



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 1996

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

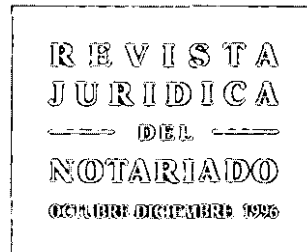
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

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 Dfe Lamana
- D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



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

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

- 9 BLANQUER UBEROS, Roberto: "Acerca de la reactivación de sociedades disueltas (En especial anónimas y limitadas)".
- 123 DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: "Los presupuestos subjetivos de la compensación de créditos".
- 191 GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano-Javier: "La reactivación de las sociedades tras la reforma mercantil y la resolución de la D.G.R.N. de 11 de diciembre de 1996".
- 243 MUÑIZ ESPADA, Esther: "Algunas consideraciones sobre el artículo 860 del Código civil".
- 305 PASTOR BORGONÓN, Blanca: "El ciudadano comunitario como justiciable ante los órganos jurisdiccionales internos".

Actualidad jurídica

Informes y comunicaciones

- 335 — EGEA IBÁÑEZ, Ricardo: "Nacionalidad: Constitución Española y Código civil. Comunidades Autónomas: Vecindad administrativa. Vecindad civil: Código civil. Artículo 161 Reglamento Notarial".

ACERCA DE LA REACTIVACIÓN DE SOCIEDADES DISUELTAS (EN ESPECIAL ANÓNIMAS Y LIMITADAS)

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

9

SUMARIO: A MODO DE PRESENTACIÓN. **I.** LA SANCIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA. **II.** LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES. **III.** LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA POR ACUERDO *AD NUTUM*. **A)** Personalistas. **B)** Capitalistas. **C)** Posibilidad. **D)** Rango del acuerdo de reactivación. **a)** *Personalistas*. **b)** *Capitalistas*. **E)** La vinculación de disidentes y ausentes. **IV.** LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA POR ACUERDO EN BASE A CAUSA LEGAL. **A)** Las causas de disolución. **B)** Las responsabilidades por incumplimiento de deberes nacidos por la existencia de causa. **C)** La reactivación y la causa de disolución. **a)** *La conclusión de la empresa que constituya su objeto*. **b)** *La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social*. **c)** *La falta del ejercicio*

de la actividad que constituya el objeto social durante tres años consecutivos. **d)** La paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento. **e)** Las pérdidas que reduzcan el patrimonio a cifra inferior a la mitad del capital social. **f)** La reducción del capital social por debajo del mínimo legal. **g)** Cualquier causa establecida en los estatutos. **h)** La quiebra de la sociedad. **D)** La reactivación y los derechos de los socios disidentes y ausentes. **a)** En caso de reactivación de sociedad disuelta por conclusión de la empresa que constituya su objeto. **b)** En caso de reactivación de sociedad disuelta por imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social. **c)** En caso de reactivación de sociedad disuelta por falta de la actividad o de las actividades que constituyan su objeto social durante tres años consecutivos. **d)** En caso de reactivación de sociedad disuelta por paralización de los órganos sociales de modo que resulta imposible su funcionamiento. **E)** La reactivación y los derechos de los acreedores sociales. **a)** La disolución no es causa de vencimiento anticipado. **b)** La disolución no cambia ni la personalidad jurídica ni la identidad personal. **c)** El derecho de oposición que otorga a los acreedores la LSRL. Su carácter singular y especial. **V. LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA POR CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO FIJADO EN LOS ESTATUTOS. A)** La causa de disolución. **B)** La eficacia disolutoria del vencimiento del plazo o del cumplimiento del término. **C)** Prórroga y reactivación como supuestos diversos. **a)** La idea básica de prórroga. **b)** Prórroga o remoción de la causa de disolución. **c)** La idea básica de reactivación. **D)** La prohibición de reactivación en el caso de SRL y la posibilidad de reactivación en otros casos. **a)** El sentido y alcance de la disolución de "pleno derecho". **b)** La "imposibilidad" de prórroga posterior a la fecha de vencimiento. **c)** La reactivación como sustitutiva de la prórroga posterior al cumplimiento del término. **d)** Sobre la desaparición de la causa de disolución en el caso del cumplimiento del término. **E)** La reactivación de la so-

ciudad disuelta por vencimiento de su término y los derechos de los socios disidentes y ausentes, y de los acreedores sociales. **a)** *Reactivación y socios colectivos.* **b)** *Reactivación y accionistas.* **c)** *La imposible reactivación por partícipes.* **d)** *Derechos de los acreedores sociales.* **VI.** LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA DE PLENO DERECHO POR SANCIÓN DE LEY. **A)** La disolución de pleno derecho como sanción. **a)** *La LSA51.* **b)** *La L. 19/89.* **c)** *La LSRL95.* **B)** La disolución de pleno derecho como disolución *ope legis.* **a)** *La disolución como efecto legal.* **b)** *Los “hechos” tipificados como causa del efecto legal disolutorio.* **c)** *El aspecto sancionador del efecto legal disolutorio “de pleno derecho” por incumplimiento de Ley. En LSA51; en L. 19/89 y TRLSA89; en LSRL95.* **C)** La expresión registral de la disolución de pleno derecho. **a)** *La forma de expresar registralmente la disolución de pleno derecho por cumplimiento del término.* **b)** *La forma de expresar registralmente la disolución de pleno derecho impuesta como sanción por infracción legal.* **c)** *La doctrina de la Resolución de 11 de diciembre de 1996.* **VII.** LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA. 1 DEL T.R. DE LA LSA SEGÚN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. 25 DE LA LEY SRL 2/95, DE 23 DE MARZO. **VIII.** APUNTE FISCAL. **IX.** EL TEXTO DE LA RESOLUCIÓN DE 11 DE DICIEMBRE DE 1996 (BOE 27 DE DICIEMBRE DE 1996).

A modo de presentación

Este trabajo ha nacido, como tantos de otros notarios, para dar respuesta a un problema surgido en el cotidiano ejercicio profesional.

En la primavera del año 1992 se me solicitó (a) cooperación profesional para llevar a cabo la adaptación de una sociedad anónima a la legislación en vigor desde enero de 1990. Para llevar a cabo la adaptación, además de la adecuación de las normas estatutarias a la nueva legislación y de la normal reestructuración del órgano de administración social, se precisaba una operación de cierta complejidad que afectaba al capital social en relación a la situación financiera de la sociedad; en concreto, debía llevarse a cabo una operación de reducción de capital para absorber pérdidas acompañada de la simultánea ampliación hasta superar el mínimo legal.

12

Presentada oportunamente en el Registro Mercantil no fue inscrita al atribuirle defectos de los que ahora no es oportuno el comentario (b).

Por muy diversas razones, entre las que no es desdeñable la sensación de normalidad una vez expresada la normalización financiera en los adecuados asientos contables y reflejada en las declaraciones fiscales y en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, la falta de la inscripción en el Registro Mercantil vino a ser advertida a finales del año 1995; por lo que el fatídico 31 de diciembre de 1995 pasó sin haberse inscrito el título de adaptación referido.

(a) Por unos clientes y amigos. Es frecuente en el ejercicio de nuestra profesión que una relación de clientela desemboque en vínculos de amistad asentados en confianza.

(b) Sin embargo, no me resisto a recordar que ningún defecto se atribuyó a la operación de reducción y simultánea ampliación; que se señaló como defecto una incongruencia de fechas que obedecía a un error mecanográfico; y que los otros defectos señalados no han sido estimados como defecto por la doctrina posterior de la Dirección General. Pero sobre esto no es oportuno aquí ningún comentario.

El día 22 de enero de 1996 se otorgó una escritura de subsanación de la otorgada el día 26 de junio de 1992, y ambas fueron presentadas el día 26 de enero de 1996. La inscripción de las dos primeras fue denegada porque la sociedad se encontraba disuelta de pleno derecho y cancelados los asientos de la sociedad en el Registro Mercantil conforme a la disposición adicional sexta.2 del T.S. de la L.S.A. (R.D. L. 1564/1989 de 22 de diciembre, en lo sucesivo LSA). La nota de denegación fechada el día 29 de febrero de 1996 llegó a mi conocimiento poco después.

Por aquellas fechas se anunció, para el estudio de estas cuestiones, una reunión del seminario que los martes se celebraba en el Colegio Notarial de Madrid, y en él intervinieron como ponentes Don Manuel Casero Mejías y Don José María Rodríguez Berrocal, ambos titulares en el Registro Mercantil de Madrid y actuó como Director el notario de Madrid Don Juan Bolás Alfonso. Una de las cuestiones planteadas venía a coincidir con el caso de mis clientes: bastaba que el aumento de capital realizado y formalizado sin vicio de legalidad se hubiese presentado antes del 31 de diciembre de 1995 en cualquier tiempo o bien era necesario que el asiento de presentación del título correspondiente estuviese vigente el día 31 de diciembre de 1995. Según la primera solución el cumplimiento del requisito del capital mínimo en la realidad fáctica financiera y jurídica, su formalización ajustada a derecho en lo material y formal y su presentación “antes del vencimiento” del plazo justificaban que presentado “de nuevo” el título, una vez eliminadas las causas ajenas a la ampliación de capital que hubiesen impedido su inscripción antes del fatídico 31 de diciembre, en virtud de esta nueva presentación (aunque fuese posterior a 31 de diciembre) debían practicarse los asientos registrales. Pero prevaleció la segunda solución; por tanto, no bastaba el cumplimiento real y efectivo de una operación de ampliación de capital, su legal formalización y su presentación (antes del 31 de diciembre de 1995) en el Registro Mercantil en el su-

puesto de que esta presentación no concluyera con la inscripción de la ampliación, aunque la causa de denegación o de suspensión nada tuviese que ver con ella; si la nueva presentación era posterior al 31 de diciembre, era necesario, según la segunda solución, que la nueva presentación fuese anterior al 31 de diciembre y estuviese vigente el 31 de diciembre. La expresión legal “Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubiesen presentado en el Registro Mercantil”... (c) se interpretaba con criterio estricto, en función del “procedimiento de registración” y no con criterio amplio en función de las finalidades perseguidas por la Ley, que a mi juicio son, al menos, estas dos: que el capital real de la sociedad anónima supere el mínimo legal; que la sociedad que hubiera aumentado su capital hasta el mínimo legal y hubiese llegado a “presentar en el Registro” la escritura que formalizase la ejecución de la operación dentro del plazo obtuviese la regularidad registral de su situación. Doy por supuesto que el rechazo de la inicial presentación “dentro de plazo” no obedecía a defectos achacables a la ampliación de capital.

Debo advertir que la opinión apoyada en la prevalencia del procedimiento de registración sobre la realidad material y formal (incluso de presentación) fue aceptada contra la convicción u opinión de la mayoría, gran mayoría, de asistentes y debo recordar que la invocación de la resolución de 5 de marzo de 1996, dada a conocer en la sesión, fue determinante de la aceptación contra la convicción.

Pareció que no era razonable el intento de obtener una interpretación flexible del párrafo 2 de la transitoria sexta de la LSA; ni el de su interpretación sistemática coordinada con el párrafo 1 de la misma disposición sexta según el texto aprobado por la Ley 2/1995 de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo

(c) En la disposición transitoria sexta apartado 2 de la LSA.

LSRL) (d). La lectura de la Resolución de 5 de marzo (BOE 15.3.96) confirmó esta impresión, toda vez que el centro directivo no contempló a ningún efecto la norma legal contenida a la transitoria sexta.1.

En la propia resolución encontré confirmada la posibilidad de un camino (e) cuyo tránsito había comenzado a meditar como posible. Se trataba de la reactivación.

En base a los proyectos y notas oportunas (f) se celebró el día 8 de mayo de 1996 la junta general universal y se redactó el acta correspondiente conforme a la cual se emitió la adecuada certificación; y se formalizó y ejecutó la reactivación de la sociedad mediante escritura que autoricé el día 18 de junio de 1996. Presentada el día 2 de julio fue calificada por nota del día 11 de julio y presenté el escrito de interposición del recurso el día 18 de julio de 1996.

Me es grato el recuerdo de las diversas conversaciones con Don José María Rodríguez Berrocal, el registrador calificador, desde el coloquio en el Colegio Notarial, después con ocasión de anunciarle la presentación de la escritura de reactivación que luego se sometió a su calificación y finalmente con ocasión de “convenir” en el marco de cordial relación y amistad el recurso para someter a la superioridad la decisión sobre el asunto; y por mi parte con gusto hago público mi agradecimiento por su diligencia al calificar y al formular su decisión respecto de mi escrito de recurso, que quedó adoptado el día 22 de julio de 1996 y fue comunicado mediante oficio del mismo día.

Como a todos interesaba que la Dirección General formulara resolución que detallara su criterio al respecto nos veníamos produciendo con diligencia, y con esa finalidad

(d) Véase lo que se comenta al final del trabajo.

(e) En el último fundamento de derecho.

(f) De éstos y de sus consecuencias, asumo la autoría y la responsabilidad consiguiente.

presenté el escrito de alzada ante la Dirección General el día 25 de julio del mismo año 96.

Sirva la premura con la que se realizaron los pasos de excusa, quizá de justificación, por los defectos y deficiencias de la fundamentación de mis escritos de interposición del recurso y de alzada ante la Dirección General. En mi opinión, la materia requería un estudio más detenido que el realizado y por ello, con un poco de estímulo, y aun con algunos estímulos, confeccioné el trabajo que sigue.

Su composición es anterior a la resolución de 11 de diciembre de 1996 (BOE 27/12/96) que dio término al recurso antes referido, estimándolo.

Por ello, en la redacción del trabajo se aprecian los añadidos posteriores a la Resolución, la cual se inserta al final para facilitar su manejo y consulta.

I. La sanción normativa de la figura

Puede decirse, salvo error u omisión, que en la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo LSRL) aparece tratado por primera vez en una norma legal el supuesto de “reactivación de la sociedad disuelta”. Este es el título o encabezamiento de su artículo 106 (1).

(1) El Grupo Popular presentó sendas enmiendas en el Congreso y en el Senado proponiendo la supresión de la frase “haya desaparecido la causa de disolución” (enmienda 442 de las presentadas en el Congreso y 233 de las presentadas en el Senado).

El Grupo Socialista en el Congreso rechazó en comisión la enmienda “porque pensamos que es necesario que haya desaparecido la causa para poder ser activada” y porque en otro caso se enervaría el artículo 105 (entonces de causas de disolución) sin necesidad de subsanar la sociedad.

En Comisión en el Senado ni se defendió de manera expresa y específica ni su rechazo, que fue acordado, fue argumentado. Igualmente ocurrió en la sesión del Pleno.

El proyecto del Gobierno (en cuanto al texto del actual art. 106) se conservó hasta el texto promulgado como Ley, al que llegó sin variación.

Conviene destacar la sistemática de la Ley. Su capítulo X se ocupa “de la disolución y liquidación” y su sección primera trata de la “disolución” mientras la sección segunda regula la “liquidación”. La sección primera que se inicia con la enumeración de las “causas de disolución” sigue con el “acuerdo de disolución” y con la “reactivación de la sociedad disuelta” para ocuparse finalmente de la “disolución por el transcurso del término” y de la “disolución por reducción del capital por bajo del mínimo legal”. Queda así contemplada la reactivación de la sociedad disuelta en relación con el acuerdo de disolución y al margen de los supuestos de disolución de pleno derecho; porque, como dice el artículo 106.2 LSRL, “no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho” (2).

Es posible una mayor precisión del supuesto. Se califica o concibe como “reactivación” “el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa”; con lo cual se integra en el supuesto de hecho el dato de tratarse de una “sociedad disuelta”, lo que significa la concurrencia de una causa de disolución (distinta de las que provocan la disolución de pleno derecho o por ministerio de la Ley) seguida del correspondiente acuerdo de disolución o la concurrencia del acuerdo de disolución adoptado sin causa justificativa pero con la mayoría reforzada legalmente prevista. Es el caso del acuerdo de disolución *ex voluntate ad nutum*, adoptado sin precedente causal y fundado en el vigor o fuerza vinculante que genera la mayoría reforzada precedida de los demás requisitos necesarios para una válida y eficaz modificación de los estatutos sociales.

Puede distinguirse de la reactivación otra figura típica, como es el supuesto de mera remoción de la causa de disolución previa al acuerdo de disolución; la remoción así contemplada hace desaparecer la obligación o necesidad de la

(2) Dejo apuntadas mis reservas acerca de la justificación y del acierto de esta norma. Volveré sobre ello.

adopción del acuerdo de disolución (así resulta del art. 105.2. LSRL que dispone que la Junta General que debe ser convocada al concurrir “causas” o “motivos” de obligada disolución “podrá adoptar el acuerdo de disolución o aquél o aquellos –acuerdos– que sean necesarios para la remoción de la causa”) (3).

18 El Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por R.D. 1784/1996 de 19 de julio (en lo sucesivo RRM) dedica su artículo 242, titulado también “Reactivación de la sociedad disuelta”, al título de la inscripción de la reactivación de la sociedad y a su contenido. Este artículo 242 RRM es el último de la sección 1.^a del Capítulo VIII. Éste se titula “de la disolución y liquidación de las sociedades y del cierre de la hoja registral”; su sección 1.^a “de la disolución de sociedades y de su reactivación” y su sección 2.^a “de la liquidación de sociedades y del cierre de su hoja registral”. El RRM concibe a la reactivación como una cuestión vinculada o relacionada con la situación de “sociedad disuelta” y la aísla o separa de la situación de la “sociedad cuya liquidación ha comenzado”; aunque sea conveniente precisar matices, pues la sociedad disuelta, por el mero hecho de la adopción del acuerdo de disolución, es una sociedad cuyo proceso de liquidación ha dado comienzo. Como veremos, el efectivo comienzo del período de liquidación y el nombramiento de liquidadores y la toma de posesión de su cargo por éstos no significa por sí solo una situación que impida la reactivación aunque la sociedad esté “en liquidación”;

(3) Esta norma expresa una posibilidad ajustada a todos los principios y por ello creo que ninguna dificultad existe para aplicarla a cualquier sociedad y a cualquier caso en el que la causa de disolución requiere acuerdo social para su eficacia disolutoria. Sin embargo, quedan en la penumbra ciertas cuestiones; así: ¿basta que el orden del día se refiera al acuerdo de disolución para que pueda decidirse la remoción de la causa? ¿La remoción de la causa de disolución puede adoptarse con los mismos requisitos y mayorías que el acuerdo “motivado o causalizado” de disolución o debe ajustarse a los requisitos y mayorías propios de la naturaleza sustancial del acuerdo de remoción, por. ej., de sustitución de objeto social o de ampliación de capital?

pues la situación o período de liquidación en que se encuentre la sociedad no es dato o factor impeditivo de la reactivación que es posible no obstante la vigencia del período de liquidación hasta el comienzo del reparto del haber social líquido, o liquidado.

II. Antecedentes doctrinales y Derecho comparado. Notas

A) Antecedentes doctrinales.

Si la regulación legal de la reactivación en la LSRL95 es una novedad, no puede decirse lo mismo de la figura, que ha merecido atención de la doctrina. Dentro de ella podemos marcar dos tendencias; una que podríamos llamar general e identificar por admitir la figura con ciertas reservas, derivadas del propio inicio de su estudio; y otra que podríamos llamar especializada y en la que incluyo a quienes han prestado su atención al tema en estudios monográficos, en los que han manifestado y justificado la más amplia admisión de la figura y de su aplicación práctica. Prescindo de exponer la doctrina de autores, por lo demás carentes de actualidad, cuyo interés como precedente histórico es pequeño, que rechazaron en base a generalizar la interpretación permanente y negativa de la posibilidad de “prórroga posterior”, probablemente influida, por lo demás, por la doctrina francesa.

19

a) *Tendencia restrictiva o limitada.*

Entiendo que se justifica por el origen y sentido del planteamiento de la reactivación, que se vincula a la posibilidad de prórroga acordada, formalizada e inscrita (o sea, presentada en el Registro) antes de vencer el plazo y que recibe con reservas la norma que excluye la prórroga que se presente en el Registro para su inscripción después de ven-

cido el término, pues se distingue según que conste fehacientemente que el acuerdo de prórroga fue adoptado y formalizado antes de vencer el plazo o no conste su formalización, y en el primer caso se cuestiona el acierto de la norma.

Pero es contemplando el caso de la “prórroga acordada después de vencer el plazo” que surge la idea de reactivación; primero como supuesto de “reconstitución” de la antigua sociedad mediante un “nuevo contrato de sociedad”; siendo de destacar la acumulación de ideas tan distintas como la de “reconstitución” y la de “nuevo contrato”, coincidencia de ideas “contrapuestas” que demuestra la complejidad del problema, así, GARRIGUES (Don Joaquín) en *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 3.º, R.D.M., 1949, pág. 1201, después de comentar el 223 C. de C. apunta en cuanto su expresión “celebración de nuevo contrato”: “Cabe, pues, reconstituir la antigua sociedad y continuar la explotación de la misma actividad mercantil que ésta desarrollaba. Pero se necesita crear un nuevo vínculo, es decir, un nuevo contrato de sociedad”.

20

Es en el *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* de GARRIGUES-URÍA que el tema se expone con cierta amplitud. Publicada la primera edición en 1953 me parece oportuno citar la 3.ª EDICIÓN REVISADA, corregida y puesta al día por Aurelio MENÉNDEZ, Manuel OLIVENCIA, 1976, tomo II, en pág. 821; como en la primera edición se repite, al ocuparse de la prórroga atípica, o sea, posterior al vencimiento del plazo, la doctrina antes reseñada de GARRIGUES y en págs. 833 y ss. bajo la firma de Don Rodrigo URÍA se estudia la posibilidad de que la sociedad en liquidación retorne a su vida activa. Nos dicen que “queda claro que el presupuesto inexcusable para que la sociedad pueda ser reactivada es la desaparición de la causa de la disolución”, “mientras la causa subsista ningún acuerdo podrá llevarse a la sociedad a un nuevo período de actividad”. Y consideran posible la reactivación, en general, aunque en el caso de disolución por cumplimiento del término fijado en los esta-

tutos nos dicen “no reputamos posible que la sociedad salga del estado de liquidación para reanudar su actividad comercial. La disolución a pleno derecho que la Ley impone es definitiva e irrevocable”. “En el supuesto de que la sociedad en liquidación salga por acuerdo de los socios del estado de liquidación para reemprender la actividad productora los accionistas disidentes no tienen derecho de separación, salvo el supuesto de que la sociedad reinicie su nueva actividad con un objeto distinto”; y a mayor recuerdan que el derecho de separación se concede en contados casos y no en el caso de prórroga que tiene indudables analogías con la reactivación de la sociedad disuelta.

La admisión de la reactivación, pero con exclusión de ella el caso de disolución por vencimiento o cumplimiento del término, se consolida en la doctrina

Así, Alejandro BÉRGAMO, *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, Madrid, 1970, tomo III, trató separadamente de “causas de disolución según LSA” y de “La reactivación de la vida social”. Al ocuparse de las causas estudió la prórroga como remoción del término, e hizo suyo el criterio de la R.D.G.R. y N. de 17 de octubre de 1967 que declaró inscribible una escritura de prórroga otorgada dos meses antes del vencimiento del término y presentada al Registro Mercantil después de vencido el término; hasta tal punto asumió los argumentos de la resolución que transcribió de manera prácticamente literal el tenor de sus considerandos. Al estudiar la reactivación la estimó posible en tanto no se haya distribuido el haber líquido siempre que vaya acompañada de acuerdo contrario a la causa de disolución; y para el caso de sociedad disuelta por cumplimiento del término fijado en los estatutos nos dice “es una causa que actúa de pleno derecho. Ningún acuerdo ulterior puede suspender sus efectos irrevocables”; antes había dicho que esta causa “opera *-ipso iure-*; tan sólo puede ser enervada prorrogando la duración de la sociedad antes de que venza el término”.

Manuel DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, primera edición (1972), volumen II, pág. 417, y segunda edición (1978), volumen II, págs. 559 y ss., se sumó al parecer de URÍA y de BÉRGAMO y estimó que la reactivación es posible o no en función de la causa de disolución, entendiéndose que en la duda hay que dar preferencia al principio de conservación de la empresa. A su juicio, el vencimiento del plazo excluye terminantemente la reactivación por lo que la empresa social sólo podrá continuar funcionando normalmente si se constituye una nueva sociedad; la conclusión de la empresa obsta la reactivación salvo sustitución del objeto social. La imposibilidad de cumplir el fin social debe haber desaparecido; en el caso de pérdidas la reactivación es posible una vez cumplidas algunas de las circunstancias que permiten evitar la disolución; y en caso de simple acuerdo basta el acuerdo contrario (dejo de lado su comentario acerca de las causas por fusión, quiebra, así como de las estatutarias). Pág. 562. En cuanto al momento límite en el cual puede ser acordada la reactivación distingue: a) una vez aprobado el balance final ya ha ingresado en el patrimonio de cada socio el derecho a su cuota por lo que la reactivación sólo es posible por acuerdo unánime; b) aunque se hayan entregado a los socios cantidades a cuenta antes de culminado el proceso liquidatorio es posible la reactivación coordinando la situación patrimonial y la inexigibilidad de la restitución de las entregas a cuenta con la unanimidad de los socios cuyo derecho sobre los bienes que permanezcan en el activo sólo continúa vivo y no satisfecho por las entregas a cuenta.

La doctrina se reitera en *Comentario al régimen legal de sociedades mercantiles* -tomo XI-, *Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1992, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ, Emilio BELTRÁN. En págs. 82 y ss. se estudia "la posibilidad de que la sociedad en liquidación retorne a la vida activa". Es fácil reconocer la raíz de la doctrina de estos comentarios en los clásicos *Comentarios a la Ley de*

Sociedades Anónimas de GARRIGUES-URÍA; en los comentarios que ahora se citan se omite la información que los clásicos de la LSA51 ofrecían acerca del Derecho comparado y de la doctrina extranjera, pero se actualiza la doctrina española si bien se echan de menos precisiones acerca de la evolución del pensamiento de GIRÓN TENA. En este comentario a la LSA89 se viene a reproducir la conocida doctrina de la necesaria distinción según cual sea la causa de disolución concurrente: del carácter definitivo e irrevocable de la disolución de pleno derecho por cumplimiento del término que excluye la posibilidad de reactivación; de la posibilidad de la reactivación si fuese concurrente cualquier otra causa mediante su desaparición; y de que el acuerdo de reactivación, desaparecida la causa de disolución, no viola ningún derecho del accionista, porque el derecho “que pudiera derivarse del artículo 262, sería en el mejor de los casos un derecho condicionado a la vigencia de la causa de disolución y desaparecida ésta faltaría el presupuesto básico de su ejercicio”.

