y, en su caso, en el artículo 166 TRLSA (85). Tampoco debería caber duda alguna en aquellos casos en que la cifra de capital prevista tras la ampliación fuese superior a la inicial y no se hubiese anticipado la posibilidad de suscripción incompleta (art. 161 TRLSA). Si se suscribe la to-

(84) Decimos máxima porque puede haberse previsto la posibilidad de suscripción incompleta (art. 161 TRLSA) en cuyo caso, y dependiendo del éxito de la ampliación, la cifra que finalmente corresponda al capital social puede ser inferior a la anticipada inicialmente.

(85) El problema en estas situaciones está en determinar en qué momento debe procederse a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 165 TRLSA y, si procede, en el 166 TRLSA: ¿antes o después de haberse ejecutado la ampliación de capital social? La cuestión no tiene a nuestro juicio demasiada transcendencia desde el punto de vista de los acreedores sociales ya que en ambos casos sus intereses serían debidamente salvaguardados. No obstante, y en correspondencia con el carácter unitario que venimos atribuyendo a la operación acordeón, parece más adecuado esperar a la ejecución de la ampliación de capital ya que sólo en ese momento es posible conocer su “resultado” en relación con la cifra del capital social. Por lo demás, esta opción permitiría evitar posibles perjuicios a la sociedad como los descritos en la nota 91 *infra* para aquellos supuestos en que la ampliación de capital no fuese suscrita en su integridad y no se hubiese previsto la posibilidad de suscripción incompleta o, aun habiéndose previsto dicha posibilidad, la cifra de capital tras la ampliación no alcanzase el mínimo legal o el número mínimo de suscripciones a que hubiese quedado condicionado el acuerdo de ampliación.

talidad de la ampliación la cifra de retención saldrá reforzada, de suerte que los acreedores sociales no sufrirán perjuicio alguno; no siendo pues necesario acudir a los artículos 165 y 166 TRLSA. Por el contrario, si el aumento previsto no fuese suscrito en su totalidad el acuerdo de ampliación quedará sin efecto (86), al igual que el de reducción, y con ellas toda la operación acordeón (art. 169.2 y 3 TRLSA). Ineficacia que conllevará el retorno a la situación de capital inicial sin que, por tanto, se produzca ninguna alteración de la posición de los acreedores en lo que respecta a las garantías inherentes a la cifra de capital social. Y todo ello con independencia del resto de consecuencias que desde otros puntos de vista puedan atribuirse a la invalidez de la operación (87).

Ahora bien, qué decir en aquellas situaciones en que la cifra de capital prevista tras la ampliación sea superior a la inicial pero se hubiese contemplado la posibilidad de suscripción incompleta (88) de modo que al final de la operación acordeón la cifra de aquél podría ser inferior a la inicial sin que, no obstante, pueda determinarse de antemano cual será su importe definitivo. Son estos los supuestos que teníamos presentes cuando antes aludíamos a la inevitable inseguridad producida por la aplicación de la doctrina de la DGRN en relación con los artículos 165 y 166

(86) *Vid.* artículo 161.2 TRLSA y CABANAS, *op. cit.*, págs. 764-770.

(87) Consecuencias que, lógicamente, dependerán, en cada caso de la finalidad que se hubiese perseguido con la reducción de capital.

(88) Nos referimos aquí a los supuestos de suscripción incompleta que podríamos denominar "abierta" en que la sociedad no condiciona de antemano la validez de la ampliación al hecho de que ésta alcance un importe determinado. Si, por el contrario, el acuerdo de ampliación estuviese condicionado a la suscripción de un número mínimo de acciones y éste no se alcanzase, debe entenderse que el aumento deviene ineficaz arrastrando consigo la invalidez de toda la operación acordeón. Estos casos podrían, por consiguiente, equipararse a los ya examinados en los que la ampliación de capital no es suscrita en su integridad y el acuerdo de aumento no hubiese contemplado la posibilidad de suscripción incompleta.

TRLSA (89). Inseguridad generada por el hecho de desconocer *a priori* cual será la situación del capital social tras la operación y, en esa medida, por la imposibilidad de anticipar la existencia de algún perjuicio para los acreedores de la sociedad que justifique cumplir con lo dispuesto en los citados artículos (90). Nuestra opinión en estos casos es que tanto las publicaciones prescritas por el artículo 165 TRLSA como, en su caso, el derecho de oposición a que se refiere el artículo 166 TRLSA, deberán esperar al resultado de la suscripción de la ampliación de capital social: sólo si como consecuencia de la misma la cifra en la que aquél quede finalmente fijado fuese superior a la inicial podrá prescindirse de lo dispuesto en los artículos 165 y 166 TRLSA. En otro caso, y como condición necesaria de validez (art. 115.2 TRLSA) e inscribibilidad (art. 170 y 4 RRM) del acuerdo simultáneo de reducción y aumento de capital, la sociedad

(89) Naturalmente, los inconvenientes que aquí advertimos no se suscitan en aquellos casos en los que la sociedad opte por llevar a cabo la ampliación mediante la elevación del valor nominal de sus acciones ex. artículo 151.1 TRLSA. Por su propia configuración, no habrá en estos supuestos incertidumbre alguna respecto del importe de la cifra de capital social tras la operación acordeón.

(90) La inseguridad a la que nos referimos se acrecentaría si, como parece sostener la DGRN en sus resoluciones de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995, la aplicación de los artículos 165 y 166 TRLSA deba hacerse depender simultáneamente de la cifra final del capital y de su grado de desembolso. El criterio ensayado por la DGRN no ofrece duda en aquellos casos en los que el guarismo del capital permanezca inalterado pero disminuye el porcentaje en que está desembolsado: deberá cumplirse con lo dispuesto en el artículo 165 TRLSA y, en su caso, el artículo 166 TRLSA. El problema se plantea en aquellos supuestos en los que aquél se modifica al alza mientras que el grado de desembolso disminuye en términos porcentuales y absolutos. Surge entonces la necesidad de discernir si como consecuencia de este tipo de operaciones se produce un perjuicio para los acreedores que obligue a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos citados. Piénsese por ejemplo en el siguiente supuesto: el capital de la Sociedad A asciende a Ptas. 10.000.000 íntegramente suscrito y desembolsado. La Junta General de Accionistas de A decide reducirlo para devolver aportaciones a sus accionistas y simultáneamente, aumentarlo en Ptas. 30.000.000 para dar entrada a un nuevo accionista que lo suscribiría en su totalidad y desembolsaría solamente en un 25% (i.e. Ptas. 7.500.000). Tras la operación acordeón, por tanto, la cifra de capital social de A excedería con creces a la inicial aun cuando el importe de los fondos efectivamente en su poder sería inferior debido al menor desembolso.

deberá publicar los anuncios referidos en el artículo 165 TRLSA y, si fuese necesario de acuerdo con el artículo 167 TRLSA, respetar el derecho de oposición que el artículo 166 TRLSA concede a sus acreedores (91).

Eduardo Álvarez Sánchez

Abogado

Área de Derecho Mercantil de la

Facultad de Derecho de La Coruña

(91) Ciertamente se eliminaría toda duda en estos supuestos si se tomase como referencia el acuerdo de reducción-aumento sin esperar a la ejecución de este último. Se trataría así de dar cumplimiento a los artículos 165 y 166 TRLSA sin esperar a conocer el resultado de la operación acordeón y, por ello, sin perjuicio de que la cifra de capital resultase ser al final igual o superior a la inicial. Creemos, sin embargo, que es más razonable esperar a conocer el grado de ejecución de la ampliación de capital para evaluar la necesidad de atender a lo dispuesto en los artículos mencionados con anterioridad. Habida cuenta de lo indiferente que una y otra alternativa resultan para los acreedores sociales en lo que respecta a la protección de sus intereses, la posición apuntada se basaría fundamentalmente en la conveniencia de evitar a la sociedad cualquier posible perjuicio que pudiera derivarse de la inmediata puesta en marcha de lo dispuesto en los artículos 165 y 166 TRLSA. Piénsese por ejemplo en el supuesto de que la sociedad -ex. art. 166.3 TRLSA- se hubiese visto obligada a recabar un aval o fianza solidaria de una entidad de crédito para garantizar a sus acreedores el puntual cumplimiento de las obligaciones con ellos contraídas. Si tras la operación acordeón resulta que la cifra de capital es igual o superior a la inicial, la sociedad habría incurrido en un coste innecesario del que le sería difícil resarcirse.

**UNA NONNATA REFORMA PARCIAL
DEL CODIGO CIVIL
(NOTICIA RETROSPECTIVA DE LA PROPOSICION
DE LEY DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1985)**

CARLOS MARÍA BRU PURÓN

Notario

297

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** UNA HOY SUPERADA MODIFICACIÓN DEL ART. 14 C.C. **II.** MODIFICACIONES EN MATERIA DE MATRIMONIO. **III.** RETOQUES EN FILIACIÓN. **IV.** IDEM EN RELACIONES PATERNO FILIALES. **V.** RETOQUE EN USUFRUCTO. **VI.** REAJUSTES EN MATERIA DE DONACIONES. **VII.** REPLANTEAMIENTO DE LA RESERVA LINEAL. **VIII.** ACERCA DE LA SUSTITUCIÓN *OPE LEGIS* (O “DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN SUCESIÓN TESTAMENTARIA”) EN FAVOR DE DESCENDIENTES, REFORMAS EN ARTS. 776, 814 Y OTROS C.C. **IX.** AÑADIDO EN LA REGULACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR. **X.** REFORMAS EN LA LEGÍTIMA VIDUAL. **XI.** RETOQUES EN MATERIA DE PAGO DE LEGÍTIMAS DE DESCENDIENTES. **XII.** REPLANTEAMIENTO DE LA RESERVA (ANTES) VIDUAL. **XIII.** OTROS RETOQUES EN MATERIA SUCESORIA: **A)** Derecho de acrecer. **B)** Colación. **C)** Partición. **a)** Art. 1.056.2. **b)** Art. 1.057.2. **XIV.** MODIFICACIÓN EN GANANCIALES. **XV.** INNOVACIONES DE TIPO FISCAL. **XVI.** DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

I. Introducción

El autor de estas líneas desempeñó mandato parlamentario, como Diputado a Cortes por Madrid, durante la 3.^a Legislatura de la Monarquía (1982-1986).

Era, pues, muy reciente la entrada en vigor de las dos famosas Leyes 11/1981, de 13 de mayo de “Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio” y 30/1981, de 7 de julio de “Modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio”, aprobadas en la legislatura anterior, durante el período del último gobierno de UCD, presidido por Leopoldo Calvo-Sotelo y Bustelo.

298

Colaboraba entonces yo, ocasional y lateralmente, con el equipo jurídico interno del Grupo Parlamentario Socialista (1) y, como es lógico, había puesto mi indirecto granito de arena, a través de dicho Grupo, en el proceso legislativo de esas trascendentales leyes civiles.

Como todos los juristas de aquella época, permanecí atento al debate parlamentario y al que en los ámbitos tanto académico como profesional, pero también popular, precedieron, acompañaron y siguieron al de ambas Cámaras.

Cuando me incorporé al Congreso de los Diputados, ya era sumamente copiosa la literatura acerca de tal reforma civil.

Como abundantes eran los procedimientos incoados y –ya en aquellos momentos– las Resoluciones judiciales dictadas en causas matrimoniales a tenor del nuevo Derecho traído por la Ley 30: Las dificultades de índole organizativa, las inevitables perplejidades interpretativas y hasta contradicciones en los fallos de la –en aquella primera época de apertura de compuertas– ingente praxis judicial, todo ello era pasto de comentarios no sólo entre los ciudadanos directa-

(1) En adelante, G.S.

mente afectados, no sólo entre Jueces, Abogados y Procuradores, también entre el público en general.

No sólo en libros y revistas especializadas, también en los medios de amplia difusión.

En el campo de la actividad notarial, no fue sólo –todos lo recordamos– la Ley 11/81 un factor exigente e incentivo de estudio, construcción y hasta experimentación jurídicas impuestas por la necesidad de respetar, aplicar y –en lo posible– promover (2) Derecho conforme al nuevo régimen familiar, económico-matrimonial y sucesorio.

También la Ley 30/81 trajo a nuestros despachos extensa demanda de asesoramiento e imperiosa rogación de instrumentación, cuando no de su subgénero, “instrumentalización”.

Frente a tantos pronósticos en contra, no bajaron con la nueva Separación y el estrenado Divorcio las Capitulaciones Matrimoniales que, desde su modificabilidad a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975, venían sirviendo de aliviadero a las embalsadas o, a veces, encrespadas aguas de la ruptura matrimonial.

Parecía que las Sentencias de Separación, Nulidad y Divorcio, en cuanto causa directa de “disolución del régimen económico-matrimonial” (art. 95.1. C.c.) y base para la Liquidación de la Sociedad conyugal (art. 91 C.c.), obviarían de una parte el convenio capitular, y de otra contendrían un elenco, confirmatorio o reformador, de las medidas ya tomadas en relación a hijos, vivienda familiar, cargas del matrimonio y cautelas cuyo contenido, aunque de posible origen voluntario (art. 90.2 C.c.) es –como ha puesto de relieve

(2) Sobre la función promocional jurídica –positivación gradual del desarrollo humano a través del Derecho– por parte del Notario, *vide* RODRIGUEZ ADRADOS en “Sobre las consecuencias de funcionarización del Notariado”, *R.D.N.*, n.º CIV, y “La función promocional del Notario”, en *R.D.N.* *Vide* en general, sobre promoción a través del Derecho, BOBBIO, en *Contribución a la teoría del Derecho* (Valencia, 1980), páginas 233-4 y 250 a 261; su justificación ético-civil, verla en J. RAWLS, *Teoría de la Justicia* (Madrid, 1993), páginas 123-4 y 128-9, expresada como “Principio de la Diferencia”.

ENCARNACIÓN ROCA (3)- totalmente independiente, por sometido a control judicial, del extintivo y liquidatorio.

Pero he aquí que no ocurrió así, que las Capitulaciones se incrementaron, que los acuerdos sobre el elenco del art. 90 C.c. proliferaron y accedieron a los Protocolos por vía de Acta, de declaraciones de Escritura autónoma, de Protocolización de documento privado o hasta de Exponendo de la capitular (4) (que de todo hubo en la viña del Señor... Notario, acuciado por una tendencia pactista que resultaba moralmente imposible desatender).

Y demanda social que técnicamente aparecía del todo habilitada a partir del alumbramiento -merced a su vez a los buenos oficios de última hora legislativa, del Ministro Fernández Ordóñez- de aquella criatura procesal que transformó -a mi juicio, venturosamente- los "Divorcio-sanción" y "Divorcio-remedio" en Divorcio por mutuo acuerdo.

300 Me refiero, naturalmente, al tratamiento dado al convenio regulador del art. 90 C.c. por la Disposición Adicional 6.^a, 1.º, de la Ley 30/81, Disposición dotada, por supuesto, del mismo rango legislativo que el texto a que sigue (5).

(3) ENCARNACIÓN ROCA: "Comentario al art. 90 C.c." en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (Madrid, 1984, I, pág. 547).

(4) Vide una buena tipología de modalidades de formalización del Convenio Regulador con criterios de idoneidad instrumental al respecto, en GÓMEZ-OLIVEROS *Separación de hecho. Actuación del Notario en su regulación*. (Tema para oposiciones entre Notarios, Lerma, 1985, ciclostilado, amablemente llegado a mis manos).

(5) Creo, en efecto, que el juego concatenado de los arts. 81, 1.º, C.c. sobre Separación, 86, 1.ª sobre Divorcio, 90 sobre Convenio y Disposición Adicional 6.ª a la Ley 30/81, puntos 1 y 2, han instaurado el Divorcio por mutuo acuerdo y transcurso de un año "de reflexión". Los argumentos de VICENTE L. MONTES (*Comentarios a las reformas...*, ob. cit., I, pág. 518), y los autores por él citados, LÓPEZ ALARCÓN, VALLADARES, G.ª CANTERO, de que no estamos ante Divorcio consensual, no me convencen. El control judicial al convenio -art. 90, párrafo 2 C.c.- recae sobre las consecuencias del Divorcio, no sobre la procedencia o no de la decisión concorde en sí. Esta es irreductible a los criterios del Juez. Tienen razón, desde su óptica, CORTÉS DOMÍNGUEZ (*Comentarios a las reformas...*, cit., II, pág. 2034) y ALAMILLO CANILLAS (*Convenios Reguladores y crisis matrimoniales*) - Universidad de Navarra 1984, págs. 372 y 397) cuando añoran la ausencia de Ministerio fiscal en el procedimiento de la D. A. 6.ª, para defender "el interés de que sólo se divorcien aquéllos que realmente están dentro de alguna de las causas que marca la Ley". Lo que pasa es

La demanda de dación de fe que fijase, solemnizase e invulnerabilizase unas voluntades concordes llevó –reitero– a nuestros despachos un apreciable contingente de proyectos de convenio regulador cuyo marco puede ser el capitular (6).

Y cuya expresión patrimonial no puede ser sino una liquidación ganancial con adjudicaciones de bienes mucho más atemperadas a la situación de ruptura familiar y a la de adaptación de las nuevas Leyes de lo que pudiera ser, no ya las viejas liquidaciones tras muerte, sino las mismas capitulares que tras la Ley del 75 atemperaron las rupturas de pareja.

Y he aquí que las, entre otras, innovaciones, de la Ley 30/81 –la atribución de vivienda familiar (art. 96 C.c.) y la conmutabilidad de la pensión equilibrante (art. 99 C.c.)– incidían en la tarea meramente distributiva de las habituales liquidaciones de sociedad conyugal. Pero marcadas, en muchísimas ocasiones, por una indiscutible naturaleza transmisiva.

Lo cual planteaba problemas fiscales.

Hice, además de la experiencia de mi despacho, encuestas informales por aquél tiempo, y un altísimo porcentaje de los matrimonios disueltos o separados preferían dar en propiedad la vivienda familiar al cónyuge perceptor del uso de la misma.

que esa ausencia responde a la actual irrelevancia de tales causas (Divorcio-causal), ni siquiera la del hecho de la no convivencia (Divorcio-remedio), cuando hay consenso en el disenso, y así se declara de consuno (Divorcio consensual). La objeción de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 109) en cuanto que una norma procesal no modifique otra sustantiva, hay que salvarla en función de la unidad del acto legislativo de 7/7/81, en el que habría que preguntarse si los arts. 81.1 y 86.1 C.c., modificados por ella no tienen, a su vez, naturaleza procesal.

(6) Ver en sentido afirmativo para la imbricación capitular de cláusulas personales del Convenio. MARTÍN GANCEDO en VV.AA., “Reforma del Derecho de Familia” (Jornadas Universidad y Colegio Notarial Hispalenses, Sevilla, 1982, pág. 81). También LÓPEZ BURNIOL en las págs. 54 y 61, y RUIZ DE LA CUESTA en la 132, ambos en la obra colectiva ya citada de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.

El proverbial piso, único patrimonio, junto con el coche, menaje y una corta cuenta corriente, de la casi totalidad de los matrimonios españoles de clases medias y medias-baja, se constituye en una baza importante, decisiva, en el momento de la consideración económica de la no, por lamentable, infrecuente ruptura.

Piso en propiedad, dado el clima antiinquilinato que las estadísticas nos confirman, piso adquirido casi siempre en matrimonio, o por mitad desde el noviazgo y, en ocasiones, por uno sólo de los después cónyuges. Piso cuya adjudicación –para quitarse de problemas y porque ello forma parte del equilibrio de conjunto– también prefieren lo sea en propiedad en favor del perceptor del uso de vivienda.

La entonces simultánea o muy próxima en el tiempo desaparición de la amenaza impositiva sobre los excesos de adjudicación no declarados (7) no era óbice para considerar que la corruptela de inventar dinero en los inventarios para compensar adjudicaciones de bienes ciertos –en nuestro caso el famoso piso– es técnicamente incorrecta, posible fuente de impugnaciones tardías por simulación y –por qué no decirlo– impropia de profesionales-funcionarios cuyo hábito de veracidad nutre el marchamo de fe de que en la vida civil están dotados.

Pero es que en muchas ocasiones, ni la ficción compensatoria evita el Impuesto: son numerosos los casos en que la titularidad exclusiva o proindivisaria es del cónyuge cedente en el convenio.

Hipótesis más frecuente aún cuando se intenta la conmutación patrimonial de la pensión equilibrante en el divorcio; tales intentos suelen corresponder a economías de más alto nivel y, por tanto, de contextura más compleja.

(7) Art. 7.2. B) R.D. 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Hay momentos en que el famoso “trasiego” de bienes de que BAS Y RIVAS (8) habló hace muchos años para colar verdaderas transmisiones en la exención por sociedad conyugal del hoy art. 59, I.B) 3. del Reglamento, se hace impracticable. Con lo que la espada de Damocles del Impuesto inviabiliza apaciguadores arreglos económicos interpartes (9).

Hubo una doble laguna fiscal en las Leyes de Reforma: el tratamiento impositivo de exención de la *solutio* en bienes en el nuevo régimen de participación (10), y un tratamiento favorable para las transmisiones patrimoniales interpartes consecuencia de separaciones y divorcios.

A decir verdad, colmar esos olvidos fue el más inmediato de los estímulos que me llevaron a pergeñar una iniciativa parlamentaria que, desde mi Grupo, y conforme a los arts. 124 y ss. del Reglamento del Congreso de los Diputados (11), pusiese en marcha un complemento de orden fiscal, a mi entender imprescindible, a las magnas Leyes 11 y 30/81.

Para ello se previó, y recabó en su momento, la preceptiva autorización de Hacienda que establece el art. 126.2 del propio R.C.D.

Pero a ello acompañaba un cierto descontento y —por qué no decirlo, una cierta frustración en cuanto yo había colaborado indirecta y modestamente en la labor de los 80/81—, a causa de los cabos sueltos, incorrecciones técnicas

(8) BAS Y RIVAS, *Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes* (Madrid, 1960), I, págs. 627 ss. y 885 y II, pág. 940.

(9) Tras redactar este trabajo, vengo en conocimiento de la R.D.G.R.N. de 31/03/95 que frontalmente trata esta dificultad (lo cual no quiere decir que no se haya presentado en inúmeros casos, en los que el desestimiento previo a la transmisión por razón de su carestía evita conocerlos: la Dirección, confirmando la nota del Registrador, rechaza la transmisión en propiedad de la vivienda por otras razones, pero deja bien sentado que, caso de prosperar, se daría un acto sujeto al Impuesto de *Donaciones*!).

(10) ALVAREZ-SALA WALTER (“El crédito de participación”, *Rev. Derecho Notarial*, CXXVII, 1985, pág. 53) considera que la laguna puede cubrirse mediante una interpretación extensiva de la exención del art. 48 I-B-3 de la Ley ITP y AJD, cuyo texto reproduciría tras ésta última el citado Reglamento. A mí me parece difícil llegar a tal conclusión.

(11) En adelante, R.C.D.

y –en opinión de muchos entre los que me contaba– indudables injusticias contenidas en tan repetidas Leyes.

Me puse a la tarea, y poco después estaba lista una pequeña tanda de “reformas a la Reforma”, cuya enumeración excuso puesto que resultan de la a insertar Exposición de Motivos (12) de la Proposición de Ley (13) y del sumario, que siguen.

Baste decir que ese núcleo inicial apuntaba fundamentalmente a materias de vecindad civil, medidas *apud* y *post* Separación y Divorcio, filiación, donaciones, legítima del viudo, preterición –ésta por razones muy concretas frente a un ambiente hostil que detecté en ciertos ámbitos jurídicos frente a consecuencias acordes con la Constitución–, pagos en metálico de legítimas de descendientes, reserva ordinaria, gananciales y las citadas de orden fiscal.

304 Sabía yo –y conocía más o menos los textos– que Tutela y Adopción estaban, por esas fechas, en fase de Anteproyectos respectivos.

La finalidad, pues, de la P.L. está sinceramente reflejada en los párrafos de su corta E.M. y a ella me remito.

Ni que decir tiene que acudí al consejo y obtuve la colaboración de compañeros y algún amigo, y no puedo dejar de citar a los entrañables José Luis Mezquita del Cacho y David Pérez Maynar y del Abogado Rafael Rodríguez Chacón. Tengo una deuda de agradecimiento al excelente jurista, hoy Abogado en ejercicio, entonces funcionario en calidad de experto del Grupo Socialista del Congreso, Juan Francisco Conde.

Tras un visto bueno generoso y estimulante del entonces Presidente y portavoz del G.S., Eduardo Martín Toval, compañero y amigo de siempre y de veras, presenté mi intento a los compañeros en la Comisión de Justicia y, desde el Presidente mismo de la Comisión, Pablo Castellano a los

(12) En adelante, E.M.

(13) En adelante, P.L.

vocales, entre los que recuerdo como más comprometidos en la tarea, Javier Barrero, Carlos Navarrete, M.^a Dolores Pelayo y Carmen Solano, encontré una acogida calurosa e inmediata colaboración.

El pleno del G.S., por unanimidad, se hizo cargo del texto para canalizarlo por la vía parlamentaria "Proposición de Ley".

Y poco más tarde del Debate parlamentario de toma en consideración de que luego hablaré, establecí contacto con la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y con la Dirección General de los Registros y del Notariado (tras conversación informal mía con el entonces Ministro, siempre amigo, Fernando Ledesma). También tuve apoyo y estímulo, y también son de obligada mención esos excelentes juristas Fernando Pastor, Secretario General Técnico, y Gregorio García Ancos, Director General de los Registros y del Notariado, ambos a la sazón.

305

Desde alguno de estos ámbitos (no recuerdo cuál), se me sugirió ampliar y ahondar la reforma, por ejemplo, no limitarme en la reserva ordinaria a evitar omisiones o corregir incongruencias a partir de las nuevas Leyes, y a revisar la llamada troncal.

Cayó el consejo sobre terreno abonado, porque desde el ya añejo aprendizaje del Derecho de Sucesiones, sentí especial alergia hacia la reserva viudal y no digamos hacia a la del 811, articulito en el que mi resistencia a la memorización y al cabal entendimiento se elevaba al cubo cuando me preguntaba el porqué y el paraqué humano y familiar de todo aquel galimatías.

Pero decidí "no meneallo" de momento.

Políticamente, una P.L. es cuestión de oportunidad y sentido de la medida.

No olvidemos que poner en revisión, dos años después, unas reformas trascendentales de corto rodaje de vigencia y de aún no apagados ecos polémicos suscitados por su elaboración y publicación, podría implicar grave imprudencia si

tal revisión sonase a voluntad de tabla rasa o, cuando menos, de tela de Penélope.

Urgía presentar la P.L. tal cual en el Registro del Congreso y calibrar posiciones en el Debate de toma de consideración. Si éste se viese coronado por el éxito, ocasión habría de ampliar en Ponencia el cometido legislativo mediante una posterior batería de Enmiendas, preparadas con más tiempo.

Porque, en ciertas materias a legislar, lo fundamental en los Parlamentos es poner en marcha un mecanismo que incite a los representantes y, en general, a los Grupos, a una reflexión conjunta.

Recababa yo de unos y otros disposición para ese trabajo en común que, en una reducida Ponencia y a través del multiplicador sistema de Enmiendas, directas y transaccionales, es el único capaz de responder dignamente al reto de legiferar.

306

El Debate de toma en consideración se celebró durante el pleno del Congreso de 12 de noviembre de 1985, y tras la presentación y defensa de la P.L. llevada a cabo por mí mismo, intervinieron los Portavoces de los Grupos en la Comisión de Justicia.

No hubo objeción de fondo alguna, tan sólo de oportunidad y, como era de esperar, se reprodujo la sempiterna controversia entre puntualismo y globalidad, entre reformas chicas y reformas magnas, entre reformar en sazón o aguardar a que madure más la mies, en definitiva entre legislar o no.

Y es que toda reforma legislativa refleja *pari passu*, el inextinguible dilema "Tradición/Codificación" (o forma de codificación), las lejanas voces de SAVIGNY *versus* THIBAUT (14), los más brancos ecos hispánicos de DURÁN Y BAS *vs.* ALONSO MARTÍNEZ (15), en definitiva el *wait and see* frente a la

(14) Vide reflejos en HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, 1971) I, págs. 99 y ss.

(15) Vide en DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho Civil* (Madrid, 1932), pág. 190.

innovación, aunque por paradoja aquel quietismo se acoja, por esta vez, a lo recién legislado.

Esta vez se dijo, y con cierta razón, que valía más la pena patentizar los errores y las lagunas de las recientes Leyes que no intentar corregirlas o completarlas tan en sus primeros pasos y que, en todo caso, toda revisión había de ser global y de conjunto.

Yo aduje que la parcelación ya estaba en marcha, estaban en proyecto las futuras regulaciones de Nacionalidad, Adopción y Tutela, en las que no nos interferiríamos.

Y que, sobre todo, lo que se buscaba era poco más que colmar lagunas, completar enfoscados, limar contradicciones.

Se intentaba, en definitiva, llegar a esa *coherencia* de que Díez-PICAZO (16) habla, inexcusable para todo edificio jurídico que quiera albergar más racionalidad que caos.

La propia modestia del intento reformista, expresa en la E.M. de la P.L. el contraste de este intento con otros fracasados por razón de su excesiva envergadura, la demostración fáctica –aparte excelsos debates teóricos sobre técnicas legislativas– de que nuestros textos legales se rehacen día a día, y la anteriormente aludida invitación a trabajar juntos en Ponencia temáticamente abierta –argumentos todos que utilicé en el debate– debieron convencer a los colegas, porque la P.L. se aprobó por altísima mayoría.

Además, conforme al art. 148 R.C.D., se aprobó con delegación de competencia legislativa plena de la Comisión de Justicia, por lo que quedaba excluida, salvo avocación, la deliberación y votación ulterior en el Pleno.

Esta circunstancia motivó que yo redactase notas justificativas no sólo para las Enmiendas, conforme a una práctica habitual no contradicha por el art. 110 R.C.D., sino para todos o casi todos los artículos a reformar contenidos en la

(16) Vide Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* (Madrid, 1973), pág. 181.

P.L. y que son –en algunos casos ampliadas– las notas que integran el trabajo que someto al lector.

La toma en consideración y la filtración de algunas de las Enmiendas previstas dio lugar a cierto reflejo en los medios de comunicación.

Pero –como era de esperar– fue el añadido al artículo 93 referente a la garantía del pago de pensiones y el también referente al mantenimiento automático de éstas alcanzada la mayoría de edad de los hijos, los que más repercusión tuvieron: de ello conservo una abundante y contradictoria –a tenor del punto de vista de los afectados– correspondencia.

La Ponencia comenzó a trabajar de inmediato.