23

b) Tendencia a la admisión amplia.

En primer lugar, D. FRANCISCO PALÁ BERDEJO, “La disolución de la sociedad y su revocabilidad”, *R.D.M.*, vol. XIV, núm. 41, septiembre-octubre 52, págs. 149 y ss. Pág. 149.—Ante las indudables ventajas económicas que comporta la revocación de la disolución de una sociedad civil o mercantil se intenta justificar, si acaso es posible, su licitud en el derecho patrio. Pág. 176.—En virtud del principio de conservación de la empresa debe admitirse la continuación de la sociedad disuelta. Beneficia al empresario, a los acreedores y a los deudores, a los trabajadores y en general al bienestar común. Pág. 179.—Si la sociedad disuelta conserva su personalidad en forma plena la sociedad puede prorrogar su existencia o cambiar de objeto. Pág. 181.—Subsiste la personalidad pero cambia su fin (URÍA, “Problemas y cuestiones

sobre la quiebra de sociedades”, *R.D.M.*, -4- pág. 20), subsiste la misma sociedad lo único que ha cambiado es su fin (GARRIGUES, *Tratado*, 1.3., pág. 1226); únicamente cambia su objeto (LANGLE, *Manual*, tomo I, 1950, pág. 699). Pág. 192.—El artículo 223 C. de C. proscribela prórroga tácita con posterioridad a la expiración del término y concreta que para la prórroga expresa posterior se requerirá un nuevo contrato sometido a las mismas formalidades prescritas para constituir la sociedad; “la Ley no dice que la prórroga constituya un contrato de sociedad, sino que habrá que adoptar las mismas formalidades externas, lo cual es bien distinto”. Esta interpretación concuerda el párrafo primero y el segundo del artículo 223 C. de C. y le confiere un sentido lógico”. Pág. 196.—El artículo 152 LSA51 se limita a establecer que la sociedad se disuelve *ope legis* en el supuesto de la conclusión del término; y la pregunta es, simplemente, si la sociedad ya disuelta puede reactivarse y volver a la vida del tráfico. Pág. 199.—La reactivación (dejando de lado el cumplimiento del término) ha de ser admitida en todos los demás casos de disolución. Pág. 211.—Excluyendo que la reactivación suponga cambio de objeto (a- porque durante el período liquidatorio no existió objeto y b- porque sólo si entendiéramos por objeto cualquier actividad —incluso la liquidatoria— podría hablarse de cambio de objeto) deben aplicarse analógicamente a la reactivación las normas que regulan la prórroga. Esta conclusión tiene extraordinaria importancia, pues la LSA51 concede derecho de separación a los disidentes en supuesto de cambio de objeto pero no en el caso de prórroga. Pág. 213.—La sociedad continuada es idéntica, es la misma que la sociedad anterior. Nada se modifica: no se requiere ninguna transferencia de patrimonio, la sociedad reactivada responde por sus deudas anteriores, sin perjuicio, de otro lado, de las de sector adquiridos por terceros durante el período de liquidación, desde la disolución hasta la reactivación.

Años más tarde, Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, "Algunos problemas en materia de prórroga y reactivación de sociedades", *R.D.M.*, número 108, abril-junio 1968, págs. 247 y ss. Pág. 249 y 250.— Con POLO, critica el diferente trato dado a la prórroga y al cambio de objeto, pues el derecho de separación reconocido en este último caso no se reconoce (o se excluye) en el primero, y basa su crítica en la incoherencia de la negación del derecho de separación cuando la sociedad es cerrada (también llamada familiar) y el socio queda prisionero una vez cambiada la duración. Pág. 251.— El carácter terminante *-ipso iure-* con el que el cumplimiento del término opera la disolución de la sociedad impide hablar de prórroga de la sociedad, entendida como continuación de su vida activa; por ello, debe estimarse que nos hallamos ante una figura distinta con nombre de reactivación. Pág. 253.— La distinción entre causas de disolución llamadas de pleno derecho (*ipso iure*) y causas de disolución facultativas (*ex voluntate*) ha estado presente en el estudio del proceso extintivo de las sociedades; sin embargo, la fijación de su sentido sí centra dudas; la diferenciación nada tiene que ver con que la aparición de la causa de disolución produzca o no de inmediato la extinción de la sociedad; por otra parte, falta un apoyo legal que sería imprescindible, para sostener que si la causa de disolución es de pleno derecho la sociedad se ve forzada a permanecer en estado de liquidación hasta su desaparición, sin poder reintegrarse a la actividad. Pág. 260.— Son causas de disolución de pleno derecho las constituidas por eventos que por sí solos tienen fuerza bastante para colocar a la sociedad en estado de liquidación. Pág. 269.— Encontrar una justificación a una exigencia como la que parece consagrar el artículo 152 LSA, inscripción antes del vencimiento del plazo de prórroga acordada y formalizada antes de dicho vencimiento, "es prácticamente imposible". Pág. 274.— Cuando el acuerdo de "continuación" es posterior a la fecha en que expira el plazo de duración de la vida activa de la sociedad el su-

puesto nada tiene que ver con la prórroga y de aquí que haya progresado una nueva denominación bastante expresiva: reactivación. Que puede ser planteada cuando la disolución procede de otras causas diversas del cumplimiento del término. Págs. 288 y ss.—Analiza el artículo 223 C. de C. (con su precedente en el art. 331 C. de C. 29) y los artículos 1.702 y 1.703 del C.c., y a su vista estima (pág. 292) que no existe apoyo legal decisivo para sostener la imposibilidad de reactivación de la sociedad disuelta por cumplimiento del término previsto para su duración. Antes (en pág. 291) se refiere a la interpretación de URÍA en *Comentarios*, que excluye la reactivación de la sociedad “porque implica la prórroga de su vida activa más allá del término de duración pactado y del artículo 152 LSA51 se deduce claramente que la prórroga sólo puede hacerse antes de que transcurra el término de duración y no después” y la rechaza porque el artículo 152 determina cuándo debe considerarse disuelta la sociedad y ahora no se trata de prorrogar el período de actividad, sino de reingresar en él, para lo que se requiere que haya sido abandonado; presupuesto que existe por aplicación del artículo 152, por imperativo del cual quedó contada la vida de la sociedad que no hubiera sido debidamente prorrogada. Pág. 294.—Plantea si de la disolución nace un derecho subjetivo a la cuota resultante de liquidación; cuyo derecho escaparía a la disponibilidad de la junta. Rechaza que el derecho subjetivo a la cuota de liquidación nazca por la disolución y la iniciación del proceso de liquidación; y contempla “un derecho individual a la liquidación de su cuota”, que de existir legitimaría para pedir que se liquidara su cuota, pero no a pedir la liquidación total del patrimonio social (¿derecho de separación?, digo yo). Págs. 296 y ss.—Contempla la circunstancia de que algún socio o grupo de socios hubiese instado la disolución y se pregunta si se precisa su consentimiento. Salvada la unanimidad precisa para las sociedades personalistas concluye que no existe en el caso contemplado derecho subjetivo alguno sin cuya

expresa renuncia no pueda la junta pretender la reactivación. Págs. 298 y ss.—Estudia el reconocimiento de su derecho de separación a favor del socio disidente o ausente. En defecto de norma legal explícita su admisión sólo será posible mediante asimilar el supuesto a algunos de los admitidos, y en concreto con el caso de cambio de objeto. Rechaza la distinción entre objeto y fin social; y admite que con la disolución cambia la actividad social, que deja de ser explotadora y se convierte en liquidadora, de donde se sigue la carencia de objeto empresarial. Distingue que la reactivación se realice cambiando el objeto social o reasumiendo el antiguo; y si puede proceder el derecho de separación por causa de cambio de objeto no puede proceder por falta de base legal por mero acuerdo de reactivación.

Especialmente interesante es el giro de GIRÓN TENA. Si en *Sociedades Anónimas* estimó INACEPTABLE la posibilidad de reactivación, en *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, tomo I, págs. 342 y ss., CAMBIÓ DE OPINIÓN y después de recordar noblemente su anterior criterio señaló en pág. 342.—Las relaciones jurídicas con terceros no sufren ninguna alteración. La permanencia de la sociedad en su identidad casa con esta regla. Pág. 343.—La permanencia de la sociedad en su identidad, si bien funcionando para el fin de extinguirse, plantea el problema de la vuelta a la actividad normal. La reactivación es una resolución voluntaria del órgano social superior, que no puede ir más allá de donde la voluntad puede llegar. Juegan diversos intereses: el de reactivación de la empresa; el del socio a la cuota de liquidación y frente a él (igualmente individuales) el de los socios que desean la continuidad de la empresa; y atribuye demasiada abstracción y sutileza al entendimiento de la reactivación como cambio de objeto de la sociedad disuelta (que es el de proceder a su extinción) que debe reunir los requisitos y garantías de todo cambio de objeto. Pág. 345.—Tomar una u otra vía (o la intocabilidad de la apertura de liquidación o la modificabilidad de esta situación por los órganos sociales que tienen

la competencia de la modificación estatutaria) es una cuestión de finalidad de la Ley. En un plano general parece que es más fiel al Derecho español y atiende a intereses más elevados, la interpretación en el sentido de la posibilidad de la reactivación de la sociedad. En nota (29) señala que los artículos 150.1 y 152 LSA que prohíben la reactivación (así si no se acuerda antes del término le hicieron inclinarse por la inviabilidad de la reactivación en correspondencia con la influencia general en nuestro Derecho del francés; rectificando lo expuesto en Derecho de sociedades anónimas, manifestó (con cita de art. 1.703 C. 223 C. de C. 85, y 331 C.c. 29) que el criterio de los artículos 150.1 y 152 tiene carácter excepcional, incompatible con la prórroga tácita, y su carácter excepcional excluye “que el supuesto de prórroga dé base a los demás” y “que el principio de conservación de empresa prima desde el punto de vista de la jerarquía de los intereses”, y finalmente, frente al criterio generalizado en la doctrina en el sentido de que no cabe como reactivación después de transcurrido el término señala el criterio de PÉREZ DE LA CRUZ y apunta la importancia de la valoración fiscal del supuesto. Pág. 346.—Advierte, “una cosa es la susceptibilidad de reactivación, sin ruptura de la continuidad societaria, y otra el régimen de esta reactivación. No siempre la reactivación es pura y simplemente el cambio de un acto de voluntad por otro, sino que, según la causa de disolución, a veces se precisa la remoción de dicha causa” y añade “enmarcada la reactivación por vía analógica en el plano del cambio de objeto”, “hay que remitirse a su trato en la Ley o en el contrato social concreto”; y sitúa el momento final de la posibilidad de reactivación en el momento en que “se haya hecho nacer derecho de socio como tercero”. En nota (30) apunta la coordinación de la aplicación del principio de conservación de la empresa con los intereses individuales de cada socio permitiéndoles su separación y señala la importancia de “observar que, en supuesto de permanencia de hecho de la sociedad después de la concu-

rrencia de una causa de disolución, volvemos a encontrarnos con un supuesto semejante al de las sociedades irregulares”. Págs. 346 y 7.— Recuerda las resoluciones 4 y 19 de octubre de 1965 y de 17 de octubre de 1967 que han admitido la posibilidad de inscripción con posterioridad a la fecha de transcurso del término, del acuerdo de prórroga anterior a ésta que consta así en escritura pública, rectificando otras anteriores de 6 de junio de 1952 y 18 de enero de 1958; pero advierte que el centro directivo “se muestra más bien contrario a la reactivación”. En nota (31) recuerda las críticas a la R. 17/10/67 favorable la de PÉREZ DE LA CRUZ y contraria la de CAMY; y GIRÓN TENA apunta que los términos de la resolución de 18 de enero del 58 parecen haber recibido influencia doctrinal italiana y se pronuncian en contra de la reactivación y concluye “ahora bien los textos de derecho positivo que existen en derecho italiano y no en el español, distancian los presupuestos legales en uno y otro ordenamiento. Sin normas es difícil fundar que exista un derecho de los acreedores deducido la concurrencia de una causa de disolución. Como antes se vio la naturaleza de la liquidación conduce a lo contrario”.

29

Recientemente, Adolfo SEQUEIRA MARTÍN, “La eficacia de las causas de disolución en la sociedad anónima según la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a los directivos de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades y su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas”, *Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 1041 y ss., págs. 1062 y ss.: distingue como cuestiones diversas el de remoción de los supuestos disolutorios y el de revocación del estado de liquidación. Págs. 1065 y ss.: estudia el acuerdo revocatorio del estado de liquidación, ocupándose sucesivamente de A) Capacidad general de la sociedad para adoptar el acuerdo (que cree posible porque la sociedad conserva su personalidad jurídica —aunque adecue su estructura a la nueva finalidad— y aptitud para adoptar decisiones —como

la de fusión— distintas a las estrictamente necesarias para la liquidación); B) Alcance del derecho individual a pedir la liquidación y del derecho del socio a la cuota de liquidación (que no son obstáculo): a) el derecho a pedir la liquidación carece de fundamento si desaparece la causa de disolución; b) el derecho a la cuota de liquidación no es un derecho inmediato, no es un derecho subjetivo y no puede lesionarse (al menos hasta el informe liquidadores y la determinación de su participado o cuota en el patrimonio posible); c) el derecho de separación carece de base legal, pues varía el “fin económico” pero no “el objeto social”. d) Supuestos concretos, entre los que incluye el cumplimiento del término (y conforme PÉREZ DE LA CRUZ y RUBIO y GIRÓN TENA en *Derecho de Sociedades*) pues una cosa es que la sociedad entre en liquidación de pleno derecho por el mero transcurso del término y otra diferente el que encontrándose en estadio de liquidación no pueda revocar esta situación para volver a su estado anterior. Págs. 1080 y 81.— El acuerdo revocatorio de la disolución no está gravado (como no lo está el disolutorio) en cuanto no está fiscalmente contemplado ni le es aplicable analógicamente la figura de la constitución.

En una conferencia sobre la *Disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad (anónima)* pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el día 8 de enero de 1990, publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXX, vol. I, 1991, me referí a “la reactivación de la sociedad en liquidación como supuesto distinto al de exclusión de la causa de disolución”; que estimé viable como posibilidad general la reactivación y valoré su significado como cambio de objeto social, puesto que si la disolución provoca un cambio en el objeto social y en la actividad de la sociedad, la reactivación supone un cambio de signo contrario y alcance semejante.

Juan BOLÁS ALFONSO se ha ocupado de la “Cancelación automática de las Sociedades Anónimas no adaptadas (dis-

posición transitoria sexta.2 de la LSA). Problemas prácticos” en trabajo publicado en *La Notaría*, Boletín del Colegio de Notarios de Barcelona, Abril, n.º 4/1996, págs. 35 y ss.; analiza en págs. 47 y ss. el significado de la disolución de pleno derecho y la que llama “cuestión de la reactivación”, en esta cuestión vista la norma del artículo 106.2 LSRL que dispone que no podrá acordarse la reactivación de la sociedad limitada disuelta de pleno derecho así como el tenor de los proyectos de Reglamento del Registro Mercantil, de tono general permisivo, se inclina por la posibilidad de la reactivación de la sociedad anónima disuelta de pleno derecho, fundamentalmente porque es una solución coherente con la finalidad de la norma que estudia (Transitoria sexta.2), dirigida a sociedades anónimas real y efectivamente “difuntas” y no a sociedades anónimas en funcionamiento real aunque “dormidas o rezagadas” formalmente.

31

c) *Comentaristas a la LSRL95.*

Me refiero a la obra de José María NEILA, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995*, Dykinson, 1996, y a la obra colectiva *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, dirigida por Víctor M. GARRIDO DE PALMA, Trivium, 1996.

La primera de ellas tiene una notable exposición de la materia resultante de los preceptos legales; pero no he encontrado análisis crítico, que era lo que yo buscaba; la segunda, en la que se estudian materias del mayor interés con atractiva coordinación de altura científica y sentido práctico, no se contiene trabajo alguno que logre esta materia, al menos no lo he encontrado.

Al corregir pruebas recuerdo la referencia a “la reactivación de la sociedad disuelta” que se contiene en la aportación de Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ a la obra colectiva *Tratando de la sociedad limitada* (coordinada por Cándido PAZ-ARES y publicada por la Fundación Cultural del Notariado - 1997),

págs. 931 y ss. especialmente págs. 959 y ss.; en su opinión la meritoria admisión expresa de la reactivación tiene un claro carácter restrictivo, obedece a razones prácticas y se rodea de múltiples cautelas; y es prueba del carácter restrictivo la sobreprotección de los acreedores (art. 106.3 LSRL). No he encontrado otros detalles de análisis crítico acerca de la reactivación.

B) Derecho comparado.

Me parece suficiente recoger lo más significativo de la amplia y magnífica exposición que hizo PALÁ BERDEJO en su citado trabajo; nada más completo se ha publicado después y excede de mi pretensión una búsqueda actualizada. Cito las páginas del trabajo de PALÁ BERDEJO por si interesa la búsqueda de información más detallada.

32 En pág. 154.—En DERECHO ALEMÁN, la Ley de Sociedades por acciones (G.m.b. H.G.) de 30 de enero 1937, artículo 213, “Continuación de una sociedad disuelta” dispone: “Disuelta una sociedad anónima por el transcurso del tiempo... puede ser continuada por convenio de la... junta, en tanto no se haya iniciado la distribución del patrimonio entre los accionistas”.

En pág. 168.—En DERECHO FRANCÉS la parte más considerable de la doctrina repudia la revitalización de la sociedad disuelta; si bien merece destacarse que la jurisprudencia francesa reconoce, por lo general, que la personalidad jurídica de la sociedad disuelta se reduce o circunscribe a los fines propiamente liquidatorios, de donde nace la dificultad legal y conceptual de la reactivación.

En pág. 172.—El C. de C. PORTUGUÉS permite taxativamente la prórroga por convenio unánime una vez concluido el plazo marcado en el contrato social.

En pág. 161.—En el DERECHO ITALIANO se deben distinguir el período de vigencia del C. Mercantil 1882 y el período de vigencia del C.c. 42; durante la vigencia del C.

Mercantil 1882, el artículo 190 disponía que “transcurrido el término establecido para su duración o cumplido el objeto de su empresa la sociedad se disuelve de derecho y no puede ser tácitamente prorrogada”; y el artículo 853, para el caso de quiebra de una sociedad anónima que no se hallase en estado de liquidación, prevé que el concordato tenga por objeto la continuación de la empresa social. La doctrina dominante optaba por la revocabilidad de la disolución en cualquier caso. Publicado el C.c. 1942 la jurisprudencia estimó que la Junta puede acordar la revocación de la liquidación y la doctrina se inclinó de modo casi unánime por la revocabilidad.

C) Criterio de la Resolución de 11 de diciembre de 1996.

En su fundamento de derecho cuarto estima necesario dar al acuerdo de reactivación “la misma publicidad prevenida en el artículo 263 de la LSA para la disolución (art. 4.1 del Código civil)”; y en mi opinión esta afirmación permite sostener la aplicación general, en principio, de la reactivación cualquiera que hubiera sido la causa de disolución. Este anuncio es suficiente, como lo es en caso de publicidad publicitaria del acuerdo de disolución, para la divulgación de la modificación del objeto social consiguiente, sin perjuicio de la repercusión de este último aspecto modificatorio en el derecho de separación y de los peculiares requisitos que lo acompañan en el caso de proceder.

III. La reactivación de la sociedad disuelta por la libre (o arbitraria y sin causa o motivo) decisión de los socios. Por virtud de acuerdo de disolución *ex voluntate* o *ad nutum*

34 A) Respecto de la sociedad colectiva, al igual que respecto de la civil y de las que son semejantes a éstas, la reactivación es algo así como un mutuo disenso que deja sin efecto la declaración de voluntad negocial, o contractual, de disolución. Podríamos decir que si el acuerdo de disolución consentido por todos los socios colectivos, entendido como contrato disolutorio, tiene el valor propio del “mutuo disenso” del originario “contrato de sociedad”, el contrato, o acuerdo también unánime, de reactivar el originario contrato de sociedad y la relación societaria obligacional de éste nacida dejando sin efecto, y sin valor, el contrato disolutorio merece la calificación de “mutuo disenso” del “contrato disolutorio”, dando lugar a la celebración de un nuevo contrato que tiene por contenido la reactivación del contrato de sociedad inicial, la reviviscencia, sin solución de continuidad, de la misma relación societaria que estuvo vigente con normalidad hasta el acuerdo disolutorio.

La nota distintiva de la reactivación en el caso de las sociedades personalistas es, a mi juicio, la voluntad de hacer revivir el mismo contrato inicial de manera que la relación societaria que nació de él reanude su existencia sin solución de continuidad, desde la constitución inicial hasta los momentos subsiguientes a la reactivación. La reactivación pues, según su propia naturaleza, persigue la reviviscencia de la sociedad como si no se hubiese acordado su disolución, esto es, con efecto retroactivo hasta el momento del acuerdo de disolución y de su eficacia.

En el ámbito de las relaciones internas “entre socios” y de su posición jurídica (en particular su responsabilidad personal, sea solidaria la del colectivo y mancomunada la del socio civil, respecto la de los otros socios) una vez produci-

da la reactivación la situación es idéntica a la que ocurriría o existiría si no se hubiese adoptado el acuerdo o el contrato de disolución que ha sido dejado sin efecto por la reactivación.

En el ámbito de las relaciones externas la reactivación no parece invocable por los acreedores que a la vista del acuerdo de disolución hubiesen aceptado el pago de sus créditos (salvo concurrencia de fraude) y respecto de los demás acreedores mantiene viva su respectiva posición jurídica, que no fue afectada por el acuerdo resolutorio, que por si solo no les afecta.

Dejo para otra ocasión reflexiones acerca de la proyección de la reactivación en relación con la empresa social y sus actividades, en particular en cuanto a relaciones laborales, relaciones con suministradores y clientela, contratos de licencia, convenios (lícitos, por supuesto) sobre mercado y concurrencia, etc., teniendo presente las diferencias entre el caso de mera prolongación de actividades no interrumpidas y el caso de reanudación de actividades interrumpidas.

El supuesto de la reactivación, dirigido a la reanudación y mediante ésta a la continuación y mantenimiento sin variación de la misma relación jurídica contractual nacida del contrato de sociedad originario, y reactivado después de disuelto, es, pues, según lo dicho, en mi opinión radicalmente diverso del supuesto de la creación y nacimiento de una nueva relación jurídica de sociedad entre las mismas personas, con el mismo objeto y con las mismas otras señales de identidad que otra relación societaria disuelta; porque son supuestos distintos la continuación de un mismo y único ente (de razón) que la creación de un nuevo ente de razón idéntico al anterior en sus circunstancias pero diverso en su entidad ontológica. Esta diversidad de supuestos tiene trascendencia en aspectos más prosaicos, como puede ser el tratamiento fiscal bien diverso en el supuesto de reactivación de "un sujeto" que es uno y el mismo antes y después de la reactivación que en el supuesto de creación de un "nue-

vo sujeto” que aunque idéntico del anterior es un titular distinto de derechos y obligaciones, dicho de otra manera, de patrimonio activo y pasivo.

B) Respecto de las sociedades de capital, en concreto anónimas y limitadas, debemos atender a las necesarias diferencias de planteamiento derivadas del diferente alcance de la personificación jurídica que les corresponde según la legislación vigente en relación con la personalidad atribuida y reconocida a las sociedades de personas. La personalidad jurídica de estas últimas no insensibiliza a los socios respecto de las incidencias de la vida patrimonial de la sociedad, de cuyas consecuencias responden los socios con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 C.c.) –sea solidaria o sea mancomunadamente– en cuanto el patrimonio social activo sea insuficiente para atender las deudas y pérdidas resultantes del negocio social. Por el contrario, la personalidad jurídica “perfecta” de las sociedades de capital insensibiliza al patrimonio de los socios respecto de las deudas de la sociedad y de las resultas negativas de los negocios y actividades sociales, de las que sólo responden (o están obligados a soportarlas) por el importe de lo que hubiesen aportado o de lo que se hubiesen obligado a aportar. La sociedad capitalística, como persona jurídica perfecta, adquiere una individualidad “subjética” diferenciada de la de los socios y se puede decir que en ellas carecen de trascendencia, o no existen, relaciones jurídicas obligacionales directas de los socios entre sí, sino que en su lugar aparece la “institución” personificada como resultado del negocio fundacional, la cual no sólo es término subjético de relaciones con terceros y con los socios como terceros sino que muy significativamente es término integrador de las relaciones con ella de los socios en cuanto miembros que son de la institución. En este ámbito de las relaciones entre los socios como miembros y la sociedad como ente en el que ellos se integran es el ámbito en el que se genera el “acuerdo de

disolución arbitrario o sin causa precedente” (acuerdo de disolución *ex voluntate* o *ad nutum*) y en el que se produce su contrario: el “acuerdo de reactivación” de la sociedad, que persigue su retorno a la vida activa.

Si en el caso de las sociedades personalistas la idea clave de la reactivación está en la reanudación de la vida del contrato social y de la relación obligatoria societaria sin solución de continuidad, respecto del acuerdo de disolución en la medida de lo posible, en el caso de las sociedades de capital la idea básica está en el retorno a su actividad de la institución social, en cuanto persona jurídica perfecta titular de un patrimonio autónomo respecto del de los socios; esto supone que el mismo sujeto de derecho va a retomar y a realizar, sirviéndose como instrumento del mismo conjunto patrimonial, las mismas actividades que realizaba hasta el acuerdo de disolución. La nota de reviviscencia sin solución de continuidad, o de reanudación, de la vida contractual y de las relaciones sociales entre los socios, propia de las sociedades de personas es sustituida en las sociedades de capital por la nota de identidad en la reanudación de la vida social que se proyecta sobre la personalidad jurídica social que sigue siendo la misma, sobre el patrimonio social que sigue perteneciéndole y sobre las actividades sociales que en principio se reactivan.

Ahora bien, así como en el caso de las sociedades personalistas la retroacción de la eficacia de la reactivación hasta el momento en el que tuvo lugar el acuerdo de disolución dejado sin efecto minimiza el significado y alcance de este último como hecho cumplido u ocurrido, las cosas ocurren de otra manera en el caso de las sociedades capitalísticas, pues en éstas la nota, o idea, de identidad no excluye la realidad de los efectos propios del acuerdo de disolución sobre la actividad de realización del objeto social (que quedó paralizada por virtud de dichos acuerdos), por lo que el acuerdo o decisión de reactivación no puede tener en general retroactividad y provoca, en principio, el retorno a la

vida activa como nuevo comienzo de la misma. Claro es que esta nota general puede y debe tener sus particulares matices en el singular caso de que el acuerdo de reactivación se adoptase por unanimidad, con el voto favorable de todos los partícipes en el capital social.

Aún más que en el caso de las sociedades personalistas cabe advertir en el de las capitalistas las repercusiones de la reactivación en relación con aspectos de la empresa social.

En todo caso debe modularse el principio de permanencia del ente social en el tránsito desde sociedad disuelta a sociedad reactivada. El fundamento es el mismo del principio sancionado por la Ley (art. 264 LSA y art. 109.2 LSRL) y aceptado por la jurisprudencia y la doctrina según el cual la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras se realiza la liquidación; y procede afirmar y sostener que la sociedad reactivada conserva su personalidad jurídica al retornar a su normal vida activa. En conclusión, la sociedad tiene su (propia, individual e idéntica) personalidad jurídica a través de las situaciones sucesivas de sociedad con vida normal, de sociedad disuelta en período de liquidación y de sociedad reactivada.

38

Acontece que esta permanencia de una misma y única personalidad y la tendencia a la retroactividad de la reactivación debe armonizarse con el respeto a los hechos cumplidos y a los efectos jurídicos consumados en las relaciones del ente societario con los terceros. En el ámbito de las relaciones internas (sean las relaciones contractuales de los socios entre sí en las sociedades personalistas, sean las relaciones institucionales entre los socios y la sociedad en las de capitales) la reactivación produce, según su tipo jurídico, la reanudación de la vida social según la situación jurídica, y en su caso de hecho, existe en el momento de acordarse la disolución.

C) La posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta por “mera voluntad” o *ex voluntate* de los socios, por acuerdo *ad nutum* de disolución.

A efectos meramente dialécticos encabezo este apartado contemplando como discutible esta posibilidad. En mi opinión, no cabe duda de la viabilidad de la reactivación de una sociedad disuelta por la mera voluntad de los socios, formada de manera arbitraria y sin causa o motivo precedente que determine o justifique la adopción del acuerdo de disolución u obligue al mismo. El artículo 242 RRM subordina la posibilidad de inscripción de la escritura de reactivación a la manifestación de los otorgantes de que, en su caso, ha desaparecido la causa de disolución que motivó el acuerdo respectivo y podría parecer que la reactivación sólo es posible cuando el acuerdo de disolución obedezca a una causa de disolución y no cuando el acuerdo se hubiese adoptado “sin causa” y con la sola justificación de la unanimidad o de la mayoría reforzada; sin embargo, entiendo que el “en su caso” ampara la posibilidad del supuesto que me ocupa. También puede argumentarse que el acuerdo de reactivación por su propia naturaleza, supone de suyo la “desaparición” de la causa de disolución, que es el acuerdo disolutorio; y si no lo hace desaparecer como hecho ocurrido sí le priva de valor y eficacia disolutoria.

39

D) El rango del acuerdo de reactivación en relación al acuerdo de disolución.

a) En la sociedad colectiva, o en la civil, el acuerdo de disolución adoptado arbitrariamente, *ex voluntate* “porque sí”, requiere la unanimidad, el consentimiento de todos los socios. Para la sociedad anónima (art. 260.1. LSA) el acuerdo ha de adoptarse con arreglo al artículo 103 LSA (que es la norma que establece quorums de asistencia y también de votación en caso particular para modificar los estatutos); y

para la limitada (art. 104 b) LSRL) el acuerdo ha de adoptarse con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos.

Adoptado el acuerdo de disolución “sin causa o sin motivo”, esto es, *ad nutum* de la manera dicha será válido y eficaz el acuerdo de reactivación que sea adoptado de la misma manera con los mismos requisitos y mayoría. No parecen necesarios mayores requisitos.

b) El acuerdo de reactivación de una sociedad personalista debe ser siempre adoptado por unanimidad, pues el mutuo disenso del contrato disolutorio adoptado libérrimamente por todos los socios sólo puede adoptarse con el consentimiento de todos ellos (4).

40

El acuerdo de reactivación de una sociedad capitalista adoptado por unanimidad, con el voto favorable de todos los socios, o de todos los partícipes en el capital social, es posible aunque no sea necesaria ni imprescindible la unanimidad. Ahora bien, adoptado el acuerdo de reactivación con el voto favorable de la totalidad del capital social quedan sujetos y vinculados a él y a sus consecuencias, en particular las que se siguen de la identidad de patrimonio, todos los socios. Ello es consecuencia de que el voto favorable a la reactivación significa necesariamente según la naturaleza de las cosas, el abandono de los derechos que como tercero competían, o podrían competir, al socio a obtener la cuota del patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad como derecho individual.

El acuerdo de reactivación de una sociedad de capitales puede también adoptarse por las mayorías y con los requisitos con los que puede adoptarse un acuerdo de disolución sin causa o motivos; como posibilidad objetiva y general, in-

(4) Al destacar estos aspectos básicos no olvido la personalidad que corresponde a las sociedades personalistas, sino que destaco la realidad jurídica que no resulta desvirtuada por los limitados efectos de dicha personalidad.

cluso aunque el acuerdo de disolución se hubiese adoptado por unanimidad. Y ello es así porque el acuerdo de reactivación es válido y eficaz en sí mismo si reúne los requisitos y se adopta por las mayorías precisas para modificar los estatutos; cuestión diversa será la que se refiere a la fuerza vinculante del acuerdo de reactivación, especialmente respecto de los derechos individuales del socio que no votó a su favor.

E) La vinculación al acuerdo de reactivación de los socios que “no lo votaron”.

Puesto que en las sociedades de capital, anónimas o limitadas, el acuerdo de reactivación puede adoptarse por mayorías se hace preciso analizar la aptitud de dicha mayoría para vincular a la minoría que no votó a su favor.

En este supuesto de reactivación de una sociedad de capitales que fue disuelta *ex voluntate* debemos partir del alcance del acuerdo de disolución respecto de la posición jurídica de cada socio. Cada uno de éstos sufre la privación del derecho que tenía a la realización de las actividades del objeto social; aunque no esté explícitamente reconocido su existencia resulta de diversas normas referentes a los estatutos sociales, a la gestión y responsabilidad de los administradores, y a la modificación y sustitución del objeto social. Pues bien, el acuerdo de disolución provoca el fin de la realización de las actividades del objeto social (art. 267.1 LSA y art. 110 LSRL) pues en lo sucesivo el órgano de administración social (sin entrar ahora en las diferencias de régimen entre anónimas y limitadas) debe dedicarse a “las actividades de liquidación y, en lo menester, de administración conservativa”. La disolución viene a equivaler a un supuesto de sustitución de objeto social, si bien su propia y particular regulación, ajustada al supuesto de hecho, es adecuada a la protección del derecho de los socios, incluso de los que no hubiesen votado a favor del acuerdo de disolu-

ción. Abierto el período de liquidación el socio, cada socio, tiene derecho a que se llegue a su fin (art. 111.2. LSRL y art. 280. c) LSA, menos claramente; creo que el art. 111.2 LSRL responde a un derecho subjetivo de los socios como terceros predicable de todos los tipos sociales) y a recibir su cuota de liquidación (art. 48.2. a) LSA y art. 119.1 LSRL) según el resultado final de esta compleja operación. El acuerdo de reactivación, cuya esencia está en «el entorno de la sociedad disuelta a su vida activa» supone la reviviscencia del objeto social” del mismo vigente al tiempo de acordarse la disolución (hago gracia de la reactivación acompañada de modificación o de sustitución del objeto social y de los variados y complejos problemas que puede plantear) y en consecuencia la pérdida del derecho a la práctica de la liquidación y a la percepción de la cuota correspondiente en el patrimonio resultante de la liquidación. Merece estudio y reflexión la solución deseable; una posibilidad consiste en sujetar al socio que no votó a favor de la reactivación al acuerdo mayoritario; otra posibilidad consiste en reconocer al socio disidente o ausente la facultad de decidir entre seguir en la sociedad reactivada o separarse de ella, manteniendo la misma posición que tenía como “socio en liquidación” y recibiendo la cuota del patrimonio líquido existente al acordarse la reactivación. Esta última solución es semejante a la dada para el derecho de separación en caso de sustitución del objeto social. Volveremos sobre esta materia que es común a otros casos de reactivación de sociedades capitalistas.

IV. La reactivación de sociedad disuelta por acuerdo en base a una causa o motivo de disolución legal, o estatutariamente, establecidas

A) Las causas de disolución.

La LSA, en su artículo 260, señala diversas causas que motivan la disolución; pero de estas causas no resulta *per sé, ex opere operato*, la disolución sino que para la producción del efecto disolutorio se precisa un acuerdo al efecto basado en la existencia de uno de los motivos (5); me referiré, siguiendo al artículo 262.1 a las causas de “conclusión de la empresa que constituya el objeto de la sociedad”, de “imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”, de “paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible sin funcionamiento”, de “pérdidas que reduzcan el patrimonio social o una cantidad inferior a la mitad del capital social”, de “reducción del capital social por debajo del mínimo legal”, y dejaré meramente aludidas el supuesto de “cualquier otra causa establecida en los Estatutos” así como los de “fusión y absorción” y “de quiebra de la sociedad”. En todos estos casos la concurrencia de la causa no es suficiente para la producción del efecto, pues para la disolución de la sociedad se requiere el acuerdo de junta general constituida según las reglas generales del artículo 102 LSA y por tanto sin que sea necesario el cumplimiento de los quórum y de las mayorías reforzadas del artículo 103 LSA (requeridas para modificar los estatutos).

La LSRL en su artículo 104.1 letras c) a g) y 2 completado por el artículo 105.1 viene a repetir las normas de la LSA con pequeñas variantes en las que no podemos detenernos; aunque no debemos omitir la tipificación de una

(5) Prescindo de toda consideración referente a otros aspectos de la concurrencia de una causa de disolución, como pueden ser los deberes, obligaciones y responsabilidades de administradores y socios, los derechos individuales de éstos y los de terceros, etc.

causa de disolución no conocida, en la LSA, me refiero a la “falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos”, cuya causa puede concurrir aunque no se haya concluido la empresa que constituya el objeto social o aunque no se haya hecho manifiestamente imposible la consecución del fin social (art. 104. d) LSRL) (6).

B) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento de deberes legalmente establecidos y nacidos de la concurrencia de la causa de disolución la reactivación social.

44

Como se ha dicho, la concurrencia de una de estas causas de disolución no produce la disolución de la sociedad ya que para la producción del efecto disolutorio se requiere el acuerdo de la junta general. Sin embargo, la mera concurrencia de una causa de disolución genera ciertos deberes a cargo de los administradores sociales y su incumplimiento genera ciertas responsabilidades (7). Los deberes se refieren a la convocatoria de junta general para que adopte el acuerdo de disolución o para que adopte los acuerdos adecuados a la remoción de la causa, haciéndola desaparecer; y también se refieren a la solicitud o instancia de decisión judicial de disolución de la sociedad; y el incumplimiento de estos deberes desencadena su responsabilidad (de los administradores) por “las obligaciones sociales” (art. 262.5 LSA) o “por todas las deudas sociales” (art. 105.1 LSRL).

La reactivación social tiene como presupuesto necesario la previa disolución de la sociedad, bien sea a resultas del acuerdo requerido o bien sea a resultas de decisión judicial

(6) Omito todo comentario a la quiebra de la sociedad como causa de disolución contemplada en la LSRL en la esfera de la relación societaria en términos que provocan dudas al intentar solucionarlos con la actividad liquidatoria que pueda desarrollarse en el ámbito del procedimiento concursal.

(7) Dejo de lado toda reflexión acerca de la existencia de deberes y responsabilidades a cargo de los socios.

de disolución. Así como la remoción de la causa de disolución impide la producción del efecto disolutorio, la reactivación, de modo diferente, hace cesar el efecto disolutorio ya producido, lo revoca y da lugar a la reanudación de la vida activa de la sociedad.

En principio, la situación de sociedad disuelta supone o bien el acuerdo de la junta o bien la decisión judicial, y en uno y otro caso se supone la diligente actividad de los administradores para obtener la disolución; pero puede ocurrir que el acuerdo se adopte en junta universal espontánea, no obstante la pasividad del administrador, o que la disolución judicial se decida a petición de "cualquier interesado" vista la pasividad del administrador.

En cualquier caso, incluso aunque los acontecimientos determinen la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad del administrador, puede acordarse la reactivación de la sociedad. Creo que los derechos ya nacidos a favor de los acreedores que puedan dirigirse contra el patrimonio del administrador responsable para obtener la efectividad de los créditos que ostentasen frente a la sociedad no pueden resultar modificados por la reactivación de la sociedad; y así lo entiendo, porque si bien la reactivación corrige la disolución de la sociedad y su condición o cualidad de sociedad disuelta, es asimismo cierto que la responsabilidad del administrador "pasivo" no obstante la concurrencia causa de tal disolución nace de su propio y personal incumplimiento de ciertos deberes legales y este incumplimiento es un hecho consumado o cumplido y, además, la reactivación en nada afecta a dicho incumplimiento. Sin embargo, no cabe ocultar que la conclusión expuesta, que parece impecable según la deducción lógica, no proporciona satisfacción plena al sentido de justicia y merece reflexionar la posibilidad de moderar o de modular la solidaridad en la responsabilidad estableciendo graduación que en el marco de la solidaridad permita al administrador señalamiento de bienes sociales de la sociedad reactivada suficientes para satisfacer al acreedor,

pues ésta es la finalidad perseguida por la Ley y no la ventaja de la sociedad a cargo o a costa del administrador poco diligente. Baste este apunte, pues no es oportuna mayor reflexión en este lugar.

C) La reactivación y la causa de disolución.

46 Como ya se ha dicho, las causas de disolución cuya eficacia disolutoria es mediata, en cuanto que la efectiva disolución de la sociedad requiere un acuerdo disolutorio (con los requisitos y mayorías ordinarias o no reforzadas), pueden ser removidas haciendo desaparecer su supuesto de hecho, con lo que queda excluida la "obligación" de hacer efectiva la disolución (o la necesidad de seguir y cumplir una conducta que conduzca a la eficaz disolución). La remoción de la causa de disolución antes de producirse el acuerdo de disolución y el consiguiente efecto disolutorio es posible en general; incluso está expresamente reconocida en el caso de reducción del patrimonio por pérdidas (art. 260.1.4.º LSA y art. 104.1. c) LSRL, sin que éste sea el lugar oportuno para comentar la posibilidad de la figura de la reposición del patrimonio llevado a efecto por todos los socios en la proporción correspondiente, que no es aludida por las normas sustantivas vigentes citadas, aunque sí está reconocida por los fiscales del I.S.).

En el caso de reactivación de la sociedad cuya disolución se hubiese acordado *ex voluntate* o *ad nutum* (de manera arbitraria y sin la preexistencia de causa de disolución) con las mayorías reforzadas necesarias para la modificación de estatutos no cabe, por hipótesis y como ya se ha comentado, contemplar la preexistencia de causa de disolución; y basta analizar la concurrencia de la mayoría reforzada en ambos acuerdos, tanto en el acuerdo de disolución como en el acuerdo de reactivación, como ya se ha dicho antes.

Merece atención el estudio y demostración de cómo debe existir coordinación entre el supuesto de hecho determinan-

te de la existencia de una causa de disolución y la reactivación de la sociedad. Si, como se ha dicho, la causa de disolución genera unos deberes y obligaciones de cuyo incumplimiento puede seguirse una responsabilidad, no parece admisible la posibilidad de un acuerdo de reactivación que sea calificado como ajustado a derecho y como eficaz mientras subsista el supuesto de hecho de una causa de disolución, pues dicho acuerdo que pretendiese la reactivación sería antijurídico (esto es, merecería la calificación de ilegal como contrario a la norma legal que impone la obligación de disolver a consecuencia de la existencia, o sea, de la persistencia, del supuesto de hecho que compone la “causa de disolución”). Para que el acuerdo de reactivación no choque o se enfrente con la norma legal que establece la causa de disolución se precisa que ésta haya desaparecido, aunque puede matizarse esta afirmación admitiendo que la propia junta general de socios que acuerde la reactivación remueva la causa de disolución. Claro es que en este caso la remoción de la causa de disolución, aunque conserve su individualidad conceptual, pierde singularidad en su planteamiento práctico al quedar englobada o absorbida por la operación de reactivación; si bien en ésta se pueden distinguir dos frentes, uno referente a la causa de disolución, para removerla, y otro referente a la situación de disolución acordada con causa, para dejarla sin efecto y, de manera inseparable o inescindible ambas, para reanudar la vida social (8).

47

La desaparición de la causa de disolución (de una de entre las previstas en las normas antes citadas concurrentes en el caso), sea anterior o sea coetánea al acuerdo de reactivación, es un requisito necesario para la legalidad causal de éste. Pero la desaparición de la causa de disolución, esto es,

(8) La desaparición o remoción de la causa de disolución como presupuesto o requisito de la reactivación, cuyo carácter necesario ya destacó la doctrina, está contemplado con carácter necesario en el artículo 106 LSRL95.

la desaparición de los elementos de hecho que la componen o constituyen, presenta diversas características en cada caso. Conviene su precisión.

a) *La conclusión de la empresa que constituya su objeto.*

48 La sociedad disuelta “era” una sociedad singular o especial con un objeto social consistente en una específica actividad empresarial, cuya conclusión o terminación constituye la causa de disolución. La “conclusión de la empresa” es un dato de hecho acontecido, y su realidad es irreversible (9), al menos por hipótesis; y en consecuencia la sociedad “quedó” sin objeto social. Esta es, a mi entender, la causa de disolución y no parece posible que pueda “desaparecer” un hecho ya acontecido; lo que podrá acontecer es que se adopte un nuevo objeto social que sustituya al que quedó concluso y agotado. Al atribuir a la sociedad un nuevo objeto social se produce un efecto doble; por una parte se sustituye el objeto primitivo concluso por un nuevo objeto referido a actividades realizables en lo sucesivo y por otra parte se hace desaparecer la causa de disolución mediante la atribución a la sociedad de un objeto social operativo, o sea, referido a una actividad realizable. Como es natural, con toda la trascendencia propia de la sustitución del objeto social “concluso” por un objeto social nuevo y “por definición” distinto del “concluso”.

En este caso se superpone un supuesto de sustitución de objeto social al supuesto de reactivación y concurren los requisitos y consecuencias de ambos tipos; que en algunos aspectos pueden sintetizarse en unos únicos actos de cumplimiento y que en otros pueden requerir el cumplimiento de trámites diversos o provocan efectos o consecuencias dis-

(9) Al menos desde un punto de vista lógico-conceptual: la empresa conclusa no puede dejar de haber concluido. No debe confundirse con el aspecto “fáctico”, en cuyo plano puede discutirse la exactitud del hecho de la conclusión de la empresa.

tintos; aunque baste aquí apuntar estas cuestiones pues sería impertinente entretenernos en ellas.

b) *La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.*

Parece una variante del caso anterior. La sociedad disuelta podría haber tenido un fin singular o plural y la causa de disolución resulta de la imposibilidad de realización del fin o de todos los fines de la sociedad. En definitiva, la sociedad se ha quedado sin objeto, contemplado el concepto de “objeto social” en su dimensión finalista, y como no puede dejar de haber ocurrido el hecho y como un hecho ocurrido no puede desaparecer, la desaparición de la causa de disolución supone la adopción de un nuevo objeto social para mediante él conseguir un nuevo fin social, lo que nos reconduce a una situación como la del caso anterior. Entiendo que la Ley no contempla el “fin social” entendido en un sentido genérico y aislado de las circunstancias particulares del caso; sino que la “imposible consecución del fin social” se proyecta en relación con las actividades del objeto social. Vale lo apuntado para el caso anterior.

49

c) *La falta del ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos (novedad del art. 104.1.d). LSRL, que en mi opinión es de interpretación estricta y reservada a las sociedades de este tipo).*

En este caso, a diferencia de los dos anteriores, no se produce un supuesto de “imposibilidad objetiva” de realización del objeto social (por conclusión de la empresa social o por imposibilidad de conseguir el fin social) sino un supuesto de “paralización” (que podríamos llamar subjetiva) de la actividad social, no obstante ser plenamente posible según las circunstancias objetivas la continuación de la actividad social. Al margen de otras consideraciones acerca de

esta novedosa causa de disolución que no son oportunas aquí, nos encontramos de nuevo con la imposibilidad de que desaparezca el supuesto de hecho justificativo de un acuerdo de disolución que hubiese sido ya adoptado con los requisitos y mayorías ordinarias, pues es ciertamente imposible que dejen de haber transcurrido tres años durante los cuales hubiese faltado el ejercicio de la actividad o actividades del objeto social; la desaparición de la causa de disolución requiere, en este caso, la decisión de reanudar el ejercicio de la actividad o de las actividades del objeto social, lo cual supone de suyo la remoción de la causa de disolución pero no, en absoluto, la sustitución del objeto social.

50

No huelga la advertencia de las muy diversas posibilidades que ofrece la realidad de los hechos, pues la causa de falta de actividad durante tres años consecutivos precedentes al acuerdo de disolución de la sociedad que se pretendiese reactivar podría ser removida al acordar la reactivación mediante decisiones de muy diverso alcance, así, no sólo mediante el acuerdo de reanudar la actividad sino también mediante el acuerdo de realizar nuevas actividades, bien como supuesto de sustitución del objeto social o bien como modificación del mismo por adición de nuevas actividades.

d) *La paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.*

En este caso el acuerdo de reactivación por sí mismo, en cuanto exterioriza el funcionamiento de la junta de socios, órgano social competente para vincular todos los socios, incluso a los disidentes y a los ausentes de la sesión (art. 93 LSA y art. 43 LSRL) y en la medida en la que el acuerdo de reactivación debe reorganizar la administración social como requisito que parece imprescindible para el retorno de la sociedad a la vida activa resulta que el acuerdo de reactivación, por sí mismo y por sí solo, pero al reunir el con-

tenido expresado, tiene el alcance de hecho determinante de la desaparición de la causa de disolución que motivó el acuerdo disolutorio revocado por el de reactivación.

e) Las pérdidas que reduzcan el patrimonio a cifra inferior a la mitad del capital social.

Las pérdidas que dejen reducido el “patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social” (así en el art. 260.1. 4.º LSA, pues el art. 104.1 e) LSRL emplea la dicción “patrimonio contable a menos de la mitad del capital social” sin que ahora proceda analizar si se trata de una más detallada descripción del mismo supuesto de hecho o de un supuesto de hecho diverso al de la LSA). La infracapitalización de la sociedad, o la diferencia entre el capital y el patrimonio social inferior a aquél cuando tal diferencia exceda de la mitad de la cifra de capital social, es causa de disolución cuya desaparición o remoción es imprescindible para reactivar la sociedad cuya disolución se acordó por causa de infracapitalización. En este caso, la infracapitalización consiste en una situación de hecho que una vez ocurrida permanece mientras no se corrige y que una vez acordada la disolución se convierte en permanente, pues cesa la posibilidad teórica de nuevos beneficios a consecuencia del cese de las actividades sociales impuesto por el acuerdo de disolución.

Para reactivar la sociedad disuelta por infracapitalización hay que hacer desaparecer esta situación; la propia Ley (ambas leyes, la de SA y la de SRL) indica caminos para la remoción de esta causa de disolución; uno es el aumento de capital social, para que el correlativo aumento del patrimonio a consecuencia de su nutrición con las aportaciones provoque que la diferencia entre ambas magnitudes se reduzca por debajo de la proporción que es causa de disolución; el otro cambio es el de la reducción de la cifra de capital social sin alterar el patrimonio social, se trata de re-

ducción para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad o para que la diferencia entre ambos sea inferior a un tercio de la cifra de capital social para la SA (para evitar el carácter obligatorio de la reducción establecida en el art. 163.1 segundo LSA) o a la mitad de la cifra del capital social para la SRL (arts. 79 y 82 LSRL). La Ley no contempla la posibilidad de la reposición del patrimonio social, consistente en la realización de aportaciones patrimoniales al activo social sin contrapartida en el pasivo; la posibilidad de la operación, en sí considerada, es indudable, pero no es menos cierto que requiere la actuación concurrente y unánime de los socios (a diferencia de los otros supuestos de remoción por ampliación o reducción de capital, que están legalmente tipificados como casos de modificación de estatutos) y que además tal aportación sin contrapartida de pasivo participa del carácter de los actos liberalidad y plantea notables problemas fiscales si se calificase como beneficio social atípico.

f) La reducción del capital social por debajo del mínimo legal.

Este supuesto de reactivación contempla dos acuerdos o acontecimientos anteriores: uno, primero, de reducción del capital social hasta una cifra inferior al mínimo legal (10.000.000 ptas. para SA y 500.000 ptas. para SRL); otro posterior, de disolución de la sociedad. (La LSRL prevé la situación resultante de la falta de acuerdo de disolución no obstante la reducción del capital social por debajo de mínimo legal a consecuencia del cumplimiento de una Ley, si la falta de acuerdo de disolución durase más de un año desde el acuerdo de reducción y sanciona la omisión con la disolución de pleno derecho; luego volveré sobre este supuesto).