308 La constituíamos los siguientes Diputados: Carlos Navarrete Merino, M.^a Dolores Pelayo Duque, Carmen Solano y el autor de estas líneas, por el G.S.; José Cañellas, Manuel García Amigo y Luis Vega Escandón, por el G.P.P. (16 bis); Luis Ortiz González, por el Grupo Centrista; José M.^a Trías de Bes, por Minoría Catalana (16 tris); creo recordar que Juan M.^a Bandrés por el Grupo Mixto y pendiente de designación el representante de la Minoría Vasca. (La Secretaría del Congreso no ha podido facilitarme al completo este dato, por lo que acudo a mi propia memoria).

Eran Letrados asesores los de las Cortes Generales José-María Gil-Robles Gil-Delgado (entrañable amigo de siempre, después colega en el Parlamento Europeo) y Juan-José Lavilla, quiénes realizaron una magnífica labor. (No puedo olvidar el asombro que me produjo recibir, tras muy pocos días del inicio, un exhaustivo informe del último de los citados Letrados comprensivo de toda la jurisprudencia española relacionada con la materia y de un muy amplio repertorio de Legislación comparada).

No fue tarea menor la ordenación de Enmiendas procedentes de los distintos Grupos, habida cuenta que tras mi

(16 bis) Sigla que utilizaré para el Grupo Parlamentario Popular del Congreso.
(16 tris) En adelante, M. Cat.

leal declaración de tener en reserva una batería de Enmiendas que extravasaban el soporte estricto de la P.L., tomamos el acuerdo unánime de trabajar todos un tanto por aluvión, y así se hizo, como se verá. Ello motivó una prórroga muy generosa del plazo de presentación de Enmiendas, y que el número de éstas se acercase a 200, según el archivo de copias selladas por Secretaría del C.D. que yo conservo.

Celebramos 5 ó 6 sesiones, todas ellas en un clima constructivo y grato.

El día 6 de enero de 1986 y en Estrasburgo, me incorporé al Parlamento Europeo, junto con otros 59 parlamentarios españoles (Diputados a Cortes y Senadores), y otros 24 portugueses, dado que, mediada la Legislatura en la Cámara comunitaria, no cabía para los representantes de los 2 nuevos Estados sino la cooptación para el acceso y el doble mandato para el ejercicio, al menos durante unos meses.

Fue aquélla una etapa frenética y esquizada, de sesiones en Madrid, en Bruselas y en Estrasburgo, de votaciones en una y otra Cámara, de desplazamientos sometidos a la urgencia de cada día. (Más de una vez incurrí en el acto reflejo de buscar en el escaño del Congreso el cinturón de seguridad del avión recién abandonado).

Eramos Eurodiputados dos de los ponentes de la P.L., el Catedrático de Derecho civil Manuel García Amigo (esto último por doble concepto), y yo.

Lógicamente, solicitamos prórrogas y cambios de horarios a las sesiones de la Ponencia, y dimos más de un plantón.

Languideció el trabajo.

Poco después, el Presidente del Gobierno propuso al Rey y éste decretó la disolución de las Cortes Generales, y automáticamente dejamos de ser Diputados o Senadores quienes decidimos seguir en Estrasburgo.

Caducó la P.L. como "todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara" (art. 207 R.C.D.).

Reiniciada la labor legislativa por las Cortes Generales surgidas de aquellas elecciones, por la Presidencia del G.S.

–recayente en la misma persona, mi gran amigo Eduardo Martín Toval– se me anunció, de *motu proprio*, que la P.L. sería de nuevo activada.

Debieron acumularse los asuntos o surgir otros más importantes, o hubo olvido, pero es el hecho que la P.L. no se presentó.

Desde el Ministerio también se me habló más de una vez y por su exclusiva iniciativa, la intención de hacer uso de aquel material con remisión a la Comisión General de Codificación o, al menos, con su anuencia, buscar la manera de aprovechar, de algún modo, unos textos que consideraban válidos.

Tampoco se llegó a hacer.

Ha pasado el tiempo.

310

Tras ocho años de responsabilidad parlamentaria europea, he vuelto a mi quehacer jurídicoprivado y, quizá afecto del síndrome del reencuentro, he vuelto la mirada –como se hace con la vieja fotografía familiar– hacia estos ya un tanto añejos papeles.

He contrastado los retoques que yo buscaba con los en el intervalo realizados, y caigo en la cuenta de que –aparte las muy importantes leyes sobre Nacionalidad, Tutela, Adopción, forma de testamentos y matrimonio por Alcalde– poco o nada se ha hecho legislativamente en el campo de la familia y sucesorio.

La Ley de no discriminación por sexo (Ley 11/1990, 15 octubre) ha resultado un tanto inane, y elude puntos importantes que estaban en la P.L.

De aquí que, tras remozar un tanto al texto, me haya decidido a sacar a la luz pública esta P.L. y sus Enmiendas, su pequeña historia y las consideraciones a que obedecieron una y otros.

Pienso que puede ser de alguna utilidad, al menos informativa.

TEXTO DE LA PROPOSICION DE LEY, ENMIENDAS Y COMENTARIOS

He procurado mantener en la P.L. la numeración de sus ONCE artículos tal como aparecieron en el Boletín de Cortes Generales de 20-IX-85, correspondientes a los diversos Libros, Títulos o Secciones del C.c. o del R.D.L. 3050/80 afectados, pero para mayor comodidad del lector sistematizo un tanto las materias en 16 epígrafes.

Pero para mejor ilustración del lector, quizá sea conveniente insertar la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, también tal como fue publicada:

“A los, aproximadamente, cuatro años de entrada en vigor de las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de junio, ambas de hondo significado innovador en nuestro ordenamiento jurídico privado y su vertiente familiar, parece necesaria una cierta puesta a punto de aquel conjunto normativo a tenor de las dificultades surgidas de la práctica, comúnmente registradas, y de las soluciones que parecen más adecuadas al respecto, también mayoritariamente ofrecidas.

Esta Ley sigue y se ajusta en un todo a las directrices sociales y jurídicas que llevaron a la promulgación de las citadas Leyes de ‘Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio’ y de ‘Regulación del Matrimonio y Determinación del Procedimiento a seguir en las Causas de Nulidad, Separación y Divorcio’. Ni en un ápice ha de apartarse, no ya de los principios inspiradores de aquellas leyes, sino ni siquiera del núcleo básico de ambas a través de la, por lo general, acertada plasmación textual en la letra, nunca tan extensamente renovada, del Código civil.

Esta actitud de absoluto respeto al sentido de la Reforma, de mero intento de acoplamiento de normas, salida al paso de dificultades o, recíprocamente, búsqueda de más justicia en puntos concretos, resalta inequívocamente en la nueva redacción dada a los preceptos primordialmente afectados por la Ley 30/1981, relativa al Matrimonio, Nulidad, Separación y Divorcio.

En tanto que dentro de la órbita de análogo respeto al bloque normativo que quedó afectado por la Ley 11/1981, la tarea de perfeccionamiento técnico aparece aquí acompañada de una cierta mayor acentuación en la voluntad normativa.

Pero esta voluntad tampoco diverge sustancialmente de aquella a que respondía una Ley de tan profundo significado innovador como fue la tan citada Ley de 13 de mayo de 1981. Simplemente, se

siguen hasta sus más apropiadas consecuencias, objetivos que allí estaban; equiparación, conforme a la estructura y finalidad de las instituciones, entre la filiación matrimonial y no matrimonial de acuerdo con nuestra Constitución; desenvolvimiento más extenso, en base a exigencias de justicia concreta, de los efectos reconocidos por las dos citadas Leyes a la separación de hecho entre los cónyuges fehacientemente acreditada; eliminación de vestigios improcedentes —y, de otra parte, contradictorios con otras disposiciones del Código— de, si no el ‘divorcio-sanción’, sí la ‘separación-sanción’; desobstaculización fiscal para algunos de los acuerdos económicos entre separados o divorciados que el Código prevé y la práctica no ha seguido precisamente por la existencia de trabas de aquella naturaleza.

Dentro o muy cerca de la temática aludida, por la presente Ley se salvan graves defectos técnicos, alguno vetusto, los más sobrevenidos con ocasión del último cambio legislativo, cuya envergadura pudiera ser tan palmariamente disfuncional como para imposibilitar la labor del más esforzado intérprete. Remisiones a instituciones derogadas, contradicciones flagrantes, vacíos no ya meramente normativos sino textuales a través de una injustificada proliferación de artículos en blanco, constituyen el repertorio de anomalías técnicas a salvar si queremos devolver al más señero de nuestros textos jurídicos-privados su inteligibilidad y su tersura.

Por último, en una Ley que pretende consolidar otras a su vez emanación directa de mandatos constitucionales, entre ellos el de no discriminación por razón de sexo e igualdad de los cónyuges ante la Ley, parecía adecuado no demorar más la aplicación de tales principios a una institución concreta cual la vecindad civil, al igual que en fechas recientes se ha hecho con la nacionalidad (17).

Estos objetivos se logran mediante la Ley que se propone cuyo texto es el siguiente:”

I. Vecindad civil

(Una hoy superada modificación del art. 14 C.c.)

Por el ARTÍCULO PRIMERO P.L., en el Título Preliminar del Código civil se modificaba parcialmente el artículo 14.

Como es de suponer, esa modificación no intentaba sino suprimir las entonces subsistentes discriminaciones por razón

(17) Aunque a estos dos últimos temas —vecindad civil, nacionalidad— aluda la E.M., insisto en que su regulación en la P.L. carece ya del mínimo interés dados los cambios legislativos posteriores.

de sexo, y de procurar consecuentemente la máxima equiparación en la condición de los cónyuges en el matrimonio. La reforma, pues, se reducía a abolir el precepto antes imperante, por cuya virtud

“la mujer casada seguirá la condición del marido (...)”,

y se sustituía por un ordinal 3.º del entonces n.º 3 del tan repetido art. 14, por cuya virtud la vecindad civil

“se adquiere (...) por el matrimonio siempre que hayan transcurrido seis meses de residencia continuada y así lo manifieste el interesado” (18).

Es decir, se establecía un modo derivado de adquisición de vecindad, puramente opcional e indistinto para uno u otro cónyuge, sometido a un plazo de residencia considerado prudencial.

Del que se desprendía, a *sensu contrario*, el principio actualmente vigente de que el matrimonio no altera *per se* la vecindad civil ostentada.

Y pasaba a ser n.º 4, el n.º 5 del art. 14 entonces vigente a partir del Decreto 1836/1974; y que hoy, tras la Reforma de 1990 es el n.º 6.

Hubo una Enmienda de Minoría Catalana, la n.º 13, discutible.

Dictada la Ley 11/1990, de 15 de octubre de “Reforma parcial del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo”, el precepto ha sido sometido a una nueva estructura, consecuencia del nuevo tratamiento de fondo en la materia, comprensivo de aspectos hasta entonces silenciados como adopción, vicisitudes en patria potestad, etc.

Y en el tema que nos ocupa, el actual art. 14.4 ha establecido, como es sabido, dicho modo de adquisición indis-

(18) En éste y sucesivos textos, se marcan en bastardilla los preceptos, párrafos, frases o palabras objeto de innovación por la P.L. o sus Enmiendas.

tinto de vecindad civil, por uno y otro cónyuge, en virtud de opción, sin exigencia de residencia y salvo en los casos de separación legal o de hecho.

Matices estos dos últimos no previstos en la P.L., y que ciertamente, significan una notable mejora respecto de la misma; no duelen prendas así reconocerlo.

Y por vía de las Enmiendas 14 y 15 del G.S., se retocaban también los entonces vigentes criterios de adquisición derivada de Nacionalidad, a nuestro ver discriminatorios por razón de sexo o de filiación: aprobada la Ley 18/1990 de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad, carece de interés alguno reproducir ahora aquellos textos.

II. Modificaciones en matrimonio

314

(Celebración, requisitos, nulidad, medidas, etc.)

Artículo Segundo de la P.L.:

“En el Título IV del Libro Primero del Código civil, se modificarán total o parcialmente, los artículos que a continuación se indican, en los términos siguientes:

Artículo 45.2 (Modificación por vía de Enmienda de M. Cat.^a numerada 8).

Donde el texto vigente dice “la condición, término o modo del consentimiento se *tendrá* por no *puesta*”, se sustituía el singular del verbo por *tendrán* y el participio pasado por *puestos*.

(Como se ve, era puramente gramatical pero muy pertinente).

Artículo 48.1 (por vía de Enmienda de la M. Cat.^a, numerada 6).

Consistía en supeditar la dispensa del Ministro de Justicia respecto del impedimento matrimonial de muerte dolo-

sa del cónyuge anterior, al requisito de que mediase *justa causa*.

Quedaba justificada la Enmienda por equiparación a las dispensas decididas por el Juez para otros impedimentos; en mi calidad de responsable del Grupo entonces mayoritario en la Ponencia, estaba dispuesto a aceptarla.

Artículo 56 (por vía de Enmienda de la M. Cat.^a, numerada 4).

Proponía la *supresión del párrafo 2.º del texto vigente* que, como se sabe, exige para los contrayentes afectados de deficiencias o anomalías psíquicas dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Justificaba M. Cat.^a su Enmienda así: “Resulta más correcto no hacer referencia alguna a la capacidad, que en todo caso afectaría siempre al consentimiento e invalidaría el matrimonio celebrado de ésta forma”.

Mi intención era disuadir a la Ponencia de la aceptación de tal Enmienda.

Me basaba para ello en que el citado art. 56.2 sirve de pista para llenar negativamente de contenido el art. 73.1.º del C.c., lastimosamente ayuno de precisiones.

No cabe consentimiento válido sin capacidad –real, no sólo declarada–, y si es justa la excepción mediante dictamen médico habilitante, más justo es aún que la realidad de la incapacidad –demostrada *ab initio* o después– invalide el matrimonio.

Y bueno es que tan repetido art. 56.2 hable de “deficiencias y anomalías psíquicas”, lo que sobrepasa los estrechos límites de las tradicionales “demencias o amencias”.

El matrimonio civil es un *matrimonio*, no es un simple contrato, y es arranque de comunidad de vida.

No tiene por qué someter su dogmática a la de la Iglesia Católica (19), pero sería despilfarro y torpeza prescindir

(19) Entre otras razones, porque a diferencia de ésta, concibe como disoluble el matrimonio.

de toda una elaboración secular que ha afinado en las nulidades hasta llegar, p. ej., al actual canon 1095.2, del Código de Derecho Canónico, cuyas incapacidades “para asumir las cargas del matrimonio”, creo son perfectamente asimilables a las “anomalías” del art. 56.2 C.c.

Y no es inútil la distinción entre Divorcio y Nulidad dentro de la dogmática “disolutoria” del matrimonio civil español a partir de 1981.

Pensemos, p. ej., en un tipo de anomalía, encajable en el 56.2, p. ej., la ludopática. No es lo mismo la adquirida que la anterior al matrimonio (20).

Art. 57 del Código civil (Por vía de Enmienda de M. Cat.^a, numerada 3).

Modificar el párrafo 1.º, sustituyéndolo por el siguiente texto:

“El matrimonio deberá celebrarse ante el juez o funcionario, o *ante el Alcalde*, correspondientes al domicilio de cualquiera de los contrayentes, y dos testigos mayores de edad”.

Justificaba M. Cat.^a su Enmienda en base a una diferencia entre “autorización y celebración”, no muy convincente, y en la pertinencia de introducir al Alcalde en este artículo: lo cual sí que es cierto.

No olvidemos que el Alcalde no es instancia judicial ni del todo “funcionario”: conforme a la Constitución es una Autoridad.

Por lo que pensaba yo inclinarme por la aceptación, aunque no fuese sino por la necesaria correspondencia con el art. 51.2. (21).

Addenda 1995. Hoy, a tenor de la Ley 35/1994 (23 de diciembre), el tema está resuelto mediante una nueva redac-

(20) *Vide* al respecto en AMORÓS GUARDIOLA y otros, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (1982), I, págs. 256 ss.

(21) *Vide* en mismo sentido AMORÓS GUARDIOLA y otros, *ob. cit.*, I, pág. 219.

ción, sensiblemente mejor, de éste y otros artículos del Código –los numerados 49, 51, 52, 53, 55, 58, 62 y 77–, y ello para responder a la plena equiparación de los Alcaldes a los Jueces en este campo.

Pero la Enmienda de M. Cat.^a marcaba ya un rumbo.

Art. 58 del Código civil (Por vía de Enmienda de M. Cat.^a, numerada 2, y complemento del autor de estas páginas).

Proponía sustituir el texto actual por el siguiente:

“El juez, o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si *consiente* en este acto *en contraer matrimonio con el otro*, y respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos han quedado unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o acta correspondiente”.

Justificaba su Enmienda por la necesidad de dejar bien claro que es la manifestación de los contrayentes y no la declaración judicial el acto constitutivo matrimonial.

Pensaba yo facilitar la aceptación de la Enmienda en base a la idea de que el hecho de que contraiga no deriva de que así lo digan los contrayentes, sino de consentir: de otra forma, cabría el absurdo de que consentir no arrastrase ineludiblemente el contraer (22).

Mi añadido consistió en corregir dos incorrecciones gramaticales en el texto vigente: pasar al singular el “consienten” (“cá uno es cá uno”, diría un castizo, lo que no admite el plural en el verbo), y suprimir una superflua coma a continuación, incorrecciones gramaticales ambas mantenidas en el texto vigente hasta la citada Ley 35/1994.

Esta Ley coincide en esencia con el texto de la Enmienda de M. Cat.^a, si bien mantiene el feo plural (“consienten”) tras el singular sujeto.

(22) No parecen convincentes los argumentos de contrario de AMORÓS GUARDIOLA y otros, *ob. cit.*, I, pág. 263.

Art. 68 del Código civil (Por vía de Enmienda de M. Cat.^a, numerada 1).

Intentaba esta Enmienda añadir una nueva obligación interconyugal a las contenidas en el precepto, la de “*darse recíprocamente alimentos*”; se amparaba en que los términos “socorrerse mutuamente” parecen insuficientes.

Mi disposición era radicalmente contraria a la Enmienda: la obligación alimenticia surge en situaciones de quiebra o al menos distanciamiento en las relaciones familiares de los obligados, judicialmente manifestadas; desgajarla, en situación de armonía, del tan íntimo como omnicomprendivo “socorro mutuo”, es tanto como rebajar todo el conjunto.

Artículo 72 (Por vía de Enmienda del G.S. a la P.L.) (23).
PROPUESTA de la P.L.:

318

“Art. 72. Constante matrimonio, cada cónyuge gozará de los honores de su consorte, excepto los que fuesen estrictamente personales; los conservará en estado de viudez y los perderá en caso de separación judicial, salvo acuerdo entre los cónyuges”.

Justificación que ofrecí a la Ponencia:

“Como se sabe, el Código civil vigente tiene en blanco el art. 72, como consecuencia de la supresión de su texto llevada a cabo por la Ley 30/1981 de 7 de julio.

Y el texto que presenta la Enmienda del G.S. a la P.L. de 1985 es exactamente igual que el que en su día contenían tanto el Proyecto del Gobierno que dio lugar a la Ley 30/81 como la Enmienda a la totalidad, con texto alternativo, del G.S. del Congreso durante aquella Legislatura 1979-1982.

(23) No puedo dar la numeración de la Enmienda porque en la documentación de que dispongo veo hoy que no aparece entre las oficialmente seleccionadas y numeradas para la Ponencia, sin que por los servicios de la Cámara se me haya podido dar explicación al respecto. Esto me hace pensar que la Enmienda no fue presentada por razones puramente formales, o quizá por carecer del V.º B.º que, según el art. 110.1 del R.C.D., debe dar el Portavoz del Grupo. Esto no obstante, creo poder afirmar que la Enmienda estaba en el ánimo del G.S., y en lo que a mí atañe, la reivindico y mantengo hoy las razones que la avalaban.

La supresión en 1981 obedeció a la admisión, ya desde el Informe de la Ponencia, de la Enmienda n.º 94 del entonces Grupo Parlamentario Comunista (en adelante, G.C.): descansaba, fundamentalmente, sobre los postulados de anacronismo, aburguesamiento y discriminación ínsitos –a entender del Enmendante– en el precepto.

Tales razones no parecen convincentes: la aplicación rígida e irrazonable de la idea de no discriminación del art. 14 de la Constitución impediría no sólo la comunicación de honores al cónyuge, sino la concesión de los honores mismos; el anacronismo, si es que se refiere a títulos nobiliarios, implicaría inexcusablemente un proyecto de derogación de su legislación especial, cosa no intentada en momento alguno (y va para 13 años desde entonces) por el Grupo entonces Enmendante o sus sucesores...

Así pues, aquélla Enmienda ha creado innecesariamente una laguna en el C.c. que hasta puede dar lugar a interpretaciones oblicuas para la legislación nobiliaria, hasta retrotraerla a términos estrictamente agnaticios.

Y respecto a la imputación de aburguesamiento o tradicionalismo, la Enmienda comunista de 1981 comportaba una visión demasiado estrecha de ‘honores’, que olvidaba reconocimientos a actividades científicas, profesionales y laborales o a merecimientos ciudadanos. Todo lo cual, si bien tendrá su mejor sanción en los usos sociales, parece pueril y además insolidario que, mientras se mantenga, sea incommunicable entre cónyuges.

En resumen: o no se admiten los ‘honores’, o no son comunicables, o de serlo –como lo son por la legislación especial– necesitan de un estatuto de Derecho civil, el art. 72.”

Art. 73 del Código civil, párrafo 1.º (Por vía de Enmienda de M. Cat.^a, numerada 9).

Pretendía esta Enmienda completar el texto del actual número 1.º que, como sabemos, declara lisa y paladinamen-

te la nulidad del matrimonio “celebrado sin consentimiento matrimonial”, añadiendo las siguientes palabras:

“; el celebrado con reserva mental de alguno de los conyuges que hubiere sido conocida por el otro al tiempo de su celebración, y el celebrado por apoderado cuando con anterioridad a su celebración le hubiere sido revocado el poder.”

Se basaba la Enmienda en la necesidad de “precisar exactamente qué se entiende por consentimiento matrimonial”.

La Enmienda había de ser rechazada según mis indicaciones al Grupo mayoritario, dado que se trataba de una casuística incompleta –como todas–, y dado que las intenciones a que apuntaba la Enmienda trascendían a un tema más básico que es el recogido en nuestra nueva versión del art. 77 C.c., según se verá a continuación.

320

Artículo 77 (Contenido en la P.L. misma publicada en el B.O.C.G.).

“Caduca la acción y se convalida el matrimonio sin consentimiento matrimonial por razón de discordancia entre la voluntad emitida y real, si los contrayentes hubieran vivido juntos durante un año después de celebrado el matrimonio”.

Durante la preparación de la P.L., justificaba yo a mi Grupo la innovación, en los siguientes términos:

“Como es sabido, en el texto vigente del Código civil el art. 77 está en blanco, suprimido por la Ley 30/1981 de 7 de julio.

Conforme voluntad ya manifiesta, se pretende rellenar éste y otros huecos en el C.c., por supuesto no caprichosamente; y la verdad es que no sólo la –a mi entender– honda justicia del precepto propuesto, sino la idoneidad misma de la ubicación aconsejan –insisto que a mi entender– este nuevo texto para el art. 77.

¿Dónde estaría la justicia de la norma?

Hay una serie de precedentes y de razonamientos que pudieran, creo, avalarla.

1.º) El Proyecto de Gobierno para la Ley 30/81 incluía la simulación en el art. 73, n.º 5; y, por su consecuencia, en el art. 77 regulaba la legitimación activa para la nulidad basada en esa causa y la limitación temporal a la acción, al establecer la caducidad de la misma “si los cónyuges hubieren vivido juntos durante más de seis meses”.

2.º) En Ponencia, y en virtud de una Enmienda del entonces G.S. del Congreso, se suprimió ese número 5.º, que establecía autónomamente la nulidad para “el (matrimonio) simulado”; pero se introdujo un número 1.º –que a su vez hizo correr toda la numeración– por el que también se declaraba nulo “el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”. (Incurriendo en ociosa redundancia con el art. 45.1 hoy existente).

3.º) El propio G.S., a través de su portavoz en la Ponencia, Sr. Zapatero (24) reconoció que la simulación se reintroducía por el nuevo número 1.º del repetido artículo 73.

4.º) Toda la doctrina, sin excepción, y –si valiese la calificación– desde la más conservadora a la más progresista (DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, S. CARRIÓN, L. ARECHEGUERRA, ALBALADEJO, LACRUZ-SANCHO, GARCÍA CANTERO, JORDANO BAREA, ETELVINA VALLADARES, CARMEN GETE-ALONSO, etc.), coincide en dar por cierto e indubitado el hecho de que el repetido número 1.º del artículo 73 comprende, entre las anomalías de ese consentimiento *matrimonial*, la simulación, el matrimonio *iocandi causa*, el error obstativo y otras que –distintas de los vicios a que se refieren los números siguientes del propio artículo y los del art. 1.263 (locos y análogos), así como, a *sensu contrario*, el art. 56.2 C.c.– enervan el consentimiento.

Mejor dicho, albergan el disentimiento.

5.º) Efectivamente, el hecho de que el sistema de la Ley 30/1981 considere un consentimiento “matrimonial” al

que se alude varias veces, pero particularmente en el art. 45 para exigirlo y en el art. 73 para que su carencia dé entrada a la nulidad, introduce –guste o no guste– un consentimiento propio distinto del de los contratos y específicamente dirigido al objeto-causa predeterminado del matrimonio (25).

6.º) No es menos cierto que parte de la doctrina (p. ej. GETE-ALONSO (26), reduce el supuesto de simulación enervante en esta materia al de la *absoluta* y *total* (caso clásico del matrimonio para p. ej., obtener una nacionalidad, o suceder en un arrendamiento, etc.).

No la relativa ni la parcial.

Ni cabe traer a colación negocios subyacentes.

Ni –sobre todo– en el matrimonio civil caben alegaciones de *exclusio prolis*, *exclusio perpetuationis* que, recayentes sobre los llamados “efectos esenciales”, daban pábulos a ciertas nulidades canónicas (27).

7.º) El Derecho comparado, y no el más regresivo –compárese, p. ej., la Reforma italiana de 1975 al art. 123– reconocen –también guste o no guste– la simulación como causa autónoma de nulidad matrimonial. Y como causas análogas a ella, las restantes de discordancia entre voluntades real y expresada.

8.º) Al suprimirse en la Ley 30/1981 el art. 77, y por tanto, al suprimirse una caducidad específica para la acción

(25) Sobre consentimiento como estereotipo en cuanto a contenido-lectura de los arts. 66 ss., vide CODERCH en AMORÓS GUARDIOLA y otros, *ob. cit.*, I, pág. 134.

(26) CARMEN GETE-ALONSO: en “Comentarios... I”.

(27) JORDANO BAREA es quien mejor ha tratado este punto, en la citada obra colectiva de la Universidad y Colegio Notarial Hispalenses, págs. 38 ss., donde recuerda que los tradicionales *tria bona* (*sacramenti*, *fidei*, *prolis*) constitutivos del *animus adimplendi* del Derecho Canónico deben ser irrelevantes, en una concepción laica del consentimiento matrimonial.

Sin embargo, como en cualquier contrato, el *animus non se obligandi* unilateral o común debe anular; y en un negocio jurídico singular, porque fundante de una comunidad familiar, el *propositum inmente retendum*, también debe anular.

Y concluye: ni las nulidades están para encubrir verdaderos divorcios, ni los divorcios deben hoy encubrir nulidades ciertas.

anulatoria por simulación, se ha producido un efecto contrario al deseado por el Legislador. En efecto: se reintroduce de hecho por la vía del número 1.º del art. 73 la posibilidad de anulación por simulación y demás anomalías afectantes a la voluntad declarada, pero las acciones para ejercitarlas son imprescriptibles.

Son imprescriptibles porque así lo ordena el art. 1.936 del Código civil a *sensu contrario* ("son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres"); y porque —frente a la opinión aislada del comentarista GARCÍA-CANTERO (28)—, toda la doctrina excluye la aplicabilidad de la acción de nulidad por cuatro años del art. 1.301 del Código civil.

(Ello en base a la inaplicabilidad analógica del art. 1.261 C.c., tanto por tratarse de un consentimiento "matrimonial" y, por tanto, en el Código, consentimiento específico, como porque, para los llamados "vicios" de la voluntad, ya el art. 76 y, para la menor edad, ya el art. 75, establecen caducidad de acción y consiguiente sanación del matrimonio transcurrido el plazo.)

De donde, en el sistema del Código —y repetimos, guste o no guste— las anulaciones por simulación o similares van a ser ejercitables en todo momento, al igual que las del matrimonio del incapaz por falta de discernimiento, las de los ligados por otro vínculo matrimonial o mutuo consanguíneo o por "crimen" (arts. 46 y 47). O de matrimonios carentes de forma (art. 73, 3.º).

Y si en estos últimos casos está justificada la imprescriptibilidad de la acción, resulta —por el contrario— aberrante que sobre el matrimonio simulado penda la espada de Damocles de una anulación ejercitable muchos años después de la celebración. (Es decir, la espada de Damocles que se ha-

(28) "Comentarios al Código civil", t. II, Madrid, 1982.

cía caer en ciertas llamadas “nulidades” canónicas utilizadas más de una vez como remedo de divorcios...) (29).

9.º) En resumen: o se deroga el número 1.º del art. 73 con lo que de ruptura del sistema matrimonial vigente comportaría, o para los matrimonios “sin consentimiento matrimonial”, primordialmente los simulados, hay que establecer una rápida caducidad de la acción anulatoria y consiguiente sanación del matrimonio si no se ejercita en el plazo establecido.

No hacerlo así significaría favorecer o dar una prima a tales acciones de nulidad, y con ello a los posibles ejercitantes de las mismas; con lo cual –repetimos– se ha producido un efecto contrario al deseado cuando se quiso poner coto a las nulidades ficticias.

324 10.º) Para aplicación de la solución aquí apuntada nos planteamos la duda de si aludir directamente en el art. 77 a la simulación –mejor dicho, acción de nulidad de matrimonio simulado–, o si aludir genéricamente –tal como se hace en el texto– a la acción de nulidad del matrimonio “sin consentimiento matrimonial por razón de discordancia entre la voluntad emitida y la real”: el haber optado por esta última solución se debe, no ya a razones de política legislativa, sino puramente técnicas.

En primer lugar, porque la doctrina de la discordancia entre voluntades real y emitida tiene plena vigencia y aplicación en los Tribunales. En segundo lugar, porque, según se dice más arriba, no es la simulación el único y excluyente supuesto de esta discordancia en la declaración matrimonial: se encuentran también los casos de *iocandi causa*, celebración con poder revocado no notificado (dfrs. art. 55, 3.º párrafo 2.º inciso), quizá reserva mental (aunque ésta

(29) De forma enérgica lo ha dicho CARMEN GETE-ALANSO (en *ob. cit.*, pág. 389): “Entender que es (la simulación) ausencia de consentimiento y no establecer un límite a la acción de nulidad... propiciará (lo que se trató de evitar) un ejercicio si no abusivo, puede decirse que de mala fe de la misma”.

equivale a una simulación absoluta y total pero unilateral), etc.. etc...

[*Addenda en 1995.* A esta propuesta de texto para el artículo 77 C.c. no se interpuso Enmienda alguna; lo cual es muy significativo.

No obstante, durante discusiones informales con los demás miembros de la Ponencia, se adujo la posible injusticia de atribución de acción de nulidad a la parte causante de la discordancia volitiva, si ésta fue de origen unilateral (casos –improbables pero no inverosímiles–, de matrimonio *iocandi causa* o por apuesta de una sola de las partes, o simulación unilateral, en la que la parte simuladora deja constancia previa fehaciente de su no voluntad matrimonial, a efectos de inmigración, obtención de pasaporte, etc.).

Para la discusión en Comisión quedó preparado por mi parte un 2.º párrafo:

“Si dicha discordancia se hubiere dado en una sola de las partes, aquélla en que hubiere incurrido tal circunstancia, carecerá en todo momento de acción anulatoria.”]

325

— — — — —

Artículos 90, párrafos tercero y cuarto, 91, 92 párrafos quinto y sexto, 93 mediante adición de un segundo párrafo, 94, 95 y 96 (Modificados parcialmente y cambiada la sistemática mediante la alteración en el orden de numeración de alguno de ellos; todo ello por vía de la P.L. publicada en el B.O.C.G.).

Art. 90, § 3.º y 4.º

“Las medidas convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas por nuevo convenio entre ellos, pero el Juez conservará, respecto de dicho convenio de modificación, las mismas facultades que respecto del originario se establecen en el párrafo anterior. También podrán ser modificadas a instancia de una de las partes, cuando se alteren las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio *o de su reforma, tanto a instancia de parte como de oficio.*”

Justificación: En mi presentación previa de la P.L. al G.S., argumentaba yo las modificaciones en los siguientes o parecidos términos:

“Como se ve, se reducen las modificaciones convencionales a los acuerdos convencionales, de tal manera que las de origen judicial merecían el respeto a su origen —basado en necesidades superiores estimadas por el órgano— y a los acuerdos de origen convencional no parecía, paralelamente, aplicable la modificación de origen estrictamente judicial.

Eso sí, mediante la remisión al párrafo anterior, se deja bien sentado el control judicial que en evitación de todo daño a los hijos o de uno sólo de los cónyuges, ya consta en el C.c. para las convenciones originarias y que por supuesto debe extenderse a las derivadas.

326

Esta modificación se propone en atención a muchos y razonados alegatos al respecto por parte de Abogados y Jueces de Familia.

El añadido de las palabras *o de su reforma* no parece exigir mayor explicación: no está suficientemente claro en el Código civil vigente, más bien se oscurece al utilizar la palabra ‘convenio’ en singular, que deben existir garantías en todo momento.”

El añadido *tanto a instancia de parte como de oficio*, se practicó ya en Ponencia, atendía al espíritu de una Enmienda presentada a título particular por el Diputado del G.P.P. D. Luis Vega y Escandón, numerada 15 y que por supuesto yo recomendé fuese aceptada: es de toda justicia no dejar al solo albedrío de las partes las garantías para el cumplimiento de lo acordado o decidido, sino que es deber del Juez velar por ello, en todo caso.

Hubo otras Enmiendas del G.P.P., la 18 de supresión, y la 19 en contra de todas las modificaciones, que se oponían en base al argumento de la “cosa juzgada, que si variable

en función del cambio acreditado de situación, no puede estar sometido a los vaivenes de la voluntad de las partes”; lo cual podía provocar “una permanente interinidad”.

Por indicación del firmante de estas líneas, el Grupo proponente y mayoritario iba a rechazar esta Enmienda, tanto porque la cosa juzgada no es rigurosamente atribuible a las medidas preventivas o consecuentes de situaciones de ruptura matrimonial —el Derecho Canónico lo ve con mucha claridad inclusive para cuestiones más de fondo—, como porque el riesgo aludido de pactos inconsistentes o erróneos de las partes queda obviado por el superior control judicial.

No hay inconveniente en que los cónyuges *re-pacten* sin necesidad de nuevo pleito. Si se les reconoce autonomía para pactar una vez, ¿porqué no otras?

Si en Derecho Canónico matrimonial la “cosa juzgada” está excluida para el Juez no sólo —como se dice en la Enmienda— en función de variación de circunstancias, sino en la de los propios criterios decidentes, ¿por qué en Derecho civil matrimonial no atender al nuevo criterio concorde de las partes?

327

Artículo 91 (por vía de la P.L. y por vía de la Enmienda 39 del G.S.).

“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en *período de ejecución de las mismas*, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico, *la pensión del artículo 97* y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna (30).”

(30) A este art. 91 se le añadiría un nuevo párrafo en virtud de la Enmienda 39, del G.S., como luego se verá.

“Como garantía de las medidas aludidas en el párrafo precedente y en el artículo anterior, el Juez, vistas las circunstancias, podrán establecer que las pensiones reguladas en este Capítulo se perciban en su caso por la persona acreedora a ellas con cargo directo a los salarios u honorarios que correspondan al deudor de las mismas”.

Razón: La de aclarar que las medidas definitivas, o constan en las sentencias, o constituyen una resolución autónoma tras éstas, durante su ejecución; no como ejecución de algo no dictado. El defecto lógico ha comportado no pocas dificultades prácticas puestas de relieve por Jueces y Abogados. Aludir a la pensión del art. 97 era salvar una omisión no conveniente, ya que hay que estimar, en principio y dadas las circunstancias socioeconómicas de los matrimonios hoy, la normalidad de la pensión equilibrante.

Respecto del 2.º párrafo, la “Motivación” de la Enmienda 39 era estrictamente ésta:

328

“Potenciar la acción judicial encaminada a evitar que se sigan burlando las previsiones derivadas de separaciones y divorcios” (31).

Artículo 92, § 5.º y 6.º (añadidos por la P.L.).

“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Para resolver lo establecido en este artículo el Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.”

Razón: consistió en la consideración de que el contenido del art. 94 del Código civil vigente debería incluirse dentro

(31) NB en 1995: Creo que esta norma sigue siendo necesaria, y dado que se ha introducido por la Ley 11/90 (15 oct.) un 2.º párrafo, habría que dejar el de la Enmienda 39 como párrafo 3.º y decir: “(...) en los dos párrafos precedentes (...)”.

del régimen establecido para los hijos en el art. 92, por lo que su texto, inalterado, pasaría a constituir dicho § 5.º de este último; y el anterior § 5.º pasaría a ser 6.º Lo cual aportaba la ventaja de que el dictamen de especialistas pudiese recaer no sólo sobre el régimen básico de compañía de los hijos sino asimismo sobre las visitas en sí; lo cual se lleva a cabo cotidianamente por los jueces no obstante la falta de un soporte legal al respecto.

Enmiendas: la n.º 20 del G.P.P. era de supresión, y su **JUSTIFICACIÓN:**

“No se ve la necesidad de incluir estos dos nuevos párrafos pues el contenido del art. 94 actual salva perfectamente lo que se pretende y no se considera necesario una nueva ubicación. Incluso el apartado final está recogido en el actual artículo 92”.

Era la intención del firmante procurar el rechazo de la Enmienda, porque:

1.º El derecho de visita forma parte del instituto de medidas de cuidado y atención (total o parcial) de los hijos. “Visita” es correlato ineludible de compañía con otro.

2.º La sistemática propuesta posibilita que el dictamen de especialistas abarque a todas las medidas, inclusive a “Visitas”.

Artículo 93, añadir un § 2.º (según la P.L.).

“Los alimentos así conferidos se mantendrán, aun alcanzada la mayoría de edad por el hijo beneficiario, si no hubiera concluido su formación por causa que no le fuere imputable, entendiéndose tácitamente, a estos solos efectos, prorrogada la representación en favor del progenitor con quien el hijo convive, mientras éste no la deniegue.”

La razón estaba, como se ve, en la conveniencia de evitar roces entre hijos y padres y, en el peor de los casos, un juicio por alimentos (*vide* art. 142.2 C.c.).

ENMIENDAS: la n.º 21 del G.P.P. de supresión del texto propuesto al art. 93, bajo la **JUSTIFICACIÓN** de “ser innecesaria”.

rio el nuevo texto, porque entrarían en juego los alimentos debidos entre parientes”.

Era mi intención oponerme a la Enmienda, ya que lo que precisamente se trataba de evitar era la obligación alimenticia clásica.

Artículo 94 (artículo 96 en el texto vigente del Código civil). (En virtud de la P.L. y de la Enmienda n.º 40 del GS).

“En defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; *exceptúase el caso de que, estimada suficiente la causa que el otro cónyuge alegue para permanecer en el uso de la vivienda, el mismo provea a aquéllos de otra con análogas características.*

330 Cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento del mismo o, en su defecto, autorización judicial.

La atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular no modificará el título en cuya virtud se hubiera venido disfrutando, ni las obligaciones del titular. Si el nuevo usuario notificare fehacientemente la atribución al constituyente del título y, en su caso, a la Comunidad de Propietarios, tendrá derecho a ser, a su vez, notificado de cuantos hechos o faltas del titular no usuario pudieran perjudicar su derecho de uso, a fin de poder oponerse a aquéllos o suplir éstas en bien de la efectividad de tal derecho.”

La razón de la modificación en el primer párrafo —no muy bien recibida por Asociaciones feministas— era flexibili-

zar la demasiado rígida norma de atribución de la vivienda conyugal, ignorante de circunstancias tales como las de ejercicio de profesión u oficio en la vivienda que pueden justificar el uso de la misma por el ejerciente.

Y la razón de la adición de un 5.º párrafo se deduce de la propia Justificación de la Enmienda 40 (sugerida por los compañeros Notarios Mezquita del Cacho y Pérez Maynar), que dice así:

“Necesidades técnicas y de justicia observadas desde la reforma de 1981: de una parte, queda claro que la atribución del uso al no titular no perjudica al constituyente del título totalmente tercero en la cuestión. Piénsese en los Arrendamientos urbanos y sus subrogaciones. El segundo inciso del párrafo garantiza al usuario que pudiesen perjudicarlo en su pacífica posesión” (32).

Artículo 95 en la P.L.

“Podrá el Juez, a instancia de parte, modificar todas las medidas, originarias o renovadas, que se refieren los tres artículos anteriores, incluida la determinación de la persona a cuyo cuidado y/o potestad queden encomendados los hijos, si se dieran relevantes circunstancias que así lo exijan o aconsejen.”

331

Razón: Este era el “precepto-llave” para las medidas definitivas susceptibles de atemperamento a las circunstancias.

La ENMIENDA del G.P.P. n.º 23, de supresión del art. 95 según la P.L., se basaba en que “el contenido actual del art. 95, que prácticamente está recogido en el art. 96 del proyecto, debe mantenerse en el lugar que en la actualidad ocupa, pues el contenido que se atribuye al nuevo, resulta innecesario en coherencia con las enmiendas anteriores”.

(Yo me oponía basándome precisamente en la conveniencia de que éste fuera el artículo-cierre del vagón).

(32) NB en 1995. A tenor del art. 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la oportunidad de aquel añadido al art. 96 C.c. -94 en la P.L.- se hace aún más patente.

Artículo 96.

“La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

Como se ve, este artículo, anterior art. 95, no hacía sino cambiar de sitio.

Artículo 103, párrafo primero, reglas 2.^a y 4.^a (en la P.L.).

332

“2.^a Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, *según los criterios del artículo 94*, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

4.^a Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge, y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo; *a salvo, respecto de éstos, los que dispone el artículo 1.397, párrafo segundo.*”

Dí la siguiente razón: “Adaptarse a la innovación propuesta en la P.L. a su art. 94, en el C.c. el 96. La alusión al 2.º párrafo del art. 1.397 se justificará en su momento”.

Enmiendas. La n.º 22 del G.P.P., que era “*De supresión*” y su JUSTIFICACIÓN, la siguiente:

“Las finalidades del nuevo texto están recogidas ya en el actual art. 96 del C.c. y no parece de justicia social la novedad que se pretende introducir, que favorece a los mejores dotados económicamente”.

He de decir que la Enmienda sería rechazada por el Grupo proponente mayoritario, porque entendíamos que corregir el automatismo que priva al Juez tener en cuenta ciertas circunstancias de hecho, sin perjuicio para el cónyuge necesitado de un domicilio, no es ir contra la justicia social.

Estas eran las modificaciones propuestas por la P.L. y las Enmiendas asumibles en aquel momento y de la nueva ordenación de textos de todo ello resultante, en el capítulo IX del Título IV del C.c. Pero para su mayor inteligibilidad, ofrezco en doble columna el texto vigente del C.c. y el que se proponía:

CÓDIGO CIVIL

Art. 90. El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

P.L. con ENMIENDAS

Art. 90. El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

E) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

E) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas por nuevo convenio entre ellos, pero el Juez conservará, respecto de dicho convenio de modificación, las mismas facultades que respecto del originario se establecen en el párrafo anterior. También podrán ser modificadas a instancia de una de las partes,

cuando se alteren las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio o *de su reforma, tanto a instancia de parte como de oficio.*

Art. 91. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Art. 91. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o *en período de ejecución de las mismas*, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico, la pensión del artículo 97 y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

Como garantía de las medidas aludidas en el párrafo procedente y en el artículo anterior, el Juez, vistas las circunstancias, podrá establecer

Art. 92. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Art. 93. El Juez, en todo caso, determinará la contri-

que las pensiones reguladas en este Capítulo se perciban en su caso por la persona acreedora a ellas del deudor de las mismas.

Art. 92. El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o *incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.*

Para resolver lo establecido en este artículo el Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Art. 93. *Los alimentos así conferidos se mantendrán,*

bución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

Art. 94. El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

aun alcanzada la mayoría de edad por el hijo beneficiario, si no hubiera concluido su formación por causa que no le fuere imputable, entendiéndose tácitamente a estos solos efectos, prorrogada la representación en favor del progenitor con quien el hijo convive, mientras éste no la deniegue.

Art. 94. En defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; *exceptúase el caso de que, estimada suficiente la causa que el otro cónyuge alegue para permanecer en el uso de la vivienda, el mismo provea a aquéllos de otra con análogas características.*

Cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento del mismo o, en su defecto, autorización judicial.

“La atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular no modificará el título en cuya virtud se hubiera venido disfrutando, ni las obligaciones del titular. Si el nuevo usuario notificare fehacientemente la atribución al constituyente del título y, en su caso, a la Comunidad de Propietarios, tendrá derecho a ser, a su vez, notificado de cuantos hechos o faltas del titular no usuario pudieran perjudicar su derecho de uso, a fin de poder oponerse a aquéllos o suplir éstas en bien de la efectividad de tal derecho”.

Art. 95. La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

Art. 96. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudentialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular,

Art. 95. *Podrá el Juez, a instancia de parte, o de oficio, modificar todas las medidas, originarias o renovadas a que se refieren los tres artículos anteriores, incluida la determinación de la persona a cuyo cuidado y/o potestad queden encomendados los hijos, si se dieran **relevantes** circunstancias que así lo exijan o aconsejen.*

Art. 96. “La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Art. 102. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1.º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en

Art. 102. 2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, *según los criterios del artículo 94*, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

4.ª Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge, y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuen-

los de la Propiedad y Mercantil.

tas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquirieran en lo sucesivo; a salvo, respecto de éstos, los que dispone el artículo 1.397, párrafo segundo.

III. Filiación

(Artículo tercero de la P.L.)

Se modificaba el *ARTÍCULO* 109. (Versión de la P.L. completada por la Enmienda n.º 41 del G.S.)

341

“La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Los progenitores podrán alterar, de común acuerdo, el orden de los apellidos paterno y materno en el momento de la práctica de la inscripción de nacimiento.

El hijo, en el año siguiente a su mayor edad, emancipación o habilitación de edad, podrá alterar también el orden preestablecido de sus apellidos.”

Como se ve, se mantuvo la remisión a la norma concreta, constituida por la Ley de Registro civil, arts. 53 a 62 (“1.º el paterno y 2.º el materno”), Rgto. R.C., arts. 194.1 y 196.2 y circular DGRN 02/06/81.

La reforma de 1981 había recogido –como se sabe– una Orientación del Consejo de Europa, R. 37/78. Si bien parcialmente, ya que omitió la facultad de cambio en el momento del nacimiento, de consuno los padres: es ésta una facultad que no daña a nadie, resalta la no discriminación respecto de la mujer y es, lógicamente, reversible en virtud de la facultad del párrafo siguiente.

Con ello creímos proporcionar un conjunto más armónico y completo (33).

Respecto a la limitación temporal, creí fundadas (y seguramente de conocidas, habría atendido a ellas el legislador de 1981), las objeciones prácticas manifestadas por RODRÍGUEZ ADRADOS (34), PEÑA B. DE QUIRÓS (35) y DÍEZ DEL CORRAL (36): las alteraciones más tardías presentan riesgos identificatorios, no parecen responder a intereses atendibles, sin perjuicio de que, si lo fuesen, quede siempre abierto el expediente al efecto.

Hubo una ENMIENDA, la del G.P.P., numerada 26, que fue de *Supresión* del texto propuesto. Se justificaba así:

“Esta materia debe tener carácter imperativo, no dispositivo; basta con la excepción que, a favor del hijo mayor de edad, contiene la ley actual”.

342 En mis recomendaciones al Grupo proponente y entonces mayoritario, esta Enmienda debía ser rechazada.

IV. Relaciones paterno-filiales

(*Artículo CUARTO de la P.L. y Enmiendas al mismo n.ºs 44 y 45 del G.S.*)

En el Título VII del Libro Primero del C.c. se modificaban la rúbrica del Capítulo IV que diría así:

“De la extinción y de la privación de la Responsabilidad parental”.

(33) NB en 1995. AURELIO DÍAZ GÓMEZ en *R. J. Notariado*, n.º 7, pág. 115, no parece ser contrario a esta posibilidad, cuando se hace eco de las tendencias favorables a que no haya presunción legal de prioridad para el apellido paterno, y que los progenitores no tengan que decidir en todo caso el orden; lo cual —creo que DÍAZ GÓMEZ piensa también así— sería excesivo y fuente de infinitos conflictos.

(34) En *R. Derecho Notarial*, n.º 120, pág. 349.

(35) En *Comentarios a la Reforma...*, I, pág. 812.

(36) En *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, 1983, pág. 83, y en *R. Derecho Notarial*.

y los:

“Art. 158. El Juez, de oficio, así como a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas cautelares... (resto igual en los 3 primeros apartados)”.

“4.º La suspensión del ejercicio de la autoridad parental por parte del progenitor que maltratare a su hijo o lo expusiere a la mendicidad. En tales supuestos y en interés del menor, el Juez de inmediato acordará la separación del menor del medio familiar, y su internamiento en establecimiento público o acogimiento por otras personas”.

La justificación al 1.º párrafo parecía innecesaria... La realidad ha demostrado con creces las necesarias iniciativas judiciales en ciertos casos, aun antes de que las promueva el Fiscal.

Y el 4.º apartado se justificaba por la necesidad de dotar al Juez de medios legales apropiados sin tener que ir a remolque del juicio penal.

El artículo 170 C.c. quedaba, en virtud de la Enmienda 45 G.S., en estos términos:

“En todo caso el Juez privará de la patria potestad al progenitor que hubiere sido condenado por hechos constitutivos de delitos de lesiones a su hijo o cuando lo maltratare reiteradamente, le dedicare a la prostitución o a la mendicidad. Desde que se conozcan los hechos y mientras se sigue la causa, el Juez del domicilio del menor adoptará por los trámites de la jurisdicción voluntaria, las medidas a que se refiere el número 4 del artículo 158 de este Código, que podrán ser modificadas en interés del menor en la Sentencia definitiva que se dicte”.

Su Motivación era:

“La reiteración de casos como el que se contempla en nuestra realidad social, aconseja su específica mención y tratamiento. La enmienda resulta además coherente con la presentada al artículo 158”.

V. Usufructo

El artículo quinto de la P.L. ("Modificaciones en el Título VI del Libro Segundo del C.c."), tan sólo afectó al art. 492 C.c., cuya redacción debía ser la siguiente:

"Art. 492. La disposición contenida en el número segundo del precedente artículo (37) no es aplicable al vendedor o donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados (*11 palabras suprimidas*), ni al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria (*otras 2 palabras suprimidas*), salvo que éste contrajere ulterior matrimonio".

Lo justificaba yo así:

"El objeto de esta reforma es suprimir toda referencia al usufructo paterno-materno sobre bienes de hijos, por la simple causa de que dicho usufructo no integra hoy la Patria Potestad, en virtud de las modificaciones en la misma por la Ley 11 de 1981.

344 El proyecto del Gobierno de 1981 así lo hacía. Pero durante la discusión de esta Ley, una Enmienda centrista (la n.º 434, primer firmante Sr. Díaz Fuentes) propuso reinsertar el inciso "ni tampoco a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos". Se basaba, a nuestro ver con error, en que caben supuestos de Usufructo paterno-materno de origen voluntario, sobre todo, testamentario y que para ellos es conveniente conservar, en aras a la confianza que los padres inspiran, la exención en la obligación de fianza. La Enmienda fue estimada y consecuencia de ella, se restringió a su vez esta dispensa de fianza al caso de que el padre o la madre contrajere nuevo matrimonio.

Esta restricción -de orden imperativo- demuestra lo distorsionante de la dispensa y, en definitiva el error de la Enmienda 434 al Proyecto de 1981.

Porque la restricción de no ulterior matrimonio obligaría a interpretar que en usufructos regidos por voluntad testamentaria, que nada dijese respecto de fianzas, éstas surgirían como obligación legal caso de ulteriores nupcias del padre o madre.

Lo importante es la inexistencia de Usufructo legal sobre los bienes de los hijos en la Patria Potestad según la Ley 11/81. La atribución puntual a los padres de una parte de los frutos para sostenimiento del hogar -a tenor del art. 165.2- nada tiene que ver con un Usufructo.

(37) Que trata de la obligación para el usufructuario de constituir fianza.

Y si no existe Usufructo, mal puede existir obligación de fianza, ni dispensa de ella, ni menos aún su resurrección caso de bñubos. Una dispensa legal de una inexistente obligación legal es ganas de complicar las cosas.

Si quien puede, ordena un usufructo paterno-materno para bienes de persona sujeta a patria potestad, ya se cuidará de ordenar fianza —exigencia que hay que obedecer en aras de una voluntad muy atendible—, de no ordenarla, o de distinguir según los casos.

La voluntad del ordenante gratuito es Ley en esta materia, conforme al sistema del art. 164, párrafo 2.º, n.º 1.º C.c. modificado por Ley 11/81; y analógicamente, por el art. 227 reformado por la Ley 13/1983.

El actual art. 492 puede también interpretarse, a tenor de precedentes legislativos (DÍAZ FUENTES en 1981), y simplemente a tenor de su letra, que en el Usufructo de origen voluntario, aun cuando el ordenante impusiere fianza, ésta decae si el usufructuario es padre del nudopropietario: lo cual es inadmisibile. De aquí que haya que reformar.”

Hubo una *ENMIENDA AL ARTÍCULO 5.º (ART. 492)*, proveniente del G.P.P., “*De supresión*”.

345

Su **JUSTIFICACIÓN** era que:

“No parece necesario exigir fianza a los padres respecto del usufructo sobre bienes de los hijos”.

Lógicamente, el dictamen de quién firma al Grupo proponente era de rechazo de la Enmienda, que no hacía sino replantear la cuestión.

VI. Donaciones

Modificaciones en el Libro III del C.c.. Para su Título III propuso el G.S., por vía de Enmiendas a la P.L., varios retoques en materia de Donaciones, a saber:

El Artículo 644 del Código civil se retocaba así, en virtud de la Enmienda 61:

a) Se añadía un párrafo 2.º tras los n.ºs 1.º y 2.º del 1.º (que, como recordamos, establece la revocabilidad de las Donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos), consistente en la siguiente frase:

“Se exceptúa el supuesto de ser tales hijos comunes a quien hizo y recibió la donación”. Y

b) Se adicionaba un párrafo 3.º del siguiente tenor:

“Las donaciones entre cónyuges serán revocables por causas comunes, pero no por la de superveniencia o por la de supervivencia de hijos del donante”.

Y se justificaba así:

“El párrafo 2.º evita el absurdo de que la donación hecha a una persona con quien se tiene o ha tenido relación sexual, pase a ser revocable cuando como consecuencia de esa relación hay hijos comunes posteriores, o anteriores reaparecidos con respecto al momento de la donación. La superveniencia o la supervivencia de hijos –aun no deseados– no puede convertirse en fuente de sanción para el coprogenitor.

346 El párrafo 3.º obedece a la necesidad de colmar una laguna nacida a partir de la licitud de las donaciones entre cónyuges que proclama el 1.323 del Código civil; es obvio que el matrimonio prima sobre los eventos citados de superveniencia o supervivencia y que hay que establecer una regla idéntica a la que el art. 1.343 1.º del Código civil establece para las donaciones por razón de matrimonio”.

[Hago constar con gratitud que la introducción de esta Enmienda tenía su apoyo en consideraciones muy fundamentadas de los Notarios Giménez Duart y Mezquita del Cacho (*vide* de éste “Normativa civil y sustrato sociológico: algunos ejemplos de perentoria necesidad de ajuste”, en *Actualidad civil*, n.º 5, págs. 301 ss.; de aquél, *R. D. Notarial LXXVIII*, pág. 145).]

En virtud de la Enmienda 62 del G.S., se modificaba también el artículo 647 del Código civil en los siguientes términos:

“La donación será revocable a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las cargas que aquél le impuso. A los efectos de este artículo, en las donaciones entre cón-

yuges, la posterior anulación del matrimonio mediando mala fe en el donatario equivaldrá al incumplimiento de carga.

Revocada la donación por incumplimiento de cargas, los bienes donados volverán al donante quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria”.

Y se motivaba así:

“En primer lugar, hemos sustituido la expresión ‘condiciones’ de la anterior versión por la más técnica de cargas, tal como hace la propia Ley de 13 de mayo de 1981 al redactar el artículo 1.343. La dogmática de la revocación de donaciones no tiene nada que ver con esos sucesos o eventos ajenos y anejos al negocio jurídico que integran la idea técnica de ‘condición’ (La crítica a la palabra “condiciones” en el art. 647 es vieja en la doctrina y en la Jurisprudencia desde la STS 03/11/1931).

En 2.º lugar, colmamos una laguna derivada de la permisón de donaciones entre cónyuges por el artículo 1.323 del Código civil reformada en 1981; se traslada la regulación –basada en una *fictio legis útil*– del artículo 1.343 para un supuesto similar, el de las donaciones entre contrayentes. Esta traslación expresa –a que podría haberse llegado mediante interpretación analógica del últimamente citado precepto– tiene, sin embargo, un especial interés al relacionarla con la modificación de la Reserva binubal”.

347

Y se modificaba el art. 648, párrafo 2.º, en virtud de la ENMIENDA 63, del G.S., del siguiente tenor:

“En las donaciones entre cónyuges, se estimará ingratitud además de los supuestos del párrafo anterior, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855, o le sea imputable, según la Sentencia, la causa de separación o divorcio”.

N.B. 1995. Es cierto que las reformas que propugnamos en 1985 para los artículos 647 y 648 C.c. no eran sino traslación de los esquemas que para situaciones paralelas ofrece el art. 1.343 en las donaciones *propter nupcias* entre contrayentes, y que de no llevarse a cabo las reformas de la Proposición de Ley (vía Enmiendas), la jurisprudencia en su día se habría encargado de utilizar el cómodo

criterio analógico. Pero, puestos a reformas, mejor era apurarlas.

Como también es cierto que el esquema “mala fe en la anulación matrimonial=carga incumplida en Donación; imputabilidad en Separación y Divorcio=ingratitude en Donación”, adoptado por la Ley 11/1981 para las Donaciones *propter nuptias* entre contrayentes (art. 1.343), es un tanto artificial.

Pero es un artificio capaz de dar simetría, claridad y no poca justicia a situaciones –por otra parte– de no excesiva frecuencia social.

Por eso decidí seguir con el esquema en las propugnadas reformas de la P.L. y Enmiendas del G.S.

348 (Recuerdo, al respecto, que mi admirado compañero y amigo J. L. Mezquita del Cacho me recomendó por carta de esas fechas aplicar la “ingratitude” no sólo a quien diese lugar, por serle imputable la causa, a Separación y Divorcio, sino también *a quien lo instase*. No le faltaba razón, pero podría dar lugar a injusticias, y llevaba a recomponer todo el esquema de 1981.

Decidí, pues, seguir con mi texto.)

VII. Reserva lineal

Modificación del art. 811 C.c. (por vía de la Enmienda n.º 48, del G.S., al Artículo Sexto de la P.L.)

Propuso el G.S. el siguiente nuevo art. 811:

“El ascendiente que *por exclusivo ministerio de la ley* heredare de un descendiente habrá de reservar los bienes que *formen parte de la herencia* y que el descendiente causante hubiere adquirido *a su vez* por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano *propio* perteneciente a la línea de procedencia de los bienes, *siempre que se dé alguna de las siguientes circunstancias*:

a) *Que el matrimonio entre los progenitores del descendiente causante se hubiere disuelto por nulidad o divorcio, o*

hubiese sido afecto de separación legal o convencional documentada;

b) Que el ascendiente heredare como consecuencia de haber adoptado al causante, o ascendiente del mismo, a no ser que lo hubiese hecho conjuntamente con el cónyuge de cuya línea proceden los bienes, salvo que a su vez en el matrimonio se hubiesen dado los eventos de la letra a) anterior.

(Nota en 1994. El texto de esta letra b) hoy y tras la Ley 21/1987, sería el siguiente:

“b) Que el ascendiente lo fuese y heredase por razón y como consecuencia de haber adoptado al causante, o ascendiente del mismo, en los supuestos del n.º 2 del artículo 178 de este Código.”)

c) Que en los supuestos de que el progenitor del descendiente causante hubiese incurrido, respecto de esa generación, en una de las condenas penal y civil que respectivamente señalan los n.ºs 1.º y 2.º del párrafo primero del artículo 111 de este Código, heredare por ministerio de la Ley un ascendiente de aquél (38).