La desaparición de la causa de disolución puede lograrse bien por la vía de aumentar el capital social mediante nuevas aportaciones hasta superar la cifra del capital míni-

mo, o bien por la de transformar la sociedad para adoptar un tipo que no tenga capital mínimo o que tenga un capital mínimo que sea inferior al capital resultante de la reducción (10).

g) *Cualquier otra causa establecida en los estatutos.*

Baste recordar que en todo caso se requiere o bien que el acuerdo de reactivación cuente con el dato de hecho de la desaparición de la causa de disolución, o bien que el acuerdo de reactivación comprenda el acuerdo de remoción que tuviese tipicidad legal individualizadora.

h) *La quiebra de la sociedad.*

No me planteo la cualidad de la quiebra como causa de disolución; ni la trascendencia del acuerdo de disolución respecto del procedimiento concursal, al que queda subordinada la operativa y el trámite de la liquidación de la sociedad, incluso en cuanto al nombramiento y control de los liquidadores.

53

i) La fusión en otra sociedad, sea por creación de ésta o por absorción de la disuelta en la otra preexistente, y la escisión total son causas de disolución que, en mi opinión, pueden ser removidos antes de su consumación pero no pueden ser revocadas una vez consumadas, por lo que no cabe la reactivación de una sociedad disuelta por fusión o

(10) La reducción del capital social por debajo del mínimo legal es en todo caso “causa de disolución”; esta calificación legal permite estimar que se excluye la consecuencia “natural o general” de la ilegalidad del supuesto. En efecto, la ilegalidad no determina ni nulidad, ni anulabilidad ni ineficacia; la consecuencia de la ilegalidad se reduce a que el antijurídico se considera “causa de disolución” dependiendo el efecto disolutorio del acuerdo de disolución. En la Ley de SRL la persistencia del antijurídico sin que se proceda a su remoción lleva a la disolución de “pleno derecho”, o sea, *ope legis*. Luego veremos con más detalle este supuesto.

por escisión, pues la disolución sin liquidación y la extinción de la sociedad son simultáneas a la consumación de la fusión o de la escisión. Por otro lado, la posibilidad de que una sociedad disuelta y en período de liquidación “pueda participar en una fusión”, que sanciona el artículo 251 TR LSA 89 tiene dos interpretaciones: a) que la sociedad en liquidación excluya la prosecución del proceso de liquidación y lo dé por terminado por causa de fusión mediante la transmisión en bloque de su patrimonio social a la nueva sociedad o a la preexistente absorbente, cuyo supuesto comporta la extinción total de la sociedad disuelta sin liquidación, que es consecuencia o efecto opuesto a la reactivación; y b) que la sociedad en liquidación excluya la prosecución del proceso de liquidación en el doble marco de reanudar su actividad social y de reanudarla absorbiendo otras sociedades y recibiendo en bloque el patrimonio social de éstos; cuya interpretación es defendible en tanto en cuanto resulta admitida la reactivación social que, según la generalidad del precepto y para esta interpretación, da por supuesta la posibilidad de reactivación en todo caso de sociedad en liquidación, incluso la que hubiese entrado en fase de liquidación por causa de disolución “de pleno derecho”, o sea, *ope legis* una vez concurra el supuesto determinante de ese efecto.

Cuestión diversa es la que motivó la resolución de 8 de noviembre de 1995 (BOE 8-12-95), que estimó adecuada una operación de fusión por absorción de una sociedad disuelta de pleno derecho por transcurso del plazo, puesto que la sociedad ya disuelta de pleno derecho puede reactivarse.

D) La reactivación y los derechos de los socios disidentes y ausentes.

Los derechos de los socios disidentes del acuerdo de reactivación así como los de los socios no asistentes a la sesión de la junta general que hubiese acordado la reactivación pueden contemplarse desde diversas perspectivas; una

es la que analiza la incidencia del acuerdo de reactivación sobre los derechos del socio nacidos del acuerdo de disolución y de la situación de sociedad disuelta y sujeta al período de liquidación abierto; otra es la que estudia la sujeción de estos socios disidentes o ausentes a la situación resultante de la reactivación. Conviene advertir que la diferenciación conceptual no significa que en el análisis singularizado de los diversos casos pueda, y en ocasiones deba, hacerse uso conjunto, o acumulativo, de los intereses perceptibles desde cada perspectiva y de los derechos que los amparan.

Parece aconsejable el estudio separado del impacto de la reactivación respecto de la sociedad disuelta según cuál hubiera sido la causa de disolución motivadora del acuerdo que se pretende revocar o desactivar mediante el nuevo acuerdo de reactivación.

a) En caso de reactivación de sociedad disuelta por conclusión de la empresa que constituya su objeto.

55

En todo caso de reactivación de sociedad disuelta por causa de la conclusión de la empresa que constituya su objeto se produce una sustitución de objeto social en necesaria concurrencia con la reactivación, que sólo es posible mediante dicha sustitución. Al socio disidente y al ausente corresponde el derecho de separación (art. 147.1 LSA nacido de la sustitución del objeto social y art. 95. a) y d) LSRL nacido tanto por razón de la sustitución del objeto como por la reactivación de la sociedad); y entiendo que la posibilidad de ejercicio de este derecho, y en su caso el ejercicio del mismo, constituyen un instrumento adecuado para dejar satisfecho el interés y el derecho del socio, que en mi opinión ostenta ya como tercero frente a la sociedad desde el acuerdo de disolución a que se llegue a la consecuencia final del período de liquidación consistente en percibir la cuota del patrimonio social que le corresponda. Si la reactivación hace imposible la satisfacción de este derecho en sus

propios términos, el derecho de separación permite obtener un equivalente razonable, consistente en “el valor real” de las acciones o de las participaciones del separado. Es claro que en este supuesto la sustitución del objeto social proporciona base legal indubitada también en el caso de la SA.

b) *En caso de reactivación de sociedad disuelta por imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social.*

56 La reflexión que antecede es válida para el caso de reactivación de sociedad disuelta a causa de la imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social. En el caso hipotético de que por “causas naturales” la realización del objeto social volviese a ser posible se generaría una situación de dudosa resolución; por una parte, según creo, el acuerdo de disolución genera una determinada configuración de la posición jurídica del socio, que la ostenta frente a la sociedad como tercero, pero por otra parte la desaparición de la imposibilidad y la reaparición de la posibilidad de realizar el objeto social podría justificar la reviviscencia de la sujeción a la “relación social” y en consecuencia la sujeción del socio disidente o ausente al acuerdo mayoritario de reactivación. Me parece más defendible la primera solución en atención al valor causal del objeto social y al significado de la imposibilidad de realización del objeto social acontecida en un momento y en unas circunstancias que fue justificativa del acuerdo de disolución. No dejo de reconocer que con criterios preponderantemente conceptuales puede estimarse preferible la segunda solución; pero resulta muy duro someter a la mayoría a un socio cuando por determinado tiempo ha sido imposible la realización del objeto social, sin reconocerle más posibilidad de defensa que la impugnación del acuerdo mayoritario de reactivación (11).

(11) Como se puede fácilmente comprobar la mayoría de los autores citados al reseñar la doctrina no comparten la opinión que sustento, según la cual la situación de “sociedad en período de liquidación” genera una peculiar “posición jurídica del

c) *En caso de reactivación de sociedad disuelta por falta de la actividad o de las actividades que constituyan su objeto social durante tres años consecutivos.*

El caso de la reactivación de la SRL disuelta por falta de la actividad o de las actividades que constituya el objeto social durante tres años consecutivos, que es causa de disolución tipificada en la LSRL (art. 104.1 d) como diversa de la imposibilidad de realizar el objeto social, y exclusiva de este tipo de sociedades genera el derecho de separación (art. 95 d) LSRL), por lo que puede darse por aplicable a este caso todo lo apuntado antes para el caso a).

d) *En caso de reactivación de sociedad disuelta por paralización de los órganos sociales de modo que resulta imposible su funcionamiento.*

57

Cuando la causa de la disolución de la sociedad reactivada hubiese sido la paralización de los órganos sociales, de modo que resultase imposible su funcionamiento, el derecho que ostente el socio disidente o ausente como tercero a obtener la cuota de liquidación correspondiente resulta satisfecho en el caso de la SRL a consecuencia de la atribución legal del derecho de separación a su favor. La LSA no ofrece solución expresa a este supuesto, si bien me inclino también en este caso por entender aplicable el derecho de separación; la aplicación analógica a la SA de la solución legalmente prescrita para la SRL tiene base, a mi entender segura, en la semejanza del juego de intereses concurrentes

socio" que resulta sustancialmente modificada a consecuencia de la reactivación; y si la modificación de la posición jurídica del socio no debe ser estimada causa impeditiva de la reactivación, ésta tiene tal trascendencia sobre la posición del socio que justifica la búsqueda de una fórmula más apropiada en el reconocimiento del derecho de separación del socio, mediante el cual obtiene una compensación económica por sus acciones o participaciones equivalentes, a la que obtendría si se hubiese llevado a buen fin el proceso de liquidación. Así lo confirma el artículo 95.d) LSRL.

en el supuesto. El interés del socio disidente o ausente en la satisfacción de su derecho a la cuota correspondiente del patrimonio resultante de la liquidación social, resulta satisfecho en equivalencia mediante la obtención del valor real de sus acciones en trámite de separación, y el interés de los socios favorables a la reactivación queda satisfecho con la posibilidad de su efectividad una vez efectuada la separación. Esta fundamentación es coherente con el argumento que aprecia un cambio de objeto social a consecuencia del acuerdo de disolución, no obstante la continuidad de la personalidad jurídica social (el objeto de la persona social deja de ser la realización de las actividades que son causa y finalidad de su existencia y pasa a ser la realización de las actividades liquidatorias tendentes a la finalidad de reparto del líquido social, lo cual nos lleva a la aplicación directa de la norma de la LSA que establece el derecho de separación en caso de sustitución del objeto social (art. 147 LSA).)

e) Cuando el acuerdo de disolución se hubiese adoptado a consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a menos de la mitad del capital social conviene precisar la situación.

En primer lugar, el hecho precedente causal consistente en la “disminución” del patrimonio por debajo del límite previsto; en segundo lugar (dejando al margen las situaciones “anormales” aunque previstas en la Ley –falta de convocatoria, falta de quórum– falta de acuerdo ajustado a las previsiones “normales”), un acuerdo de junta general que decida bien la remoción de la causa de disolución –sea aumentando o reduciendo el capital social o reponiendo el patrimonio a niveles que excluyan la causa disolutiva– o bien la disolución de la sociedad. Los acuerdos de aumento o de disminución, incluso el de disminución y simultáneo aumento, tienen su regulación legal completa que contempla los

intereses y derechos de los diversos afectados, y no merecen ahora nuestra atención.

El acuerdo de disolución puede contemplarse desde diversos ángulos; de ellos me interesan dos: uno de ellos se refiere a la cristalización o consolidación de la pérdida, pues abierto el período de liquidación cesa la posibilidad de obtener beneficios mediante el ejercicio de las actividades sociales (sin desconocer la posibilidad de obtener plusvalías a consecuencia de la realización de activos); otro de ellos, lo repito una vez más, se refiere al derecho a que se consume el proceso de liquidación que se concreta en el derecho a recibir la correspondiente cuota de liquidación al final del período de liquidación. Así planteadas las cosas conviene contemplar el acuerdo de reactivación, que debe ir acompañado de acuerdo de ampliación o de reducción del capital social (no contemplo ahora la reposición del patrimonio que en principio sólo es concebible en base a acuerdo unánime). Podría defenderse que el acuerdo de reactivación vincula a todos los socios, incluso a los disidentes y ausentes, conforme al principio democrático de mayorías, cuya vinculación se encuadra en la protección legal de los derechos individuales de cada uno de los socios y por tanto de los de los disidentes y de los ausentes para toda operación de ampliación o de reducción de capital social. Esta solución, en mi opinión, no es defendible puesto que según ella se sustituye el derecho a tener por fijada y consolidada una pérdida y a obtener la cuota de liquidación del resto del patrimonio social, según la cuantía que resulte del proceso de liquidación, por el "teórico" derecho de suscripción preferente (carente de valor o contenido patrimonial por la situación de pérdida) y por la sujeción a un eventual aumento de las pérdidas, incluso respecto de la participación en el capital del ausente o disidente que conservase en la cuantía anterior a la reactivación en el supuesto (de razonable previsión) de no haber participado en la ampliación de capital y de no haber aumentado su riesgo patrimonial. Vuelve a

tener validez el doble juego de la aplicación analógica del principio del derecho de separación reconocido en la LSRL y de la aplicación del régimen de sustitución del objeto social (la actividad consistente en los actos y contratos tendentes a la liquidación para lograr el reparto del neto o patrimonio final liquidado o líquido en cuanto se sustituye por la reanudación de las actividades del objeto social estatutario).

f) En la hipótesis de acuerdo de disolución adoptado por acuerdo de mayoría simple por concurrir alguna causa establecida en los estatutos, procede que contemplemos con cierto detalle dos cuestiones de carácter general.

60

Una se refiere al acuerdo de disolución, en su aspecto de “acuerdo debido” y otra se refiere al acuerdo de reactivación, en su aspecto de acuerdo de libre o arbitraria decisión mayoritaria. Para la adopción del “debido” acuerdo de disolución bastan los requisitos de convocatoria ordinaria y la votación favorable de mayoría simple en junta constituida con el quórum de asistencia ordinaria, y no parece necesaria mayor reflexión y menos aún en relación con el incumplimiento de alguna de las obligaciones de convocar, de constituir o de acordar. La norma estatutaria es el fundamento remoto del derecho actual de cada socio a la cuota de liquidación que tiene su causa próxima en el acuerdo de disolución. En este caso, se aprecia con claridad, según la regulación de la LSRL, el doble escalón de protección del derecho individual del socio al mantenimiento de situación jurídica resultante del acuerdo de disolución. El primer escalón consiste en la exigencia del concurso de los requisitos y de la mayoría establecidas para la modificación de los estatutos, en este caso de adopción del acuerdo de reactivación (además de la desaparición de la causa de disolución, o de su remoción, sin ocuparnos de los matices en el caso que la causa tenga existencia independiente de la voluntad social o

pueda considerarse dependiente de ésta); con lo que volvemos a plantear los argumentos convergentes de la aplicación analógica de la LSRL a las SSAA y de la estimación como supuesto de sustitución de objeto social (de liquidación a actividad ordinaria) como argumentos convincentes de plena validez. El segundo escalón se sitúa en el ámbito de la vinculación de disidentes y ausentes al acuerdo de reactivación; y los mismos argumentos que se acaban de exponer conducen al reconocimiento al socio del derecho de separación nacido del acuerdo de reactivación; en el caso de la SL, por disposición legal expresa, y en el de la SA por aplicación analógica de la misma solución y por el significado como sustitución de objeto social del acuerdo de reactivación. En este caso podría invocarse, creo que muy justificadamente, un nuevo argumento: cada uno de los socios ha visto consumado su derecho, nacido de la existencia de una causa de disolución, a que se produzca ésta mediante el acuerdo de disolución; y la dicha consumación genera una posición jurídica firme a la obtención de su consecuencia, o sea, a la obtención de la cuota de liquidación, cuya posición jurídica tiene su raíz y fundamento en las previsiones estatutarias y tiene el carácter de un derecho individual nuevo irrevocable, de manera que el acuerdo contrario, aunque válido en sí, no es eficaz contra el socio, que podrá pedir el respeto y la eficacia de su derecho individual dando final a su vinculación social mediante el reconocimiento del derecho de separación.

61

g) Hago gracia en este trabajo de la repercusión de la quiebra de la sociedad en la vida social, de su carácter como causa acuerdo de disolución, de la liquidación en el marco del proceso concursal, de la posibilidad de liquidación extrajudicial no obstante el proceso, etc. También del análisis de la reactivación que, por hipótesis, es posible previa la conclusión del proceso de quiebra sin liquidación de la sociedad quebrada como supuesto de remoción de la causa de

disolución, con las variadas hipótesis de hecho posibles, pero precisamente en este caso surgen además de derechos de socios disidentes los derechos de terceros, de acreedores.

h) Y, pendientes de ejecución o de consumación, apunto que, a mi juicio, cabe remoción de los acuerdos de fusión y de escisión pendientes de ejecución o de consumación pero no reactivación de sociedad disuelta y extinguida por fusión o escisión consumada.

62 i) La Resolución de 11 de diciembre de 1966, en Fundamento de Derecho Cuarto y después de ocuparse de la publicidad del acuerdo de reactivación, para el que requiere en base al artículo 4.1 del C.c. la misma prevenida en el artículo 263 LSA para el acuerdo de disolución, señala que debe respetarse “el derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo pues la reactivación implica una sustitución del objeto social hasta el momento vigente (la efectuación de la liquidación)”. En efecto, la reactivación provoca el retorno a la vida activa de la sociedad y con ello el abandono de la actividad de liquidación (abandono conceptual si no se hubiere iniciado en la realidad, pero con trascendencia jurídica aunque el abandono sea conceptual) y la reanudación de las actividades del objeto social estatutario; por ello, la publicidad publicitaria para el tráfico y los terceros es la propia del artículo 263 y la publicidad para los socios que no hubiesen votado a favor de la reactivación es la vinculada al derecho de separación y a su ejercicio.

E) La reactivación y los derechos de los acreedores sociales.

a) *La disolución no es causa de vencimiento anticipado.*

En principio, no parece que el acuerdo de disolución afecte a la vida de los derechos y créditos de terceros frente a la sociedad, ni determine su vencimiento y su exigibilidad. Con toda claridad resulta del artículo 228 del C. de C. que atribuye a los liquidadores la facultad o encargo de “extinguir las obligaciones contraídas de antemano según vayan venciendo”; así pues, ni el liquidador está obligado a extinguir las obligaciones a cargo de la sociedad antes de su vencimiento ni los acreedores pueden pretender que se les paguen las obligaciones no vencidas contraídas por una sociedad luego disuelta. Cuestión y aspecto distinto presenta la necesidad de extinguir todas las deudas y obligaciones de la compañía antes de la división del haber social o de proceder al depósito de su importe si la entrega no pudiera hacerse de presente; necesidad establecida en el artículo 235 del C. de C. que comporta la subordinación del reparto del haber social líquido al pago o al depósito como norma del proceder del liquidador, pero que no establece el derecho de la sociedad disuelta al pago anticipado ni impone al acreedor la obligación de aceptarlo (al margen de los convenios acordados a resultas de negociaciones). Por ello, la sociedad disuelta no puede pretender el pago por consignación de sus obligaciones no vencidas (arts. 1.176 y ss. C.c.).

Según las normas civiles propias del derecho de obligaciones ni el fallecimiento del deudor persona física ni la disolución del deudor persona jurídica deudora provoca el vencimiento de las obligaciones; y las normas civiles que se ocupan de los contratos, en particular del contrato de sociedad y de las operaciones de liquidación subsiguientes a la disolución, remiten a las reglas de la partición de herencia la operación de partición o reparto entre los socios, en par-

ricular en cuanto a las obligaciones que de la partición o reparto resultan (art. 1.708 C.c.); son consecuencias de esta remisión en el ámbito de las normas civiles: a) que la disolución no determina el vencimiento de las obligaciones que no hubiesen vencido según sus propias normas; b) que la partición o reparto del patrimonio social no precisa posponerse al previo pago o depósito de las deudas sociales (a diferencia del régimen del C. de C.) aunque los acreedores puedan oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 1.082 C.c.); y c) que hecha la partición los acreedores podrán pedir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los socios (art. 1.084 C.c.) (sin que sea propio de este lugar el análisis de la posible equivalencia entre la aceptación de beneficio de inventario de la herencia y la partición entre socios previo inventario del activo y pasivo social realizado en debida forma).

La LSA coherente con los principios más estrictos de la legislación mercantil (art. 235 C. de C.) indica que previamente al reparto del patrimonio social resultante de la liquidación o patrimonio neto se asegurará el pago de los créditos no vencidos. Es claro que ni la disolución ni la liquidación provocan el vencimiento de los créditos que no hubiesen vencido según su propio régimen legal o negocial. Al margen de toda hipótesis negocial entre liquidador y acreedor de créditos no vencidos, resulta patente que el liquidador en cuanto tal y por causa de la operación de liquidación no puede obligar al acreedor a recibir el pago anticipado de su crédito no vencido, y que si el liquidador desea llevar a efecto la división o reparto del haber social antes del vencimiento de la obligación y si el acreedor no acepta voluntariamente el pago anticipado (a lo que no está obligado) deberá asegurar el pago que el acreedor podrá recibir a su vencimiento, como es debido.

La LSRL es menos precisa que la LSA, pues se refiere (arts. 120 y 121) al pago o consignación de los créditos, sin

referencia explícita a los créditos no vencidos; pero debe entenderse que el liquidador podrá pagar las cuotas de liquidación y otorgar la escritura pública de extinción de la sociedad una vez consignados los créditos no pagados, tanto si están pendientes de vencimiento como si están vencidos.

Pero de esta posibilidad de consignación previa al reparto no resulta ni el vencimiento anticipado ni la obligación del acreedor de aceptar el pago; lo cual es coherente con la previsión legal de un “tipo singular de consignación”.

b) *La disolución no cambia ni la personalidad jurídica ni la identidad personal.*

En todo caso, parece indubitado que ni la disolución ni el proceso de liquidación son causa de vencimiento de los créditos. También que la disolución, por sí sola y como supuesto típico, no provoca cambio en la identidad personal de la sociedad disuelta (que conservará su personalidad jurídica en la terminología legal), que continúa la misma durante el proceso de liquidación. La disposición legal según la cual “la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza” (art. 264 TRLSA89 y art. 1.092 LSRL95) tiene a mi entender un doble alcance; por un lado, afirma que la sociedad, la relación societaria, y la posición jurídica de los socios, siguen sujetas al régimen legal configurador del tipo social, siquiera según la situación peculiar de ésta en liquidación; por otro lado, afirma que la sociedad conserva inalterada su individualidad personal, o sea, que la sociedad sigue siendo el mismo sujeto de derecho.

El cambio de sujeto deudor puede surgir según la regulación del Código civil para la liquidación de sociedad en caso de reparto previo al pago de las deudas; pero no puede surgir en ningún caso de los previstos o regulados en leyes mercantiles, si la liquidación y el reparto o división se ha realizado conforme a derecho y sin que nos planteemos

la naturaleza jurídica del valor que pueda tener como pago o como liberación la consignación o depósito realizado por el liquidador; que, creo, deben tener pleno valor liberatorio para la sociedad y para los socios, sin perjuicio de las responsabilidades propias del liquidador, que podrían ser compartidas por los socios en virtud de declaraciones específicas y significativas.

66 El supuesto de cambio de sujeto deudor, previsto legalmente como hipótesis negocial en caso de sociedad disuelta, surge cuando el período de liquidación no se abre al ser causa de la disolución la fusión o la escisión total o al haberse acordado la cesión global de activo y de pasivo; y en estos casos es natural la coordinación armónica entre la realización de dicha operación y el derecho del acreedor a conservar a su deudor y a no verse obligado a aceptar el cambio de deudor sin su consentimiento (art. 1.205 C.c.) y esta coordinación se logra, según la regulación legal, sujetando al acreedor cuyo crédito no hubiera vencido y hubiera nacido antes de la publicación del último acuerdo de fusión al cambio de deudor, si bien compensándole con la facultad de oponerse a la fusión hasta que se le garantice su crédito; la Ley de SA, por remisión la de SRL, sustituyen el derecho a consentir el cambio de deudor (art. 1.205 C.c.) por el derecho a pedir que el crédito no vencido se garantice antes de producirse ese cambio de deudor y esto respecto de los acreedores de crédito no vencido y que no estuvieran adecuadamente garantizados (12), pues todos los demás acreedores (incluso por crédito no vencido pero garantizado adecuadamente) quedan sujetos al cambio de deudor (13).

(12) Si el crédito hubiese ya vencido, el acreedor tiene suficiente protección mediante el correspondiente ejercicio y demanda de su derecho; y si hubiera nacido el crédito después de la publicación del último anuncio el acreedor queda sujeto a la situación publicada, de la que se le tiene como conocedor.

(13) Téngase en cuenta el principio de "realidad de capital social" que preside la operación de fusión y de la escisión.

c) *El derecho de oposición que otorga a los acreedores la LSRL. Su carácter singular y especial.*

La LSRL confiere a los acreedores sociales la facultad de oponerse al acuerdo de reactivación en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos por la Ley para el caso de fusión. Se sobreentiende, o al menos sobreentendiendo, que el derecho se confiere a los titulares de créditos no vencidos y no adecuadamente garantizados anteriores a la publicación del acuerdo de reactivación (14).

Esta disposición merece comentario en dos niveles. En el ámbito de aplicación de la LSRL y en el ámbito de su posible aplicación analógica a otros tipos sociales.