349

No habrá obligación de reservar en el supuesto c) precedente si se dieran las remisiones del párrafo tercero del artículo 111.

La reserva operará en favor de cuantos sean, en la misma línea de procedencia de los bienes, descendientes por cualquier unión del ascendiente premuerto, o en su defecto padres o hermanos del mismo. Los reservatarios adquirirán los bienes, siendo hijos y hermanos, por cabezas; y por estirpes si fuesen padres o descendientes de grado ulterior (39).

(38) Este texto de la “c)” resultó de refundir, de acuerdo con los servicios de la Cámara, dos anteriores letras c) y d) en la Enmienda G.S.: con ellos se salvaba un pequeño error técnico.

Obsérvese, asimismo, que figuran en tipo normal de letra, palabras o giros no exactamente iguales al texto anterior, pero se ha preferido reservar la bastardilla para las modificaciones de contenido.

(39) *Idem* 2.º párrafo nota anterior.

El derecho a la reserva es, incluso anticipadamente, renunciabile de modo expreso, con carácter general o respecto a bienes determinados. La acción para reclamar su efectividad caducará a los cuatros años desde el fallecimiento del reservista, salvo que estuvieren constituidas las garantías previstas en las leyes.

Para la enajenación de los bienes constituidos de la reserva, se estará a lo dispuesto sobre reserva binubal” (40).

La **Motivación** era la siguiente:

“La modificación de este precepto era una necesidad, ya que en su redacción actual contiene una norma injusta y no acorde con las exigencias de nuestro tiempo.

Si se considerase como una reserva estrictamente ‘truncal’, la institución será un anacronismo, que la Ley no sólo no debe imponer, sino debe impedir. Ello sin perjuicio de la autonomía de la voluntad para predeterminar, dentro de las limitaciones legales, el orden sucesorio de bienes de naturaleza especial, como por ejemplo, la explotación agrícola o industrial familiar.

Si la institución quedare, como ha quedado reducida, a una prioridad concedida a la línea de procedencia de los bienes no remota, sino inmediata, y frente a un curso inesperado de aquéllos por una suma de azares, la norma es de una injusticia radical: castiga a quién, en un orden normal de vida, estaba más sentimentalmente entrañado con las personas cuyas muertes eslabonan la sucesión.

Y premia a quiénes, si no fuese por tales eventos desgraciados, serían muy ajenos a tal patrimonio en su decurso habitualmente voluntario y desde luego legal: la actual reserva es un premio de lotería no jugada o un homenaje al despecho.

De donde el culebrón narrado por ALONSO MARTÍNEZ, el ‘espectáculo irritante’ de verdad, es el de la Reserva del 811

(40) He de agradecer de nuevo a J. L. Mezquita del Cacho sus valiosísimas aportaciones en la concepción y redacción de esta Enmienda.

obligadamente clausulada por Notarios en multitud de testamentarias e introducida por los Registradores de la Propiedad en los asientos a su cargo a petición de los reservatarios.

Ello es más sangrante dada la naturaleza de bienes, de uso o moderado ahorro, que constituye la inmensa totalidad de las herencias españolas, un piso, algunas acciones, alguna parcela o chalet, etc.

Respecto de las de gran envergadura, y más aún aquéllas compresivas de medios de producción significativos, la previsión de azares por vía testamentaria sería aún más moralmente exigible a sus titulares, dada su probable mayor cultura; instituciones como las sustituciones pupilar y ejemplar y la fideicomisaria condicional viabilizan tal previsión.

Ahora bien, la Reserva del artículo 811, que no debió ser introducida en nuestro Código civil salvo en los casos de Separación y Nulidad matrimoniales de los progenitores del descediente causante, hoy tiene justificación mantenerla en esos supuestos más en el introducido Divorcio.

351

Es evidente que una relación rota no puede ser puente para un trasvase definitivo de bienes de familia a familia.

Tras muchas dudas, decidí mantener asimismo la Reserva en la herencia *ope legis* derivada de la adopción unilateral, en base a la consideración de que el parentesco por adopción debe ceder como título de atribución definitiva en ese supuesto de sucesión oblicua y por azar imprevisto de que se trata.

[Nota 1995. Téngase en cuenta, no obstante, que la redacción de esta Enmienda tuvo lugar durante las sesiones de la Ponencia de la P.L.; o sea en el curso de los años 85/86 y, por tanto, cerca de un año antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 21/1987 de 11 noviembre por cuya virtud se suprimieron “los vínculos jurídicos” –y por ende, también el sucesorio– “entre el adoptado y su familia anterior” (art. 178.1 C.c.).

Pero que, “por excepción”, los declaró subsistentes en los supuestos del “adoptado hijo del cónyuge del adoptante” y del adoptado hijo de “solo uno de los progenitores (...) legalmente determinado” y

adoptante “de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiese sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de once años y el padre o madre cuyo vínculo haya de subsistir” (art. 178.2, 1.º y 2.º C.c.).

En ambos supuestos de excepción, el efecto “horquilla” sucesorio derivado del azar puede producirse; de aquí que en la perspectiva de 1995 en que esta Nota se redacta, el texto pasaría a ser el que también con referencia a esta fecha se inserta.

Se dirá que, equiparados desde la Ley 7/1970 (4 de julio) para la entonces adopción “plena”, y desde la Ley 21/1987 para la única existente, los vínculos de la filiación adoptiva a los de la por naturaleza, es chocante el mantenimiento de esta reserva que propugno. Pero creo que alguna diferencia subsiste entre procreación y un expediente judicial. Los recelos que a la familia de “donde los bienes proceden” pudieren ocasionar las muertes de su representante y del “tierno vástago”, pueden estar justificados si éste no es tan vástago, sea o no tierno.

La Reserva que se intenta mantener no creo contradiga el principio de igualación de filiaciones a que aluden expresamente los Preámbulos de las Leyes del 81 y del 87: no se discrimina aquí a hijos, sino a otras personas.]

352

La circunstancia determinante de Reserva que gira bajo la letra c) del párrafo primero del nuevo art. 811, está también justificada. Si el progenitor/a engendró delictivamente, o no quiso asumir sus responsabilidades paterna o materna, llegado el caso de los azares sucesorios en cadena, no debe ocurrir una residenciación irreversible en manos de su familia de un patrimonio del todo ajeno. Digo “su familia” porque el progenitor sancionado está ya excluido, según el propio art. 111; pero puede haber premuerto el hijo causante y sería el abuelo el ascendiente llamado a la reserva.

El caso es remotísimo, como infrecuente serían los de las letras a) y b).”

¿Qué quiere ello decir?

Que de haber prosperado la reforma de la Proposición de Ley, la Reserva lineal habría pasado a ser un recuerdo.

Lástima de la valiosa y abundante literatura y jurisprudencia creadas en su entorno: como dijo von Kirschmann, un Decreto puede arrumbar bibliotecas enteras.

Pero lo que no puede mantenerse de modo alguno es una institución injusta, totalmente desconocida en las demás legislaciones romanogermánicas o del *Common Law*.

Para los supuestos excepcionalísimos en que la Reserva tuviese efectos, y como resumen y homenaje a los esfuerzos exegéticos llevados a cabo respecto del vigente art. 811, los párrafos 2.º, 3.º y 4.º del nuevo texto delimitan los efectos del *ius singulare* subsistente (41).

VIII. Sustitución *ope legis* en favor de descendientes

(MODIFICACIÓN de los ARTS. 766 y 814.3, 982.3º y 986 del C.c.)

Dentro del art. 6.º de la P.L., referido a las modificaciones a operar en ciertos artículos dentro del Libro 3.º del C.c., figuraban estos dos: la unidad de la materia lleva a re-
cordarlos hoy en conjunto, aun saltando el orden numérico:

353

(41) GIMÉNEZ DUART, en una "Addenda" a su excelente artículo "Los desajustes de la Reforma: sobre legítimas y reservas" (*Revista de Derecho Notarial*, CXXVIII, Abril-Junio 1985, págs. 163 ss.), addenda dedicada precisamente a la P.L. objeto del presente trabajo, critica el hecho de que no hubiésemos aprovechado ésta para extender la Reserva lineal del 811 en el supuesto de sucesión intestada entre cónyuges con la preferencia sobre colaterales introducida por la Ley 11/81. Es seguro que GIMÉNEZ DUART no conocía en tal momento las propuestas Modificaciones del 811 vía Enmienda Socialista a la P.L., aunque las Enmiendas se publican en el BOCG. De leer la Enmienda, cuasiabolicionista del 811, habría podido calibrar la imposibilidad de que hubiésemos propugnado tal reforma, y con mayor razón. La anteposición —totalmente justificada— del cónyuge a los hermanos en el nuevo art. 944, nunca debe amparar los mecanismos reservistas: porque ni cuentan con el presupuesto de la ruptura familiar que en nuestra versión legitima una subsistencia residual del 811 (ya que entonces no hay sucesión intestada entre tales cónyuges, art. 945), y porque nunca debe ser primada la negligencia de quien pudo y debió testar si tenía unos "designios troncalistas".

Por cierto que la alusión que dicho autor hace en pág. 167 a determinados "bienes de abolengo" me deja un tanto perplejo porque ignoro, para la sociedad y el Derecho de nuestros días, qué bienes sean esos.

Los textos propuestos decían así:

“Art. 766. El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761, 814 en su párrafo tercero y 857”.

Art. 814 párrafo 3.º “Los descendientes de otro descendiente *premuerto al testador* y que no *hubiese* sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”.

Y dentro del art. 9.º de la P.L., referido a otras modificaciones en Derecho sucesorio, figuraban estos otros dos, que también guardan íntima relación con el tema.

354

“Artículo 982. Además de los ya consignados requisitos de pluralidad de llamados “a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes”, y de que “uno de los llamados muera antes que el testador o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla”, contenidos en los n.ºs 1.º y 2.º de referido precepto, se añadía un 3.º que decía así:

“3.º *Que para tales casos no haya sido nombrado sustituto y tampoco sea de aplicación la regla del párrafo 3.º del artículo 814”.*

Y el Artículo 986

“*En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho a acrecer, la porción vacante del instituido (42) pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones”.*

(42) En el BOCG de 20/9/85 se incurrió en la errata de omitir las palabras “del instituido”, salvada en BOCG posterior. Quedó, pues, reducida la reforma a omitir la alusión a la no designación de sustituto. Como se ve, se suprimen 7 palabras respecto del C.c.

Justificación a las modificaciones.

De las Notas que entonces redacté para intentar convencer a mis compañeros del Grupo, y a los colegas en Pleno y en Ponencia –téngase en cuenta que, a diferencia de las Enmiendas, el articulado de una P.L. no se acompaña de “Motivación” escrita–, valgan éstas sobre los artículos 766 y 814.3 –en algún punto actualizadas en 1995–, por si al lector le interesasen.

Comencemos por el art. 766; dada la cierta longitud del texto, lo inicio con un breve sumario.

() JUSTIFICACIÓN PARLAMENTARIA (REVISADA) A LA REFORMA DEL ART. 766 C.C.*

I. Planteamiento.

II. Objeciones

- A) ¿Inútil art. 766?
- B) Razón de ser del 766.
- C) Arts. 761 y 857.
- D) Más sobre el 761 y “la famosa contradicción” con el art. 756,2.º Maneras de salvarla:
 - a) Vía 761 descriptivo.
 - b) Vía 756,2.º imperante.
 - c) Vía 761 extensible.
 - d) Vía 761 imperante.
 - e) Vía 756,2.º excepcional.

III. ¿Excepción?

IV. ¿Hay hoy otra “excepción”?

V. Repercusiones en el art. 766.

I. *Planteamiento.* La Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo en el actual párrafo 3.º del art. 814 la representación testamentaria en favor de descendientes de ulterior grado en caso de premoriencia de los de más próximo.

Esta reforma, propiciada por una fuerte corriente doctrinal, atiende a la razón de justicia de integrar la voluntad

testamentaria, situando a los nietos en el lugar del hijo premuerto pero llamado en un testamento carente de cláusula de substitución vulgar (cosa frecuente en los testamentos no notariales dada la ignorancia jurídica de los testadores, pero también en muchos notariales). Sin que, muerto el hijo, el causante teste de nuevo (precisamente por razón de la convicción popular de que la representación testamentaria existía ya).

La nueva redacción del Código ha liberado este sencillo supuesto del complicado mecanismo y destructores efectos de la preterición (preterición técnicamente discutida por algunos en cuanto no hubo omisión testamentaria del en ese momento legitimario...); y establece esta limitada y concreta subrogación *ope legis* de derechos hereditarios.

356 Ahora bien, esta subrogación legal, vulgarmente llamada derecho de representación, constituye una excepción al principio general contenido en el art. 766 del Código civil. Al no salvarla, probablemente por olvido, el legislador de 1981 dio lugar a una contradicción entre ambos artículos que no puede resolverse sino mediante la adecuada adaptación del art. 766 a la innovación producida.

A las dos excepciones contenidas en el art. 766 —que en rigor no son tales por referirse al derecho, no transmitido, sino inmanente a la legítima—, hay que añadir la producida por el nuevo art. 814, párrafo 3.º, que sí es verdadera excepción, si bien reducida a descendientes del descendiente voluntario.

II. Cabe objetar que la reforma del art. 766 es innecesaria, ya que el párrafo 3.º del 814 no constituiría en caso alguno excepción a un precepto cuyo único contenido es denegar el *ius transmissionis* (43).

(43) Criticaba GIMÉNEZ DUART la innovación en el citado artículo publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, CXXVIII (1985), pág. 166: muchas de las notas siguientes fueron redactadas tras la lectura de ese interesante artículo y como base para la continuación de las discusiones en la Ponencia.

Entramos, pues, en el problema de la utilidad o no del 766; y entonces hay que distinguir:

A) Si su objeto exclusivo fuese denegar el *ius transmissionis*, sí sería precepto inútil puesto que ya el art. 1.006 C.c. sitúa adecuadamente el ámbito en que opera tal derecho, no otro que el de la herencia deferida (“sin aceptar ni renunciar la herencia...”).

Es decir: opera una vez muerto el causante —art. 657—. [Aunque también aquí, en este artículo con expresión incorrecta, el famoso “se transmiten” utilizado para “los derechos a la sucesión de una persona”, que lo que hacen, al momento de su muerte, no es “transmitirse” (no vienen de otro) sino nacer (44).]

Pero no tan inútil el 766, porque deniega la transmisión de derechos por el renunciante: aquí si cabría hablar de un hipotético *ius transmissionis* en cuanto la renuncia válida sería necesariamente posterior a la muerte del causante (art. 991).

Y aunque cabe recordar que del art. 929 para la sucesión intestada y en general de los arts. 1.006 (a sensu contrario), y sobre todo 1.001 (que permite la subrogación por los acreedores del renunciante), se deduce claramente —también a sensu contrario— que los herederos del mismo carecen de tal derecho de subrogarse, bueno es que lo diga de forma expresa un precepto legal.

357

La crítica concreta consistía en que al dejar (también) a salvo el 814.3.º, “se resucitarán las dudas en orden a si el derecho de representación queda exclusivamente circunscrito a la legítima del descendiente premuerto”. Yo creo todo lo contrario.

Por su parte y años después, VATTIER FUENSALIDA, en una importante monografía sobre *El derecho de representación en la sucesión mortis causa* (Madrid, 1986, pág. 284, nota 92), alude al texto de la P.L. como una fórmula idónea para constatar “una nueva salvedad al art. 766”.

(44) Todo esto nos conduce a no exigir excesivos tecnicismos en el C.c.; sobre todo, no basarse en defectos puramente terminológicos para llevar a interpretaciones contradictorias a su finalidad. El art. 657 corrobora la equivocidad reinante.

Porque no es nada disparatado defender de *lege ferenda* –y de hecho lo han defendido varios autores (45)– una acción impugnatoria de la renuncia –paralela a la del art. 1.001– por parte de los legitimarios del renunciante, cuando a la vez lo fuesen del causante caso de no existir aquél (línea descendente); o inclusive un llamamiento directo a dicha legítima, similarmente a lo que establecen los arts. 761 y 857.

Es decir, que al igual que se defiende por algunos constitucionalistas para la sucesión en la Corona, y el TS (véase Sentencia 7-diciembre-1965) para la sucesión en los títulos nobiliarios, las renunciaciones abdicativas no implicasen a descendientes, al menos en cuanto a legítimas.

Tesis, por otra parte recogida en varios Códigos extranjeros, como el italiano, y en la propia Compilación de Aragón.

358

Pero nuestro sistema sucesorio no quiere tal cosa, y por ello el art. 766 lo dice expresamente.

El silencio al respecto habría presentado problemas.

B) Si su objeto no es denegar el concreto *ius delationis*, sino establecer una norma compleja de denegación de llamamientos, entonces el artículo tiene utilidad.

Hay que inclinarse a esta interpretación, porque los Códigos –y, menos el nuestro– no suelen adoctrinar. [Como sería la labor –por otra parte inútil, por lo dicho en “A”)– de aseverar que no hay *ius transmissionis* en determinados casos].

Sino que lo hacen es *disponer*, y a veces en términos imprecisos o vulgares.

(45) J. M.^a MIQUEL, indirectamente, en *Comentarios Refoma Derecho Familia*, II, p. 1276; antes MARTÍNEZ CALCERRADA (*La representación en el Derecho Sucesorio*, 1960, II, IV, págs. 419 ss.) y antes aún, MORELL en *RGLJ*-1905, n.º 157, págs. 304 ss. También muy enérgicamente, PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*), V-3, pág. 387 y siguiente). Y –como después se verá– la, a mi ver, incompleta redacción del art. 814.3.º da pie a que se interprete, de *lege lata*, que hay representación en favor de los descendientes del renunciante en la testada.

El “no transmiten ningún derecho” del art. 766 es una regla única para una pluralidad de eventos. La disposición o regla es simplemente denegatoria, establece que en 3 casos no hay llamamientos, ni directos, ni derivados, sean éstos —y aquí no lo dice el C.c., lo dice el intérprete— por vía *ius transmissionis*, o por vía sustitutoria, o subrogatoria, o por vía de representación.

Los eventos a que se refiere son tres, correspondientes a los clásicos *non ist, non volet, non potest*.

Otros tantos serían los mecanismos que en una hipotética tesis afirmativa, tendría lugar para establecer la oportuna producción de determinados efectos jurídicos en favor de otras personas. Como lo que se quiere es que no sea así, no procede especificar, sino establecer un “precepto-vagón” que, para situaciones múltiples, da una regla única.

La doctrina la reconduce a un simple principio: **NO TRANSMITE QUIEN NO ADQUIERE.**

359

O, dicho de otra manera, “quienes no adquieren, no transmiten”.

Lo que no podría tener en buena técnica, otras excepciones que aquéllas en que la ley quiera que se produzcan transmisiones deferidas por quienes no han adquirido. (Construcción ciertamente forzada, pero que la doctrina salva fácilmente por el “se entiende que han adquirido a los efectos de ...”: adquisición *a non domino*).

C) No es tal el caso —como reconocen toda la doctrina (46) y la jurisprudencia— de los llamamientos directos a legítima en favor de descendientes que establecen los arts. 761 y 857 C.c. referidos respectivamente a Indignidad y Desheredación.

(46) Valga recordar aquí a ROCA SASTRE en *Estudios*, II, pág. 295; SIERRA BERMEJO en *AAMM*, 1947, pág. 454, LACRUZ en *Comentarios a Binder*, pág. 346, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-3.º, pág. 399, y un largo etc.

Y sin embargo, la literalidad del “salvo lo dispuesto” en el texto del art. 766 equivale a darles el trato de verdaderas excepciones a la transmisibilidad.

La técnica sufre, pero la claridad gana.

Insistamos: Que la regla del art. 857 no es una excepción a la no transmisibilidad de derechos por el desheredado, se deduce del propio tenor del precepto: “Ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos...”.

Y en general –y hasta el punto de hacer ocioso el 857–, del art. 807, 1.º (“Son herederos forzosos... los hijos y *descendientes...*”) Si son herederos forzosos los descendientes –*ad infinitum*–, al no serlo –por la razón que sea– el inmediato o de primer grado, lógico y obligado es que lo sea el siguiente.

Suprimido un grado, se pasa al siguiente. Y sin embargo –por si acaso–, el art. 766 establece una excepción expresa.

360

D) Quizá no sea tan clara la cuestión en la referencia al art. 761, dados los términos ambiguos en que –a diferencia del 857– aquél se produce: “Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”.

Hablar de “adquirir” junto a la más que probable atribuidad del pronombre “su” a la persona del incapaz, parece significar algo así como una transmisión de la legítima. Sería ésta, pues, una verdadera excepción a la regla del art. 766.

Inevitablemente, la duda se involucra en otra vieja duda, la famosa contradicción entre los arts. 761 y 756, 2.º, párrafo segundo.

Muy de pasada por ser tema ya muy visto, recordemos:

Si en el art. 756 se dice que sólo pierde la legítima el “ofensor” del n.º 2.º, es decir el “homicida” (47) real o

(47) Para abreviar, utilizo expresiones coloquiales para los diversos supuestos del art. 756.

frustrado, ello implica, *a sensu contrario*, que no la pierdan los demás indignos de los otros 5 ordinales.

Hay, pues, contradicción con el art. 761, que no distingue. Cabía salvarla por las siguientes vías:

a) Pensando que el 761 es puramente descriptivo o relacional, es decir interpretable como si dijese “en los casos en que la incapacidad de heredar conlleve pérdida de legítima...”, sin más compromisos.

La hipótesis sería tan amplia, que comprendería según tenor literal del precepto, no sólo casos de incapacidad por indignidad, sino de incapacidades *per se* [ej., caso, improbable pero posible, del confesor hijo del testador (a su vez con hijos) y por tanto legitimario suyo, en la incapacidad del art. 752)].

Pero este sistema “abierto” implica que la declaración judicial de incapacidad para heredar contuviese asimismo –y siempre que procediere aquélla– una “condena” adyacente de pérdida de legítima: interpretación excesiva.

361

b) La hipótesis de que el 761 se refiera tan sólo a las consecuencias de la privación de legítima que se da en el indigno “homicida”, real o frustrado, es decir, que se hubiese redactado en términos amplísimos, destinado a ese solo caso... es una hipótesis que choca con la lógica. Más aún, cuando habría bastado un colofón al propio artículo 756, 2.º párrafo segundo (“... perderá su derecho a legítima, en cuyo caso, si fuera hijo o descendiente y tuviese etc...”).

c) Que en análogo sentido, el art. 761 se refiera tanto al caso del 756, 2.º, como aquéllos otros en que el testador efectivamente desherede a legitimarios por causa de indignidad.

Es decir, aquéllos a que se remite el art. 853 (48) en su párrafo primero: los del 756 en sus números 2.º (“homicida”

(48) Artículo modificado por la Ley de 11/1990 (15 de octubre) pero a unos efectos –supresión de las causas derivadas de prostitución de las hijas y de interdicción civil– totalmente ajenos a los que aquí tratamos.

real o frustrado, curiosamente privado entonces de legítima a doble título); 3.º (“calumniador grave”); 4.º (“manipulador testamentario”) y 6.º (“obstaculizador testamentario”); esto es, todos los del 756 menos el n.º 1.º (que es indignidad de ascendientes), y menos el n.º 4.º (el “no denunciante de homicidio del testador”) caso al que no se remiten ninguno de los arts. del 852 al 855. Omisión que ha sido interpretada un poco a la ligera como “causa de no desheredación” por razón de posterioridad y por su menor gravedad (49), opinión equívoca, porque no es que aquella circunstancia sea “causa”, es verdadero efecto: simplemente ocurre que el Código civil tiene sentido común, y ve la imposibilidad fáctica de que teste un muerto.

Pero esto precisamente abona un importante argumento en favor de la *pérdida de legítima por parte de todo indigno*: no debe quedar a la exclusiva discreción del testador la privación de legítima, porque hay casos —como el tan citado del art. 756, 4.º— en que materialmente no puede hacerlo, y hay casos, como los 756, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, en que puede no tener ocasión de hacerlo, como ocurriría si por morir en manos del “ofensor” o si, tras el descubrimiento de la calumnia, tras el no otorgamiento bajo coacción, el causante muriese o incidiese en imposibilidad física o psíquica de testar y, por tanto, desheredar.

Es más, me atrevo a pensar que en una ofuscación explicable de los codificadores, la de pensar que siempre, o casi siempre, la “ofensa” acarrearía la muerte inmediata del causante, es donde está la clave del extraño inciso segundo del n.º 2.º del art. 756.

Aparte la más que probable hipótesis, en la mayoría de los casos, de ignorancia de las causas de indignidad por parte del testador.

(49) PUIG PEÑA [Tratado de Derecho Civil Español (1963), VII, pág. 431 nota, en relación con *id.*, V (1954), pág. 51].

No se puede admitir la tesis de que tan sólo en la indignidad del n.º 2 del 756 (homicidio realizado o frustrado en la persona del causante y sus más próximos allegados), se dé la pérdida automática de legítima para los legitimarios indignos.

Lo que comportaría que en los otros supuestos correspondientes a los n.ºs 1.º, 3.º, 5.º y 6.º, sólo habría privación de legítima mediante desheredación por el testador (ello en virtud de las correspondientes remisiones de los arts. 852, 853, 854, y 855 al respecto, y aun con una extraña omisión —pienso que otro olvido— la del silencio en el 855 respecto del 5.º del 756, lo que implicaría que al cónyuge “manio-brero” no hay quien le desherede); y que en el caso 4.º (no denuncia del crimen) no hubiese privación de legítima, ni por Ley ni por desheredación.

Solamente esta última iniquidad bastaría para rechazar toda interpretación que haga prevalecer la literalidad, a *sensu contrario*, del art. 756, 2.º sobre el art. 761.

d) Que en la antinomia, prevalezca el art 761. No sólo la mayoría de la doctrina actual (50) también la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 28-II-1947, optan por la interpretación favorable al art. 761. En su 2.º Considerando la Sentencia dice así: “Que las causas de indignidad..., con clara independencia de las de desheredación, no precisan de la expresión testamentaria para surtir efecto...; y... privan... del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso... dada la transcendencia social del derecho que las originan; ... también del contenido del artículo 761...; inviolabilidad de la legítima (que) no puede prevalecer... cuando el heredero se halla incurso... indignidad”.

(50) CASTÁN, ROCA, LACRUZ, ESPINAR LAFUENTE, BONET RAMÓN, VALLET y, entre los anteriores SCAEVOLA y DE BUEN. Muy reciente y enérgicamente, RIVAS MARTÍNEZ (*Derecho Sucesiones*, 1989, pág. 539, y no sólo para preferir el 761, sino basado en la existencia misma del 761). Ello implica que para RIVAS —como para mí—, el párrafo 2.º del n.º 2.º del art. 756 es producto de un despiste.

Pues bien, si para un abintestato (se trataba de la sucesión de un menor), la indignidad priva de los derechos sucesorios en su integridad, sin salvar, como bien pudo hacerse en la Sentencia, los derechos legitimarios del ascendiente indigno, claramente hay que entender que el T.S., tanto en abintestato como en sucesión testada (y cuando en ésta no se dé a su vez —art. 757— remisión de la causa), resuelve la famosa contradicción entre el 756, 2.º y el 761, por la prevalencia de este último; es decir, por la privación generalizada de derechos sucesorios al indigno, inclusive la porción legítima.

364 Cabe plantear entonces el problema de las verdaderas diferencias entre Indignidad y Desheredación, instituciones de origen romano diferenciado pero de meándrico decurso histórico, incluso con momentos de convergencia, como en el Código napoleónico. Cabe preguntarse sobre la utilidad de la desheredación para las causas coincidentes.

Las diferenciaciones básicas —atinentes al carácter, respectivamente, público y privado de las causas de Indignidad y Desheredación (esquema roto en nuestro Código por la interferencia de unas y otras, véanse n.º 1.º *versus* 3.º del 853; 1.º *versus* 3.º y 6.º del 756); al distinto ámbito, para todos los herederos, de la Indignidad, y para sólo los forzosos, de la Desheredación; al distinto momento de producción de la causa, anterior al testamento en caso de desheredación, posterior o ignorada al momento de testar en caso de indignidad, etc., etc.— puestas de relieve por la doctrina (51) han de ser completadas por otra que aquí más nos interesa.

Consiste ello en que la Indignidad, o si se quiere, la declaración de la misma, es *potencia*, mientras que la desheredación (cuando versa sobre causas de indignidad) es *acto*, actuación testamentaria de esa causa. Provista de eficacia inmediata, salvo impugnación expresa por parte del deshere-

(51) Ver sobre todo, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL "La indignidad sucesoria" en R.D.P., junio 1961.

dado, en cuyo caso éste queda, eso sí, favorecido en cuanto al *onus probandi* (art. 850).

La declaración de indignidad exige –por el contrario– una costosa iniciativa procesal de los perjudicados por la sucesión del indigno, con rigurosa carga de la prueba, extensible –en caso de indignidad anterior al testamento– al hecho negativo de la ignorancia por el testador (art. 757).

De aquí que las remisiones al art. 756 por los correlativos art. 852, 853, 854 y 855, sean la base de una disposición testamentaria *actuante*, dotada de todos los beneficios de la eficacia *prima facie*. La desheredación es el privilegio del testador de convertir en acto lo que era una mera potencia de actuación, incierta y costosa, a cargo de otras personas tras la muerte del causante.

Eso explica que la única indignidad de imposible sanción por el mismo testador (la del 756, n.º 4.º) sea aquélla a que no se remiten los preceptos sobre desheredación.

365

Y si hay que plantearse la pregunta ¿dónde está la diferencia en cuanto a los efectos substantivos de la Desheredación y la Indignidad? ... hay que decir que *no hay diferencias*.

Los efectos serán: 1) Privación de todos los derechos sucesorios, tanto legales (abintestato y legítima), como voluntarios (es impensable la tesis de un testador desheredante que favoreciese con cuotas disponibles al desheredado). 2) Consecuentemente, si el indigno es descendiente, hay un efecto común y uniforme, el llamamiento legitimario al siguiente grado (art. 807, y, por su aplicación 761 y 857, ambos de idéntico contenido).

Esta, creo, es la construcción más aceptable, si hemos de seguir el rumbo marcado por la S.T.S. 28/2/47. La Indignidad, vista así, hinca su razón de ser en el mismo terreno que la desheredación: no otra que la presunta voluntad del causante, lógicamente desprovista de *affectio* respecto de los anteriormente llamados o de sus más próximos cuando éstos han cometido graves faltas contra él. El art. 757 (igual en su destino al 856), así lo confirma.

e) Pero queda otra interpretación posible a la citada contradicción entre los arts. 756, 2.º y 761.

Es la propuesta por J. M.^a MIQUEL (52) quién basándose en el efecto de la Indignidad descrito en el Derecho Justiniano, *indignus potest capere sed non potest retinere*, entiende que en todo caso el indigno acredita derecho a la legítima. Pero por no poder retenerla –prohibición de conservarla de hacerla pasar al grado siguiente, o sea a los nietos.

Según esta tesis, pues, el uso del pronombre “su” por parte del art. 761 es consciente y correcto: los hijos y descendientes acreditan el derecho forzoso *derivativamente* del indigno; “su” derecho forzoso –el del indigno– se transmite, si bien forzosamente (valga la redundancia).

Correlato inevitable de esta tesis, es que en el caso del n.º 2 del art. 756, por la gravedad del supuesto, el indigno ni *capet* ni *retinet*: la legítima se pierde para él y para sus descendientes.

366

Consecuencia que el mismo J. M.^a MIQUEL reconoce ser de índole excesiva e inequitativa.

Consecuencia que, por supuesto, nosotros rechazamos en base al principio –permanente y puesto aún más de relieve por la Ley 11/1981– de que no paguen los hijos culpas o errores de los padres.

Por otra parte, la construcción semipública de la Indignidad en el Derecho Romano (era una sanción pública de privación *utendi* y *fruendi* al indigno, lo que implicaba la transmisión al Fisco de los bienes adquiridos), se ha perdido en el Derecho Intermedio, que privatizó la sanción (cuota vacante en favor de herederos), y en el Derecho consuetudinario francés, que identificó Desheredación e Indignidad, para después suprimir aquélla el Código Napoleón.

De todo lo cual ha pasado a nuestro Derecho una profunda simbiosis entre ambas instituciones, de común efecto

(52) En *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, ob. cit., II, pág. 1276.

erradicante del indigno en cuanto a cualquier percepción hereditaria.

El indigno en nuestro Derecho es incapaz de heredar, y por tanto no sólo *non retinet*, asimismo *non capet*; lo que es predicable del género (incapacidad), tiene que serlo de la especie (indignidad).

No parece haber base en el sistema de nuestro Código para una construcción “delegatoria” de la legítima en el indigno: la asunción de tal tesis habría comportado el uso de las palabras “indignidad” (en lugar de incapacidad) e “indigno” (en lugar de incapaz) en los respectivos artículos 761 y 766 C.c., al objeto de detraer la especie del género y dar a aquélla un tratamiento semipúblico similar al romano; habría comportado atender distinciones, carentes de base legal, entre descendientes sobrevivientes o no al indigno (tal como hace MIQUEL).

Habría comportado, sobre todo, la injustísima consecuencia antedicha de que la indignidad del n.º 2 del 756 prive de legítima a toda la estirpe del ofensor.

367

III. ¿Excepción? Pero la aceptación de la tesis de MIQUEL —y a esto ha llevado la larga anterior digresión— significaría, sí, que el indigno *transmite* su legítima: *capet et non retinet*.

En ese caso, el art. 761 sí sería verdadera excepción al 766: frente al “no transmiten ningún derecho”, el indigno como, en general, el incapaz de heredar, transmite “su” legítima (a diferencia del desheredado, que deja un puesto vacante).

En ese caso, lo dicho en II, es decir, que ni el 857 ni el 761 son verdaderas excepciones a la regla del propio 766, quebraría en cuanto al 761; esta regla sí sería excepción, porque tendríamos un caso de transmisión específica.

Pero por lo dicho en II, B) y C), sostenemos la tesis coincidente con ROCA (53), PUIG BRUTAU (54), VALLET, etc.,

(53) ROCA, *Estudios*, ob. cit., II, pág. 271.

(54) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, ob. cit., V-3, pág. 399.

de que el art. 761 supone también un llamamiento legal directo, independiente de todo fenómeno transmisorio derivativo por parte del excluido.

Volvemos, entonces, a II: no obstante los términos en que se produce, el art. 766 no establece una regla con dos excepciones, sino una “regla-vagón” en la que se dejan a salvo expresamente, tratándolas de excepciones, dos reglas concretas que en rigor no excepcionan nada.

IV. ¿Hay hoy otra “excepción”? Preséntase el caso, entonces, de la procedencia o no de excepcionar asimismo otro llamamiento que al tiempo de redactarse el C.c. no ocurría, pero sí ocurre desde la Ley 11/81 mediante la trascendental reforma que supone el párrafo tercero del art. 814 del C.c. (a más de las de los párrafos anteriores, pero que no interesan a este tema).

368

Todos sabemos de qué va este último. Coloquialmente: que los nietos no paguen un despiste de su abuelo, al no prever una substitución vulgar o al no otorgar nuevo testamento muerto un hijo.

No cabe aquí dilucidar la naturaleza del llamamiento que el mal llamado “derecho de representación en la sucesión testada” significa.

¿Un suplemento de voluntad, o sea una substitución tácita? ¿Una *successio in locus*, encuadrable en las delaciones indirectas según la construcción de Coviello; o bien simplemente una incrustración de un llamamiento legal en un llamamiento voluntario, tesis conceptualmente rechazable?

Tan rechazable como lo serían todas, lo que lleva al propio VATTIER (55), a considerar que para la representación sucesoria en sí, cualquier indagación sobre naturaleza jurídica es totalmente “decepcionante”.

(55) VATTIER, *ob. cit.*, pág. 226.

[Ciertamente, la decepción surge en cuanto se intenta aplicar a todo problema jurídico el llamado método de inversión entre “naturalezas” más o menos reales, método de la dogmática pandectista que tantas veces –como dice VALLET (56)– “violenta la vida real y la justicia”.

Un ejemplo: el mismo VATTIER (57), según el cual si fuese “sustitución tácita” favorecería en el as hereditario, mientras que si fuese “representación”, favorecería tan sólo en la legítima. Tesis interesante pero que desprecia un tanto la letra del 814.3.

Me pregunto si no bastaría, para tratar dicho párrafo 3.º del 814, con la consideración de que es una simple respuesta al desafío de un caso comúnmente detectado, jurisprudencialmente irresuelto –famosas STS 06/12/52 y RDGR 14/08/59– y unánimemente propiciado como de Justicia. Visto así, atiende más al *topos* que a la *doxa* jurídica, según las aportaciones de VIEHWEG (58): no hay que hacer otra indagación sino la que “mantenga su vinculación con el problema” (59).

¿De qué justicia?

La cuestión llega a ser baladí por razón de su misma trascendencia: en definitiva, la razón de justicia del llamamiento en favor de descendientes del heredero descendiente premuerto y no preterido, es una razón en que confluyen –como en la sucesión legal (intestada y necesaria)– tanto consideraciones subjetivas de presunta *affectio* familiar en línea descendiente como objetivas de orden social (no desvalimiento de los nietos, etc.).

(56) *Panorama de Derecho Civil*, 1963, pág. 66. Vide asimismo las imperecederas críticas a este método en CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España* (1949), págs. 413 y 445 de su reciente reimpresión facsímil. También desde una perspectiva ideológica muy lejana a los anteriores coinciden estas críticas otros, p. ej., NORBERTO BOBBIO quien, no obstante la generalizada adscripción en el neopositivismo para este autor, ofrece demoledoras muestras de lo errático del método de la inversión en las págs. 192, 237, 246 y 247 de su *Teoría General de Derecho* (Madrid, 1993) y en las 140 ss. de su *Contribución a la Teoría del Derecho* (Valencia, 1980), con interesante basamento en su reconocido maestro Kelsen; p. ej., ya desde una inspiración claramente marxista, E. BLOCH en su *Derecho natural y dignidad humana* (Madrid, 1980), pág. 136 a motejar el método de “deletreo jurídico”; p. ej., desde EEUU y en una línea comúnmente considerada como socialdemócrata o “liberal” en su acepción norteamericana, RAWLS en su *Teoría de la justicia* (Madrid, 1978), págs. 80 y 270 en pro de la interpretación teleológico-moral y, sobretodo, su seguidor DWORKIN en su *Los derechos en serio* (Madrid, 1989), págs. 999 ss. Vide, para todos, resúmenes en la conocida *Metodología* de HERNÁNDEZ GIL y en la breve pero útil *Introducción a la ciencia jurídica* (Barcelona, 1986) de ALBERTO CALSAMIGLIA.

(57) VATTIER, *ob. cit.*, pág. 286.

(58) VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, 1964, págs. 49 ss.

(59) VIEHWEG, *id.* pág. 138.

Así, podríamos hablar de la necesidad –asumida por la mayoría ciudadana– de evitar un excesivo desvío volitivo respecto del presunto destino patrimonial *post mortem*.

Así, podríamos hablar de los efectos perniciosos de la ignorancia, de hecho o de derecho, por parte de testadores, y el remedio a través de una vía que –a diferencia de la Preterición– no destruya la institución hereditaria.

Que el art. 814.3 se justifique más por razones subjetivas de reconstruir una voluntad, o por objetivas de justicia o equidad en sí, es algo que depende en definitiva de la conciencia social misma respecto de la sucesión, voluntaria y forzosa. Las oscilaciones entre uno u otro acento o, más probablemente, la búsqueda de un delicado equilibrio entre ambos, dependen de la ideología del intérprete.]

370

En todo caso, y dando por bueno –provisionalmente y sin ánimo definitorio alguno– que el nuevo 814.3 nos aporte algo así como una “subrogación en la cuota voluntaria del descendiente premuerto y no preterido”, habrá que preguntarse si la norma no excepciona también el principio básico del art. 766, según el cual, sintéticamente, quien no hereda no transmite.

El artículo 766, que para ROCA (60) es, de redacción desgraciada, me parece a mí bastante acertado cuando para el supuesto de la premoriencia se refiere al “heredero voluntario”.

El llamado “derecho de representación” no sería una ocupación por derecho propio del grado en la legítima, cual ocurre –insistimos– en las figuras de indignidad y desheredación por mor de los arts. 761 y 857, a su vez emanaciones del 807.

Sería la ocupación de una cuota hereditaria, la de origen testamentario, que si se dispuso en favor de descendientes, comprende ciertamente la legítima. Pero si para ésta la premorencia es inocua porque juega en directo el art 807, 1.º (“... y descendientes”), para la parte libre pudo el sistema del Código establecer o no una subrogación.

(60) *Estudios...*, II, pág. 295.

Evidentemente, no lo hizo. Ni en 1889, ni en 1958, en que se modificó en parte el art. 814.

Evidentemente también que el artículo 766, rigurosa y estrictamente interpretado, no hace sino denegar un *ius transmissionis* cuyo supuesto básico de postmoriencia no se da, y que en este sentido –como ya dije antes– podría considerarse precepto inútil.

Pero evidentemente asimismo, que intentar sacar de la propia inocuidad del precepto una base permisiva en la legalidad anterior para el mal llamado “derecho representación en la sucesión testada”, era algo excesivo: era rizar el rizo.

En este sentido, los esfuerzos de varios autores (61) en su denodado afán por introducir una institución que creían –y creo– de justicia, fueron baldíos y la famosa “tendencia expansionista del derecho de representación” (CASTÁN) sucumbió ante la crítica de varios autores a partir de ROCA (62); más tarde, de una inequívoca Jurisprudencia.

371

Eran a su vez rechazables –a mi entender– las tesis de *lege ferenda* de ROCA de no necesitarse la introducción de la representación en las testadas porque bastaba con la sustitución vulgar (¿y cuándo faltaba ésta?); o porque los mismos efectos se obtenían con la preterición (cuestión técnicamente dudosa, ya que no se daba el supuesto de hijo omitido al momento de testar; prácticamente ruinosa porque había que acudir a un abintestato e humanamente injusta si las cuotas testamentarias eran desiguales).

Pero, de *lege data*, las tesis negatorias de tal derecho de representación tenían su base inequívoca en el entonces art. 814, párrafo 3.º

(61) NOVOA SEOANE, en *RDP*, 1914, págs. 144 ss.; SIERRA BERMEJO en *AAMN*, IV, págs. 449 ss.; ESCOBAR DE LA RIVA en *RDP*, 1954, págs. 205 ss.; GIMÉNEZ ARNAU en *RCDI*, 1940, págs. 20 ss.; el mismo CASTÁN en *RGLJ*, 1942, págs. 173 y siguientes, etc., etc.

(62) En *RGLJ*, 1943, I, pág. 581, y en *Estudios...*, II, págs. 259 ss.; en igual sentido, REZA “Incompatibilidad del derecho de representación en la sucesión testada”, *RCDI*, XXVIII, págs. 298 ss., y sobre todo, CÁMARA, “Derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos”, *RDN*, n.º 7, págs. 7 ss.

VALLET (63): “no hay posibilidad ni necesidad de representación de un descendiente premuerto en la sucesión testamentaria, ya que la preterición de los descendientes del premuerto anula la institución”.

Y acertadamente, LACRUZ (64) hacía entrar en juego el art. 766, entendido como negatorio de la representación misma (“el art. 766... quiere decir –puesto que no puede hablarse aquí, habiendo premoriencia, de *ius transmissionis*– que no puede ser representado por sus sucesores”).

En la misma línea, PUIG BRUTAU (65) fundamentaba la “no representación” en la testada en la imposibilidad de la aplicación del antiguo 814.3, para caso de descendiente premuerto y llamado, con descendientes, “porque (en 766) no hay ninguna regla especial... al revés de lo que sucede cuando se trata de incapacidad y desheredación, en virtud de los arts. 761 y 857”.

372

Ergo, el art. 766 *no era tan inocuo*: su calibre radicaba precisamente en no introducir un derecho de representación capaz de enervar el efecto anulatorio de la institución por razón de preterición.

El art. 766 contaba, y se traía oportunamente a colación, junto con los 912, 3.º, 913 y 986, para erradicar la posibilidad del derecho de representación en la sucesión testada.

En este mismo sentido se pronunciaban, la R.D.G.R.N. de 14-8-1959 y ya antes la S.T.S. de 6-XII-1952, si bien ésta tampoco aplicó el 814.3 (de entonces).

Y precisamente porque no cabía inducir del articulado de entonces el derecho de representación, es por lo que por casi toda la doctrina se propugnaba, de *lege ferenda*, una reforma al respecto. Con especial energía, LACRUZ (66): “Lo más práctico sería imponer la representación del pa-

(63) VALLET, *idem*.

(64) LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, Gral.-161-34, n.º 184.

(65) PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, V-3.º, pág. 397.

(66) LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, pág. 205.

dre que premuere por sus descendientes en la sucesión del abuelo"; y VALLET: "D) Preterición de descendientes de un hijo premuerto que no hubiere sido preterido, supuesto al cual *parece preferible* aplicar la substitución vulgar tácita..." (67).

Ahora todo ha cambiado. El nuevo párrafo 3.º del art. 814 responde a aquella necesidad unánimemente sentida.

Toda la doctrina posterior a la Ley 11/81 salvo contadas excepciones, coincide en que el precepto instituye la, si se quiere llamar así, "substitución vulgar *ope legis*".

(67) VALLET, *Legítimas*, II, pág. 944 (subrayado mío). Texto que reproduce otro anterior de 1967: "El deber formal de ..." (ADC, 1967, pág. 455).

(Entiendo que por "aplicar", no recomendaba VALLET una función meramente interpretativa de la legislación antes vigente, esfuerzo inútil dado el contexto legal inequívoco, como demostraron el Supremo y la Dn. Gral., sino un cambio legislativo. VALLET hace esa proposición "D)" dentro de un epígrafe "Propuestas de Derecho Constituyente". El que hable de "substitución vulgar tácita" y no de "derecho de representación", es cuestión semántica: ambas expresiones son poco convincentes. Prefiero yo hablar de subrogación legal en la cuota).

Pero choca que, en su reciente *Panorama del Derecho Sucesorio* (1984 -I- pág. 470), VALLET nos diga: "... Si no hubiese sido preterido por haber sido instituido... *se plantea la duda* (subrayado mío) de si (sus descendientes) sólo le representan en la legítima o de si la norma implica una sustitución vulgar tácita para el supuesto de premoriencia". Más aún: parece que opta por atribuirles "la legítima de éste" (el descendiente intermedio) en el supuesto de no estar llamados en el testamento "y considera" que ésta es la solución... más ajustada.

¿Es que la innovación del actual 814.3, tras la Reforma de 1981, no significa nada para nuestro autor? ¿Ahora renacen las dudas?

Hay un dato significativo: como dice DELGADO ECHEVARRÍA (*La Reforma sucesoria*, Madrid, 1981, pág. 194) "los casos más frecuentes resueltos con equidad por el 814.3 van a ser los de hijos *no matrimoniales* de hijo premuerto del testador". En mismo sentido, CÁMARA (*El nuevo Derecho de filiación*, 1981, pág. 91), cree que el penúltimo párrafo del 814 se dictó para evitar los "riesgos catastróficos de la preterición no intencional de descendientes *extramatrimoniales*" (subrayados míos). JUAN BOLÁS (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, pág. 192) se refiere a una "avalancha" de casos de filiación equiparada por la Ley 11/81 subsumibles en la nueva norma. La propia Exposición de Motivos del Proyecto enviado a Cortes Generales (BOCG, 14/09/79), penúltimo párrafo, así lo reconoce paladinamente. El propio VALLET en la pág. 470 citada y en la 181 de "Comentarios al C.c." (EDERSA), 1982, declara claramente lo "algo fuerte que resulta la atribución en el supuesto de que el hijo premuerto del causante hubiera sido mejorado en tercio y quinto y no hubiese hijos matrimoniales, sino tan solo no matrimoniales, desconocidos o rechazados por el abuelo testador.

Además de la propia Exposición de Motivos, baste citar los autores citados en nota, DELGADO ECHEVARRÍA y CÁMARA, así como LACRUZ (68), REY PORTOLÉS (69); BOLÁS (70) y MIQUEL (71). Solamente Díez-PICAZO y GULLÓN parecen reducir a la cuota legitimaria el alcance del nuevo 814.3 (72).

Y VALLET DE GOYTISOLO, cuyas renacidas dudas no queremos creer atribuibles a razones ideológicas (las nacidas de la equiparación de hijos matrimoniales y no matrimoniales), sino quizá provenientes de la no utilización, en el tan mencionado párrafo 3.º del 814, de su propia –y acertada– fórmula completa: “hijo *premuerto* y no preterido”. (De aquí que en nuestra propuesta de nueva reforma del art. 814.3 recojamos esa fórmula).

374

V. *Repercusión en el art. 766*. Si recordamos lo antes dicho, es decir, que ni el art. 761 ni el art 857 suponen verdaderamente excepciones al principio del art. 766 no obstante la literalidad de éste, cabe preguntarse si esta otra, quizá también *no verdadera excepción*, que puede suponer la innovación del 814.3, debe o no ser recogida.

Tampoco el heredero voluntario “transmite”, pero se produce, al igual que en los otros supuestos, un llamamiento *ope legis* que, de una parte, evita, caso de que el premuerto sea descendiente, costosos e injustos abintestatos por razón de preterición (antiguo 814). Y, de otra, modaliza o reduce la generalidad denegatoria con que ese “precepto vagón”, que es el art 766, se producía.

Dado el caso de que nadie propugna, no obstante la incorrección técnica expuesta, la supresión de las referencias

(68) *Elementos...*, V, pág. 526.

(69) En “Comentarios a vuelapluma de los artículos de Derecho Sucesorio reformados”, *RCDI*, n.º 549, pág. 357.

(70) En *loc. cit.*, pág. 207, algo críticamente: “si bien hubiere sido suficiente con salvar la legítima”.

(71) “Comentarios...”, II, pág. 1300

(72) Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, edición 1986, pág. 591.

en el art. 766 a las *no excepciones* que son los arts. 761 y 857, no parece equilibrado dejar de introducir hoy, la *no excepción* del 814.3, cuyo juego respecto de la cuota voluntaria es análogo a lo que aquéllos suponen respecto de la legítima estricta.

O todos o ninguno.

Porque con el art. 766 cabe hacer tres cosas:

a) Reducirlo a su exacto e imprescindible cometido, el de denegar la transmisión de derecho sucesorios por el renunciante. Diría así: “El que renuncia la herencia no transmite derecho alguno a sus herederos, aun forzosos”.

b) Suprimirlo. Pero una no meditada decisión al respecto, a más de contradecir nuestra tendencia de evitar blancos en el C.c., podría traer consecuencias técnicas imprevistas.

c) Mantenerlo, y adaptar al mismo, con todas las reservas que se quieran, la innovación producida en el 814.3.

375

No hace daño a nadie, y aclara las cosas.

Esta solución corresponde al texto que ofrecemos en cabeza.

(**) *JUSTIFICACIÓN PARLAMENTARIA (REVISADA) A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 814 PÁRRAFO TERCERO.*

El precepto del párrafo 3.º del artículo 814 C.c. responde a una intención legisladora clarísima, que es la introducción limitada del mal llamado derecho de representación (yo prefiero llamarlo “subrogación hereditaria legal”) en la sucesión testamentaria para el caso de premoriencia del descendiente instituido, como remedio a un evento imprevisible al momento de testar.

Porque preverlo exige –exigía– acudir al mecanismo de la substitución vulgar, que a un testador por vía, p. ej., de testamento ológrafo, difícilmente se le ocurre.

Es la justa correspondencia de la representación descendente en el abintestato.

Si no fuese así, resultaría –resultaba– que la voluntad integradora de la ley opera con más eficacia para los que no testan que para los que testan en términos simples pero inequívocos: aquéllos que llaman a todos sus hijos e ignoran que la premoriencia de uno de ellos sin cláusula substitutoria vulgar acarrea la consecuencia del acrecimiento a los coherederos, quedando los descendientes del premuerto reducidos a la legítima.

En estos términos lo ha resuelto casi siempre la Jurisprudencia, salvo en algún caso sonado cuya iniquidad palmaria llevó al Tribunal Supremo a una complicada “reconstrucción” de la voluntad presunta del testador.

376 Pero no es tan incierto método el adecuado para la cuestión tan básica. De aquí que nuestra casi unánime doctrina clamase hace tiempo –con sólidos apoyos en Derecho Comparado– por la introducción legislativa de esta Subrogación o Substitución vulgar *ope legis* en favor de descendientes; peor, pero más comúnmente llamada, “Representación en la sucesión testamentaria”.

En respuesta a esta fuerte corriente doctrinal, el legislador de 1981, en el contexto de una encomiable reforma del instituto de la preterición, diferenciando *intencional* y *no intencional*, establece en el 814. 3.º, la tan mentada subrogación.

Pero he aquí, ahora, que la resistencia de ciertos sectores jurídicos a la plena equiparación de descendientes sin distinción de filiación, hace que todavía este precepto intente ser interpretado, forzando el supuesto de hecho, hasta anular su objetivo.

La discusión, un tanto académica, de si puede hablarse de preterido o no respecto de un premuerto (se aduce que para ser preterido –y consecuentemente– no-preterido, hay que ser “preterible”, esto es, sobreviviente al testador), llevaría a hacer ineficaz un precepto cuyo designio estaba claro en la mente del legislador.

Llegaríamos así a la peregrina consecuencia de que los descendientes cuya existencia se ignoraba –normalmente ex-

tramatrimoniales— no substituirían en la cuota a su ascendiente premuerto, sino que habrían de acudir al complicado mecanismo de la anulación o reducción por preterición (a veces, en beneficio injusto de esos extramatrimoniales, si la cuota de su ascendiente era menor que otras).

De aquí que la introducción de la expresión “premuerto al testador” aclara la cuestión y diferencia este supuesto nítidamente de los que dan lugar a efectos reduccionistas en los arts. 761 (descendientes del indigno) y 857 (descendientes del desheredado) (73).

Esta reforma tiene su necesario complemento en la modificación —ya argumentada— de los arts. 766 y 982 del C.c.

En el Comentario al art. 766, hemos recordado la evolución del criterio del gran jurista, de todos admirado y para mí muy querido JUAN VALLET DE GOYTISOLO, quién en 1967 propugnaba *de lege ferenda* la substitución vulgar tácita en favor de los “descendientes de un *hijo premuerto* que no hubiese sido preterido” (74); pero que, tras la reforma precisamente en línea de su consejo, en 1984 (75) parece tener dudas: “Si no hubiese sido (el hijo) preterido por haber sido instituido heredero, favorecido con un legado, fideico-

377

(73) Critica asimismo GIMÉNEZ DUART (*RDN*, *doc. cit.*, misma página) la reforma por considerar que se “pretende aclarar algo que ya estaba bastante claro cual es que la situación de los descendientes del indigno y del desheredado se rige exclusivamente por lo dispuesto en los artículos 761 y 857 y, en cambio, no se confirma que la representación lo es «en la totalidad de la herencia»”. Aparte de que la precisión “premuerto al testador” atiende a otros varios frentes, la claridad en ese punto concreto no debió ser muy intensa por aquellos tiempos si en un corto lapso condujo a derroteros interpretativos divergentes, de Díez-PICAZO-GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 591) firmes en la demarcación de los descendientes del indigno en el art. 761, a REY PORTOLÉS (*ob. cit.*, pág. 321) que considera derogado éste por el 814.3, y por tanto incluye a aquéllos en su ámbito, hasta BOLÁS (pág. 207) que los incluye pero los reconoce sólo la legítima, a la propuesta de DOMÍNGUEZ HURTADO (*RGLJ*, 1982, págs. 633 ss.) de que en el 814.3 estén incluidos los descendientes del renunciante. Lo de que hay que precisar que es en la “totalidad de la herencia” no se sostiene. Dice el art. 814.3 “... en la herencia”: ¿qué es eso sino la cuota herencial del premuerto?

(74) VALLET, *Las Legítimas*, II, pág. 944; Subrayado mío.

(75) VALLET, *Panorama de Derecho Sucesorio* (1984), —I— pág. 470, y también en las págs. 350 y 351.

miso o modo que excedieran su legítima, *se plantea la duda* (76) de si sus descendientes sólo le representan en la legítima o de si la norma implica una substitución vulgar tácita para el supuesto de premoriencia”.

Descartable, por cicatera, la hipótesis de que ese cambio de parecer de VALLET pueda responder a fijaciones ideológicas contrarias a la equiparación de descendientes matrimoniales y no matrimoniales, hay que entender que es la redacción no completa del actual 814.3 la que causa sus perplejidades.

En efecto, al no precisar que el (mal llamado) derecho de representación opera en el específico supuesto de descendiente llamado testamentariamente, vivo al tiempo de testar pero premuerto al testador, el actual precepto es equívoco. Aunque la intención legal es clara –basta la significativa alusión a “representar”– lo cierto es que la no mención del hecho de premorir el descendiente al testador, deja en el aire su utilidad.

378

Porque si se refiriese a post-muerte del descendiente respecto al testador, estamos en el *ius delationis*: art. 1.006. Y si se tratase, por el contrario, de premuerte del descendiente al momento del otorgamiento, no cabe hablar de “no ser preterido” (art. 814.3), “sólo pueden ser preteridos los preteribles” (VALLET, Ponencia en el Colegio Notarial de Madrid, recogida en *RDN*, Abril-Junio 1981, pág. 398).

Por eso me parece inexplicable que el mismo autor, en su “Panorama” (77), diga: “(3) En el supuesto de no haber sido ni siquiera mencionado el hijo premuerto que dejare descendientes, pero que no estuviere preterido en el testamento porque ya habrá muerto cuando fue otorgado, la cuestión resulta perpleja”.

Creo que la perplejidad se desvanece en cuanto se considere que en la hipótesis de éste “punto 3” de VALLET el

(76) Subrayado mío.

(77) Obra cit., pág. 469.

“preterible” no es ya el hijo, sino los nietos, legitimarios ya al momento del testamento, *ergo* preteridos si omitidos.

Hay otro caso posible, el hijo omitido —*ergo* preterido—, con hijos, postmoriente al testamento y, por tanto, “preterible”, pero premoriente al testador.

¿Se aplica el 814.4.º, que dice “si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos”?

No, porque los preteridos han pasado a serlo ya los nietos: téngase en cuenta que la preteribilidad del cuasipóstumo no viene de su nacimiento físico, sino del nacimiento jurídico de su condición de legitimario.

Pero de lo que se trata en el 814.3 es de la muerte del descendiente llamado —por cualquier título— en el testamento, ocurrida entre el otorgamiento de éste y la muerte del testador.

Esa y no otra es la hipótesis para la “substitución vulgar tácita” (VALLET), “derecho de representación en la testada” (varios autores) o “subrogación legal en la herencia por premoriencia del descendiente llamado” (según preferiría yo denominar, de forma descriptiva, o más sintética: “substitución vulgar *ope legis*”).

379

Hipótesis sencilla, concreta y frecuente por la omisión de una cláusula testamentaria de substitución vulgar, por la inercia de no testar de nuevo ocurrido el evento de la muerte del descendiente... y hoy, con mucha mayor frecuencia, por la ignorancia de existir nietos extramatrimoniales o de que éstos son iguales en derecho a los demás, *ergo* legitimarios y, por tanto, preteribles.

Hipótesis en la que la inclusión en el párrafo 3.º del art. 814 de la expresión “premuerto al testador” tan acertadamente propuesta por VALLET DE GOYTISOLO se justifica por las siguientes razones:

Primera. Por la propia legibilidad y presentación del precepto. La lectura del dichoso párrafo 3.º del art. 814 causa, a bote pronto, un pasmo. Ciertó que hay un contexto, pero

una norma –fuertemente innovatoria– de Derecho sucesorio en la que no aparece ni un muerto, choca un tanto (78).

Segunda. Porque la omisión da pie a introducir supuestos de hecho –además del de premoriencia–, ni queridos por el Legislador de 1981 ni por la P.L. presente, tales la indignidad y la renuncia en y por parte del heredero descendiente.

Respecto de la primera, REY PORTOLÉS (79) parece ser su máximo defensor; respecto de la segunda, lo es L. M. DOMÍNGUEZ (80).

380 La argumentación sería muy simple: el art. 814.3, *lex posterior*, deroga en lo que se opusieren a él los arts. 761 (primer inciso) y 929, y por tanto, también los descendientes del indigno y del renunciante sustituyen *ope legis* a éstos en la cuota herencial: soluciones no descabelladas, admitidas en las legislaciones portuguesa, para el primer supuesto y en ésta, en la italiana y en la aragonesa (art. 141 Compilación) para el segundo.

Pero soluciones –repito– muy alejadas del pensamiento del legislador de 1981 (véanse si no la E. de M. y la discusión parlamentaria) y que para los redactores de la P.L. no sólo extravasaban su manifiesta intención, si no que eran –y son– de dudosa justicia.