La LSRL restringe la facultad de reactivación imponiendo una publicidad mediante la que se atribuye a los acreedores anteriores titulares de créditos no vencidos y no adecuadamente garantizados un derecho de oposición. Atribuido a los acreedores el derecho de oposición resulta justificada la publicidad medial; pero en mi opinión, el derecho de oposición carece de todo fundamento, o de cualquier fundamento coherente con los principios del sistema. Si la reactivación debe ser previa al pago de la cuota de liquidación a los socios (que “no haya comenzado el pago” dice el art. 106.1 LSRL) la reactivación debe ser anterior a la práctica de la “consignación en una entidad de Crédito del término municipal en que radique el domicilio social” del importe de las deudas no vencidas a favor del acreedor, o dicho de otra manera, es anterior al vencimiento o concreción temporal de dicha obligación de consignar, y es razonable que nos preguntemos por la razón que justifica la concesión del

67

(14) MOSSA, *Tratato nuevo di diritto Commerciale*, Tomo II, Padua, 1951, pág. 583. La revocación (o reactivación) no puede dañar el interés de los acreedores, lo cual es evidente si no se ha iniciado la fase liquidatoria; no sólo no perjudica sino que favorece a los acreedores porque una sociedad deudora en estado activo es, por lo general, más sólida que una sociedad disuelta o que se liquida. (Citado por PALÁ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 175).

derecho de oposición a unos acreedores que no podrían reclamar su crédito no vencido ni tampoco podrían pedir la constitución de garantía según los principios generales que rigen el proceso o procedimiento de liquidación de las sociedades, incluso de las de responsabilidad limitada. Conviene recordar cómo el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo en determinados casos que tipifica el artículo 1.129 del C.c., ninguno de los cuales resulta cumplido o realizado como determinante de la pérdida del plazo por la mera circunstancia de encontrarse el deudor en trance de liquidación por disolución, sin que valga como argumento la posibilidad de que concurra en una sociedad disuelta una cualquiera causa de pérdida del derecho a utilizar el plazo, pues la concurrencia sería circunstancial y la existencia de esta peculiar causa no dependería según la naturaleza de las cosas de la disolución aunque pudiera tener una conexión circunstancial con ella. Así procedería si el acuerdo de disolución fuese acompañado de acuerdo simultáneo de reducción del capital social con restitución de aportaciones; pero la pérdida del derecho a usar el plazo por la sociedad tipificado como el derecho de los acreedores a plazo a oponerse a la reducción de capital, sería independiente del acuerdo de disolución. Por otra parte, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza (art. 109.2 LSRL) lo cual quiere decir, como ya dije, al menos tanto que la sociedad limitada disuelta sigue sujeta al régimen propio de su tipo legal en trance de liquidación como que la sociedad disuelta ostenta la misma individualidad personal que tenía antes del acuerdo de disolución; o dicho de otro modo, que no obstante el acuerdo de disolución, la individualidad personal de la sociedad permanece incólume y sigue sujeta al régimen legal de su tipo social. Siendo ello así, es razonable que nos preguntemos qué fundamento tiene la norma que sujeta la reactivación de una sociedad disuelta a las reglas establecidas para caso de fusión, pues los acreedores de las sociedades que se extinguen sufren cambio

de acreedor y en caso de absorción los de la absorbente, como los acreedores de la escindida, sufren un cambio que justifica el derecho de oposición; en el caso de la absorbente sufren la asunción de las deudas y obligaciones de las absorbidas y en el caso de la escisión sufren la división patrimonial y la disminución del patrimonio responsable, a la vez que ven como la responsabilidad patrimonial sujeta a la efectividad de su crédito que va conectada a una parte del conjunto patrimonial (o del patrimonio activo) inicialmente responsable; por el contrario, en el caso de su reactivación no sólo permanece invariada la personalidad de la sociedad deudora que se reactiva, sino que el conjunto de su patrimonio, o sea, el conjunto de las situaciones y posiciones jurídicas de contenido patrimonial que le corresponden activa o pasivamente, permanece inalterado.

No es tarea fácil la justificación de la norma que atribuye a los acreedores sociales la facultad de oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley para el caso de fusión (art. 106.3 LSRL). Conviene aclarar (vista la remisión del art. 94 LSRL a la LSA y, dentro de ésta, la remisión del art. 243.1, en sede de fusión, al art. 166, en sede de reducción de capital) que la llamada oposición a la fusión o a la reducción de capital es en realidad una oposición a la ejecución de la fusión (o de la escisión) o a la ejecución de la reducción del capital social, las cuales no podrán llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía o se constituya fianza en los términos y condiciones legalmente establecidos. Así pues, la facultad de oposición no afecta al acuerdo en sí mismo considerado, sino a su ejecución.

Respecto del tipo SA, atribuido por su Ley a los acreedores el derecho de oposición en caso de reducción de capital, la reactivación de la sociedad disuelta en el caso de que algún socio, o algunos socios, no hubiesen votado a favor de la reactivación ofrece dos posibilidades: una ocurre cuando estos socios aceptan la reactivación y no usan de su de-

recho de separación y otra cuando usan de su derecho de separación. Cuando ninguno de los socios que lo ostenta ejerce su derecho de separación, la sociedad conserva su personalidad jurídica y, además, conserva invariado su capital social y a la permanencia de la situación subjetiva y patrimonial de la sociedad corresponde la insensibilidad de la reactivación respecto de los acreedores, lo cual es además coherente con las circunstancias del nacimiento de su crédito, anterior al acuerdo de disolución y a la cesación de las facultades representativas de los administradores sociales, y de la reviviscencia mediante la reactivación de la misma situación jurídica existente en aquel momento del nacimiento. Por el contrario, cuando ejerce su derecho de separación alguno de los socios que lo ostenta a consecuencia de no haber votado el acuerdo de reactivación procede una reducción de capital correspondiente a la amortización de las acciones del socio separado, a quien se devolverán las aportaciones, y esta reducción genera derecho de oposición de los acreedores con el alcance establecido en el artículo 166 LSA; lo cual es coherente con el cambio de la situación patrimonial de la sociedad y de su "solvencia" (en términos muy generales) a consecuencia de la reducción de capital, pues está justificado que dicho cambio genere ciertos derechos de los acreedores a la seguridad (ya que no al vencimiento) de sus créditos, de manera que el principio del artículo 1.129 del C.c. se armonice con la realidad de la continuidad de la personalidad de la sociedad y con el principio mercantil de la continuidad de empresa. Cuando todos los accionistas hubiesen votado a favor de la reactivación ninguno ostenta derecho de separación, por lo que no puede ocurrir una reducción de capital que genere derecho de oposición. Sin que merezca nuestra atención el supuesto de acuerdo unánime de reactivación acompañado circunstancialmente de un acuerdo de reducción de capital, pues resulta obvio el tratamiento propio y peculiar que merece cada una de las dos operaciones societarias.

Las cosas ocurren, o resultan, de manera bien distinta respecto del tipo de SRL. Según el artículo 106.3 se concede a los acreedores derecho de oposición a la ejecución del acuerdo de reactivación hasta que la sociedad preste garantía o una entidad de crédito debidamente habilitada preste fianza solidaria con la extensión prevista en el artículo 166.3. LSA en todo caso de reactivación. El derecho de oposición nace tanto cuando no proceda el derecho de separación o cuando no se ejercite procediendo cuanto cuando se ejercite el derecho de separación y se realice la necesaria reducción de capital. Así pues, los acreedores pueden ejercitar el derecho de oposición incluso cuando la sociedad conserve su personalidad jurídica y además la estructura de su patrimonio y el nivel de su solvencia; y en este caso, en mi opinión, carece de toda justificación y fundamento jurídico la atribución a los acreedores del derecho de oposición, o dicho de otra manera, del derecho a mejorar su posición jurídica obteniendo unas garantías y seguridades que no consideraron necesarios al tiempo del nacimiento o de la constitución de su crédito (antes de la disolución) y aunque el evento de la disolución no les dio la posibilidad o la facultad para obtener dicha ventaja. En el caso de que alguno de los socios que no hubiesen votado la reactivación ejercitase el derecho de separación, se produciría necesariamente una reducción de capital, ante cuyo supuesto de hecho el legislador de la LSRL pudo escoger diversas soluciones, entre ellas al menos estas dos: una podría haber sido la aplicación a este caso singular de reducción de capital social, del régimen de protección de acreedores establecido en la Ley con carácter general para las sociedades limitadas que reduzcan su capital social, consistente en la solución "personalista" de imponer responsabilidad personal y solidaria por las deudas sociales anteriores a la reducción al socio a que se hubieran restituido la totalidad o parte de sus aportaciones; otra solución podría haber sido aplicar a este caso particular de reducción con restitui-

ción de aportaciones por ejercicio de derecho de separación a causa de reactivación, una solución idéntica o análoga a la prevista en la LSA para el mismo caso.

La solución adoptada por la LSRL produce perplejidad, al menos a mí me la produce. En primer lugar, porque decide atribuir a los acreedores derecho de oposición en todo supuesto o caso de reactivación, lo cual como he dicho y creo dejar demostrado, carece de justificación seria de raíz jurídica salvo el caso de reducción de capital a causa de ejercicio del derecho de separación. En segundo lugar, porque para el único caso en el que está justificado el derecho de oposición éste se establezca por remisión a la fusión y a través de ésta a la reducción de capital (como vimos) en lugar de establecerlo por remisión directa a la regulación de la reducción de capital en la LSA.

72

Podría invocarse un argumento “psicológico” consistente en alegar que el acreedor de una sociedad en trance de liquidación que “ve” cómo su deudora decide reactivarse y reanudar su vida activa, “podría” temer que esta reanudación generara riesgos tanto en la solvencia como en la capacidad de pago de su deudora. En mi opinión, este argumento carece de solidez en el terreno jurídico, pues si mereciese ser atendido nos deberíamos preguntar acerca del reconocimiento del temor a las dificultades de cobro como causa del derecho a pedir garantías o, incluso, el vencimiento de créditos aunque dicho temor se generara por circunstancias de mercado o del tráfico; y si estuviera justificado nos deberíamos preguntar por qué la Ley introduce el derecho de oposición de los acreedores en todo caso de reactivación, incluso cuando la sociedad conserva su personalidad y la totalidad íntegra de su patrimonio al retornar a su vida activa, y por el contrario no confiere a los acreedores el derecho de oposición en casos de mayor trascendencia, y entre éstos a modo de ejemplo se pueden citar, además de otros: la sustitución de objeto, la prórroga típica, la reducción de capital (en estos casos según el texto legal no cabe la opo-

sición ni aun al producirse reducción de capital a consecuencia del ejercicio del derecho de separación).

Por todo ello, creo que la solución o norma del artículo 106.3 LSRL supone un desacierto del legislador, carece de serio fundamento jurídico, es incongruente con el sistema, no es susceptible de interpretación o aplicación extensiva y se cometerá un grave error si no se suprimiese de la LSRL, aún más grave si se la estimase merecedora de conservación con carácter general.

V. La reactivación de la sociedad disuelta por cumplimiento del término fijado en los estatutos

A) La causa de disolución.

El cumplimiento del término prefijado en el contrato de sociedad es causa de disolución de las compañías de cualquier clase que sean (art. 121 C. de C.). La Ley SA 51 (150.1) hizo aplicación singular del principio: "La sociedad anónima se disolverá por cumplimiento del término fijado en los estatutos". El Texto refundido 1989 reiteró la redacción que pasó a figurar en el artículo 260.2.º. La LSRL53 hizo aplicación singular, también, del principio: "Las Sociedades de responsabilidad limitada se disolverán totalmente: Por cumplimiento del término fijado en la escritura social" (art. 30.1.º) y la LSRL95 reiteró la afirmación, con matices en su redacción: "La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá: por cumplimiento del término fijado en los estatutos, de conformidad con lo establecido en el artículo 107" (art. 104.1.a). El citado artículo 107 dispone: "Disolución por transcurso del término. Transcurrido el término fijado en los estatutos la sociedad se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil". El tenor del artículo 107 LSRL95 puede considerarse idénti-

co, salvo diferencias meramente accidentales en su redacción, al artículo 152 primero LSA51 reproducido en el artículo 261 del TR89, cuya coincidencia excusa su reproducción en este lugar. Según el C.c. en su artículo 1.700.1.º, “La sociedad se extingue: Cuando expira el término por que fue constituida”.

B) La eficacia disolutoria del vencimiento del plazo o del cumplimiento del término como causa de disolución.

El establecimiento en el contrato fundacional de un plazo durante el cual tenga vida el contrato de sociedad (según la concepción contractualista) o durante el cual tenga vida la sociedad (según la visión institucional de ella como ente) supone el establecimiento negocial *ab initio* de una causa de disolución que vincula, sujeta u obliga a todos los socios según las reglas generales de la influencia del tiempo en las relaciones y situaciones jurídicas y en los derechos subjetivos, ajustadas en cada caso a las particularidades de cada tipo social.

74

Veamos el tenor en el que se produce el Código civil, en general en relación al tiempo y en particular respecto de su incidencia en el contrato de sociedad.

La expiración del plazo (art. 513.2 para el usufructo), la llegada del día (art. 546.4 para la servidumbre), la duración del retracto convencional (art. 508), así como la expiración del término convencional de arrendamientos de fincas rústicas y urbanas (art. 1.565 para el arrendamiento, que concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento) son algunos supuestos singulares de la eficacia extintiva inmediata resultante del vencimiento del plazo, del cumplimiento del día final o término de su relación, respecto de una posición o de un derecho cuya duración haya quedado predeterminada en su título constitutivo o en su modificación. Esta es la otra cara del espejo de la rotunda afirmación del artículo 1.125 para las obligaciones a plazo, a las que se hubiera

señalado un día cierto para su cumplimiento, al establecer que “sólo serán exigibles cuando el día llegue”. El mismo C.c., al contemplar la extinción de la sociedad por expiración del término hace aplicación de este principio en relación con la prórroga: Si se prorroga antes de expirado el término continúa la sociedad primitiva (art. 1.703, antes el art. 1.702 requiere el consentimiento de todos los socios —que puede ser expreso o tácito y que puede justificarse por los medios ordinarios— para la prórroga de la sociedad); “si la sociedad se prorroga después de expirado el término se entiende que se constituye una nueva sociedad” (art. 1.703).

Así pues, para el C.c. el vencimiento o expiración del término produce el efecto extintivo *ex opere operato*, por sí solo; por ministerio de la Ley. Claro es que la expresión “extinción” del artículo 1.700 ha de entenderse en armonía con otros preceptos, en particular del 1.708 que trata de la partición entre socios que debe realizarse una vez disuelta la sociedad. Sin olvidar el carácter preponderantemente contractualista de la concepción de la “sociedad” en el C.c.

Queda por precisar el alcance de la expresión “se entiende que se constituye una nueva sociedad”. Apunto que la norma del artículo 1.703 no dispone que se constituye, sino que la prórroga se entiende como una constitución; puede sostenerse que la sociedad disuelta queda sustituida por una nueva sociedad (15) o puede sostenerse, por el contrario, que la prórroga requiere los mismos requisitos que la celebración de un nuevo contrato de sociedad, pero que como prorrogada subsiste la misma sociedad.

La concepción del C. de C. no se aleja mucho de la del C.c. Según el artículo 222 C. de C., después de cumplido el

(15) Esta fue la interpretación preponderante en relación con la calificación fiscal de la prórroga acordada después de vencido el plazo.

Esta interpretación “pro recaudación” oscurece el problema sustantivo de la continuación de la identidad de la relación social, habida cuenta de la falta de liquidación o partición posterior a la disolución y de que no obstante como nueva sociedad se acepta como punto de partida la idea de prórroga, o sea, la de continuidad.

término por el cual fue constituida una sociedad, ésta no se entenderá prorrogada por la voluntad tácita o presunta de los socios y si éstos desean continuar en compañía deberán celebrar un nuevo contrato con todas las formalidades previstas para su establecimiento; y según el artículo 226 la terminación del plazo surtirá efecto en perjuicio de tercero desde su vencimiento sin que deba “anotarse” la causa de disolución; el fundamento de ello debe encontrarse en que consta en la primera inscripción de la sociedad o en su hoja registral el plazo de su duración y en que su vencimiento opera por sí mismo, de manera automática. Varias conclusiones pueden obtenerse: La expiración o el cumplimiento del término de duración de la sociedad provoca su disolución con el automatismo propio del vencimiento de los plazos negocialmente establecidos para la duración de un efecto jurídico, o de una situación o posición jurídica o de un derecho subjetivo y producida de modo automático la disolución se abre el período de liquidación, o las operaciones particionales entre los socios; el término de duración inicialmente establecido puede ser novado por prórroga antes de su vencimiento, con lo que se excluye el efecto disolutorio del vencimiento, al desaparecer la fecha inicialmente fijada y ser sustituida por otra posterior o por duración indefinida; una vez vencido el término y producido de modo automático el efecto disolutorio no cabe prórroga, aunque sea posible la celebración de un nuevo contrato (art. 223 C. de C.), porque el contrato celebrado después de vencido el término se califica como nuevo contrato pues “se entiende que se constituye una nueva sociedad” (art. 1.703 C.c.); lo cual no es contradictorio con el reconocimiento legal de que el nuevo contrato tiene por finalidad “la prórroga después de expirado el término” (art. 1.703 C.c.) o la satisfacción de la voluntad de los socios de “continuar en compañía”; pues si bien no es posible, en su propio significado, la mera prórroga a consecuencia del vencimiento del plazo (y de la llegada del término) sí es posible la prórroga impropia, o la

continuación en compañía o en sociedad a virtud de un nuevo contrato que opere sobre la sociedad que permanece no liquidada ni repartida (16).

C) Prórroga y reactivación como supuestos diversos.

a) *La idea básica de prórroga.*

La palabra “prórroga”, en su sentido gramatical, es portadora de las ideas de “continuación” o de “dilatación” en el tiempo de una “cosa” o de una “situación”.

La prórroga de sociedad, pues, en sentido propio o estricto y para provocar una continuación o dilación del plazo vigente debe ser anterior a su vencimiento. Es pacífica la doctrina en cuanto a la prórroga decidida, formalizada y publicada antes del vencimiento. Sin embargo, el rigor legislativo que priva de significado y eficacia continuadora a la prórroga decidida y formalizada antes del vencimiento del plazo pero publicada en el Registro después (según los citados arts. 261 TRLSA) y 107 LSRL) ha sido criticado por la doctrina y en ocasiones ignorado por la Dirección General de los Registros y del Notariado. (17) No voy a ocuparme de ello ahora, ni tampoco a comentar la desaprovechada oportunidad de armonizar el régimen de la sociedad en formación aún no inscrita con el de la prórroga formalizada pero no inscrita antes del cumplimiento del término de una sociedad afectada por una causa de disolución de eficacia automática (18).

77

(16) Aquí se aprecia más claramente que en el C.c. la coordinación entre el nuevo contrato que debe celebrarse y la continuación de la sociedad que mediante él se persigue y se logra.

(17) Véase, en particular, la Resolución de 17 de octubre de 1967 y el comentario que le dedico BÉRGAMO, según resumen en 2) A) a).

(18) Creo que merece la máxima atención la repercusión que debe tener respecto de la vida de la sociedad la existencia de una escritura de prórroga en relación con la eficacia de la publicidad del vencimiento del plazo o del término de su duración respecto de los socios y respecto de acreedores. ¿Cabe negar eficacia a un

b) Naturaleza de la prórroga como remoción de causa de disolución.

La escritura social deberá expresar, según disponía el C. de C., la duración de la sociedad (art. 125 para la colectiva y por remisión del art. 145 para la comanditaria y art. 151 para la anónima). El TRLSA (art. 9.c) señala la duración de la sociedad como una de las menciones que se hará constar en los estatutos y la LSRL95 establece que “salvo disposición contraria de los estatutos la sociedad tendrá duración indefinida”.

78

Para la hipótesis de sociedades en las que prevalezca la concepción contractualista propia de las personalistas, la prórroga merece la calificación y trato de una novación del contrato de sociedad, que requiere el consentimiento de todos los socios (así el art. 156.2 C. de C. –Redacción Ley 19/89 de 25 de julio– para los socios colectivos de la comanditaria por acciones, mientras que los socios accionistas quedan sujetos al régimen mayoritario propio de las sociedades anónimas según la remisión general del art. 152 C. de C. –redacción de dicha Ley 19/89–).

Para las sociedades en las que prevalezca la concepción institucional propia de las capitalistas, la prórroga merece la calificación y trato de una modificación estatutaria, tanto en cuanto a los requisitos y mayorías previstos para la adopción del acuerdo de prórroga como en cuanto a la sujeción de la minoría a la prórroga. Esta segunda faceta, al margen de lo establecido respecto a la impugnación de acuerdos, tiene una diferente regulación en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada; seguramente la dife-

acuerdo al que quedan sometidos todos los socios? ¿Cabe desconocer su firmeza y la caducidad de la acción de su impugnación transcurrido un plazo desde la adopción del acuerdo –que la Ley declara no inscribible–?

¿Existe alguna razón seria para negar semejanza a la sociedad en formación y a la sociedad así prorrogada? ¿Se puede negar en fin y según la legislación vigente, la posibilidad de su reactivación?

rencia se funda en el carácter cerrado de éstas y abierto de aquéllas, al menos según el tipo legal.

Respecto de la sociedad de responsabilidad limitada la prórroga de la sociedad es causa o fuente legal del derecho de separación de los socios que no hubiesen votado a favor del acuerdo (art. 95.d). LSRL95). El ejercicio de derecho de separación así como las garantías previstas para asegurar su ejercicio están reguladas en el artículo 97 LSRL95; sin que ahora nos interese el detalle de este punto.

Por el contrario, en el caso de la sociedad anónima, el acuerdo de prórroga de la duración establecida en los estatutos no atribuye los socios que no hubiesen votado a favor del acuerdo de derecho de separación. Sin embargo, de este silencio legislativo en el caso de una SA cerrada (por restringirse la libre transmisibilidad de sus acciones normativas) cuyos estatutos estableciesen una duración determinada con término fijado, estimo que está justificado que se pueda incluir en la escritura o en los estatutos derecho de separación para el caso de acuerdo de prórroga, en términos semejantes al derecho de separación legalmente establecido para el caso de sustitución del objeto social.

Creo que puede concluirse que la prórroga en el caso de sociedades personalistas participa de la naturaleza de un convenio novatorio del contrato social que requiere con carácter necesario para su validez el consentimiento de todos los socios, de todas las partes sujetas por el vínculo contractual social; mientras en el caso de las sociedades de capitales, en las cuales una vez completo o perfecto el proceso o camino de su constitución plena con las características de su tipo predomina de manera absorbente su carácter de "institución", la prórroga tiene las características propias de una modificación estatutaria, cualquiera que sean las diferencias del régimen de protección de los socios a consecuencia de la diferente configuración de sus posiciones jurídicas y de sus derechos individuales según cada uno de los tipos de sociedad capitalista.

La prórroga es, es definitiva, una remoción, o exclusión, de la fecha de vencimiento inicialmente prevista como causa disolutoria de efecto automático y aún no llegada.

c) *La idea básica de reactivación.*

Tenemos un concepto legal: “el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa”.

En el caso de las sociedades personalistas la reactivación (en cuanto continuación de la sociedad) requiere la celebración de un nuevo contrato sujeto a las formalidades prescritas para su establecimiento (art. 223 C. de C.) por lo que es procedente entender que la prórroga –impropia– no se desnaturaliza como continuación aunque necesite los requisitos pertinentes a que legalmente se entienda que equivale a la constitución de una nueva sociedad (1.703 C.c.). La generalidad de la doctrina ha obtenido conclusiones de las expresiones “nuevo contrato” y se entiende la frase “se constituye una nueva sociedad” en el sentido de considerar imposible no ya la prórroga sino ni tan siquiera la reactivación de la misma sociedad, conservándose su identidad subjetiva, o sea, conservando su personalidad individual (19); sin embargo, creo posible alterar el enfoque y, sin prescindir de los requisitos del nuevo contrato y de su valor constitutivo, recordar que se entroncan con las ideas de “continuar en compañía” así como que lo que “se entiende como nuevo contrato” (y se “entiende” porque no “es”) es “la prórroga”, la cual no se niega como resultado, sino se afirma que se logra mediante lo que “se entiende como nuevo contrato”.

En el caso de las sociedades capitalistas la reactivación incide respecto de una institución, o de una realidad institucional, que es “la sociedad disuelta en período de liquidación”, durante el cual pervive como ente personificado al que corresponde una realidad personal e individualizada que

(19) Véase lo que quedó expuesto al ocuparme de antecedentes doctrinales.

a la vez es término subjetivo de relaciones “internas” con los socios y de otras “externas” con los terceros y con los socios como terceros; en este supuesto no se perciben relaciones jurídicas obligacionales de los socios entre sí; que con las relaciones contractuales propias de los socios en el ámbito del contrato de sociedad dentro de las personalistas.

Como hemos dicho antes la reactivación es posible, en principio, en todo caso de sociedad disuelta en período de liquidación que no haya comenzado el reparto del haber social.

Me parece muy completa la argumentación de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 1995 (BOE 8.12.95) en cuanto a la reactivación de la sociedad disuelta por vencimiento del plazo y al derecho de separación; dice así:

“La Ley de Sociedades Anónimas contempla la previsión inicial de un plazo de duración de la sociedad [*cf.* art. 9.ºc) de la Ley de Sociedades Anónimas]; y añade que transcurrido éste sin previa adopción e inscripción del acuerdo de prórroga, se disuelve aquélla de pleno derecho (art. 261 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ello plantea el interrogante sobre el sentido de la expresión de “pleno derecho” empleada por el artículo últimamente citado. Pudiera interpretarse que esta frase no tiene otro alcance que el de hacer innecesario el expreso acuerdo de disolución para que la sociedad sea reputada en tal estado una vez agotado el plazo inicial, de modo que sería viable, como en los demás casos de disolución, el posterior acuerdo de reactivación o la participación en un proceso de fusión (*cf.* art. 251 de la Ley de Sociedades Anónimas). Sin embargo, puede también sostenerse que vencido el plazo inicial, no cabe otra salida que el reparto del haber social entre los socios (o del metálico en que se hubiese convertido, ya de forma individualizada –bien a bien–, ya globalmente por cesión del activo y pasivo a cambio del neto), quedando excluida la reactivación y la fusión; obsérvese al efecto: a) La previsión del

artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; b) El contenido normativo del artículo 223 del Código de Comercio, aplicable subsidiariamente a toda sociedad a falta de solución específica en la Ley reguladora del tipo social, ya sea expresa, ya por analogía (*cf.* art. 250 del Código de Comercio); c) En fin, que el artículo 251 de la Ley de Sociedades Anónimas sobre no prejuzgar acerca de las mayorías con que en tal caso debe adoptarse el acuerdo de fusión, puede entenderse no aplicable al caso de disolución de pleno derecho (solución ésta que parece debe regir para la sociedad limitada, dada la necesidad de salvar la contraposición entre el 94.3 y 106.2 de la Ley respectiva, toda vez que resultaría absurdo no posibilitar la reactivación de la sociedad limitada disuelta de pleno derecho y sí permitir que ésta participe en un proceso de fusión). Esta colisión de argumentos legales se ve agravada por la contraposición de intereses subyacentes, pues, frente a la conveniencia de facilitar la conservación de la empresa, no pueden ignorarse las legítimas expectativas de los socios a repartirse el patrimonio social una vez transcurrido el plazo inicialmente previsto, plazo que actuó como condición determinante de la conclusión misma del negocio fundacional. Se hace preciso, pues, en defecto de solución específica inequívoca, arbitrar remedios que compaginando los intereses prácticos subyacentes, gocen de un fundamento analógico (*cf.* art. 4 del Código civil), y, en este sentido, el derecho de separación de los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo resulta especialmente adecuado en cuanto que: a) Se trata del derecho reconocido para hipótesis similares en las que la voluntad social modifica *a posteriori* previsiones iniciales de los constituyentes especialmente determinantes de la conclusión misma del negocio fundacional (*vid.* arts. 147 y 149.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, *cf.* también el art. 225); b) Armoniza el objetivo de conservación de la empresa con el interés de los socios minoritarios a la realización de sus derechos sociales; c) La disolución de la so-

ciudad si bien no extingue la personalidad jurídica, sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social, la sociedad sólo subsiste para su liquidación (*cf.* art. 128 del Código de Comercio y 266 y, especialmente, el 272 de la Ley de Sociedades Anónimas), de modo que su participación en un proceso de fusión por absorción en el que al ser absorbida pierde su personalidad jurídica, equivale a la sustitución del objeto social hasta ese momento vigente, la sociedad desde la disolución subsiste sólo para la liquidación [por más que coincida con el anterior, lo que ahora ni siquiera ocurre por cuando la sociedad cuestionada se constituye para «la explotación del Balneario de Liérganes» en tanto que la sociedad absorbente tiene por objeto las siguientes actividades: «a) La construcción y explotación de Paradores de Carretera, Balnearios, Hoteles, Moteles, Albergues y Apartamentos de cualquier clase y condición; b) La explotación de Cafeterías, Restaurantes, Peluquerías, y demás dependencias complementarias o convenientes para el mejor desenvolvimiento y atención de las actividades sociales anteriormente enumeradas.», equivalente a la sustitución contemplada en el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas.”