Tercera. Porque la preteribilidad como presupuesto –con VALLET– de no preterición en el descendiente llamado, dura hasta el fallecimiento del testador y, por tanto, hay que atender a tal dato para que no entren en preteribilidad y, por tanto, en preterición, otras personas.

(78) El 814.3 es un texto, en términos de Kelsen (*Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1979, pág. 53), con elementos *prescriptivos* –juicio hipotético con sanción–, como *descriptivos* (regla de ciencia de Derecho), y esto doblemente: establece otra apreciación quizá meramente doctrinal (“y no se consideran preteridos”). Lo menos que se podía hacer era fijar el “Tabestand”, no otro que una muerte en medio.

(79) *Ob.* y lugar *cit.*, págs. 319 ss.

(80) L. M. DOMÍNGUEZ: “El concepto de preterición en el art. 814 vigente”, *RGLJ*, 1982.

Y cuarta. Porque el 814.3 es una regla para mi caso: lo menos que cabe hacer es precisar el caso.

En resumen: Tanto una fundamentación subjetivista de amor hacia descendientes; como una muy objetiva de que éstos participen en el caudal del causante, y la mucha más objetiva de cumplir un designio constitucional de igualación de hijos y descendientes, llevan a:

A) Necesidad de reaccionar por vía legal frente a la preterición de cualquier legitimario, y más en concreto de la no intencional de descendientes, sin distinción entre matrimoniales y no matrimoniales.

(La admisibilidad de ciertas fórmulas genéricas de “atemperación clausular” (81) frente al efecto devastador de la preterición, y –recíprocamente, frente al efecto reconstructor del 814.3º– pretendidamente, basadas en el párrafo 5.º del mismo art. 814 (“A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”), es cuestión que no hemos de tratar aquí: corresponderá a la jurisprudencia determinar en cada caso el alcance de la licitud y eficacia de las mismas.

381

Creo, eso sí, que la licitud queda descartada cuando no buscan sino burlar un designio constitucional cual la igualación de hijos. Las críticas de J. M.^a MIQUEL (82) a VALLET, REY PORTOLÉS y ALBALADEJO en ese punto me parecen incontestables.)

[N.B. Hoy, años después de la redacción de estas líneas, desconectado su autor de actividades profesionales por un largo período, tiene noticia de que tales fórmulas proliferan en los formularios y –previsiblemente– en los Protocolos notariales. La cosa es grave si bajo el adecuado ropaje téc-

(81) Ejemplo serían la propuesta por VALLET en citada Ponencia, *RDN*, Abril-Junio 1981, pág. 401, reiteradas en “Panorama de Derecho Sucesorio”. La utilidad de tales cláusulas parece admitirla BOLÁS, *ob. cit.*, pág. 196, si bien se plantea la duda de su facticidad.

(82) J. M.^a MIQUEL, *Comentarios a la Reforma...* (*cit.*, II, págs. 1287 ss.).

nico, devienen tan habituales –y en casos, sugeridas– como pueden serlo las laudables Socini. La apertura de testamentos nos dirá en los próximos años la frecuencia de tal clausulado y la conflictividad dimanante del mismo (83).]

B) Necesidad de atender por vía legal la subrogación en la cuota herencial vacante del descendiente no preterido y premuerto al testador en favor de sus descendientes, sea cual sea el origen matrimonial o no matrimonial de los mismos cuya inmutabilidad situacional sucesoria respecto a la de su ascendiente, se quiere, no obstante el evento, garantizar.

382

Y como ocurre que esta última e irrenunciable voluntad constitucional y legal pudiere verse frustrada por una defectuosa redacción del precepto del 814.3, así como la no alusión a la norma innovadora en los arts. 766 y 982 del C.c., la presente Proposición de Ley considera imprescindible que se rectifiquen tales puntos, añadiendo a aquél las palabras que puntualizan el supuesto y completando en estos últimos el juego de remisiones entre textos que, si nunca edificante en técnica legislativa, puede ser útil como *roman paladin* que elimina ambigüedades.

(83) Porque lo grave está en la generalidad e indeterminación con que se pretendería recusar todo un cuerpo legislativo y sus principios constitucionales inspiradores. Nada obsta a que un testador establezca, caso de premoriencia de un heredero, y por supuesto, del que lo sea descendiente, una substitución vulgar en favor exclusivo de los descendientes *matrimoniales* del mismo, con reconocimiento de legítimas a quiénes no sean matrimoniales (con lo que se salva la preterición); las cláusulas propuestas, tipo “valga íntegramente este llamamiento aun en caso de preterición de alguno, sin perjuicio de la legítima estricta en favor de preteridos” (VALLET, *id.*), no sólo constituyen un atentado a la lógica –el de planificar en vez de evitar, un error *in actu*–, no sólo implican “exclusión de Ley” que contraría el “orden público o el interés de terceros” y como tal, nulas (art. 6.2 C.c.), sino que, aceptadas o contradichas, suponen un desafío al orden constitucional.

El testador que quiera excluir extramatrimoniales debe –en términos vulgares– “mojarse”; el Notario consejero no debe ofrecerle una fórmula “discreta” (VALLET, *id.*, pág. 401), discretamente expuesta (“no hurgar en algo que el testador no quería imaginar de sus hijos y, menos aún, de sus hijas”) (VALLET, *id.*, pág. 400). Yo pienso justamente lo contrario acerca de la discreción del consejero.

[N.B. 1995. Esta nota se redactó, como todas, contemporáneamente a la preparación de la P.L., con algún aditamento inmediato durante las labores de Ponencia (ej., comentarios a GIMÉNEZ DUART). Hoy se queda muy corta, por eludir el problema de fondo de la función autónoma del llamamiento del art. 814.3 y el del carácter o no de *ius cogens* del precepto. No niego que sentí una primera tentación de acometer en la P.L. la supresión del último inciso del párrafo “y no se consideran preteridos”, aserto legal proveniente del encastramiento –tan dudoso– del llamamiento específico de que tratamos en la doctrina de la preterición o, más exactamente, de la no preterición.

No lo hice y al solo efecto de explicar el porqué amplió esta nota sobre un tema que exigiría muchas páginas y que por tanto no cabe aquí.

Ciertamente, “y no se consideran preteridos” o es una mera regla descriptiva (KELSEN, *ob. cit.*, pág. 53), o puede significar jurídicamente algo.

Puede, a): imponer *juris et de jure*, que *nunca* se considerarán preteridos. (Más valdría no decirlo, o decirlo mejor).

Pero puede, b): significar que *alguna vez*, *sí* pueden considerarse preteridos.

Si tal ocurriese, no se dará ya la mal llamada representación, “el caso” por antonomasia dejaría de serlo y retornaría al marco sancionador de la preterición, dentro de la cual habría que calibrar si era *intencional* (*sciens*), para aplicar el 814.1 y en consecuencia reponer legítimas, o si *no intencional* (*ab ignoranter*) para aplicar el 814.2 y por ende derrumbar instituciones hereditarias, dado que se trata de descendientes.

Evidentemente que para esta indagación jugaría –debe jugar– con prevalencia, conforme al 814.5.º, “lo ordenado por el testador”, fuente de pruebas o indicios inmanente al texto y –pienso– de carácter tasado. Entre las cuales cabe destacar sustituciones vulgares expresas de vía divergente a la de la estirpe omitida e, inclusive, reiteraciones también

expresas al derecho de acrecer que el Código marca (que llevarían a la *sciens*), expresiones testamentarias significantes del error de hecho (inopia del verdadero entorno familiar, el más frecuente germen de la *ab ignoranter*).

Acudir a pruebas externas al testamento puede ser arriesgado en cuanto empeño contradictor del claro propósito legal buscado y en cuanto no basado, como las intrínsecas, en una exigencia legal, la del tan mencionado párrafo 5.º

De aquí que por respeto a la soberanía testamentaria (siempre que seleccione *personas, no leyes*: a nota n.º 82 me remito) y en beneficio de la aconsejable elasticidad legal en todo aquello que no sea de orden público (y lo es, también me remito a nota n.º 83, la no discriminación entre filiaciones), entendí que la conservación del inciso era útil.

384 Además, el hilo argumental de la supresión del inciso podría llevar a hacer del párrafo 3.º una regla jurídica exenta de connotaciones “pretericionistas” y por tanto, formalizada en otro artículo del C.c., p. ej., a continuación del 766. Algo así como ocurre con el art. 467 del C.c. italiano.

Me pareció demasiado. Lo que procedía —y procede— es perfilar “el caso” con la palabra a añadir por la P.L.

Pero he de confesar que aún hoy no estoy muy decidido al respecto. A mejores opiniones me remito. A los estudiosos, profundizar en un tema realmente complejo aunque sugestivo (84)].

(84) El estudio de la oportunidad de la involucración de una regla cual la del 814.3.º en la doctrina de la “preterición/no preterición”, está por hacer. Evidentemente que tiene razones históricas, la de salvar unos fines justos a partir de unos mecanismos destructores tal la *praeteritio ab ignoranter*, pero a su vez liberándose de ellos. Ocurre que, curiosamente, la ignorancia que permitía entrar en tal dogmática “pretericionista” era más frecuentemente *de Derecho* que *de hecho*: la creencia generalizada de que los nietos sustituyen *ope legis*. Se introdujo, pues, en 1981 “el caso”, en un artículo sobre “praeteritio”, con lo que se da la paradoja de que un “error iuris” que pasar a ser verdad se regula en un instituto jurídico del que escapa.

(***) *JUSTIFICACIÓN PARLAMENTARIA A LA REFORMA DE LOS ARTS. 982.3.º Y 986 C.C.*

En las notas enviadas por mi Grupo a la Ponencia, se acompañaba esta “JUSTIFICACIÓN”:

“La introducción en la sucesión testamentaria de la llamada representación –mejor debería decidirse substitución legal– por premoriencia y de carácter limitado a descendientes, que llevó a cabo la Ley de 13 de mayo de 1981 en el art. 814, párrafo 3.º, obligaba a unos ciertos retoques en otros preceptos del Código. El Legislador de 1981, los omitió, probablemente por olvido, creando una situación confusa.

Uno, del que ya se ha hablado, afecta al art. 766. A la argumentación arriba expuesta nos remitimos.

Otra necesaria redaptación tiene su campo en la regulación de derecho de acrecer. Este mecanismo sucesorio, específico para una porción vacante, tiene lugar cuando falta la substitución vulgar de los arts. 744 y ss. Así debería decirse expresamente en el propio artículo 982, al establecer los presupuestos para el acrecimiento. No se hacía así, sino que –a trasmano y como remediando el olvido y con pésima redacción (85)– se aludía a ello en un artículo posterior, el 986, que da paso al abintestato para la ‘porción vacante’ cuando ni substitución ni acrecimiento operan.

Nosotros, ante la necesidad de introducir como llamamiento preferente al derecho de acrecer, el de la representación o substitución *ope legis* establecido en el párrafo 3.º del artículo 814, reconducimos ambas prioridades a su lugar adecuado, el artículo 982.

En el texto de este precepto queda pues, perfectamente claro el orden sucesivo de llamamientos en los tres clási-

(85) Dice el artículo vigente “... cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción (...) a quien no se hubiere designado sustituto, pasará ... etc.”; lo cual parece establecer una prioridad del Acrecimiento sobre la Substitución, siendo todo lo contrario.

cos supuestos de premoriencia, renuncia o incapacidad de herederos.

Y al art. 986 le depuramos de un inciso, ya innecesario, y le damos el estricto contenido apropiado a su fin.”

No se presentaron Enmiendas a estas modificaciones.

IX. Delegación de la facultad de mejorar

Reforma del ARTÍCULO 831.3.º (En la P.L.).—Delegación de la facultad de mejorar.

Se le añade un *Párrafo tercero*, que dice así:

“La misma facultad y con los mismos requisitos que establecen los párrafos anteriores, la podrá encomendar toda persona en testamento a su coprogenitor respecto de los hijos comunes”.

386

Su “MOTIVACIÓN” parlamentaria fue:

Aplicación obligada del principio de igualdad de hijos de la Constitución, art. 39.2, y el art. 108 del Código civil. Así mismo opina por esta reforma MARTÍNEZ CALCERRADA (*El nuevo Derecho de Familia*, II, pág. 52).

Creemos que es una exigencia directa de tal principio, según la interpretación jurisprudencial del mismo (STC 20-XII-82), ya que la delegación de la facultad de mejorar es un instituto beneficioso para los hijos, en cuanto facilita que se atiendan equitativamente sus necesidades o *méritos*, y útil para los coprogenitores, en cuya unión de hecho se den unilaterales o recíprocas valoraciones personales que les mueva o muevan a utilizar vía testamento análoga facultad a la que tienen los casados.

[N.B. Al revisar en 1994 la Proposición de Ley no se le ocurre al entonces presentador sino confirmarse en su criterio y considerar que éste es uno de tantos mecanismos en los que por vía inductiva han de aproximarse los efectos de las uniones de hecho a los del matrimonio.

Unicamente, lamenta el firmante no haber apovechado la ocasión para modificar también el párrafo primero del artículo referido a la delegación entre cónyuges, en el sentido de suprimir el retrógrado, y además estúpido, requisito de que el “viudo o viuda (delegado) no haya contraído nuevas nupcias”.

He aquí la desconfianza ancestral a la renovación amorosa de las gentes, no justificable bajo el pretexto de un posible perjuicio a los hijos del delegante ya que la distribución en la mejora operaría tan sólo entre éstos, y he aquí la falta de lógica de que a una libertad testamentaria se le impongan trabas aun contra la voluntad de quien quiera usar de ella, cual si fuese materia de orden público.]

X. Legítima vidual

387

Reforma de la Sección 7.^a del capítulo II del Título III, Libro III del Código civil (“Derechos del cónyuge viudo”).

Esta reforma se procuró por el texto de la P.L., completado en algún aspecto menor y mucho mejor sistematizado mediante la Enmienda n.º 49 del mismo Grupo proponente (86).

La envergadura de la Reforma propuesta se ve claramente mediante la inserción a triple columna del texto vigente (a la izquierda), del ofrecido por la P.L. (al centro) y del definitivo (a la derecha).

(86) La Enmienda 49 del G.S., que añadió a la expresión “mutuo acuerdo” el adjetivo “documentado”, corroboró el texto de los 6 artículos propuestos por la P.L., pero los ordenó mejor.

CÓDIGO CIVIL

Art. 834. “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o que lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

Art. 835. “Cuando estuvieran los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges hubiere mediado perdón o reconciliación, el superviviente conservará sus derechos”.

Art. 836. En blanco desde la Ley 11/81. (El Proyecto de Ley del Gobierno UCD lo dedicaba a establecer que “en el caso de concurrir hijos que no lo

PROPOSICIÓN LEY

Art. 834. “El cónyuge que al morir su consorte no estuviere separado de éste por resolución judicial o de mutuo acuerdo, tendrá los derechos que se indican en los artículos siguientes”.

Art. 835. “La reconciliación de los esposos, cumplidos los requisitos legales, restituye a los que hubieren estado separados en sus derechos hereditarios”.

Art. 836. “El cónyuge que concurrese con hijos o descendientes del causante, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

P.L. con ENMIENDAS

Art. 834. “El cónyuge sobreviviente que concurrese con hijos o descendientes del causante, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

Art. 835. “No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia”.

Art. 836. “No existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”.

sean también del cónyuge supérstite, el usufructo *vidual* correspondiente recaerá sobre el tercio de libre disposición”, precepto suprimido por obra de una Enmienda que se tratará después).

Art. 837 C.c., según Ley 11/ 81. “No existiendo descendientes pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.

Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora,

Art. 837. “No existiendo descendientes pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia”.

Art. 837. “Los derechos indicados en los artículos anteriores no corresponderán al cónyuge que estuviere separado de su consorte fallecido, por resolución judicial o mutuo acuerdo documentado”.

gravando el resto el tercio de libre disposición”.

Art. 838. “No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”.

Art. 839. “Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”.

Art. 838. “La reconciliación entre esposos, cumplidos los requisitos legales, restituye a los que hubiesen estado separados, en sus derechos hereditarios”.

Art. 839. “Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial”.

Art. 839. “Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial”.

Art. 840 C.c., modificado por la Ley 11/81. “Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.

Art. 840. “Mientras no se realice lo que establece el artículo anterior, estarán afectados todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”.

Art. 840. “Mientras no se realice lo que establece el artículo anterior, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”.

391

JUSTIFICACIÓN

Se llevó a la Ponencia la siguiente:

“1) Esta Sección exige profunda reforma. Prueba de ello es la insatisfacción misma de los legisladores de 1981 tras su aprobación. Distingamos:

A) Había quedado en blanco el art. 836, al retirar el Gobierno de 1981 el de la misma numeración de su Proyecto, que venía a perpetuar el nocivo sistema anterior de que, por mor de no entremezclar las legítimas del cónyuge viudo y de los hijos ajenos al mismo, quedase cuasi-bloqueada la libertad de testar del causante.

Lo retiró porque prosperó la Enmienda 235 del entonces Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya que decía: “Art. 836: En todos los casos de concurrencia del cónyuge

con hijos del causante, comunes o no, el usufructo legal recaerá sobre el tercio de mejora”.

Se justificaba diciendo, creo que con razón, que hay que terminar con el absurdo de suprimir toda libertad de testar, al 100 por 100, como “castigo” por haber contraído dos o más nupcias teniendo hijos, o por tenerlos extramatrimoniales y fallecer casado. La argumentación es irreprochable, y se consiguió al menos evitar un pronunciamiento al respecto en los términos del Proyecto.

Pero el poco estimulante sistema de dejar artículos en blanco no resuelve mucho si, sobre todo, subsisten anomalías semejantes en un precepto paralelo.

Tal es el caso del vigente art. 837 en su segundo párrafo, donde aparte la inadmisibilidad básica de la ideología que lo inspira y que nos mueve a suprimirlo según se motiva después, adolece en todo caso del mismo defecto de repercutir circunstancias familiares sobre la disponibilidad del tercio libre en merma de la ya escasa libertad de testar de que los españoles sujetos a Derecho común gozan.

De aquí que creímos que procedía una reforma a fondo de estos preceptos.

B) Pero para llevarla a cabo había que empezar por un buen planteamiento sistemático, que por otra parte iba a facilitar el dar contenido al artículo en blanco.

En efecto, el primer error en esta materia era sistemático, procedía de la primera edición del Código y, asombrosamente, nunca ha sido corregido. Siempre fue en el art. 834 donde exclusivamente se establecieron determinados requisitos de tipo tanto negativo como positivo (no estar separado, o de estarlo ser culpable el difunto), para que el viudo/a conservase su legítima en concurrencia con hijos o descendientes.

Cuestión aparte es la procedencia de tales requisitos o la manera de formularlos, pero lo lógico es que imperasen iguales requisitos para la legítima viudal en supuestos de concurrencia con otras personas.

No obstante, ni el art. 837 al determinar la legítima vi-
dual en concurrencia con ascendientes, ni el 838 al deter-
minarla en concurrencia con personas no descendientes ni
ascendientes, se cuidaron de repetir el condicionamiento o,
simplemente, de hacer una remisión al art. 834.

Literalmente interpretados esos preceptos resultaría, pues,
que en concurrencia con ascendientes u otras personas, el cón-
yuge conservaría su legítima aun separado y aun "culpable".

Evidentemente, no puede ser así: se trata de un descui-
do del Legislador y lo obligado, caso de haberse dado algún
litigio —que no debió darse pues no hemos encontrado juris-
prudencia al respecto—, es una interpretación analógica del
art. 834 vigente, ya que es la misma razón la que le inspi-
ra o debe inspirar.

Pero buena ocasión es ésta para evitar todo tipo de
dudas, para lo que basta con una adecuada sistematización.

[NB 1995. La primera idea mía (que es la obrante en el art. 6.º de
la Prop. de Ley) fue la de dedicar un artículo-pórtico —el 834— a las
condiciones generales exigibles en el viudo/viuda para acreditar la legí-
tima (87), y en artículos sucesivos las cuantías de las legítimas conyu-
gales, según los casos. (Con ello además se llenaba el hueco del 836).
Pero una oportuna y magnífica aportación de J. L. MEZQUITA DEL
CACHO ofreció la mejor sistematización que pensarse pudiera, con la
ventaja de suprimir el carácter de artículo-pórtico, poco elegante,
que yo daba al 834.

Fuera de la mejor sistemática, otra mejora de fondo: Salvaba asimis-
mo MEZQUITA DEL CACHO el olvido en que el texto de la P.L. incur-
ría de no aludir a la "fehaciencia" exigible del acuerdo separatorio
conyugal; él lo calificó de "documentado", lo que parece suficiente.
Ni que decir tiene que la sugerencia de MEZQUITA —(me indicó el
contar para éste y otros puntos con la colaboración de otros com-
pañeros Notarios de Barcelona)—, fue inmediatamente aceptada por
mi parte y, como Enmienda del Grupo Socialista que pasó a ser la
n.º 49, quedó incorporada a la Ponencia y según su texto, y *adop-
tando su numeración*, explico yo aquí las posturas adoptadas, idénti-
cas a la P.L.]

(87) Decía así: "El cónyuge que al morir su consorte no estuviese separado de
éste por resolución judicial o de mutuo acuerdo, tendrá los derechos que se indican
en los artículos siguientes".

C) En 1981, una Enmienda del G.P. Socialistas de Catalunya, la n.º 234, pretendió en vano introducir la separación de hecho documentada junto con la legal (mejor dicho, por resolución judicial), como enervante de la legítima del cónyuge viudo.

Nosotros lo llevamos a cabo hoy, y no sólo por razones de justicia, sino de lógica y congruencia. Si la idea de que dónde no hay convivencia matrimonial no debe haber sucesión legal ha prosperado para el abintestato (art. 945), debe valer también para esa reserva forzosa (en acepción del Derecho francés) de una parte cuantitativa de la herencia en favor de determinadas personas, en que la legítima consiste.

394

Y hasta con mayor razón aún, ya que el abintestato es consecuencia de una cierta negligencia por parte del causante separado convencionalmente, quien bien debió ocuparse de testar. Sin embargo, su descuido no favorece al viudo sin hijos ni ascendientes; quién, en cuanto separado de hecho, pierde la ocasión de anteponerse a los colaterales (art. 945, ya citado).

Pero, con testamento o sin él —diligente o negligente el causante—, en el régimen vigente el viudo/a separado de hecho mantiene legítima usufructuaria de 1/3 si concurre a la herencia con hijos o descendientes, de 1/2 con ascendientes y de 2/3 con colaterales u otras personas llamadas.

En este último caso de colaterales en abintestato es muy llamativo que el viudo/a separado de hecho quede relegado frente a ellos pero bloquee en 2/3 y durante su vida el disfrute de la herencia por los mismos.

Todo esto es un tanto absurdo y hasta hace pensar que la negativa a admitir en su día la Enmienda 234 del G.P. Socialistas de Catalunya, es decir, el haber mantenido la legítima vidual aun mediando separación de hecho documentada no fue del todo consciente por parte del Grupo parlamentario entonces decidente.

D) Admitida la separación de hecho –por supuesto fehaciente y, mejor aún, “documentada”– junto con la separación judicialmente declarada, como circunstancia enervante de la legítima viudal, considerábamos preciso dar un paso más.

Dentro de la separación por resolución judicial, cabía distinguir la existencia o no de culpa en el causante, a efectos de mantener o no la legítima en favor del cónyuge viudo.

Nosotros, en contra de la versión anterior y posterior del Código a la Reforma de 1981, eludimos toda consideración de culpa para discernir derechos legitimarios del separado.

En primer lugar, por seguir el espíritu de las propias Leyes 11 y 30/1981, que eludieron también tales consideraciones, como lo prueban muy fehacientemente el art. 97 (en su versión vigente) sobre pensión equilibrante, y el 945 sobre sucesión abintestato.

En segundo lugar, por una razón práctica y es la de que la separación suele derivar en Divorcio a instancia de cualquiera de los separados –aun de aquél contra quien se instó separación por las causas del art. 82 C.c.–: y en situación de Divorcio ya no hay legítima, porque no hay “cónyuge” sobreviviente.

Pero también por razones de orden social, cual es la de que la iniciación de una separación judicial por parte de un cónyuge en los casos del art. 82 citados, y la del acuerdo de una separación convencional en todo supuesto, comportan para quien da tal paso –al que nadie está obligado– la asunción de unas consecuencias en bloque que la Ley 11/81 trajo y son bien conocidas: liquidación de gananciales, pensión equilibrante, que incluso se mantiene *post-mortem* del deudor, posible atribución de vivienda, aún privativa del otro cónyuge, alimentos a hijos en compañía, etc., etc.

No es coherente ni digna de protección la posición de quien busca esos derechos mediante un procedimiento o un acuerdo, pero quiere conservar los muy contradictorios derechos a la herencia...

Y por una razón ética, la de no estimular con fines crematísticos la búsqueda de un culpable, inclusive tras su fallecimiento, como cabe darse con el macabro párrafo primero del art. 835 vigente (“esperará al resultado del pleito”: es decir, que hay que continuarlo).

E) Al art. 837 vigente hay que suprimirle el segundo párrafo. Ya lo intentó la Enmienda 356 del entonces Grupo Socialista, durante la discusión de 1981, basándose en la discriminación que ello suponía contra los hijos no matrimoniales. No prosperó.

Ha quedado –al entender de muchos, entre los que me incluyo– un precepto palmariamente inconstitucional, en cuanto opuesto a los arts. 14 y 39-2) de nuestra Carta Magna.

Y no vale argüir en contra, como se ha hecho por algún autor, que este precepto no limita los derechos de los hijos, sino que ensancha los del cónyuge (88). No es así: en la

(88) Así A. RODRÍGUEZ ADRADOS, R. D. *Notarial* (n.º 120, pág. 359), quien ve una discriminación razonable [mejor dicho, distinta de las “no razonables” que según el TC (Sentencia 3/83 y otras) son las únicas anticonstitucionales].

Menos convincente aun resulta la defensa del precepto por VALLET (en *Panorama... Sucesiones*, pág. 537), quien parece dar menos importancia a la discriminación entre hijos que a una presunta discriminación entre viudas sin hijos, la del “marido fiel” –con una legítima vidual máxima de 2/3– y la del marido que “no sólo le fue infiel, sino que tuvo, o le colgaron (subrayado mío), un hijo matrimonial de los que hasta ahora han sido calificados como adulterinos” –con legítima de una mitad–.

Habría que preguntarse si el riesgo de la paternidad no biológica se da tan sólo en las relaciones extramatrimoniales, y si tal riesgo no es mucho más irreparable dentro del matrimonio, en cuanto favorecida la impostura por una presunción *cuasi-juris et de jure* (art. 109 C.c.) y un estrechísimo margen temporal –1 año– del marido no padre para impugnar (art. 136), que el que ocurra en una relación extramatrimonial, aun estable, en que el varón no reconoce si no quiere, aun demostrada “la convivencia con la madre en la época de la concepción” (art. 135), y en que quien reclame la filiación es quién deberá probar.

Habría que preguntarse –más allá de lo anecdótico de ciertas expresiones– si el hecho de dejar hijos es tan irrelevante como para no afectar los inmovibles derechos legítimos del viudo/a, o si es irrelevante por serlo (valga la perífrasis legal) “sólo de su consorte concebidos durante el matrimonio de ambos”.

Habría que concluir, caso de respuesta afirmativa, que los hijos siguen pagando las culpas de los padres.

sucesión testada los limita –o puede limitar– en cuanto restringe el tercio de libre disposición, que podría dedicarse a aquéllos.

Se incumple el mandato constitucional de que “los hijos serán iguales ante la Ley con independencia de su filiación” (CE, art. 39-2). No son iguales en cuanto que la Ley desencadena distintos efectos según que los concurrentes con el viudo/a, sean hijos matrimoniales y prematrimoniales (en cuyo caso el usufructo viudal es del 1/3), o sean extramatrimoniales, concebidos durante el matrimonio y fuera de él, vulgarmente llamados “adulterinos” (en cuyo caso dicho usufructo viudal se extiende a la mitad del caudal relicto).

En la sucesión intestada el daño deja de ser hipotético, es real: la legítima viudal merma la herencia de los “adulterinos”, cosa que no ocurriría si fuesen de otra condición.

¿No hay discriminación?

Ello lleva a la consideración, por algunos autores –ej., REY PORTOLÉS (89) y J. M.^a MIQUEL (90)–, de plantearse la posibilidad de que el precepto devenga o no anticonstitucional según sea la sucesión intestada o testada.

Descartado –por ilógico– el razonamiento de que una discriminación legal por filiación u otra causa pueda detectarse, no en las leyes, sino en el uso que las personas (el causante en este caso) hagan de esas leyes –lo cual, de generalizarse, eximiría al Legislador de todo compromiso constitucional y hasta ético–, habrá que hacer un esfuerzo por superar la coyuntura de que el sujeto teste o no teste para saber si el sistema de legítimas que constriñe su herencia es igual cuando sus hijos son de una u otra índole.

Para saber si hay o no discriminación entre personas hay que suponerlas –J. M.^a MIQUEL insiste en ello en su magnífico estudio al respecto– en igualdad de situación. (Jurisprudencia abundante del TC sobre el art. 14 CE).

(89) REY PORTOLÉS, *REDI*, 1982, pág. 1565, *cit.* por MIQUEL.

(90) J. M.^a MIQUEL, *Comentarios a las Reformas...* (cit.), II, pág. 1325 (3), *id.*, *id.*

En una igual situación, de delación ya producida de herencia intestada, todos o casi todos los autores coinciden en que el 837.2 provoca discriminación: el ensanche legítimo del viudo ha constreñido, no obstante el tenor del art. 931, derechos ciertos de una clase de hijos, porque su cuota global en pleno dominio ha bajado de $\frac{2}{3}$ a $\frac{1}{2}$.

Bajo la idea —cierta— de que “las expectativas (de heredar más) no son indemnizables” (91) (es decir, los hijos no tienen un derecho previo al llamamiento universal por parte de su progenitor y, por tanto, el cercenamiento que a éste se hace en su libertad de testar no crea una situación perjudicial actual...), los mismos autores no ven una situación fáctica igual en la herencia testada capaz de acarrear efectos desiguales según sean los hijos.

398 Yo se la ofrezco, precisamente en situación de delación ya producida de herencia testada: El progenitor/a ha testado en los términos más conformes a Ley que suponerse pueda: “Reconozco la legítima a mi cónyuge, instituyo herederos a mis hijos”.

Al lector queda, con la lectura comparada de los vigentes arts. 834 y 837 C.c. sacar las consecuencias.

Los efectos desiguales, según la clase de hijos, derivados de esta igual situación de una cláusula lisa y llana de atemperación a la Ley, parece están a la vista.

En eso y no en otra cosa consiste la discriminación.