83

D) La prohibición de reactivación en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada disuelta de pleno derecho y la omisión de esa prohibición en otros casos.

a) *El sentido y alcance de la disolución de “pleno derecho”.*

Entiendo que disolución de “pleno derecho” quiere decir disolución como efecto inmediato y directo de la concurrencia de la causa de disolución; de modo que ocurrida ésta se produce el efecto disolutorio *ex opere operato* y se abre el período o proceso de liquidación. La causa disolutoria produce el efecto disolutorio por sí sola, sin necesidad de nin-

gún elemento coadyuvante o complementario, como podría ser un acuerdo de disolución.

La mera existencia de la causa disolutoria de pleno derecho provoca la disolución de la sociedad y abre el período liquidatorio. El cumplimiento del término, el vencimiento del día final provoca por sí solo la disolución de la sociedad y abre el período de su liquidación, y genera los demás efectos consiguientes y el efecto disolutorio goza de manera simultánea al vencimiento temporal que lo provea de los efectos de la publicidad registral respecto de terceros, puesto que consta en el registro el día final o el término de la duración de la sociedad. Doy por supuesto que en este lugar de mi exposición no se contempla la existencia de ningún supuesto de prórroga anterior al vencimiento del término.

84 **b) *La “imposibilidad” de prórroga (en sentido propio) posterior a la fecha de vencimiento.***

Una vez vencido el plazo parece imposible la “prórroga”; se trata de una imposibilidad conceptual y lógica. El C. de C. y el C.c. así lo reconocen o declaran en sus artículos 223 y 1.703 según la interpretación más general y extendida; una vez vencido el término no cabe “prorrogar” el contrato ya extinguido; pero como dice el C. de C. “si los socios quieren continuar en compañía” “celebrarán un nuevo contrato”; o como resulta del C.c., “la sociedad prorrogada después de expirado el término” se prolonga efectivamente y continúa su vida si bien “se entiende” o se “valora y califica como constituida una nueva sociedad” (20); de donde pueden obte-

(20) No cabe ignorar que el artículo 1.703 establece que “si la prórroga antes de expirado el término continúa la sociedad primitiva” lo cual puede contraponerse al “se entiende que se constituye una nueva sociedad”; pero, insisto, no puede descartarse, sobre todo el aspecto conceptual, que el artículo 1.703 C.c. distinga el supuesto de prórroga simple o propia del supuesto de prórroga impropia o reactivación, del que sin negar la sustancial idea de continuidad predica la valoración de equivalencia con los requisitos de la constitución de una nueva sociedad.

nerse estas conclusiones: la celebración de un nuevo contrato valorado como nuevo contrato de sociedad, permite que los socios continúen en compañía; y si bien este nuevo contrato esté sujeto a “todas las formalidades prescritas para su establecimiento” los socios a consecuencia de este nuevo contrato “continuarán en compañía”; la continuidad de la situación de los socios en compañía se logra con la celebración de un nuevo contrato; aunque no es posible la mera o simple continuación prorrogada del contrato se admite la continuación de la compañía; la continuación de la compañía (objetivada con su personalidad jurídica individual) es posible mediante la celebración de un nuevo contrato. El artículo 1.703 del C.c., según la visión que tiene de la sociedad preponderantemente contractualista (ya que en principio o en esencia la sociedad se trata en el C.c. como un contrato y como un vínculo contractual que sólo en ciertos casos y a ciertos efectos le reconoce una limitada personalidad jurídica) admite que la prórroga se contrate después de expirado el término, pero entiende que se constituye una nueva sociedad, siendo necesario un análisis más detallado para descubrir la idea de continuidad que se encuentra en el reconocimiento de la validez y eficacia de la prórroga, que no se rechaza, aunque sea calificada como negocio constitutivo en cuanto a sus requisitos y elementos aunque su efecto sea la prórroga atípica, o reactivación, de la sociedad disuelta.

85

No cabe desconocer la posición más extendida en la doctrina que se manifiesta contraria a la prórroga de la sociedad convenida o acordada o inscrita después del vencimiento del plazo, contractual o estatutario, de vida de la sociedad.

Ello no obstante, creo defendible la tesis de la posible reactivación de la sociedad disuelta por cumplimiento del término; en primer lugar, mediante el replanteo de la perspectiva del estudio del problema, pues propongo contemplarla como supuesto de reactivación y no como de prórro-

ga posterior al vencimiento del plazo; en segundo lugar, y en coherencia con los planteamientos doctrinales actuales, mediante abandonar el punto de vista contractual (pues no debe analizarse como caso de novación por prolongación de la vida de un contrato o de una relación contractual ya extinguidos por agotamiento de su vigencia temporal, como es propio la concepción contractualista de la sociedad) y tomar el punto de vista institucional (para valorar el vencimiento del plazo como causa de disolución con eficacia inmediata por ministerio de la Ley para abrir el proceso de liquidación durante el cual la sociedad-institución conserva su personalidad jurídica).

c) *La reactivación como sustitutiva de la prórroga posterior al vencimiento del plazo.*

86

Viene sancionada en el artículo 223 del C. de C., los socios pueden “continuar en compañía” celebrando un contrato que tenga por finalidad dicha continuación de la compañía preexistente al vencimiento del plazo y a la disolución consiguiente, cuyo contrato debe ajustarse a “todas las formalidades prescritas para su establecimiento” (para el establecimiento de la sociedad prorrogada, que no se constituye si no es materia de prórroga atípica).

En el caso de la sociedad colectiva la reactivación, conforme al artículo 223 del C. de C. requiere la celebración de un nuevo contrato, en el que participen todos los socios, cuyo nuevo contrato tenga por finalidad “continuar en compañía los socios” y cuyo contenido de continuación de la compañía cumpla todas las formalidades propias de la constitución. La publicidad de la escritura de reactivación, o de continuación en sociedad de los socios de la disuelta por vencimiento del plazo, se ajustará al artículo 242 del RRM vigente.

En el caso de la sociedad anónima “los principios configuradores” del tipo social nos conducen a la reactivación en

base a acuerdo mayoritario coordinado con el derecho individual de los socios en la forma que ya se expresó; debiendo resultar de la decisión de retornar a la vida activa (de continuar en compañía la actividad del objeto social) la remoción o la constatación de la desaparición de la causa de disolución. La práctica del asiento registral requiere que el acuerdo y la escritura reúnan los requisitos al efecto previstos en el artículo 242 RRM.

La LSRL dispone (art. 106.2) que “no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho”. Todo lo que he venido argumentando hasta aquí me excusa de argumentar mi total desacuerdo con esta norma; su recto cumplimiento y acatamiento no está reñido con la crítica de su establecimiento y con el deseo de su reforma.

d) Sobre la desaparición de la causa de disolución en el caso del cumplimiento del término.

87

Con criterios de medición del tiempo la cronología se nos muestra implacable. El presente pasa a ser pasado al ser sustituido por un nuevo presente; y esto sucede en cada momento de presente; vivimos en un permanente presente que continuamente se nos escapa al llegar el futuro y convertirse en pasado. Llegado el momento del cumplimiento del término fijado en los estatutos la causa disolutoria produce su efecto *ope legis (ex opere operato)* en ese momento y una vez transcurrido el momento, una vez convertido en pasado, resulta inevitable, con la llegada del momento o término final de la vida social, la producción del efecto disolutorio.

Es imposible, según la valoración metafísica del tiempo, que un momento “ocurrido” deje de “haber ocurrido” y, por tanto, es imposible que una sociedad “disuelta” por causa legal de efecto automático deje de “haber estado disuelta”. Merece reflexión la realidad de que toda sociedad disuelta a consecuencia de acuerdo de disolución (sea meramente vo-

luntario o sea fundado en causa de disolución) ha estado en situación de sociedad disuelta sujeta a período de liquidación; y también merece atención la circunstancia o la realidad de que el acuerdo de disolución *ex voluntate* o *ad nutum* no puede dejar de haber existido, aunque se pueda revocar su efecto con el acuerdo de reactivación y reanudación de la actividad social y no es menor el significado de esta reflexión referida al supuesto de un acuerdo de disolución fundado en una causa disolutoria, pues no puede dejar de haber existido ésta en el momento de adoptarse el acuerdo de disolución ni puede dejar de haber sido tomado éste, lo que ocurre es que o bien se hace desaparecer el supuesto de hecho determinante de la causa de disolución mediante la actuación correspondiente, o bien se toma en consideración su desaparición espontánea y en base a uno u otro supuesto se adopta un acuerdo de signo contrario al de disolución con la finalidad de reanudar la vida activa de la sociedad, de reactivarla.

En el caso de cumplimiento de término el fundamento causal de su eficacia disolutoria está en la “voluntad social” manifestada en los estatutos al fijar un término final a la duración de la sociedad, y entiendo que la causa de disolución desaparece (o puede hacérsela desaparecer) mediante la modificación de la voluntad social, cuya modificación viene a confundirse con la voluntad de reanudar la vida social activa, como es natural antes de que la culminación del proceso de liquidación, situado en el comienzo del reparto del haber social, haga irreversible la disolución. De la misma manera o con la misma razón que en el caso de disolución por acuerdo *ex voluntate* cabe la reactivación mediante un nuevo acuerdo de signo contrario que equivale a la “desaparición” de la causa de disolución, debe entenderse posible que la voluntad disolutoria por vencimiento del plazo y cumplimiento del término puede ser revocada y sustituida por la voluntad de reactivar, la cual hace desaparecer, debe hacer desaparecer, la causa de disolución.

El sentido de la expresión “siempre que haya desaparecido la causa de la disolución” tiene su clave en el participio “desaparecido” (según el diccionario de la lengua “ocultado, quitado de delante con presteza”); y no parece usado con correcta precisión, pues la causa de disolución no se “oculta” ni “se quita de delante”, sino que la causa de disolución, que ha existido, que ha producido su efecto y que no puede dejar de haber existido y de haber producido su efecto queda obsoleta y sustituida como consecuencia de la creación de una situación nueva que la elimina y justifica la reanudación de la vida social; una voluntad disolutoria eficaz por sí sola puede ser sustituida por una nueva voluntad generada de manera suficiente para reanudar la vida social; la voluntad disolutoria fundada en una causa puede ser sustituida por otra voluntad del mismo rango dirigida a la reanudación de la vida social, la cual debe ir acompañada de las decisiones o de las operaciones adecuadas para generar una nueva situación que sustituya a la causa de disolución en cuanto, o como, contraria a ella.

89

La voluntad social que establece una duración determinada o limitada de la sociedad como causa de disolución que ya ha tenido efectividad, aunque no haya llegado al final irreversible del proceso de liquidación, puede ser sustituida por otra voluntad social, del rango y con los requisitos adecuados, que pretenda el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa.

Esto es posible para las sociedades civiles y para las colectivas, comanditarias y anónimas; aunque está prohibido para las limitadas como ya he apuntado. Confío que el lector comparta la opinión que resulta de cuanto he argumentado: la prohibición de “reactivación de la SRL en los casos de disolución de pleno derecho” carece de fundamento serio; es una norma legal vigente y de observancia necesaria pero debe postularse su derogación.

E) La reactivación de la sociedad disuelta por vencimiento de su término y los derechos de los socios disidentes y ausentes y de los acreedores sociales.

a) *Reactivación y socios colectivos.*

90 En el caso de las sociedades colectivas se requiere la unanimidad para la reactivación de la sociedad, pues las características predominantemente contractualistas de este tipo de sociedades hacen preciso el consentimiento de todos los socios, cuyo consentimiento tiene el significado y valor de un nuevo contrato (en cuanto acto de prestación de consentimiento, conforme al art. 223 del C. de C.) cuya materia u objeto es el retorno de la sociedad (de la misma sociedad en base la misma relación de sociedad cuya “continuación en sociedad” se persigue) a su (propia) vida activa, queriéndose que el contrato mantenga la identidad de la relación societaria cuya continuación se persigue y en consecuencia de su personificación subjetiva. Lo mismo cabe señalar respecto de los socios colectivos de una comanditaria y de los comanditarios si otra cosa no resulta de la regulación negocial de la sociedad (contrato y estatutos).

b) *Reactivación y accionistas.*

En el caso de las sociedades anónimas la Ley, que no prohíbe la reactivación, no establece explícitamente el derecho de separación en caso de reactivación, y no es fácil la opción a favor o en contra de la procedencia del derecho de separación en relación al tipo legal, el cual corresponde a una sociedad abierta cuyos socios, los accionistas, pueden acudir al mercado para desprenderse de sus acciones. Esta nota del tipo legal, el carácter abierto de la sociedad anónima, puede justificar el rechazo del derecho de separación; pero, al margen de que el carácter abierto resulta desmentido, o es discutible cuanto menos, cuando las acciones de la

sociedad no están admitidas a negociación en un mercado secundario o cuando su transmisibilidad está sujeta a cláusulas restrictivas, debe tenerse presente la incidencia que la disolución de una sociedad anónima cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario tenga en la permanencia o exclusión de la admisión, tanto si la disolución es efecto de un acuerdo disolutorio como si es de pleno derecho; como es sabido, la CNMV al recibir la comunicación del acuerdo de disolución como hecho relevante puede acordar la exclusión de la admisión o mantener ésta. Acordada la exclusión se produce una trascendente alteración en la amplitud del mercado de esas acciones.

Debe tenerse presente que una vez producida, de modo automático, la disolución de la sociedad, cada socio tiene un derecho firme, aunque no cuantificado o líquido, a obtener el pago o abono de su cuota en el reparto del patrimonio, después de realizadas las previas y necesarias operaciones liquidatorias; y la producción del efecto disolutorio lleva consigo el agotamiento final del significado jurídico del objeto social durante la vida “normal” de la sociedad, que conserva su personalidad individual y diferenciada con plenitud de su capacidad de derecho, si bien su capacidad de obrar queda delimitada por la finalidad perseguida a los solos efectos de la actividad liquidatoria.

Parece más fundado, en conjunto, entender que el accionista vinculado a una sociedad de duración determinada que ha llegado a su término final y por su conclusión ha quedado disuelta, no puede ser privado, ni aun a virtud de un acuerdo con mayorías reforzadas, de su derecho actual a ser socio de una sociedad que ha quedado disuelta por el cumplimiento del término y está sujeta a la realización del proceso de liquidación, todo lo cual se manifiesta en expresión sintética en su derecho actual a participar en la cuota de liquidación como contenido básico y esencial de su derecho de socio, aunque la cuota no se haya “cuantificado” y no haya vencido su derecho a la inmediata percepción de su

cuota en el patrimonio social neto resultante de la liquidación; y la armonización entre este derecho actual del socio de carácter individual y la voluntad mayoritaria de reactivación se logra reconociendo el derecho de separación, bien en base al cambio de objeto social que supone la reactivación (la actividad de liquidación se sustituye por la realización de las actividades del objeto social, a las que se retorna) bien en base a la aplicación analógica del establecimiento del derecho de separación en la LSRL, justificada por el carácter prácticamente cerrado de la anónima en período de liquidación. En cualquier caso, y con referencia a SA cerradas, o respecto de las que no exista mercado abierto para sus acciones (21) no resulta satisfactoria la solución que niega el derecho de separación al socio ausente o disidente y le deja prisionero de su participación en la sociedad no obstante el cambio sustancial sufrido por ésta en la reactivación. Las mismas consideraciones y argumentos creo aplicables al accionista de la comanditaria por acciones, supuesto el consentimiento unánime de los colectivos.

c) Reactivación y partícipes de limitadas.

Es supuesto imposible según la Ley vigente.

d) Derechos de los acreedores sociales.

En mi opinión, el carácter automático de la efectividad disolutiva del cumplimiento del término no varía el principio según el cual la disolución de la sociedad deudora no afecta por sí sola a la vigencia y duración de sus relaciones obligatorias con terceros; y no es causa de su vencimiento.

(21) No he encontrado precisión normativa acerca de la repercusión de la disolución de una sociedad anónima cuyas acciones estén admitidas a negociación en Bolsa respecto de la negociabilidad de sus acciones; ni si la disolución puede, o debe, ser causa de exclusión de negociación.

Aspecto diverso de la cuestión es que la reactivación vaya acompañada del ejercicio del derecho de separación y de la consiguiente reducción del capital social; la cual sí afecta a la capacidad de pago y al valor patrimonial de la sociedad.

No es oportuno volver ahora a comentar el artículo 106.3 LSRL, puesto que respecto de este tipo de sociedad no cabe la reactivación en caso de disolución por transcurso del término (arts. 104.1; 107 y 106.3 LSRL).

El artículo 143 RRM 1956 disponía (quizá de manera innecesaria y con exceso de competencia) que “la inscripción de la disolución de las compañías mercantiles no extingue en ningún caso los derechos de terceros que hubieren contratado anteriormente con las mismas para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas”. Si la disolución no produce ese efecto (ni el novatorio) va de suyo que la reactivación no debe ni puede producirlo tampoco.

93

VI. La reactivación de la sociedad disuelta “de pleno derecho” por sanción de Ley

A) La disolución de pleno derecho como sanción legal.

a) *La LSA51.*

El artículo 152 LSA51 en su párrafo primero, dispuso (a lo que ahora interesa): “Transcurrido el término de duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho”. Esta disposición continuó en el texto contenido en la Ley 19/1989 de 25 de julio, indicada como artículo 151.1 y ha pasado al artículo 261 del Texto Refundido (R.D.L.156/1989 de 22 de diciembre) sin variación. Ya hemos comentado este caso de disolución de pleno derecho. Se trata de un efecto legal consecuencia natural del vencimiento del tiempo por el cual se constituyó la sociedad, de cuyo cumplimiento resulta

la “extinción” de los efectos vinculantes del contrato constitutivo y la “apertura” del proceso liquidatorio de sus efectos.

Además, la disposición transitoria tercera de la LSA51 impuso a las sociedades de responsabilidad limitada o comanditarias por acciones que tuviesen un capital superior a cinco millones, el deber de optar en determinado plazo entre reducir su capital o transformarse en sociedad anónima y concluyó: “entendiéndose en otro caso, que quedarán disueltas de pleno derecho”. Se introdujo así la disolución de “pleno derecho” como sanción legal impuesta por falta de adecuación de una norma imperativa.

b) *La L. 19/89.*

94

La L. 19/1989 (y el TRLSA89), además de la disolución de pleno derecho por “transcurso del término de duración” de la sociedad, conservada en el artículo 261 TRLSA, estableció en su disposición transitoria sexta.², que “quedarán disueltas de pleno derecho” las sociedades anónimas que antes del 31 de diciembre de 1995 no hubieran presentado en el Registro Mercantil las escrituras que formalizasen operaciones de ampliación de capital consumada por suscripción y desembolso de al menos una cuarta del valor de cada una de sus acciones.

Como había en la L. SA51, hay en la ley vigente un caso de disolución de pleno derecho por causa sustantiva (vencimiento de plazo) mientras que el otro caso de disolución de pleno derecho es por sanción a la falta de adecuación a la nueva legislación en la Ley 89 cuando la falta de adecuación resulta de no haber aumentado el capital social hasta el mínimo legal (de diez millones de pesetas).

c) *La LSRL95.*

Su artículo 107 es equivalente al artículo 261 LSA. (La diferencia de expresión: “transcurrido el término de duración

de la sociedad” en LSA y “transcurrido el término fijado en los estatutos de la sociedad” en LSRL debe considerarse intrascendente en cuanto a significado jurídico).

En sus artículos 104.1 f) y 108 se ocupa de la causa de disolución “por reducción del capital social por debajo del mínimo legal que sea a consecuencia del cumplimiento de una Ley” y sanciona con la “disolución de pleno derecho” si una vez transcurrido un año desde la inscripción del acuerdo de reducción, no se hubiese inscrito la transformación, o la disolución o el aumento de capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Se trata de un caso de disolución de pleno derecho por disposición legal a causa de incumplimiento de obligación legal.

El mismo efecto de disolución de pleno derecho por disposición legal a causa de incumplimiento de Ley se establece para el caso de que el capital social descendiera por debajo del mínimo legal a consecuencia de la reducción de capital derivada del ejercicio de derecho de separación o de la exclusión, y en el plazo del año desde el reembolso o la consignación no se hubiese inscrito la transformación o la disolución o el aumento.

Por otra parte, su disposición derogatoria segunda deroga la norma sobre disolución de pleno derecho de las SRL que antes de 31 de diciembre de 1995 no hubiesen aumentado su capital social hasta el mínimo legal o no se hubiesen transformado en colectiva o comanditaria simple. Se deroga así una causa de disolución de pleno derecho impuesta por la Ley para caso de incumplimiento legal; si bien subsiste una causa de disolución de pleno derecho semejante para la SA.

B) La disolución de “pleno derecho” como disolución *ope legis*.

a) *La disolución como efecto legal.*

En mi opinión, se debe tener por fundado, según los argumentos que van dichos, el criterio que estima que la disolución de pleno derecho es la que ocurre por ministerio de la ley a consecuencia de darse los elementos o presupuestos de hecho a los que la Ley vincula el efecto disolutorio. En unos casos el vencimiento de un plazo por cumplimiento de su término final y en otros casos, la subsistencia de una cifra de capital social inferior al mínimo legal (cuyo establecimiento como causa de disolución *ope legis* o de pleno derecho tiene el carácter de sanción por el incumplimiento de la norma que establece un capital mínimo de necesaria observancia).

96

Supuesta la concurrencia de los hechos tipificados como causales se produce el efecto legalmente establecido: la disolución de la sociedad y la apertura del período liquidatorio; no la extinción definitiva y final de la sociedad.

b) *Los “hechos” tipificados como causa del efecto legal disolutorio.*

Nada que añadir respecto del vencimiento del tiempo de duración de la sociedad.

Respecto de la cifra de capital social inferior al mínimo legal me limitaré a apuntar consideraciones referentes a la discordancia entre la finalidad sustancial o material perseguida y el dato de hecho formal determinante de la sanción disolutoria.

La finalidad perseguida por las disposiciones legales es, sin lugar a dudas, asegurar que todas las sociedades tengan “realmente” un capital social que iguale o supere a la cifra fijada como mínima para el tipo legal correspondiente, sin

embargo, el hecho determinante de la disolución “de pleno derecho” se sitúa en el ámbito de las formalidades de la publicidad registral de la existencia de capital social por encima de la cifra mínima. El criterio es razonable atendiendo a la vez a la trascendencia para el tráfico y para el crédito de la realidad del capital social en cifra que supere el mínimo legal y al carácter instrumental que para la seguridad de tráfico y de crédito tiene la publicidad registral; ahora bien, es prudente señalar límites a la razonabilidad, pues si bien ésta se justifica en principio, no parece justificado el carácter absoluto de la vinculación entre la publicidad registral y el efecto disolutorio; quiero decir que si bien es razonable estimular al máximo posible que la ampliación del capital hasta el mínimo legal tenga publicidad registral, no puede decirse lo mismo de la atribución de valor absoluto a la falta de publicidad registral como causa disolutoria, aplicable incluso a casos de ampliación realizada con todos los requisitos legales materiales y formales, salvo el de la publicidad registral. Contemplo el concurso de controles y de formalidades acreditativos de la realidad del capital mínimo y de la legalidad de la ampliación al mínimo legal o que lo supere; me refiero ahora al supuesto de ampliación consumada, verificada y formalizada aunque no inscrita. En particular, apunto mis graves dudas acerca de la justificación del criterio formalista que convierte al “proceso registral” en determinante de la consecuencia de la disolución de pleno derecho cuando el asiento de presentación de la escritura de ampliación de capital, real y legalmente consumada, hubiese caducado al vencer el plazo legal para que el capital social sea igual o mayor al mínimo legal (22). En este aspecto apunto: a) el rigorista criterio fundado en las formalidades

(22) Véanse diversas soluciones de la D.G.R.N. del año 1996, p. ej. las de 5 de marzo (B.O.E. 15 de marzo, 1996), 29 de mayo (B.O.E. 19 de junio) y 18 de junio (B.O.E. 16 de julio). Y el trabajo de Juan BOLAS en *La Notaría*, 4/96 reseñado en el texto en el apartado correspondiente.

del procedimiento registral no parece ajustado a la interpretación y aplicación de la finalidad material y sustantiva perseguida por el legislador, convendría revisar el rigorismo en una labor de búsqueda de una solución armónica, sin perjuicio alguno para la finalidad sustantiva de la exigencia legal; b) el supuesto de hecho de la disolución de pleno derecho, que es complejo, consiste en la falta de constancia registral de la ampliación del capital social registrado inferior al mínimo legal hasta una cifra igual superior al mínimo legal, y en que esa falta de constancia resulte al vencimiento del plazo legalmente establecido al efecto. Este segundo elemento permite destacar el paralelo entre el supuesto que nos ocupa y el supuesto de vencimiento del término de duración de la sociedad, sin que conste publicado o registrado el acuerdo de prórroga.

98

La finalidad perseguida dicha, puesta en relación con los principios de continuidad de empresa y de permanencia de la personalidad, justifica que ocurrida la disolución de pleno derecho, y producidos los efectos consiguientes sobre las actividades del objeto social y sobre las funciones y facultades del órgano de administración social, se debe plantear en el seno de la vida social la organización ajustada a períodos de liquidación abierto “automáticamente” como consecuencia necesaria del efecto directo disolutorio de la causa de disolución por ministerio de la Ley. La organización de la vida social en período de liquidación es una obligación legal que, salvo disposición legal en contrario, cuya existencia no consta, no es distinto de la “obligación social” que sujeta al órgano de soberanía social una vez acordada la disolución (en cualquiera de los casos en los que el efecto disolutorio se sigue del acuerdo) o una vez vencido o cumplido el término de vida social; por tanto, la junta general de socios como órgano soberano social, deberá organizar la vida social en período de liquidación pero podrá liberarse de esta obligación acordando el retorno de la sociedad a la vida activa, en base a la desaparición de la causa de disolución median-

te la ampliación del capital social hasta el mínimo legal y lo demás procedente; puesto que el retorno podrá ser acordado siempre que el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación.

Entiendo que el patrimonio contable no debe ser inferior al capital social al tiempo de acordar la reactivación, aunque en ese momento el capital sea inferior al mínimo legal, pues la ampliación puede acordarse por cifra nominal suficiente para que el capital social alcance al mínimo legal, aunque no esté totalmente desembolsado; si bien debe recordarse que en este último caso la parte del capital no desembolsado figura en la contabilidad social como partida de activo por desembolsos no exigidos a los accionistas (art. 175. Activo A) TRLSA).

La Resolución de 11 de diciembre de 1996 en su fundamento de derecho tercero, hace un detallado análisis del alcance de la norma legal que impone la disolución de pleno derecho y de la situación de la sociedad disuelta por tal causa.

99

c) El aspecto sancionador del efecto legal disolutorio de “pleno derecho” por incumplimiento de Ley de nuevo acerca del artículo 106.2. LSRL.

En el caso de la disolución de pleno derecho por cumplimiento del término fijado en los estatutos, no cabe plantear cuestión de legalidad o de ilegalidad, ni por tanto existe aspecto sancionatorio; por ello, analicé críticamente la norma (art. 106.2 LSRL) que impide (“no podrá” dice) el acuerdo de su reactivación de la sociedad disuelta por esta causa, que a mi juicio, como dije por extenso, carece de todo fundamento.

En el caso de la disolución por falta de adecuación de la sociedad –de su capital al mínimo legal– a normas de derecho privado de carácter o significado “imperativo” la cues-

ción se plantea en ámbito bien diverso y requiere cierta reflexión.

La LSA51 estableció, con carácter imperativo, que las sociedades que limiten de cualquier forma la responsabilidad de sus socios y tuviesen un capital superior a cinco millones de pesetas (cifra elevada a cincuenta por Ley 84/1968 de 5 de diciembre) deberían revestir (necesariamente, dice de manera muy expresiva la norma) la forma de sociedad anónima; el incumplimiento a consecuencia de la falta de transformación en anónima o en una sociedad de tipo que no limitase la responsabilidad de sus socios, o de la falta de reducción del capital social o de la falta de disolución de la sociedad, daba lugar a un antijurídico que la Ley resolvió sujetando a la sociedad en tal situación antijurídica a la disolución de “pleno derecho”. El TRLSA89 ha establecido, con carácter imperativo, una cifra mínima para el capital social de las sociedades de este tipo y un plazo para alcanzarla y ha sancionado la antijuridicidad de la situación resultante del incumplimiento de este requisito (sociedad anónima con capital social inferior al mínimo legal) al vencimiento del plazo con la disolución de pleno derecho (en el apartado anterior he dejado estudiado matices que ahora huelgan); a la disolución y apertura del período y proceso de liquidación *ope legis*.

100

Tanto en la Ley 51 como en el TR89 la disolución de pleno derecho, producida *ope legis* a consecuencia de la antijuridicidad de la “situación acaecida”, abre el proceso de liquidación —con todas sus consecuencias— pero no tiene carácter irreversible sino que puede rectificarse, si no ha comenzado el reparto del haber social, mediante la reactivación de la sociedad, que supone necesariamente el cumplimiento del requisito legal de que su cifra de capital social iguale o supere el mínimo legal, provocando así la “desaparición de la causa de disolución” (o sea, el nacimiento de una situación nueva en la que no se da la causa de disolución a la que por su propia naturaleza excluye).

La LSRL95 presenta dos novedades en cuanto a la regulación sustantiva de carácter imperativo, cuya infracción se contempla como supuesto de disolución de pleno derecho y una novedad en cuanto al alcance de la disolución como sanción.

En cuanto a las normas imperativas cuyo incumplimiento da lugar a la disolución de pleno derecho: a) la norma que impone la necesidad de que la cifra de capital social de las sociedades anteriores a la vigencia de la Ley 19/89 de 25 de julio sea igual o superior al mínimo legal de 500.000 ptas., conserva su carácter imperativo aun después de la entrada en vigor de la LSRL95, pero su incumplimiento deja de ser causa de disolución de pleno derecho al derogarse el inciso final de la transitoria sexta.2 de la Ley 19/89; b) la reducción del capital por bajo del mínimo legal es causa de disolución de la que debe seguirse el correspondiente acuerdo de disolución o su remoción; y si la reducción obedeciere al cumplimiento de una ley y el capital permaneciere reducido por debajo del mínimo legal durante un año desde el acuerdo de reducción sin que se inscriba en el Registro Mercantil su transformación, su disolución o el aumento del capital social hasta una cifra igual o superior al mínimo legal, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho (me remito a lo comentado en cuanto a la valoración del criterio de referir el sometimiento a la Ley a la publicidad registral del sometimiento y no al cumplimiento real y efectivo de la Ley y a la valoración de la falta de previsión de corrección del criterio formal de la publicidad registral cuando existe cumplimiento real acreditado en debida forma).

En cuanto al alcance de la sanción, la LSRL introduce una novedad de notable trascendencia; según ella, como ya se ha comentado, “no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho” (art. 106.2). Como ya apunté al ocuparme de la reactivación de la disolución de pleno derecho por vencimiento del término, la norma legal, en mi opinión, carece de fundamento serio y sin perjuicio de la observancia procedente en el concreto ámbito de su

singular vigencia merced que se propugne su derogación. No otro es el criterio en el caso de disolución de pleno derecho impuesta a consecuencia de la situación antijurídica de la sociedad cuyo capital social haya quedado reducido por debajo del mínimo legal; pues la decisión de retornar a la vida activa, acompañada del aumento de su capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal, merece, o puede merecer, atención según criterio de economía general y de mercado de trabajo, o sea, según criterio de interés general. Por otra parte, si el acuerdo de su reactivación fuese acompañado del acuerdo de transformación (uno de los medios de hacer “desaparecer” la causa de disolución según el art. 108.1 LSRL) nos debemos preguntar si la reactivación debe quedar sujeta a la LSRL que la impide (art. 107. L) o a la Ley rectora del tipo legal que se adoptase (C. de C. o TRLSA) que en ningún caso impiden la reactivación; y si la respuesta fuese favorable a esta segunda posibilidad, en coherencia con el principio de aplicación de la Ley rectora de la forma social que se adopte –art. 89 LSRL y art. 227 LSA– resultaría posible la reactivación por transformación mientras que sería imposible la reactivación por ampliación de capital conservando la forma de SRL. Parece indiscutible la necesidad, o al menos la conveniencia, de revisar el criterio introducido en la LSRL contrario a la reactivación de la sociedad disuelta de pleno derecho, o por ministerio de la Ley.

C) La expresión registral de la resolución de pleno derecho.

a) *La forma de expresar registralmente la disolución de pleno derecho por cumplimiento del término.*

Como ya se dejó expuesto, el efecto disolutorio es consecuencia inmediata y directa del vencimiento del día final; cumplido el término la sociedad queda disuelta sin necesi-

dad de acto alguno inmediato; el efecto disolutorio se produce por la mera circunstancia fáctica de la conclusión del día final del término fijado, el paso del tiempo tiene virtualidad suficiente, por sí sola (*ex opere operato*) para disolver la sociedad y abrir el período liquidatorio; ya que recibió la fuerza y valor jurídico por la cláusula contractual o por la norma estatutaria que establecieron una duración determinada por un término final; no se necesita ni formación de voluntad social, ni acuerdo de los socios con los requisitos y mayorías más reducidas o simples, ni tan siquiera actuación ni denuncia individual de ningún socio; pues la energía negocial causante de la disolución nace de la cláusula contractual o de la norma estatutaria, como se acaba de apuntar.

El régimen de publicidad registral de la duración de la sociedad y de su disolución por vencimiento del término determinado de su duración confirma la tesis expuesta. La primera inscripción de toda sociedad mercantil, cualquiera que sea su tipo o forma, contiene el dato de la duración de la sociedad, salvo para la limitada, en cuyo caso consta la duración definida o determinada que resulte de los estatutos pues en defecto de tal constancia la sociedad tendrá por Ley duración indefinida; podemos, pues, afirmar que siempre que la sociedad tenga duración determinada o definida por un término final éste tendrá publicidad registral, bien en la primera inscripción de la sociedad bien en inscripción de modificación de estatutos que establezca dicho término final.

La publicidad del término final de duración de la sociedad lleva consigo, y provoca, la publicidad de la disolución una vez cumplido el día final, sin necesidad de un específico y propio asiento que publique la disolución como sucede en los demás casos. Ya el primer RRM (21 diciembre 1885) marcó la diferencia, siquiera con cierta impropiedad, entre el carácter obligatorio de la inscripción de la disolución total en general y el excepcional carácter voluntario de la inscripción de la disolución cuando “tenga lugar por la termi-

nación del plazo por el cual se constituyó”; diferencia perfectamente justificada por la razón sustantiva de “innecesidad” de la publicidad específica de la disolución ya acontecida por cumplimiento del término final establecido y en relación con la publicidad legal de la llegada de “la terminación del plazo”. El principio de la innecesidad de publicidad registral específica de la disolución por vencimiento del plazo y cumplimiento del término final de duración de la sociedad toda vez que goza de publicidad por su constancia en el Registro la duración determinada, y la llegada del día goza de publicidad por Ley, ha permanecido en los sucesivos reglamentos. Ello lo confirma la regulación vigente, en los artículos 238.1.1.º y 239.1. RRM. RD 1784/1996 de 19 de julio: a) no se prevé título inscribible para la inscripción de la disolución por mero transcurso del tiempo de duración de la sociedad (el art. 239.1 se refiere a SA, SRL y S. Comanditarias por acciones y el art. 239.2 no contiene referencia similar para el caso de colectivas y comanditarias simples, seguramente por considerar superflua la norma); b) transcurrido el plazo de duración de la sociedad no procede asiento de inscripción de la disolución, sino “nota al margen de la última inscripción” expresando que la sociedad ha quedado disuelta, cuya nota el registrador debe practicar de oficio “cuando deba practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o se hubiera solicitado certificación o a instancia de cualquier interesado”, sin que sea oportuna en este lugar la exposición detallada del carácter de la nota marginal, y de la publicidad que proporciona; baste recordar que su publicidad informativa no sustituye la eficacia sustantiva que resulta de la publicidad del término final ya contenido en la hoja registral de la sociedad, sea en su inscripción primera o en un posterior que publique el término final vigente a su cumplimiento.

b) *La forma de expresar registralmente la disolución de pleno derecho impuesta como sanción por infracción legal.*

El RRM96 dedica su artículo 238 a la “disolución de pleno derecho”, en él dispone que el registrador extenderá nota al margen de la última inscripción expresando que la sociedad ha quedado disuelta en los casos que determina. La misma forma registral (nota marginal) era la indicada por el artículo 205 RRM89 dedicado a la disolución “por transcurso del término”. El vigente Reglamento precisa que el registrador deberá proceder de oficio bien cuando deba formalizar algún asiento en la hoja abierta, o bien si se hubiera solicitado certificación o bien instancia de cualquier interesado.

Procede la extensión de nota marginal en los casos siguientes: 1.º) Transcurso del “plazo de duración”; 2.º) Transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo como consecuencia del cumplimiento de norma legal sin que se hubiese inscrito la transformación, la disolución o el aumento de capital; 3.º) Transcurso del mismo plazo desde la reducción de capital por separación o exclusión de socios sin que se hubiera inscrito transformación, disolución o ampliación.

Según el RRM el caso 1) es aplicable respecto de cualquier sociedad; el caso 3) es aplicable sólo a la sociedad de responsabilidad limitada; el caso 2) se manifiesta aplicable a las sociedades limitadas, anónimas y comanditarias por acciones, pero debe advertirse que el TRLSA89 no contiene norma alguna que imponga la disolución de pleno derecho en el caso de concurrir el supuesto de hecho expresado en el Reglamento. Hago esta advertencia y omito comentario detallado de las consecuencias de la aplicación de un precepto reglamentario carente de base legal.

Pero bajo el epígrafe de “disolución de pleno derecho” no se contiene precepto alguno sobre la forma o manera de

expresar en el Registro Mercantil la disolución de pleno derecho establecida en la disposición transitoria sexta.2 de la L. 19/89 y del TRLSA89. Bien cierto es que el texto legal dispone: “cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta”; pero no es menos cierto que el Reglamento podría haber ayudado a la interpretación de la norma legal y señalado el camino para la realización de los asientos posteriores referentes a la sociedad; especialmente después que la disposición adicional segunda, número 25 de la LSRL95 (Ley 2/95 de 23 de marzo) permitiera que “a partir de la fecha máxima establecida para la adecuación de la cifra del capital social al mínimo legal” podrán inscribirse (como excepción a la prohibición de inscribir documento alguno de sociedad anónima que no hubiese procedido a dicha adecuación) “los títulos relativos a la adaptación a la presente Ley”, los cuales deben comprender necesariamente, para que la adaptación cumpla todos los requisitos, la adecuación del capital social al mínimo legal.

La interpretación sistemática de estos dos preceptos nos sugiere diversas preguntas: ¿Debería el RRM haber declarado el alcance de la “cancelación de asientos” que ordena la transitoria sexta.2 en relación con la vida de la hoja de la sociedad, que disuelta no queda extinguida, sino que resulta abierto el período de liquidación? ¿Cómo se debe expresar la “cancelación de los asientos”, mediante asiento de cancelación o mediante nota marginal? ¿Cómo se coordina la “cancelación de asientos” con la inscripción del “título de adaptación a la presente Ley” que permite el número 1 de la misma transitoria sexta? ¿Cómo se coordina la “cancelación de asientos” con la necesaria inscripción de los nombramientos y actos del proceso liquidatorio si la sociedad lo sigue como consecuencia de la disolución de pleno derecho? ¿Si se acepta la posibilidad –que la transitoria sexta.1 permite– de inscripción del “título relativo a la adaptación de la presente Ley”, cómo se coordina la cancelación de asien-

tos con la reviviscencia resultante de la adaptación que requiere, necesariamente, la reactivación de la sociedad para revocar su disolución *ope legis* o de “pleno derecho”?

Quizá el Reglamento del Registro Mercantil ha procedido con elegante prudencia, pues su silencio demuestra bien a las claras la necesaria rectificación de la norma legal, que con alejamiento de los principios de nuestro sistema y con falta de adecuación a la técnica registral ordena una cancelación de asientos, no obstante que la sociedad disuelta de pleno derecho conserve su personalidad jurídica mientras dure el período de su liquidación, pues la disolución de pleno derecho no supone extinción y no obsta a que la hoja registral de la sociedad deba recibir, en todo caso, tanto si se liquida como si se reactiva la sociedad disuelta, nuevos asientos a ella referentes.

El vigente RRM deja manifiesta la falta de coordinación entre la transitoria sexta.² y la técnica registral, pues ésta reserva la expresión “cancelación de asientos registrales de la sociedad” en su artículo 247, a la operación registral adecuada para publicar la extinción de la sociedad resultante del final del proceso de liquidación, cuya operación consiste en un asiento de inscripción de significado cancelatorio. (Sin olvidar que esta cancelación “final” no supone el cierre definitivo de la hoja de la sociedad, que podría recibir el asiento correspondiente a las operaciones provocadas por activo sobrevenido –conforme al art. 248.2 RRM96–).

107

c) *La doctrina de la Resolución de 11 de diciembre de 1996 y la dicción legal.*

La clara doctrina que expresa el centro directivo traslada la cuestión de “técnica registral” desde los “operadores” del Registro (registradores y Dirección General) a los legisladores. Entiendo que el legislador debe ser franco en la utilización de los medios instrumentales, dotados de su propia técnica, para el logro de sus finalidades. En la técnica

registral tradicional el asiento de cancelación de los asientos expresivos de la vida social es el adecuado para hacerlos desaparecer (en sentido jurídico sustantivo y como documentos con valor actual), y por ello el Reglamento emplea el asiento de cancelación para la publicidad registral de la “liquidación final” de la sociedad que ha quedado extinguida (art. 247 del RRM); el empleo por la Ley del mandato de cancelar genera duda y perplejidad porque no es el asiento adecuado para publicar la disolución de la sociedad, para cuya publicidad procede un asiento de inscripción de disolución (art. 240 del RRM) y porque el RRM, para los casos de disolución de pleno derecho diversos del previsto en la transitoria sexta.1, señala como asiento adecuado la “nota al margen de la última inscripción” (art. 238). ¿Es razonable, pues, pensar que el legislador ha dado singular alcance a la disolución de pleno derecho en el caso de la transitoria sexta.2? Si pudiera tener algún fundamento esta duda, la introducción de la transitoria sexta.1 la despeja, pues la disolución de pleno derecho y la cancelación de asientos vigentes desde el 31.12.95 no obstan ni dificultan la inscripción del título de adaptación y adecuación del capital social al mínimo legal “a partir de la fecha máxima establecida” para dicha adecuación. Véanse los fundamentos de derecho PRIMERO Y TERCERO de la Resolución de 11 de diciembre de 1996.

VII. La disposición transitoria sexta.1 del TR de la LSA según la disposición adicional segunda.25 de la Ley SRL 2/95, de 23 de marzo

El apartado 2 de la transitoria sexta LSA dispone:

“Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscrip-

ción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. No obstante la cancelación, subsistirá la *responsabilidad personal y solidaria* de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad”.

Pero el rigor de su tenor debe atemperarse, o mejor debería haber sido atemperado en su aplicación, con el tenor del apartado 1 de la misma adicional resultaría del número 25 de la disposición transitoria segunda de la LSRL, en vigor desde el día 1 de junio de 1995, que dispone:

“A partir de la fecha máxima establecida para la adecuación de la cifra del capital social al mínimo legal, no se inscribirá en el Registro Mercantil **documento** alguno de sociedad anónima que no hubiera procedido a dicha adecuación. Se exceptúan **los títulos relativos a la adaptación a la presente Ley**, al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, y a la revocación **o renuncia** de poderes, así como **a la transformación de la sociedad** o a su disolución y nombramiento de liquidadores, **y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa**”.

Las palabras en negrilla marcan la ampliación de esta norma introducida por la LSRL que en tal sentido modificó la LSA. (Además de la sustitución de la palabra “escritura” por “documento” en atención a los títulos inscribibles de los ceses de administradores y liquidadores y a los documentos judiciales y administrativos.)

No cuesta mucho apreciar que el legislador de 1995 dispuso el acceso al Registro Mercantil de los títulos relativos a la adaptación a la Ley SA, como excepción a la regla general excluyente de la inscripción de “documento alguno” a partir de la fecha máxima establecida para la adecuación

del capital social al mínimo legal. El legislador pretendió facilitar la publicidad registral de la adaptación; dicho en términos vulgares, bien venida sea la adaptación aunque llegue tarde, vino a decir el legislador de 1995.

La Resolución de 5 de marzo de 1996 me sorprendió doblemente. Por una parte, al interpretar restrictivamente el supuesto de hecho temporal de la transitoria sexta.¹ LSA, puesto que la dicción legal “si antes del 31.12.95... no se hubieran presentado” podría interpretarse en el sentido de entender comprendida en el supuesto la escritura de ampliación de capital hasta el mínimo legal que “hubiese sido” presentada antes de la fecha tope (se hubiere inscrito o no, en este último caso por defecto que no fuese de nulidad), la dirección restringió a las escrituras que estuvieran “presentadas con asiento vigente de presentación” la subsunción en el supuesto de la norma y dejó excluidas a las presentadas antes y no inscritas (cualquiera que fuese el valor y alcance jurídico del defecto señalado) cuyo asiento de presentación hubiese caducado. Este rigor en el entendimiento del requisito formal de la registración del aumento del capital hasta el mínimo legal realizado de forma legal y válida y adecuadamente formalizado, me sorprendió en cuanto daba mayor importancia a una determinada situación del título inscribible en el proceso de inscripción que a la circunstancia de haberse consumado válidamente la ampliación de capital, que daba cumplimiento material y sustantiva a la exigencia de capital mínimo y de haberse presentado oportunamente en el Registro, intentando el cumplimiento del requisito formal.

Por otra parte, al comprobar que no se había tenido entre los “vistos” la transcrita disposición transitoria sexta.¹, vigente el 31 de diciembre de 1995 (pues la Ley 2/95 entró en vigor el día primero de junio de ese año), quedé sorprendido. Si a partir de la fecha máxima establecida para la adecuación de la cifra del capital social, respecto de la sociedad anónima que no hubiera procedido a dicha adecuación, pue-

den inscribirse los títulos relativos a la adaptación a la presente Ley (a la LSA), cuya adaptación debe comprender la adecuación al mínimo legal del capital social (así lo establece esta transitoria), deberá armonizarse su contenido con el número 2 de la misma transitoria sexta, en el sentido, parece natural, de que la disolución de pleno derecho y la “cancelación de asientos” no era obstáculo para la inscripción de los “títulos relativos a la adaptación a la presente Ley (de SA)”, los cuales deben dejar sin efecto a la disolución de pleno derecho y su inscripción a la cancelación.

La cuestión me parece tan clara que en proporción a ella quedé sorprendido y desorientado. Pensé que debía haber algún grave error en mi pensamiento.

Pues bien, la Resolución de 11 de diciembre no me ha proporcionado ningún criterio. Entre mis argumentos para defender la posibilidad de reactivación, no obstante la disolución de pleno derecho invoque la transitoria sexta.1 LSA según la redacción por Ley 2/95, que sí permitía la inscripción de adaptación después de vencido el plazo, con mayor razón debía permitirse la reactivación. En los hechos de la Resolución se recoge en extracto la argumentación; sin embargo, en los vistos se cita la disposición transitoria sexta.2 de LSA pero no la transitoria sexta.1 de la misma Ley.

Quede testimonio de mi sorpresa y de mi perplejidad si el centro directivo llegase a decidir su aplicación. *¿Quid de las resoluciones que han ignorado la flexible doctrina de la transitoria sexta.1?*

La Resolución de 11 de diciembre de 1996 manifiesta, fundamento de derecho tercero, que la interpretación de los preceptos sancionadores, como “la transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas” (así, sin señalar si comprende ambos apartados 1 y 2 o si sólo se refiere al 2) no puede extender su aplicación más allá del ámbito estrictamente contemplado, que en el caso debatido se agota en el mandato disolutorio; aplicación estricta fundada en el artículo 4.2 del Código civil.

VIII. Apunte fiscal

Respecto del trato fiscal que puede corresponder a la reactivación podemos señalar la doctrina “clásica” para el antiguo impuesto de derechos reales representada por BAS Y RIVAS, *Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes*, VI, segunda edición, 1960, en págs. 493 y 494, nos dice.— Si el acuerdo de prórroga se adopta después de cumplido el término por el cual fue constituida la sociedad se entenderá, conforme a los artículos 223 del C. de C. y 1.703 del C.c., que se ha constituido una sociedad nueva y se liquidará la constitución de ésta y la disolución de aquélla, sobre la base del haber líquido; porque si no se abre el período de liquidación procede la cesión global del activo y del pasivo (advierto, esto es contrario a la identidad subjetiva de la sociedad a la que es contradictoria la idea de cesión desde la sociedad antigua que se prorroga a la resultante de la prórroga).

112

En la actualidad, ni la prórroga ni la reactivación están contempladas en la Ley vigente (RD 2.º 1/1993, de 24 de septiembre) como actos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados por la modalidad “Operaciones Societarias”; en esta modalidad está sujeta la disolución cuya base imponible “coincidirá con el valor real de los bienes y derechos entregados a los socios, sin deducción de gastos y deudas” (arts. 19.1.1.º y 25.5) por lo que el impuesto por disolución sólo puede considerarse devengado por la entrega o adjudicación de bienes por cuota de liquidación. El Reglamento (RD 828/1995, de 29 de mayo) en su artículo 75 define las operaciones societarias sujetas a la modalidad de actos jurídicos documentados (en cuanto consideradas no sujetas a Operaciones Societarias) y entre ellas (n.º 2) la prórroga “sobre la base del haber líquido de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo”.

¿Se considerará que toda reactivación está comprendida en la referencia a la prórroga? ¿Prosperará la no sujeción de la

reactivación por falta de su tipificación normativa como hecho sujeto? ¿Se estimará sujeta solamente la reactivación por prórroga impropia? Creo muy defendible la respuesta afirmativa a estos dos últimos interrogantes. Así es en términos jurídicos; frente a los cuales pueden prosperar criterios recaudatorios.