Pero además, este precepto es curiosamente contradictorio con otros del C.c., todos los que —congruentes con el mandato constitucional— igualan los derechos sucesorios entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales: arts. 807, 1.º y 808, art. 931 que dice claramente “sin distinción de ... filiación”, etc.

Los hijos habidos fuera y durante el matrimonio tienen igual legítima que sus medio hermanos de todo tipo (extramatrimoniales habidos antes o después del matrimonio, ma-

(91) J. M.^a MIQUEL, *ob. cit.*, pág.

trimoniales mismos), si al morir el padre común no dejó cónyuge (art. 808 C.c.).

También ostentarán igual condición cuando, en compañía de medio hermanos de todo tipo, concurren con el cónyuge: (art. 834).

Y en ambos casos tienen unas posibilidades respecto del tercio de libre disposición, que pueden beneficiar a cualquier persona, y por tanto también a uno de ellos.

Mientras que decaen de condición precisamente cuando carecen de medio hermanos. Es decir, cuando en un orden presumible de sentimientos, su concepción supone menor agravio para el cónyuge. A quien tan sólo en este caso se le aumenta el usufructo vidual.

Todo esto es absurdo.

(Tanto, que el absurdo mismo puede servir como argumento coartado para negar intención discriminatoria en el art. 837.2 por parte del Legislador de 1981. Cabe encontrar una explicación: en la concurrencia de unos y otros hijos no cabía jugar con la legítima vidual, y no cabía “desigualar” legítimas o cuotas abintestato según la clase de hijos. Así, pues, el 837.2 fue un último y pequeño reducto a que se aferró un sector todavía reticente a la igualdad de filiaciones.)

En resumen: Hay que suprimir el párrafo 2.º del art. 837 y su secuela –más absurda aún y además obscuramente redactada– del art. 840.

F) A los meros efectos de que la supresión del art. 840 no deje otro hueco en el texto del Código, hemos descompuesto el anterior artículo 839, reservando su segundo párrafo para el ordinal siguiente del artículo.

ENMIENDAS: Las numeradas 24 y 25, del G.P.P., que en el artículo 834 C.c. vigente, 837 en la P.L., suprimían la separación convencional documentada como situación enervante de la legítima vidual. Se basaban en la “necesidad de certidumbre en esta materia, sólo obtenible en la separación judicial”.

El firmante de estas líneas sugirió no aceptar tales Enmiendas.

Es de hacer constar que ninguna Enmienda se presentó a la supresión del famoso párrafo 2.º del art. 837 del C.c. vigente.

XI. Modificación de la P.L. en materia de pago de legítimas a descendientes

Se desarrollaban así:

A) Al epígrafe de la “Sección 8.ª
Forma especial de pago de la porción hereditaria.”

B) *Al artículo 841 párrafo 2.º*

“ARTÍCULO 841. El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

Siempre que el Juez le haya facultado expresamente para ello, el contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil podrá también practicar tales adjudicaciones y ordenar los correspondientes pagos en metálico.”

C) *Al ARTÍCULO 842 del CÓDIGO CIVIL*

“ARTÍCULO 842. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus *colegitimarios* podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1.058 a 1.063 de este Código”.

Las tres modificaciones figuran en la P.L., el párrafo 2.º del art. 841 con una ligera corrección sintáctica propuesta por la Enm. n.º 50 del propio Grupo Socialista.

Su “JUSTIFICACIÓN” era ésta:

“Las dos primeras reformas (cambio de la rúbrica de la Sección 8.^a y modificación del segundo párrafo del art. 841), obedecen a la necesidad de salvar una anomalía en la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

Esta anomalía se explica perfectamente por las vicisitudes ocurridas en la Sección y preceptos que la integran durante la discusión parlamentaria de dicha Reforma de 1981.

La historia es más o menos (92) la siguiente: el Proyecto de Ley del Gobierno UCD facultaba el pago de legítima en metálico sólo para los hijos o descendientes no matrimoniales.

Decía el proyectado artículo 841 que “los hijos y descendientes matrimoniales podrán... satisfacer en metálico la legítima de los hijos y descendientes no matrimoniales”; el proyectado 847 concedía análoga facultad al viudo respecto de los hijos de su cónyuge concebidos constante y fuera de matrimonio y el resto de la Sección articulaba esta modalidad *especial* de pago legitimario para esos dos casos *especiales*.

401

Varias Enmiendas del Grupo Socialista que alegaban inconstitucionalidad en este punto, a más de otros defectos, llevaron al Grupo entonces mayoritario a rectificar, aunque no del todo. En efecto, el Pleno del Congreso, mediante una Enmienda transaccional de la Diputada D.^a María Dolores Pelayo Duque, permitió que ese pago en metálico se verificase a cualquier legitimario, pero siempre dentro del supuesto de hecho de concurrencia en la herencia “de hijos o descendientes matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”.

(92) Esta Nota Justificativa era, como fácilmente se comprende muy sintética y, quizá por ello un tanto simplificadora. En el momento de redactarla se manejó la bibliografía existente y, de forma muy pasajera, por la reciente publicación en aquel momento, del estudio (magnífico y cuasi-exhaustivo) de la materia llevado a cabo por PANTALEÓN PRIETO en *Comentarios...*, II, 1984, págs. 1332 ss. En una relectura del mismo, la “Justificación” se mantiene tal cual y tan sólo por Notas a pie de página se puntualizan algunas coincidencias y algunas discrepancias.

Y previó tres “autores” para practicar este tipo especial de adjudicación: el testador, el contador partidador testamentario autorizado al efecto (art. 841) y el contador-partidor dativo que el propio Congreso crearía en virtud de otra Enmienda transaccional al art. 1.057 del Código (art. 842).

El Pleno del Senado generalizó el supuesto de hecho familiar al suprimir toda referencia a concurrencia de hijos o descendientes de distinto origen u orden, es decir, matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos (93).

Pero se olvidó –o quiso olvidar– del contador-partidor del 1.057 como tercer posible decisor de estas adjudicaciones.

El Pleno del Congreso, al decidir sobre las Enmiendas del Senado, mantuvo el criterio de generalidad del supuesto fáctico (es decir, no exigir concurrencia de hijos o descendientes de diverso origen) en el primer párrafo, que se refiere a las adjudicaciones practicadas por el testador en su testamento o por el contador-partidor testamentario autorizado al efecto.

Y asimismo, el Congreso reintrodujo la figura del Contador-partidor dativo como posible ordenante de legítimas en metálico. Para ello, llevó su antiguo art. 842 (que había sido ocupado por una interesante Enmienda del Senado, relativa al desestimiento adjudicatorio por los favorecidos) a un 2.º párrafo del art. 841.

(93) Como es de sobra conocido, esta generalización de la facultad –sujeta a ciertos condicionamientos– de pago de la legítima en metálico, incluso extrahereditario, fue una aportación, nunca bastante agradecida, de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, en base a anteriores reflexiones suyas y gracias a la feliz iniciativa del Senador de UCD Francisco Villodres de invitar al ilustre civilista y Notario a la redacción de una Enmienda, numerada 119. Lo lamentable es que la Enmienda no fuese adoptada en lo que denominaba “la 1.ª opción” de las propuestas por el Enmendante, es decir, el texto que MANUEL DE LA CÁMARA ha reconocido posteriormente como de su emanación directa. Pero a estas alturas, vigente años ha la Reforma de la Ley 11/1981 y la nueva Sección 8.ª (arts. 841-847), y dado el modesto objetivo de la presente P.L., se parte de la regulación existente, con el intento de corregir sus defectos más señalados. Por otra parte, el texto vigente no difiere del planteamiento de fondo de la Enmienda 119 al Senado 1981, y aporta la ventaja de la reintroducción de análoga facultad en manos del partidador dativo, punto éste al parecer –dado el silencio al respecto– ignorado por aquella 119.

Pero por increíble inercia, se reprodujo el texto del antiguo art. 842 (o sea, el del Congreso) y por tanto con la alusión al “mismo supuesto de concurrencia de hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”, que ya desde la Ponencia en el Senado había sido desechado como supuesto fáctico necesario para ordenar pagos de legítimas en metálico.

Y más increíble aún: tras la definitiva aprobación de este art. 841 y de la Ley en el Congreso, una mano anónima lo retocó, y en el texto del Boletín de las Cortes de 08/05/1981 aparecía sustituido el famoso “en el mismo supuesto de concurrencia...” por un “en el mismo supuesto del párrafo anterior”. Con ello, el anónimo corrector evitaba una grave distorsión, tal cual la vuelta a exigir –aun por vía de remisión entre párrafos– la concurrencia de diversa clase de hijos o descendientes para hacer viable esta institución del pago en metálico.

Pero el anónimo corrector tampoco lo hizo muy bien: 1.º) porque nadie se lo permitía, ya que en el Diario de Sesiones para nada consta la remisión del texto a una Comisión de estilo o de coordinación técnica. Tenemos, pues, una grave ilegalidad capaz de invalidar la Ley o al menos el precepto. Y 2.º) porque de corregir, debió hacerlo del todo, y no tímidamente, con lo que queda colgado un “mismo supuesto del párrafo anterior”, que nadie sabe a qué responde, pero que ya ha dado lugar a curiosas interpretaciones doctrinales (94).

403

(94) Dicho sea sin ánimo peyorativo alguno. Es curiosa, no en cuanto a sus razonamientos, que son muy válidos, pero sí en cuanto a sus consecuencias, la de PANTALEÓN –*ob. cit.*, págs. 1429 ss.– cuando entiende que el redactor anónimo actuó conscientemente. Se basa en una Enmienda UCD en el Senado numerada 45, no aceptada, por cuya virtud “en el mismo supuesto del párrafo anterior” aludía al supuesto de que “el testador, o el contador partidor expresamente autorizado por aquél”, así lo hubiesen previsto; es decir, que la facultad de ordenación de conmutaciones por parte del Contador dativo sólo habría de caber si tenía un último basamento testamentario, después inoperante por alguna otra causa: ello reconduce a PANTALEÓN a defender por vía interpretativa gramatical su tesis ya expuesta de que al Contador dativo no le puede autorizar el Juez por sí solo para los cometidos de que venimos hablando.

Lo que sí debió establecer el 2.º párrafo era la necesidad de autorización para que el Contador-partidor dativo del art. 1.057 actúe en esos términos. Es incongruencia injusta que al testamentario se le exija autorización exprofeso del testador y que respecto del dativo nada se diga.

El Contador-partidor dativo debe ser autorizado al efecto por quien le nombre. No se diga –de contrario– que la aprobación posterior judicial del art. 843 libera de esa autorización previa.

No es lo mismo designar para ejercer una función que confirmar lo ya hecho.

El Contador-partidor dativo creado en virtud de la importante innovación del art. 1.057.2, ha de ser: 1) judicialmente designado para “partir (95)”; 2) judicialmente autori-

Pero la presente P.L. quiere –ya se ha dicho– justamente lo contrario, y de ahí nuestro texto.

Y, con todos los respetos al ilustre comentarista, tampoco seguimos su interpretación, demasiado benévola con el corrector anónimo.

En pura lingüística, un “supuesto” no puede coincidir con la acción misma a que se refiere, la del testador o el contador testamentario, que son sujetos y no mera circunstancia de la misma. El “mismo supuesto” sería una circunstancia de hecho que no aparece por parte alguna, pero que sí aparecía en el texto anterior, la de concurrencia de diversas clases de hijos. Ergo, la única explicación aceptable es la de que se quiso salvar de la frase lo que se pudo, para no llamar la atención.

Cierto –con PANTALEÓN– que el art. 80.21 b) del Reglamento Hipotecario no es argumento, en cuanto norma posterior y de rango inferior. Pero sí es demostrativa, por su proximidad cronológica, de un contexto, el de que el Contador dativo puede ordenar como en el 841.1 y que su legitimación ante el Registro es “el documento acreditativo de habérsele conferido tal facultad”, es decir, la autorización judicial, no otra cosa.

Pero hay otro argumento de que “los mismos supuestos” es un mero arrastre inercial: el epígrafe de la sección: “... en casos especiales”. ¿Qué casos eran? Los de concurrencia de hijos de diverso origen. El error es de la misma índole.

Por eso corregimos ambos en la P.L.

(NB 1995) Posteriormente a esta nota, leo en ROCA-SASTRE MUNCUNILL en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, tomo I, pág. 613, que “la frase «en el mismo supuesto» empleada por el actual 841 p. 2 del Código ha de entenderse por no puesta”, lo que viene a corroborar mi interpretación, si bien considero de buena técnica aprovechar en todo caso una reforma legislativa en marcha para corregir pifias nacidas de la misma fuente de Derecho.

(95) Se habla aquí de “partir” en términos sumarios, como realización –y consiguiente manifestación documental– de todas las operaciones en su complejidad, abstracción hecha de la problemática afectante a su naturaleza y límites, que a tanta y tan penetrante labor doctrinal ha dado origen.

zado, en su caso, para “adjudicar todos o parte de los bienes hereditarios a algunos de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico, etc., etc.”; es decir, a –paralelamente a lo dispuesto en el párrafo 1.º del 841 para el testador o el Contador testamentario– ordenar la conmutación, no a hacerla por sí –y en nuestro texto corregimos confusión al respecto–; 3) someter su “partición” a la aprobación judicial definitiva, exigida por el art. 1.057.2 *in fine*, haya o no conmutación, pero que caso de haberla viene a confirmar la exigida en términos generales por el art. 843, siempre salvo caso de consenso de todos los legitimarios descendientes afectados.

El hecho de que la decisión judicial de nombrar un Contador-partidor lo sea en base a la petición de los herederos o legatarios que representen tan solo la mayoría simple del haber hereditario, obliga a que facultad tan trascendental como la de ordenar pagos de legítimas en metálico debe ser específicamente concedida, bien en el acto procesal del nombramiento, bien en otro posterior.

Pero siempre *debe poder ser concedida*. Frente a opiniones como la de Pantaleón (96), que exigen siempre un origen testamentario a esta facultad y que, por tanto, reducen la decisión judicial a una función de complementariedad de voluntades testamentarias incompletas o frustradas (ej., expresión testamentaria de voluntad “conmutativa”, pero no viabilizada a través de nombramiento de Contador-partidor, vacancia sobrevenida del cargo, etc., hipótesis en verdad no muy frecuentes y –sobre todo la primera– más bien rebuscadas), hay que afirmar –y así lo hace esta P.L.– la justicia y utilidad de que la iniciativa de una mayoría de legitimarios descendientes mueva al Juez, una vez nombrado el Contador dativo –lo que esta P.L. considera obligado, véase el nuevo texto para el art. 1.057–, a decidir libremente, pon-

(96) *Ob. cit.*, págs. 1428-9.

deradas las circunstancias del caso, si debe además atribuirle la facultad del art. 841.

Si no fuese así, las dificultades que llevaron a la solicitud raramente serían solventadas por el Contador-partidor dativo.

(Dificultades de sobra conocidas, aun entre descendientes de un mismo origen, y que gráficamente pueden describirse como la de una situación patrimonial de la herencia que, sin llegar a la del art. 1.056.2, se aproxime a ella: ej., clásico paquete de acciones o participaciones sociales decidente en la suerte de una Empresa.)

Y –sobre todo– nunca cabría tal facultad en la partición con Contador-partidor dativo respecto de la herencia no testada, facultad a la que algunos autores se resisten –DÍEZ PICAZO, PANTALEÓN–, por la que VALLET aboga, y por la que esta P.L. decididamente se pronuncia, en atención a la necesidad de procurar al Juez y por su delegación al Contador-partidor los más y menos malos utensilios destinados a salvar la funcionalidad de numerosos patrimonios familiares y para evitar procedimientos universales costosos tanto en trámites como en resultados.

Tan es así, que el Reglamento Hipotecario en su art. 80,2.º b), reformado por R.D. 3215/1982, para aplicar la reforma civil, hace la oportuna alusión al “documento público acreditativo de haberse concedido al Contador-partidor dativo tal facultad”.

Precisamente al efecto de que el texto reglamentario tenga el soporte legal necesario, y al de cubrir una laguna, modificamos el texto con, asimismo, la corrección técnica de –paralelamente al párrafo anterior– reinsertarle en su verdadero cometido de “contar” y “partir”, ordenando pagos en metálico, pero no haciéndolos por sí.

En base a las anteriores consideraciones, se modifican:

a) La rúbrica de la Sección, que seguía hablando –por inercia– de “casos especiales”, cuando hoy opera en todo caso.

Pero como sí subsiste una especialidad –quizá habría que hablar de “excepcionalidad”–, en el sentido de que nuestra legítima en cuanto *pars bonorum* mantiene como regla general el pago de la misma en bienes de la herencia y el respeto al art. 1.061 del C.c., hablamos de “forma especial”. Tan especial, que su realización exige la observancia de los requisitos previos, concurrentes y posteriores que el articulado de la Sección (y hoy, además, el art. 80 del Reglamento Hipotecario) imponen.

b) El párrafo segundo del art. 841 del C.c. en los términos, no de la Propuesta en la P.L., sino en la Enmienda n.º 50 del Grupo Socialista que, sugerida por MEZQUITA DEL CACHO, traía una mejor redacción y por tanto iba a ser aceptada.

En cuanto a la modificación propuesta para el art. 842, como se ve, consistía tan sólo en sustituir la palabra “hermanos” por la de “colegitimarios”.

407

No tienen éstos porqué ser hermanos, ya que también pueden ser entre sí tíos y sobrinos, e incluso primos hermanos. Basta con que se den hijos premuertos del causante con hijos o descendientes –a su vez legitimarios– para comprobar el aserto.

XII. Reserva binubal

Modificaciones propuestas, por vía de la Proposición de Ley y por vía de Enmiendas del Grupo Socialista a la misma, al articulado íntegro de la Sección 2.ª del Capítulo V del Título III, Libro tercero del Código civil, cuya Sección gira bajo el epígrafe “De los bienes sujetos a reserva”.

De la “Explicación” al texto de la P.L., mi intervención en el Pleno, y de las “Justificaciones” de las Enmiendas G.S., ofrezco el siguiente Resumen actualizado:

“Conforme a su modesto y hasta tímido objetivo originario, el de llevar a cabo una ‘puesta a punto del conjunto normativo (constituido por las Leyes 11 y 30 de 1981) a tenor de las dificultades surgidas en la práctica’... (mediante) ‘acoplamiento de normas’ o (a lo más) ‘búsqueda de más justicia en puntos concretos’ (97), la Proposición de Ley publicada en el B.O.C.G. de 20 de septiembre de 1985, se limitó a unos retoques técnicos en materia de reserva viudal, en el sentido de que no fuese sólo viudal.

La introducción del Divorcio en nuestro Derecho por la Ley 30/81 obligaba a tener en cuenta, además de la muerte, otra causa disolutoria del primer matrimonio.

Parecía inexcusable, y con mayor razón, considerar el divorcio como factor desencadenante de la reserva una vez se diesen los elementos o condiciones de hecho que en el C.c. definen la viudal: disposiciones gratuitas interconyugales y ‘familiares’, hijos, nuevas nupcias o nuevos hijos post-disolución.

Otro tanto cabe decir en caso de la Nulidad matrimonial.

[Bien es cierto que también ésta existía antes de 1981, tanto la declarada por los Tribunales Eclesiásticos para los matrimonios Canónicos como la regulada en la Sección 3.^a del Capítulo III del Título 1.^o del C.c. para los escasos matrimonios civiles hasta entonces existentes.

Pero el legislador ignoró o no consideró digna de regulación la hipótesis, con lo cual cabía la paradoja de que tras las nulidades, casi siempre decretadas como de buena fe por las Autoridades eclesásticas, el matrimonio ‘bi’ o ‘mono’ putativo producía respectivamente recíprocos o unilaterales ‘efectos civiles’ (antiguo art. 69 Código civil), entre ellos los sucesorios y, por tanto, la firmeza de las adquisiciones a título gratuito (no existía revocabilidad de donaciones por tal motivo en los antiguos artículos 644 ss. C.c.).

Así pues, el bínubo tras anulación –con todo lo que de traumático ésta comporta– consolidaba las adquisiciones a título gratuito procedentes de su ex-cónyuge ‘o de sus parientes en consideración a él’ sin esperanza de retorno alguno para descendientes de aquél: en situación de evidente agravio comparativo respecto de la situación creada por el bínubo tras viudez.]

A pesar de todo, en el ánimo del presentador de la P.L., hoy firmante de estas líneas, latía su vieja desconfianza hacia una institución cual la Reserva cuyo origen inequívocamente patriarcalista (recordemos la romana *Lex Faeminae* y su reviviscencia en concepto de devolución de arras en el Fuero Juzgo y las Partidas) no ha sido restañado no obstante la obligada extensión al viudo varón.

(97) Todo lo entrecomillado, en la E. de M. de la P.L.

Y cuyo trasfondo punitivo o, al menos, hostil a toda felicidad sobrevenida se hace visible a partir de la consideración de que, por encima de la voluntad del disponente que quiso donar o testar sin trabas, se impone, cual si de materia de orden público se tratara, una expropiación de bienes a quien rehace su vida.

Y no vale el argumento de protección a la anterior stirpe, porque no se trata de reducción de liberalidades inoficiosas y, sobre todo, porque para tal stirpe poco importan, desde un punto de vista estrictamente económico, las posteriores vicisitudes familiares o vivenciales del legítimo propietario de los bienes.

Si repetida primera stirpe necesitase de protección, la Reserva debiera operar en todo caso, hubiese o no ulteriores nupcias o procreaciones por parte del viudo o viuda. Tanto pueden dañar las expectativas de la primera stirpe la propensión enajenatoria del supérstite viudo como la del supérstite bínubo.

Pero –al igual que ocurrió en el campo del art. 811–, al intentar adoptar a los mecanismos de la Reserva ordinaria las innovaciones traídas por la Ley 30/81, saltó a la vista que ahí, en ese mayor o menor, siempre en algún grado trauma familiar que la ruptura matrimonial implica, ahí sí hay un hecho generador de la Reserva binubal, háyanse o no producido las revocaciones previstas por los artículos 647, 648 y 1.343 del Código civil.

Tanto cuanto no es legalmente protegible el recelo –y castigo económico consecuente– a los viudos de nuevo casados o ulteriormente padres, es socialmente atendible –y por tanto digno de ser legalmente tomado en consideración–, la salvaguardia de patrimonios de procedencia familiar tras la ruptura litigiosa de ese preciso nexo familiar.

A la luz de la idoneidad y perfecto encaje del Divorcio y la Nulidad en el casuismo de la Reserva binubal, es cuando más resalta la iniquidad de sus mecanismos acoplados a un hecho desgraciado y natural como es la muerte: la toma en consideración de aquellos eventos como desencadenantes del proceso reservista repele la subsistencia de ésta junto a ellos, salvo el caso –explicable– de muerte precedida de separación judicial (no de la amistosa o convencional, en que en principio queda excluido el trauma).

De aquí que, a instancias de diversos sectores jurídicos y colectivos sociales, tras detenido debate en el seno del Grupo parlamentario proponente, comprobada –a través de conversaciones informales en el seno de la Ponencia– la buena acogida a la idea por parte de representantes de algunos otros Grupos parlamentarios, los miembros del G.S. en la Ponencia presentaron la batería de Enmiendas que, numeradas de 51 a 59, llegaron a ese resultado.

Como se ve, se utilizaron mecanismos del 811 para ciertas vicisitudes en la obligación de reservar y recíprocos derechos.

(Ni que decir tiene que en la reflexión previa, el estudio de factores y efectos, el balance de éstos y en su redacción concreta, la autoría o participación de J. L. Mezquita del Cacho fue decisiva e inestimable.)”

A) Para mejor examen de la evolución producida en el seno de la Ponencia se presentan a triple columna los artículos vigentes, los de la P.L. y los enmendados, por el orden de su numeración; debe considerarse definitiva la columna sin más texto a la derecha:

CÓDIGO CIVIL

Art. 968. Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales.

PROPOSICIÓN LEY

Art. 968. Además de la reserva impuesta en el artículo 811, la *persona* que pase a segundas nupcias estará obligada a reservar a los hijos y descendientes habidos de las primeras, la propiedad de cuantos bienes haya adquirido de su anterior consorte por testamento, por sucesión intestada o a título lucrativo en razón de, o durante, matrimonio.

P.L. con ENMIENDA

Art. 968. Además de la reserva establecida en el artículo 811, el consorte *cuyo matrimonio fue anulado, el divorciado, o el separado legalmente que pase a nuevas nupcias, habrá de reservar a favor de los hijos o descendientes de aquél, sean o no comunes, la propiedad de cuantos bienes hubiera adquirido por título lucrativo del mismo, incluso los donados que no le hubieran sido revocados conforme a lo previsto en los artículos 647, 648*

y 1.343 de este Código.

Art. 969. La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste.

Art. 970. Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho a los bienes, renuncien expresamente a él, o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados.

Art. 969. La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el *bínubo* de cualquiera de los hijos del primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del anterior consorte por consideración a éste.

Art. 969. La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el *bínubo* de los hijos de su primer matrimonio, *antes del segundo, o ignorantes de él*, y los que haya habido de los parientes del *anterior* consorte por consideración a éste.

Art. 970. *Será de aplicación a esta reserva lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 811 de este Código.*

Art. 971. Cesará además la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes del primero.

Art. 972. A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre, o madre, segunda vez casados, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823.

Art. 973. Si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva con-

Art. 971. *No habrá obligación de reserva cuando al morir el padre o madre que contrajo ulterior matrimonio no existan hijos o descendientes del anterior.*

forme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendiente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen repudiado su herencia.

El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva pero si tuviere hijos o descendientes, se estará a lo dispuesto en el artículo 857 y en el número 2 del artículo 164.

Art. 974. Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de

Art. 974. Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables hechas por el *reservista* antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquéllos a los hijos

aquéllos a los hijos y descendientes del primer matrimonio.

y descendientes del primer matrimonio.

Art. 975. La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Art. 975. La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiese hecho el *hínubo* después de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Art. 976. Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salvo siempre la obligación de indemnizar.

Art. 977. El viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inven-

Art. 977. *El padre o madre*, al repetir matrimonio, hará inventariar to-

Art. 977. *También lo son, con la misma salvedad, las de los bienes in-*

tariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y tasar los muebles.

dos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservable de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y tasar los muebles.

muebles cuando concurra el consentimiento de todos los reservatarios expectantes existentes al tiempo de la enajenación, prestado personalmente o con intervención de su representante, con arreglo a la Ley. El bínubo, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro la propiedad, la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasar todos los muebles.

415

Art. 978. Estará además obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca:

1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado

Art. 978. Estará además obligado el *padre o madre*, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca:

1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado

que tuvieran al tiempo de su muerte.

2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Art. 979. Lo dispuesto en los artículos anteriores para el caso de segundo matrimonio rige igualmente en el tercero y ulteriores.

Art. 980. La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos

que tuvieran al tiempo de su muerte.

2.º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Art. 980. La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos

Art. 980. La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos

será también aplicable:

1.º Al viudo que durante el matrimonio haya tenido o en estado de viudez tenga un hijo no matrimonial.

2.º Al viudo que adopte plenamente a otra persona. Se exceptúa el caso de que el adoptado sea hijo del consorte de quien descenden los que serían reservatorios.

Dicha obligación de reservar surtirá efecto, respectivamente, desde el nacimiento o la adopción del hijo.

será también aplicable:

1.º A quien durante matrimonio y *extinguido, o tras él*, tenga un hijo no matrimonial.

2.º A quien, *extinguido su matrimonio*, adopte plenamente a otra persona. Se exceptúa el caso de que el adoptado sea hijo del consorte de quien descenden los que serían reservatorios.

Dicha obligación de reservar surtirá efecto, respectivamente, desde el nacimiento o la adopción del hijo.

será también aplicable:

1.º Al que durante el matrimonio, o después de disuelto el mismo por nulidad o divorcio, o viudo tras separación legal, tenga un hijo no matrimonial.

2.º Al que después de dicha disolución, adopte plenamente (98) un hijo que no lo fuere también del consorte de quien descenden los reservatorios.

Dicha obligación de reservar surtirá efecto, respectivamente, desde el nacimiento o la adopción del hijo.

(98) (NB 1995). Se ve claramente que la redacción del artículo 980, párrafo 1.º punto 2.º en la P.L. y Enmienda 53, son anteriores a la Ley 21/1987, de 11 noviembre, por lo que hay que suprimir el adverbio **PLENAMENTE**, apropiado al régimen anterior a esa Ley.

B) Pormenor de Enmiendas.—Paso a resumir las más señaladas, junto con sus “justificaciones”.

ENMIENDA del G.S. numerada 51.

“Art. 968. Además de la reserva establecida en el art. 811, *el consorte cuyo matrimonio fue anulado, el divorciado, o el separado legalmente que pase a nuevas nupcias*, habrá de reservar a favor de los hijos y descendientes *de aquél, sean o no comunes* la propiedad de cuantos bienes hubiera adquirido por título lucrativo *del mismo, incluso a los donados que no hubiera sido revocados conforme a lo previsto en los arts. 647, 648 y 1.343 de este Código*”.

ENMIENDA del G.S. numerada 52.— Art. 969.

418 **MOTIVACIÓN** aportada. Aunque en el texto de la P.L. ya constaba que el supuesto desencadenante de la reserva era no solamente la muerte sino la ruptura matrimonial anterior a ella, preferimos especificar los casos pero con una importante novedad: la de que la muerte en matrimonios no rotos y no en crisis no es causa desencadenante, aun habiendo ulteriores nupcias o procreación. El giro copernicano que damos en los arts. 968 y 969 a la materia se explicará suficientemente en Ponencia.

ENMIENDA numerada 53.

Art. 980. “La obligación de reservar establecida en los artículos anteriores será también aplicable:

1º) Al que durante el matrimonio, o después de disuelto el mismo por nulidad o divorcio, o viudo tras separación legal tenga un hijo no matrimonial.

2º) Al que después de dicha disolución adopte plenamente un hijo que no lo fuere también del consorte de quien desciendan los que en otro caso serían reservatarios.

Dicha obligación de reserva surtirá efectos desde el nacimiento o la adopción del hijo, respectivamente”.

ENMIENDA del G.S. numerada 54.

Se propone modificar el texto del artículo 970 del Código civil que pasará a ser el siguiente:

“Será de aplicación a esta reserva lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 811 de este Código”.

MOTIVACIÓN que acompañó:

“La no procedencia de Reserva alguna por los bínubos en cuanto a los bienes recibidos a título gratuito de sus descendientes conocedores de las segundas nupcias, no debe confundirse –tal como ocurre hoy– con Renuncias a la Reserva expectante.

Por eso aquello va al 969 y esto al 970.

Por otra parte, a la anterior regulación de las renunciaciones en este mismo precepto es preferible la que, de forma mucho más técnica y eliminadora de conflictos –piénsese en el derecho de representación– hacemos para la reserva del 811”.

419

ENMIENDA del G.S. numerada 55.

Se proponen modificar el artículo 971 del Código civil de la siguiente forma:

“No habrá obligación de reserva cuando al morir el padre o madre que contrajo ulterior matrimonio no existan hijos o descendientes del anterior”.

Su “**Motivación**” era:

“Mejor orden sistemático y mayor precisión técnica”.

ENMIENDA del G.S. numerada 56.

Art. 977. “También lo son, con la misma salvedad, las de los bienes inmuebles cuando concurra el consentimiento de todos los reservatarios expectantes existentes al tiempo de la enajenación, prestado personalmente o con intervención de su representante, con arreglo a la Ley”.

“El bínubo, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasar todos los muebles”.

XIII. Otros retoques en materia de sucesiones

Art. 9.º de la P.L.: Contenía otras varias reformas en temas sucesorios, a saber:

A) **En derecho de Acrecer**, que por respeto al ordinal del Código se hacía dentro de este artículo de la P.L., pero que por su concatenación con las materias tratadas en el capítulo VIII, ha quedado ya expuesto en el mismo.

A) En materia de **Colación**, la P.L. contenía una sola **PROPUESTA**, la de **MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.046 del C.c.:**

“Artículo 1.046. La (se suprimen dos palabras) donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno sólo se colacionarán en su herencia”.

420

Y su escueta “**MOTIVACIÓN**” era ésta:

“Se procede aquí a eliminar las palabras “dote o”, simple consecuencia de la supresión de la institución dotal en la Reforma producida por la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

El mantenimiento en el artículo 1.046 es, evidentemente, un descuido, y tampoco sería mayor problema si como tal fuese incapaz de producir equívocos.

Pero puede producirlos por el hecho de seguir este artículo a otro, el 1.045 en que sí suprimió toda alusión a la “dote”; la propia magnitud del despiste podría dar lugar a pensar que era interesante mantener la palabra, en el sentido, p. ej., de reducir esas donaciones a las por razón de matrimonio... o cualquier otra interpretación tortuosa”.

Y, B) en materia de **Partición**, proponíamos estos tres retoques:

a) **REFORMA de la P.L. al ARTÍCULO 1.056, párrafo 2.º del Código civil.**

“El padre o la madre que quiera conservar indivisa una explotación agrícola, *comercial* o industrial de que fuese titular, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos o descendientes”.

Su JUSTIFICACIÓN ante la Ponencia se expresaba así:

“Además de las opciones de pago en metálico de legítima introducidas en la Sección 8.^a del Capítulo II del Título III por la Ley 11/1981 (13 de mayo), el legislador tuvo a bien mantener esta facultad particional más enérgica (en cuanto no le afectan los requisitos y reglas de aquella Sección); pero más restringida en su ámbito, en cuanto ha de recaer en exclusiva sobre la explotación económica familiar.

Pero la actualización del precepto exigía introducir, entre las modalidades de explotaciones familiares, la comercial, y suprimir la redundante alusión a lo “fabril”.

Con ello se llega a un texto igual al adoptado por la Ley 13/81 para un fin análogo, en el artículo 1.406, n.º 2.º

La igualdad de sexos impuesta por la Constitución lleva a hacer sujeto activo de esta facultad también a la madre. Con tanto derecho e igualdad de rango que el padre (99).

Y la lógica, pero también la Constitución, llevan a extender los sujetos pasivos a hijos y descendientes, por supuesto sin distinción de filiación. Lo que se refuerza con la supresión de toda alusión a un “interés de la familia” obrante en el texto vigente que pudiera —dadas las lamentables interpretaciones restrictivas existentes del artículo 39-1) de la Constitución— dar pie para pretender excluir los hijos no matrimoniales como beneficiarios.

(99) Es de observar que la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de Aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, no se percató de la necesidad de modificar el artículo 1.056.

Y no se diga como excusa que el sustantivo “padre” pueda ser comprensivo de ambos sexos.

Eso no lo dice la Real Academia, a cuyo tenor el plural “padres” sí alude a ambos progenitores, lo cual es muy distinto.

Pero, sobre todo, porque la alusión siempre fue perturbadora, ya que la voluntad indiscutible a atender es la de orden económico de mantener la unidad de la explotación, mientras que el criterio de favorecer o no a la familia aludía a un dato subjetivo y, como tal siempre expuesto a que por disenso de cualquiera de sus miembros, provocase el litigio.

Añadimos ‘descendientes’ a ‘hijos’, conforme a una tónica imperante en toda la Reforma y de toda justicia”.

b) Contador-Partidor dativo: MODIFICACIÓN 2.º PÁRRAFO del ARTÍCULO 1.057 C.c. Decía así la P.L.:

“No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante al cargo, el Juez, a petición de herederos o legatarios que representen, al menos, el cincuenta por ciento del haber hereditario, *previa citación de los demás interesados, en la forma que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, nombrará un contador-partidor dativo según las reglas que dicha Ley establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios*”.

422

Se llevó a la Ponencia esta “JUSTIFICACIÓN”:

“Hay tres defectos de redacción, capaces de dar lugar a graves errores en la aplicación del precepto, muy plausible en sí, introducido en 1981; hay otros menores. Y se cambian unas palabras por razón de estilo.

El *primer* defecto, la utilización de la conjunción “y” entre las palabras “herederos” y “legatarios” en la primera frase de dicho párrafo segundo.

La conjunción “y”, en un planteamiento estructural lingüístico “de exigencia”, tiene un significado cumulativo, esto es, exigirse la concurrencia de todos los actores. Lo que comportaría el efecto, no requerido por la Ley, de que la petición habría de partir tanto de herederos como de legatarios.

La conjunción “o” tiene, por el contrario, en construcciones de este tipo, un significado cumulativo-alternativo que

es el que procede para indicar la titularidad indistinta de los sujetos a ejercitar una acción (100).

Con ello, está claro que tanto herederos como legatarios pueden, si llegan al 50% del caudal, obtener del Juez el nombramiento previsto.

El *segundo* defecto redaccional estaba en la expresión “podrá nombrar”, que traiciona el evidente designio legislativo de establecer una norma imperativa en cuanto se cumplan los presupuestos exigidos.

La sustitución de “podrá nombrar” por “nombrará” resuelve el asunto: No se trata de una facultad discrecional del Juez, se trata de una obligación (si no fuese así, el precepto era totalmente ocioso).

El *tercer* defecto a corregir estaba en suprimir el requisito de ser conocido el domicilio de los co-interesados para citarles, lo que sería una fácil excusa para que la citación no tuviese lugar.

Evidentemente, el Legislador quiso referirse a otra cosa: las distintas formas de citación según sea o no conocido el domicilio de los notificandos. Pero esas normas están en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 269, 984 y sobre todo, 1.058). Por eso nos remitimos a ella.

Al *cuarto* defecto se atiende sustituyendo las palabras “y con” por “previa”, lo que obedece a razones tanto de lógica como de sintaxis.

En *quinto* lugar, la expresión “dicha Ley” en lugar de “Ley de Enjuiciamiento Civil” obedece a razón de estilo derivada de los cambios producidos.

(100) En mi trabajo *Análisis Constitucional para un Autogobierno de la Provincia de Madrid*, Ediciones de la antigua Diputación Provincial de Madrid, 1981, págs. 46 ss., y con ocasión de las hoy superadas dudas de interpretación del art. 143 CE, me extiendo en la distinta función de la disyuntiva “ó” según el verbo, y de la unívoca función de la conjuntiva “y” sea cual sea el verbo.

c) **Títulos.** ENMIENDA n.º 60 del G.S.

Se proponía modificar en el artículo 1.066 del Código civil la última frase del primer párrafo por la que sigue:

"Si el interés fuere igual, el título se entregará al de mayor edad".

Y su *Motivación*:

"Atender al imperativo constitucional de no discriminación por razón de sexo".

(NB 1995). Como se ve, esta Enmienda quedó obsoleta, ya que la Ley 11/90 de 15 octubre lo ha resuelto, quitando no sólo la preferencia por sexo, sino también por edad: se acude, en último término, a la suerte. Creo que han hecho bien.)

XIV. Gananciales

Artículo décimo de la P.L.:

En el capítulo IV del Título III, Libro IV del C.c., modificar los artículos 1.384, 1.391 y 1.397. Quedarían así:

"Art. 1.384. Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren sin perjuicio de lo que disponen los artículos 1.390 y 1.391".

"Art. 1.391. Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.298 de este Código".

(NB en 1995). A los retoques propuestos en la P.L. para estos dos preceptos no se acompañó a la Ponencia motivación alguna, por entender que se explicaban por sí solos y porque, en último término, no eran de máxima importancia.

Parecía, sí, conveniente que a la fuerte innovación que el vigente artículo 1.384 supone y los innumerables riesgos que

del mismo se derivan —dada la naturaleza financiera de la economía de gran parte de las familias actuales—, se hiciese hincapié en las limitaciones o garantías de los artículos 1.390 y siguientes.

También en este último, el 1.391, convenía completar los efectos de la rescisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.298, ya que no hay razón para que un cónyuge defraudado en su interés quede menos protegido que los acreedores en análoga situación.

ARTÍCULO 1.397. (*Adición de un párrafo segundo*) (también propuesto por la P.L.). El artículo quedaría así:

“Artículo 1.397. Habrán de comprenderse en el activo:

1.º) Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.

2.º) El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubiera sido recuperados.

3.º) El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general las que constituyan réditos de la sociedad contra éste.

Sin perjuicio de los derechos de terceros, ninguno de los cónyuges podrá pretender del otro que incluya en el activo de la sociedad a los efectos del número 1.º del párrafo anterior, los bienes adquiridos con el producto de su trabajo personal o con los frutos de sus bienes privativos desde la cesación de la vida en común libremente acordada o judicialmente determinada en medidas provisionales”.

(NB Es de señalar que a esta modificación contenida en la P.L. no se presentó Enmienda alguna, que ninguna objeción se hizo a ello en la sesión del Pleno para la admisión de la P.L. y que en las conversaciones informales de la Ponencia se consideró este un punto pacífico.)

Redacté yo para el Grupo proponente una MOTIVACIÓN —a utilizar también en la Ponencia— que decía así:

“En el proceso legislativo de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, ocurrió lo siguiente: el Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya presentó la Enmienda número 273 por la que

se adicionaba un párrafo al artículo 1.397 en términos similares a los contenidos en la Propuesta; y con ligeras variantes de redacción, la Enmienda fue incorporada al texto de la Ponencia y asimismo adoptada por unanimidad en Comisión.

Sin embargo, fue rechazada en el Pleno de Congreso por una ligera diferencia de votos. Pero en virtud de una nueva Enmienda en el Senado, el párrafo fue adoptado por la Ponencia, y asimismo mantenido en Comisión y Pleno de dicha Cámara.

Pero de nuevo aún, en la sesión del Congreso para debatir las Enmiendas del Senado y aprobar definitivamente la Ley, el citado párrafo segundo del artículo 1.397 sucumbió por pequeña diferencia de votos.

426 Las razones dadas por el Portavoz del Grupo Centrista cuya negativa determinó la exclusión, con cambio de criterio de tal Grupo en el Senado, parece fueron de índole redaccional: Aludían sobre todo a la expresión "trabajo personal" como origen de los bienes adquiridos a no incorporar en el activo, expresión obrante en la Enmienda 273; alegaba el Portavoz que esta delimitación era excesiva y discriminaba respecto de bienes adquiridos durante la separación de hecho provenientes de frutos de bienes privativos de los cónyuges (101).

En lo cual, dicho Portavoz llevaba toda la razón. No tanto, respecto al hecho de que esta simple dificultad técnica pudiese llegar a dirigir un voto en contra de un principio jurídico que todos los grupos parlamentarios, incluido el suyo, consideraban justo y de toda necesidad.

De aquí que se ofrezca hoy una redacción más depurada por la que, en definitiva y a sensu contrario, los únicos bienes adquiridos tras la cesación de vida en común que sí se deberán incorporar en el activo, y por tanto sometidos a liquidación, son los provenientes de frutos producidos, aun

(101) Vide "Trayectoria en sede parlamentaria de la Ley 11/1981", en *Documentación Jurídica*, 1982-II, n.º 35.

en ese período de separación de hecho, por bienes a su vez gananciales.

Que los demás no se incluyan responde a razones que, por muy conocidas, se ofrecen brevemente.

Primera. Incardinación de los gananciales, según el sistema del Código y más aún tras la Reforma del 81, en la comunión de vida de los cónyuges; por lo que, al contrario, toda separación de hecho debidamente consolidada y acreditada quita base para comunicar bienes adquiridos por cada separado con su trabajo o con frutos de bienes privativos.

Segunda. Concordancia con la Ley 30/1981, en cuanto a las causas de la Separación pero más aún del Divorcio, las cuales pivotan sobre el criterio básico y meramente fáctico del cese de la vida en común, hasta el punto de que los cinco años causen aquél por sí solos y sin aditamento alguno.

¿Cómo —se pregunta la doctrina (102)— el mero transcurso del tiempo base para romper el vínculo y a la par, o simultáneamente, opere para producir un patrimonio en común?

Tercera. La concordancia con la propia Ley 11/1981, que toma también en cuenta la separación de hecho en varias ocasiones: para enervar la sucesión intestada (artículo 945) —en esta Proposición de Ley se salva la laguna correspondiente en el artículo 834—; para retirar la representación del ausente (artículo 184-1.º); para privar la tutela (artículo 220, hoy manteniendo en mejor y a sensu contrario en el

(102) Vide los conocidos trabajos de M. DE LA CÁMARA "Separación de hecho y sociedad de Gananciales" (ADC, 1969), RUEDA PÉREZ, "Efectos patrimoniales de la Separación de hecho" en RDN, abril-junio 1984; y las opiniones de Díez-PICAZO, ya en "Capacidad de la mujer casada... Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio" (ADC, n.º 2, pág. 865), y en *Familia y Derecho* (Civitas, 1984); ZANÓN MASDEU en *La separación matrimonial de hecho* (Barcelona, 1974). También LACRUZ BERDEJO en *Elementos...*, IV, 1982, y *Matrimonio y Divorcio*, 1982; y este mismo autor, de imborrable recuerdo, muy expresamente también en una carta a la Diputada Carmen Solano y al firmante con ocasión de esta P.L. Todavía (NB 1995), G.ª URBANO en *Comentarios C.c.* (Ministerio de Justicia, 1991), II, pág. 763. Asimismo, MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en *Derecho de familia*, pág. 139, MORALES MORENO en *Comentarios...* (cit.), II, págs. 1825 y 1827.

artículo 234-1.º, modificado por la Ley 13/1983 de 24 de octubre); para disminuir la pensión equilibrante tras la Separación o el Divorcio (artículo. 97-6.º a sensu contrario)...

Pero, sobre todo, que toma en cuenta la separación de hecho para determinar el pasivo en la propia liquidación de gananciales: dice el artículo 1.368 que “también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales”.

De donde, a sensu contrario, las deudas contraídas por los cónyuges durante la separación de hecho, que no respondan a esas atenciones hacia los hijos, no se comunican entre sí, no integran el pasivo de los gananciales.

Con lo que, de no cubrir la laguna producida por la Ley 11/81 en el Código civil, contiene éste la incongruencia de que durante la separación fáctica las ganancias sí se comuniquen y las deudas no, que se contabilice el activo, pero no el pasivo. Pero, sobre todo, se puede dar la iniquidad de que todos los que durante su separación adquieran algún bien, pero además contraigan una deuda para hacer posible su compra, lo que van a conseguir al liquidar es cargar ellos solos con la deuda, pero tener que repartir con su ex consorte lo comprado.

Addenda a Comentario al art. 1.397 C.c.

Puede entenderse –y se ha argumentado (103)– que la fórmula ofrecida de añadir un segundo párrafo al artículo 1.397 para evitar la comunicación conyugal de bienes tras la separación de hecho, es una solución *no técnica*, en cuanto que

(103) Así, MEZQUITA DEL CACHO en “Normativa civil y sustrato sociológico: algunos ejemplos de perentoria necesidad de ajuste”, en *Actualidad civil*, n.º 5 (1986), pág. 292, quien ofrece algunos de los riesgos a que también yo aludiré, pero cuya coincidencia de fondo resalta, lo cual no es extraño dado que este querido compañero fue el inspirador –si no estoy equivocado– de la famosa Enmienda n.º 273 de Socialistas de Catalunya en 1981.

elude un tema mucho más de fondo, si tales bienes son o no gananciales.

Si lo son, procederá su reparto y, si no lo son, así debería declararse en el correspondiente precepto del C.c., que sería, en una hipótesis maximalista y hasta un poco pretenciosa, el definitorio del artículo 1.344.

O con unos propósitos más puntuales y llevaderos, en el 1.346 (positivamente: un n.º ordinal para indicar que “son privativos los adquiridos tras la separación de hecho...” etc., etc.); o en el 1.347 (negativamente, diciendo un 2.º párrafo del n.º 1.º que “no lo serán...” etc., etc.).

Pero la verdad es que los Códigos civiles que han buscado el mismo justo objetivo que aquí propugnamos, han atendido a él mediante expedientes concretos, tal la retroacción de los efectos de la disolución de la sociedad, en evitación de un pronunciamiento doctrinal sobre la naturaleza ganancial o privativa de los bienes.

Me refiero a los ordenamientos jurídicos de Italia, Bélgica, Luxemburgo, Venezuela y Argentina.

Bélgica, en sus artículos 1278 y 1306 del Código Judicial (Ley 10.X.1967), establece que en casos de divorcio o de separación de cuerpos por causa determinada, “la fecha de la disolución (de la s.c.) entre los esposos será la de la demanda”; y en los 1289, 1304, 1306 del propio Cuerpo legal, establece la retroacción de la disolución de la Sociedad conyugal en casos de divorcio o separación de cuerpos por consentimiento mutuo a la fecha de “la primera declaración de voluntad”.

En análogos términos se pronuncia el artículo 1442 del Código luxemburgués, si bien por arbitrio judicial y con cierta alusión a ideas de culpa, inasimilables a nuestro Derecho vigente (104). Tiene, eso sí, la interesante distinción en cuanto a los efectos inter-cónyuges (que cuentan desde la deman-

(104) Vide en *Régimènes matrimoniaux, succession et libéralités*, I, pág 610 (Editions de la Baconnière, Suiza 1979); y II, pág 148.

da judicial) y respecto de terceros (en que sólo cuenta desde la reserva o “protesta”, aun individual, de privaticidad).

Venezuela –art. 177 C.c.– y Argentina –art. 1306 C.c.– se pronuncian en parecidos términos, si bien este último precepto alude –a mi modo de ver, inadecuadamente– a la circunstancia de no culpabilidad en el adquirente separado.

Pero lo importante es eso, que el mero mecanismo retroactivo de la disolución de la Sociedad conyugal a una fecha anterior a la disolución matrimonial, parece suficiente a las legislaciones que se ocupan de la materia.

En ese sentido, y si no se considera del todo lograda (yo también sé que no lo es), la vía de la no inclusión en Inventario propugnada en su día por el Grupo Parlamentario Socialistas de Cataluña, y en que se basa mi texto, cabría acudir a una pequeña modificación del artículo 1.392, o bien el 1.394 C.c.; y en todo caso del 103 C.c., para que su texto actual no obstaculice la reforma.

Empezando por este artículo 103, debería quedar redactado así:

ARTÍCULO 103. Admitida la demanda (...) el Juez (...) adoptará las medidas siguientes: 4.º: “señalar, ... y los que adquieran en lo sucesivo; *salvo lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.394*” (o “del último párrafo del artículo 1.392”, si se opta por reformar éste).

Artículo 1.394, párrafo 2.º: “Los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde. De seguirse pleito sobre la concurrencia de causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

Asimismo, los efectos de los números primero, segundo y tercero del artículo 1.392 se retrotraerán a la fecha de la demanda que dé lugar a las respectivas resoluciones (105).

(105) Con prioridad a la redacción de esta Addenda, *vide* en ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (RDN, 1985, CXXVIII, págs. 94 ss.) una interpretación extensiva del 1.393.1.3.º: aboga por una suspensión de la ganancialidad de superávit (esto es, una vez atendidas las cargas) a partir del año de suspensión de vida en común; pero esta solución equitativa quedaría sujeta el arbitrio judicial.

(También podría constituir este último inciso un precepto expreso para el 1.392, en cuyo caso constituiría, con las adaptaciones de estilo, un 2.º párrafo del 1.392).

Pero esta reconducción a los arts. 103, 1.394 ó 1.392 deja en el aire el problema más grave y frecuente en los despachos notariales: el de los separados de hecho desde años ha, desprovistos de cultura jurídica como para acudir a las instancias judiciales, y acuciados por la compra de un piso, etc. O peor, que lo adquirieron escriturariamente durante la larga separación, ignorantes o no adecuadamente advertidos de las repercusiones de ganancialidad. Son muchos los casos conocidos, derivados de época anterior, desconocedora del divorcio y de monopolio eclesiástico de separaciones y nulidades.

Por eso, con todos sus defectos, me quedo con la reforma contenida en la P.L.

431

XV. Innovaciones de tipo fiscal

(Artículo 11.º de la P.L.)

Propuesta de modificación de la LEY Y REGLAMENTO DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN Del artículo 48-1)-B)-3) del RDL 3050/1980 de 30 de diciembre y del artículo 59-1)-B)-3) del RDL 3494/1981 de 29 de diciembre (106):

“B) Estarán exentas: ...3.) Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en favor de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales o del crédito en el ré-

(106) En el momento de entregar a imprenta este trabajo, art. 88-1-B-3 del RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Rt.º sobre TP y AJD.

gimen de participación. Asimismo estarán exentas las entregas de bienes o constitución de derechos verificadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 99, en relación con el 97, del Código civil”.

Acompañaba esta “MOTIVACIÓN”, utilizada en el interior del G.S. y aportada a la Ponencia como base de discusión:

“Sin perjuicio de un posterior tratamiento más a fondo del resbaladizo tema del concepto impositivo “Sociedad conyugal”, en el que están aún por resolver interferencias entre los Impuestos de Transmisiones y Sucesiones (dada la normal inserción del acto liquidatorio conyugal en una Testamentaria), o la determinación de la *causa solvendi* en la transmisión adjudicataria (con el problema de los bienes subrogados y entre ellos la vivienda en el caso del artículo 96 del C.c.), lo cierto es que hoy por hoy, la legislación del Impuesto está desajustada con respecto a las Leyes 11 y 30 de 1981.

432 Los aspectos más relevantes –y por tanto, de urgente corrección, que bien pudo hacer el R.D. 3494/81– de este desajuste, son:

En primer lugar, una laguna, el tratamiento fiscal de las entregas de bienes en *solutio* del régimen de participación, regulado en el Código por virtud de la Reforma.

Es evidente que el “crédito de participación” (artículo 1.431) y su posible pago de bienes (artículo 1.432), no constituyen un fenómeno circulatorio de bienes, sino una verdadera adjudicación liquidatoria conyugal, en la que –a diferencia de la de gananciales– el acto comunicatorio y el descomunicatorio coinciden en un solo momento, el de la terminación del régimen (artículos 1.415 y 1.416 C.c.).

Procede, pues, establecer una exención para las transmisiones en pago de ese crédito idéntica a la contenida en la legislación fiscal vigente para las en pago del haber ganancial.

En segundo lugar, un tratamiento fiscal generoso para los actos transmisivos del artículo 99 C.c., subrogados de la pensión equilibrante del artículo 97. Esta conversión de la

obligación personal periódica –con todo lo que de incomodidad, e incluso inseguridad, acarrea– en una entrega definitiva de bienes en propiedad, o en la constitución de asépticos derechos de usufructo de bienes o renta vitalicia, es muy encomiable y digna de total apoyo.

La buena disposición de las partes a tan civilizada solución no encuentra hasta ahora otro valladar que el fiscal.

No es de pensar que supusiese grave sacrificio para la Hacienda esta exención habida cuenta, además, que la actual sujeción al Impuesto lleva a la no utilización del mecanismo, por lo que comparativamente Hacienda nada pierde; e incluso puede ganar, por compensación del menor uso que correlativamente se hará de desgravaciones en el Impuesto de la Renta de Personas Físicas”.

ENMIENDAS. Se presentaron las siguientes:

a) N.º 30, del G.P.P. del Congreso, decía así:

433

“De modificación

Donde dice: “...o del crédito en el régimen económico... Código civil”.

Debe decir: *“y del crédito que sobre los derechos reales, verificados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 99 y 97 del Código civil, se liquiden al extinguirse el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias”.*

Su “JUSTIFICACIÓN” era:

“Es necesario regular el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, pero en forma más precisa que la propuesta”.

La intención del firmante era de oposición a la Enmienda, ya que implicaba confundir dos temas distintos: el de las adjudicaciones solutorias de ganancialidad o por régimen de participación, y el de las conmutaciones voluntarias de pensiones periódicas por capital o derechos reales.

b) N.º 10 de Minoría Catalana. Decía así:

“B) Estarán exentas:

“3 bis) *La pensión prevista en el artículo 97 del Código civil y las sustituciones señaladas en el artículo 99 del propio Código, sea cual fuese el régimen económico matrimonial*”.

Su Justificación:

“Siguiendo el criterio de no gravar con el Impuesto de Transmisiones la sociedad de gananciales, se hace necesario exonerar asimismo las pensiones compensatorias y sus sustituciones, abarcando los regímenes matrimoniales de separación de bienes o cualquier otro, por no crear una desigualdad en contra de los territorios en donde su legislación establece como régimen habitual matrimonial, en el de separación de bienes”.

La intención de mi Grupo era rechazarla, porque en el texto de la P.L. era suficientemente claro que la conmutación compensatoria tendría tanto ámbito territorial como la Ley y el Rto. del ITP –de una parte– y las modificaciones civiles operadas por la Ley 30/1981 –de otra parte– tienen.

C) La n.º 11 de Minoría Catalana, que decía así:

“Añadir:

b) Estarán exentas:

“3.ª) *En los regímenes matrimoniales de separación de bienes, la adjudicación a favor de uno de los cónyuges de todo o parte del dominio perteneciente al otro sobre la finca, que habiendo sido el último hogar conyugal, le fuera atribuido el uso exclusivo por resolución judicial firme en proceso de separación o divorcio*”.

Su Justificación:

“En los territorios cuya legislación matrimonial es de separación de bienes, gran parte de los hogares conyugales son adquiridos en propiedad en común proindiviso. La adjudicación de su uso a uno de los cónyuges, conlleva muchas veces el acuerdo entre ambos de asumir el usuario el total dominio.

Si en los matrimonios de régimen común de gananciales, quedan exentas las adjudicaciones al disolverse la sociedad conyugal, como consecuencia de separación o divorcio, estarían en desigualdad los matrimonios de régimen de separación de bienes que constituyen el sistema legal de Catalunya, Baleares y otras”.

Pareciéndome del todo adecuada esta Enmienda, mi intención era recomendar su aceptación; y mi intención era extender la exención a toda transmisión intercónyuges en Convenio de separación respecto de la 1/2 indivisa de la vivienda hogar conyugal, aunque excediese de la cuota conmutativa del art. 99 C.c.: son mucho los casos en que el piso —bien por adquirirse de solteros, bien por tener régimen convencional de separación— está en proindiviso.

XVI. Disposiciones transitorias contenidas en la P.L.

435

Eran las siguientes:

“Primera. *Lo dispuesto en el artículo 77 se aplicará a los matrimonios celebrados antes de la fecha de la entrada en vigor de esta Ley durante el tiempo que corra hasta completar el año desde la celebración; lo establecido en el artículo 94 a todo procedimiento en curso en ese momento; lo en el artículo 93 a los que aun habiendo alcanzado la mayoría de edad se encontrasen de hecho en la situación que la norma prevé; las facultades concedidas al Juez y parte en los artículos 90 a 92 inclusive, y 95, a todas las situaciones regidas por aplicación de la Ley 30/81; 1.º en el artículo 1.397 párrafo 2.º a los hechos que hubieren tenido lugar o situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor en la presente Ley.*

Segunda. *Los derechos a la herencia regulados por la presente Ley se aplicarán a las sucesiones abiertas a partir de la entrada en vigor de la Constitución Española, sin perjuicio*

de la eficacia de los derechos convencional o judicialmente reconocidos a cónyuges viudos por aplicación del párrafo 2.º del artículo 837 que por la presente Ley se suprime.

Tercera. *Lo dispuesto en el artículo 48-I-B)-3) del R.D.L. 3050/1980 de 30 de diciembre y concordante del R.D.L. 3494/1981 de 29 de diciembre, se aplicará a los actos liquidatorios practicados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, cualquiera que sea la fecha del matrimonio."*

En las notas para el G.S., y en su caso para la Ponencia, expresaba yo la siguiente "JUSTIFICACIÓN":

Las dos primeras Disposiciones Transitorias se inspiran en los mismos principios que rigen las correlativas Transitorias contenidas en las Leyes 11 y 30 de 1981; la tercera, en el criterio de favor al contribuyente.

436

ENMIENDAS: A estas transitorias se interpuso tan sólo la Enmienda n.º 14 de Minoría Catalana, que decía así:

Disposición Transitoria Cuarta.

"Mientras no haya entrado en vigor la Ley de Financiación de Hacienda Locales, no se devengará el impuesto de Plusvalía por la transmisión del dominio o derechos reales de fincas en sustitución de la pensión compensatoria que prevé el artículo 99 del Código civil.

Tampoco procederá el devengo por la adjudicación a favor de uno de los cónyuges de todo o parte del dominio perteneciente al otro sobre la finca, que habiendo sido el último hogar conyugal, le fuera atribuido el uso exclusivo por resolución judicial firme en proceso de separación o divorcio, en los regímenes matrimoniales de separación de bienes".

Su "JUSTIFICACIÓN" era ésta:

"En coherencia con las enmiendas sobre el artículo 11 b) 3 bis y artículo 11 b) 3 ter, de este proyecto de Ley y con

los mismos argumentos, habida cuenta que actualmente en méritos del artículo 89 del Decreto 3250/76, las adjudicaciones por liquidación de gananciales, quedan exoneradas del impuesto, y los de régimen de separación de bienes que de acuerdo con sus legislaciones forales rigen en buena parte de España quedan de peor condición.

El impuesto de Plus Valía actualmente en muchos Municipios es más oneroso que el impuesto de Transmisiones Patrimoniales”.

La voluntad del firmante era, por supuesto, favorable a esta Enmienda.