La reactivación de sociedad disuelta no provoca hecho imponible ni en el Impuesto sobre Sociedades (del que es sujeto pasivo la sociedad reactivada y del que también lo son las sociedades socias de ella) ni en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (que sean socias de la sociedad reactivada).

Para que se produzca un hecho imponible es necesario que el sujeto pasivo realice un acto o contrato de disposición enajenativa, o de transferencia, de elementos de su activo patrimonial; y resulta que, según la opinión más segura, ni la adopción del acuerdo de disolución ni la reactivación provocan transferencia de activos; en efecto, ni el acuerdo de disolución da lugar por sí solo a transferencia de activos sociales ni a transferencia amortizadora de acciones, participaciones o cuotas sociales ni la reactivación provoca ninguna alteración en los activos patrimoniales de la sociedad reactivada ni de sus socios.

RESOLUCIÓN de 11 de diciembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 27 de diciembre de 1996).

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, D. Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa del Registrador Mercantil n.º XVI de Madrid a inscribir un acta de reactivación de una sociedad anónima.

HECHOS

I

El día 26 de junio de 1992, la sociedad "Comercio Ibérico de Productos Alimenticios, S.A." otorgó ante el Notario de Madrid D. Roberto Blanquer Uberos escritura de reducción y simultánea ampliación de capital, adaptación a la legislación vigente desde el 1 de enero de 1990 y cese y nombramiento de cargos, quedando fijado el capital social en la cifra de diez millones quinientas mil pesetas. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid no fue inscrita por adolecer de los defectos que constan en nota puesta al pie del documento y que no se transcribe por no ser objeto de recurso.

114

Con fecha 26 de enero de 1996 se presenta de nuevo el citado documento junto con otra escritura autorizada por el mismo Notario el día 22 de enero de 1996 por la que se subsanan errores mecanográficos y otros extremos.

Dichas escrituras no se inscribieron porque en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta, apartado 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, desde el día 1 de enero de 1996, se encontraba disuelta de pleno derecho y cancelados los asientos de la sociedad, según nota del Registrador Mercantil de 29 de febrero de 1996.

El día 2 de julio de 1996, se presentaron de nuevo las escrituras citadas a las que se acompañaba otra autorizada por el citado Notario, el 18 de junio de 1996 en la que la sociedad "Comercio Ibérico de Productos Alimenticios, S.A." procede a formalizar el acuerdo de reactivación adoptado por su Junta General de Socios, en sesión universal el día 8 de mayo de 1996, que así reanuda su vida normal según la regulación estatutaria establecida al acordar la adaptación a la legislación vigente y el nombramiento por reelección de su administrador único.

II

Presentados los tres documentos referidos anteriormente en el Registro Mercantil de Madrid, fueron calificados con la siguiente nota: "El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18-2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica. Defectos: Presentado de nuevo el documento precedente junto

con escrituras autorizadas por D. Roberto Blanquer Uberos el 22 de enero de 1996, número 191 de protocolo, y otra denominada de "Reactivación" el 18 de junio de 1996, se deniega la inscripción de los citados documentos, por adolecer de los siguientes defectos de carácter subsanable: Primero. Los asientos de esta sociedad se encuentran cancelados, en consecuencia, y por aplicación del principio de tracto sucesivo del artículo 11 RRM no es posible la inscripción de los documentos presentados. Segundo. El asiento de cancelación a que anteriormente se ha hecho referencia ha sido extendido en base a un mandato expreso legal (Disposición Transitoria Sexta.2 LSA) que decreta la disolución de pleno derecho de un modo automático sin, y aun en contra de la voluntad social, de tal manera que sólo una disposición legal ordenar lo que en las escrituras calificadas se denomina "Reactivación". Tercero. El acuerdo llamado de "Reactivación" que se presenta a inscripción no es ninguno de los que hace referencia como inscribibles el artículo 94 del RRM, careciendo de eficacia modificativa del contenido del Registro, no estando previsto en ninguna Ley ni en el Reglamento la práctica del mismo, pues si así fuese se regularía también qué requisitos debería reunir para su inscripción. En el plazo de 2 meses a contar de esta fecha se puede interponer recurso Gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, Madrid, 11 de julio de 1996. El Registrador. Fdo: José María Rodríguez Barrocal."

115

III

El Notario autorizante de los documentos citados interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que como fundamento de derecho de la posibilidad de eficaz reactivación se invoca lo que se expone en los hechos y el valor de la escritura pública sea de fundación, sea de adaptación, en relación a la vida de la sociedad y, en particular, su valor como justificante de la situación de sociedad no inscrita en formación, pendiente de inscripción, según los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas y según Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1995. Que también se invoca la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual el cumplimiento de los requisitos mercantiles formales no debe impedir la producción de efectos de situaciones materiales constituidas de manera adecuada a la realidad jurídica; y también el criterio restrictivo que preside el empleo por el legislador de la disolución de pleno derecho como resulta de su eliminación para el caso de sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital siga siendo inferior al mínimo legal aun después de la fecha máxima establecida para su adecuación a dicho mínimo. Este criterio restrictivo del empleo de la disolución de pleno derecho tiene también una manifestación muy significativa respecto de la sociedad anónima en la modificación y nueva redacción de la Transitoria Sexta.1 dada por la Disposición Adicional segunda número 25 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 2.º Que especial atención merece la interpretación sistemática de la Disposición adicional segunda, apartado 25,

antes citada y de la Disposición Derogatoria segunda de la misma Ley. Así pues el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece en el apartado 1 de su Disposición Transitoria sexta, varias excepciones a la regla general según la cual a partir de la fecha máxima establecida para la adecuación del capital al mínimo legal no se inscribirá en el Registro Mercantil documento alguno de sociedad anónima que no hubiere procedido a dicha elevación, y una de las excepciones vigentes, desde la entrada en vigor de la Ley 2/95, es la establecida a favor de los "Títulos relativos a la adaptación de la presente Ley" (de Sociedades Anónimas). Que más rotundamente aún se revela el criterio de la nueva legislación en la referida Disposición Derogatoria segunda, que deroga la norma sobre disolución de pleno derecho de las sociedades de responsabilidad limitada que contenía el último inciso del apartado 2 de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 19/1989, de 25 de julio. La Ley 2/95 rectifica el vigor de dicha Disposición Transitoria sexta. La rectificación consiste en una reducción o restricción del alcance del vencimiento del plazo establecido para la adecuación de la cifra de capital social, sin que la adecuación se haya realizado. 3.º Que para la Sociedad Anónima se produce una situación un tanto confusa, pues surge la necesidad de armonizar la norma que hace posible la inscripción de los títulos de adaptación (que comprendan adecuación del capital social al mínimo legal) aun después de la fecha máxima establecida para la adecuación, con la norma que proclama la disolución de pleno derecho en defecto de adecuación al llegar la fecha máxima. 4.º Que la interpretación sistemática de las novedades introducidas por la Ley 2/95 en relación con el principio de continuidad de la empresa, conduce a criterios restrictivos respecto de la valoración del alcance de la disolución de pleno derecho. 5.º Que la Resolución de 8 de noviembre de 1995, señala la línea de la posible estimación de los argumentos precedentes al admitir la revocación de los efectos disolutivos de la causa de pleno derecho. Pues admitida la posibilidad de absorción, debe admitirse la reactivación como otra hipótesis de exclusión o cierre del proceso liquidatorio. 6.º Que las Resoluciones de 29 de mayo y 10 de junio de 1996, no obstante confirmar la nota denegatoria, posibilita la reactivación de la sociedad disuelta por aplicación de la Disposición Transitoria Sexta.2 por acuerdo unánime de todos los socios, aunque sin prejuzgarla. 7.º Que la nota señala como defecto del documento una causa negativa a la inscripción que, si fuera cierta, supondría un caso de imposibilidad de extensión de un asiento por causa nacida del Registro y no por vicio o defecto propio del título. 8.º Que, según la nota de 29 de febrero de 1996: a) parece no haberse extendido el asiento de "cancelación de la sociedad" previsto en el artículo 212 del Reglamento del Registro Mercantil, y b) la hoja sigue abierta, pues debe estar en condiciones de recibir ciertos asientos. Que si en lugar de seguirse el trámite de liquidación se reactiva la sociedad, conforme a los fundamentos de derecho antes expuestos y a la posibilidad apuntada por el Centro Directivo, procederá la práctica de los asientos registrales pertinentes en la no extinguida ni cerrada hoja de la

sociedad. 9.º Que si la hoja permanece abierta es evidente que el invocado principio de tracto sucesivo, resulta inaplicable. 10.º Que el defecto llamado segundo debe rechazarse en cuanto a cada uno de los argumentos que se apuntan. 11.º Que no se discute que el asiento cancelatorio obedezca a un mandato legal; ni tampoco el efecto automático de la disolución de pleno derecho decretado. Pero la circunstancia del automatismo del efecto disolutorio no lleva más allá de su propio significado, produce la apertura del proceso liquidatorio "ope legis". Del automatismo no se sigue la irrevocabilidad. Que en nuestro caso, la Disposición Transitoria sexta, apartado 1, vigente desde la Ley 2/95 permite estimar que el automatismo del efecto disolutorio se debe armonizar con la revocabilidad de la situación de trámite de liquidación, y la inscripción del título de adaptación mediante reactivación. 12.º Que no es preciso que una disposición legal permita de una manera expresa la reactivación de la sociedad o la revocación de la disolución producida por disposición legal. La reactivación puede resultar de la interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento. 13.º Que según la nota el acuerdo de reactivación no es inscribible porque no es ninguno de los que hace referencia como inscribibles el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil. Dicho artículo cierra la enumeración con una referencia genérica a la inscribibilidad de los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente reglamento. 14.º La Ley de 2/95 de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha previsto y limitado la reactivación de la sociedad disuelta. Pero la misma Ley citada derogó la disolución de pleno derecho de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada y modificó el apartado 1 de la Disposición Transitoria Sexta del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas permitiendo, de forma implícita, la reactivación. Que también hay que recordar que, según lo apuntado por la Dirección General, la Ley de Sociedades Anónimas no contiene una norma como la del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por lo que procede la interpretación extensiva de sus limitaciones o restricciones. 15.º Que la falta de regulación reglamentaria de los requisitos que la reactivación debe reunir no justifica el rechazo de acceso al Registro de un título de cuya legalidad resulte su validez y su eficacia. 16.º Que al título presentado no se ha achacado ningún supuesto vicio o defecto de legalidad, validez o eficacia, con la única excepción de alegar deficiencia de legalidad que carece de fundamento legal. Que, finalmente, se considera demostrado que el Sr. Registrador Mercantil tiene base legal y reglamentaria suficiente, no obstante la falta de normas concretas, para extender en la hoja abierta a la sociedad el asiento correspondiente al título presentado. 17.º Que se deja consignado que si se invocase como defecto la falta de anuncios a los que se refiere el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, daría lugar a la situación prevista en el artículo 59.2 del Reglamento del Registro Mercantil, sin perjuicio de reiterar la inaplicabilidad de dichos anuncios a este caso según resulta de las Resoluciones de 29 de mayo y 10 de junio de 1996.

El Registrador Mercantil acordó mantener en todos sus extremos la calificación, e informó: I.— En cuanto a determinadas afirmaciones del recurrente hay que señalar: 1.º Que en casos en que mediaba error mecanográfico se han dictado Sentencias por los órganos jurisdiccionales competentes decretando la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado; 2.º Que el mismo valor de obligatoriedad tiene la escritura en los casos del artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil que la inscripción en el artículo 4.º del mismo Reglamento; 3.º Que en el caso de constitución sólo la inscripción provoca que la sociedad “adquiera su personalidad jurídica” y la adaptación se refiere a sociedades ya inscritas y, en consecuencia, con su personalidad jurídica propia; 4.º Que en cuanto a las disposiciones transitorias de la Ley de Sociedades Anónimas era evidente que la Ley 2/1995 debía modificarla, y después de la reforma, circunscrita exclusivamente a las sociedades anónimas, se distingue claramente el régimen aplicable según tengan o no inscrito el capital mínimo de 10.000.000 de pesetas, sancionando a las que no lleguen a ese capital con la disolución de pleno derecho y limitando la capacidad de maniobra de las que contando con ese capital no hayan adaptado los estatutos a la legislación vigente; y 5.º Que la Ley 2/1995 expresamente prohibió la reactivación de las disueltas de pleno derecho y el recurrente se pasa por alto tal norma como si no integrase el mismo Cuerpo legal. II.— Que en la cuestión que ahora se debate que es la disolución de pleno derecho, no se puede encontrar ninguna fuente de inspiración en la jurisprudencia y el único prohíbe es el criterio de los informes parlamentarios que consideraba que transcurridos 6 años desde la entrada en vigor de la Ley de adaptación, la no adecuación de la cifra de capital a la nueva normativa sólo podía obedecer a dos motivos: o inactividad efectiva o prohiba en el incumplimiento. III.— Que se considera que la adición legal es clara, precisa y contundente al establecer: “quedarán disueltas de pleno derecho” y que unido al término imperativo “quedarán” a la expresión “pleno derecho” no admite que la voluntad social pueda acordar lo contrario a lo dispuesto en la Ley. IV.— Que una vez que consta en el Registro la disolución de pleno derecho y, en consecuencia, la cancelación registral, admitir a inscripción la “reactivación voluntaria” implicará tentar gravemente contra los principios inspiradores de nuestro sistema registral: 1.º Tracto sucesivo, que los asientos del registro se encuentran cancelados; 2.º Legitimación, ya que cancelar un asiento se presume extinguido el contenido del mismo; 3.º La seguridad del tráfico jurídico mercantil, ya que la inscripción de la llamada “reactivación” resultaría gravemente lesiva para los terceros: a) En cuanto a los que sean acreedores, que serían burlados sus legítimos derechos al dirigirse contra los administradores, gerentes, etc., para reclamar el cobro de las deudas sociales; b) En cuanto a las sociedades competidoras en el mercado que han cumplido escrupulosamente con la Ley; y c) En cuanto a terceros destinatarios de la publicidad registral, ya que la conse-

cuencia legal de la disolución de pleno derecho quedaría al arbitrio del propio destinatario el aceptarla o acordar revocar las consecuencias legales del incumplimiento. IV.—Que se considera que el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil no enumera entre los actos inscribibles la “reactivación” y tampoco puede incluirse dentro de la declaración genérica del apartado 13, pues ni las leyes ni el reglamento prevén tal inscripción porque no admiten la reactivación por haber interpuesto una sanción, disolución de pleno derecho, ordenar al Registrador la cancelación de los asientos, expulsando a la sociedad del Registro y trasladando la responsabilidad personal y solidaria por deudas sociales a los administradores, gerentes, etc., y lo contrario sería ir contra la voluntad legal.

v

El Notario recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que la invocación del tenor de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Sociedades Anónimas, después de la Ley 2/95 plantea la necesidad de armonizar el párrafo 2.º del que resulta la disolución de pleno derecho y la cancelación de asientos, con el párrafo 1.º que permite la inscripción de la adaptación, aun después de vencido el plazo sin haberse aumentado el capital social al mínimo legal; 2.º Que la invocación de la Ley 2/95 es plenamente coherente; 3.º Que se rechaza toda asimilación entre la declaración legal de “nulidad de pleno derecho” y de “disolución de pleno derecho”; 4.º Que también son rechazables los argumentos de que el tracto sucesivo impide la reactivación y de falta de legitimación; 5.º Que carece de alcance la invocación a la seguridad del tráfico mercantil: a) Las responsabilidades contraídas no desaparecen; b) No se ha producido ningún contumaz incumplimiento en el caso del recurso, pues en la realidad fáctica la sociedad había superado la cifra legal mínima de capital social, cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas para asegurar la realidad del capital social; c) Que, en caso de inscribirse la reactivación, ninguna perturbación resultaría para la publicidad registral, pues no dejaría de producir los efectos sustantivos pertinentes la publicidad de la disolución de pleno derecho durante el tiempo de vigente del asiento correspondiente; 6.º Que no es afortunada la invocación del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que contiene una enumeración ejemplificadora y, por tanto abierta. Que la falta de regulación reglamentaria, atendida la invocación introducida por la Ley 2/95 no puede emplearse como argumento para rechazar la posibilidad de reactivación. 7.º Que tampoco pueden valorarse los argumentos referidos a supuestos de falta de acuerdo unánime de todos los socios. Que en este punto se cita la Resolución de 18 de junio de 1986.

VISTOS los artículos 4 y 228 del Código civil, 22 del Código de Comercio, 103, 274.1, 277.2, 280.a), 251, 261, 266, 267, 268 y Disposición Transitoria Sexta.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, artículos 106.2, 121, 123 y 151 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Resoluciones de 8 de noviembre de 1995, y 5 de marzo, 29 de mayo y 10 de junio de 1996.

120

1. En el presente recurso se debate sobre la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo adoptado por unanimidad de reactivación de determinada Sociedad Anónima que había sido disuelta de pleno derecho, conforme a la Disposición Transitoria 6.^a-2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Deniega el Registrador el asiento solicitado, en primer lugar por falta de tracto toda vez que los asientos relativos a la sociedad están ya cancelados. Este defecto no puede ser estimado. Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que ésta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara (*cf.* 274-1, 277-2 y 280 a) de la Ley de Sociedades Anónimas, 121 y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 228 del Código civil y la Disposición Transitoria 6.^a-2 de la Ley de Sociedades Anónimas) y, en consecuencia, tal cancelación no puede invocarse como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique ni, menos aún en base a una pretendida falta de tracto, pues en el caso debatido, es el propio folio registral el que evidencia la subsistencia de la sociedad. Piénsese, que la disolución, aun cuando sea de pleno derecho y por disposición legal, no excluye la necesaria efectuación del trámite liquidatorio (*cf.* art. 266 de la Ley de Sociedades Anónimas), lo que presupone el nombramiento de liquidadores (*vid* arts. 267 y 268 de la Ley de Sociedades Anónimas), siendo la propia ley la que ordena se inscriban tales nombramientos en el Registro Mercantil (*vid* art. 22-2 del Código de Comercio).

2. No menos falta de fundamento tiene el tercero de los defectos invocados por el Registrador pues basta confrontar el propio precepto en que éste se basa, para advertirlo. En efecto, el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil, que por remisión del artículo 22 del Código de Comercio determina el ámbito de los actos inscribibles, en su número 13, engloba el acuerdo cuestionado en cuanto modifica el contenido de los asientos practicados.

3. Por el segundo de los defectos argumenta el Registrador que al haberse producido la disolución de pleno por mandato legal expreso sólo una

disposición legal puede ordenar la reactivación. A este respecto debe tenerse en cuenta: 1.º Que del hecho de que la disolución de la sociedad sobrevenga por ministerio "legis", no se deduce necesariamente que sólo otra disposición legal puede ordenar la reactivación de la sociedad y, menos aún, prescindiendo de la voluntad social. 2.º Que de conformidad con el artículo 4-2 del Código civil la interpretación de los preceptos sancionadores, como es la Disposición Transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede extender su aplicación más allá del ámbito estrictamente contemplado, que en el caso debatido se agota en el mandato disolutorio. 3.º Que la disolución no implica la extinción de la sociedad sino, exclusivamente, la apertura del proceso liquidatorio. 4.º Que la especificidad de la disolución de pleno derecho frente a los restantes supuestos de disolución radica exclusivamente en que se opera de modo automático sin necesidad de acuerdo social "ad hoc", bien por efecto de una previsión del inicial negocio fundacional (cfr. art. 261 de la Ley de Sociedades Anónimas), bien, como ocurre en el caso debatido, por propia disposición legal (cfr. Disposición Transitoria 6.ª Ley Sociedades Anónimas). 5.º Que, al menos respecto de las Sociedades Anónimas, el régimen jurídico aplicable a las sociedades disueltas no contempla especialidades por razón del concreto modo de sobrevenir la disolución. 6.º Que aunque la Ley de Sociedades Anónimas no contempla la hipótesis de reactivación su posibilidad se infiere de la expresa previsión de una hipótesis sustancialmente idéntica cual es la participación de la sociedad disuelta en un proceso de fusión si no ha comenzado el reparto del haber social (art. 251 de la Ley de Sociedades Anónimas y 4 del Código civil). 7.º Que a diferencia de lo previsto en el artículo 106-2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no existe norma similar tratándose de las Sociedades Anónimas.

121

4. En consecuencia, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Sociedades Anónimas no puede objetar la reactivación de la sociedad si media el correspondiente acuerdo unánimemente adoptado por los socios o, en caso de falta de unanimidad, si votan a favor de la continuidad las mayorías prevenidas en el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas y, en ambos casos, se da al acuerdo la misma publicidad prevenida en el artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas para la disolución (cfr. artículo 4-1.º del Código civil) y se respeta el derecho de separación de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, pues como ya declarara este Centro Directivo en su Resolución de 8 de noviembre de 1995, la reactivación implica una sustitución del objeto social hasta ese momento vigente (la efectucción de la liquidación).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el acuerdo y la nota del Registrador.

LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS

GEMA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid*

123

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA DE LA COMPENSACIÓN. **III.** FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN. **IV.** LOS LLAMADOS “PRESUPUESTOS SUBJETIVOS” DE LA COMPENSACIÓN. **A)** El derecho propio. **B)** La reciprocidad. **C)** El carácter principal de los sujetos compensantes.

A la memoria del Profesor Luis Rojo Ajuria

I. Introducción

La elección de la compensación de créditos como objeto de este trabajo encuentra su justificación en la tónica, más que en la dogmática, porque lejos de ser una figura jurídica cuya visión doctrinal y jurisprudencial sea pacífica, como dice el prof. ROJO AJURIA (1), es un elemento perturbador que afecta prácticamente a todo el Derecho de obligaciones (sujeto, objeto, modos de extinción, etc.).

Sobre el fundamento, naturaleza y régimen jurídico de la compensación han existido desde siempre vivas polémicas, que comenzaron los glosadores y que han continuado desarrollándose hasta nuestros días hasta tal punto que, como decía con asombro WINDSCHEID (2), *¡incluso ha habido algún jurista que ha podido escribir un libro entero!* Sin embargo, no es el objeto de este estudio, ni puede serlo, llevar a cabo un análisis completo de esta figura, porque el gran número y la complejidad de sus cuestiones es tal, que el solo hecho de intentar abarcarlas conduciría inevitablemente a caer en un profundo y oscuro pozo del que salir científicamente ileso sería casi imposible. Estos temores son los que justifican que se reduzcan las pretensiones de este trabajo y que dentro del conjunto global de la compensación de créditos se haya optado por dirigir la mirada hacia los problemas que plantean los sujetos de la compensación, especialmente los terceros.

¿Por qué dedicarse a la compensación en su relación con los terceros? Porque en un tráfico jurídico dinámico es extraña ya la simple relación obligatoria acreedor-deudor, siendo cada vez más frecuente la presencia de terceros que se insertan en esta relación por las más variadas causas (fiador, representante, cesionario, acreedor preferente, delegado, co-deudor, beneficiario, etc.) y, sin embargo, a primera vista

(1) Vid., *La compensación como garantía*, ed. Civitas., Madrid, 1992, pág. 23.

(2) Vid., *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda y Besta, Turín, 1930, pág. 342.

parece que nuestro Código civil no acepta de buen grado que el tercero utilice el mecanismo de la compensación como modo de extinguir la obligación, permitiéndolo tan sólo en contadas ocasiones, como tampoco admite, por regla general, que los sujetos de la relación obligatoria se sirvan de créditos ajenos para extinguir sus obligaciones mediante la compensación.

El problema no es sólo el de interpretar los pocos preceptos que a esta materia dedica nuestro Código, sino el de encontrar su fundamento y, lo que no es menos difícil, revisar sus postulados, porque quizá el tráfico jurídico actual y las bases económicas sobre las que se asienta lleven a la necesidad de aceptar en algunos casos, la facultad del tercero de compensar sus propios contracréditos y los del deudor.

128

La compensación como modo abreviado de cumplimiento se utiliza a diario en el tráfico comercial actual (piénsese en el contrato de cuenta corriente y las operaciones interbancarias), y a poco que se reflexione sobre su papel actual se llega a la conclusión de que necesita ser objeto de una profunda revisión, puesto que, ya se ha dicho, las reglas heredadas de otras épocas no parece que respondan a las necesidades económicas actuales, en las que la necesidad de crédito y los imperativos de celeridad y sencillez de las operaciones priman sobre cualquier aspecto formal de su funcionamiento. Ya no estamos en presencia del simple: *“como yo te debo dos y tú me debes dos, estamos en paz”*, ahora el funcionamiento de las relaciones jurídicas es más complejo, puesto que intervienen, por regla general, una pluralidad de sujetos, nacen constantemente nuevas formas de contratación, nuevas y complejas formas de garantía, y todo ello trae consigo, qué duda cabe, la necesidad de agilizar los mecanismos de cumplimiento de las obligaciones, sin que por ello se deba renunciar a ese principio fundamental que es el de la seguridad jurídica.

Con este objetivo, se debe revisar la interpretación de las reglas concernientes a la compensación que aparecen en

los artículos 1.195 a 1.202 del Código civil e intentar adaptarlas a la realidad social actual, a las necesidades económicas de hoy día, porque, ya se ha dicho, no se puede dejar anquilosado en interpretaciones pasadas un mecanismo solutorio de tanta utilidad como es el de la compensación de créditos (3). Inexplicablemente, se trata de una de aquellas figuras jurídicas que ha gozado y goza de una gran vitalidad, que sobrevive y se adapta a todos los cambios sociales y económicos y, sin embargo, es una figura sobre la que jamás ha habido, no ya unanimidad en la doctrina, sino ni siquiera mayoría a la hora de aceptar y seguir una interpretación.

La compensación, como modo de extinción de las obligaciones aparece contemplado en el artículo 1.195 del Código

(3) LÓPEZ VILAS destaca resumidamente el papel que juega actualmente la compensación en la economía nacional e internacionalmente con las siguientes palabras. *“Evidentemente la compensación es especialmente significativa en los casos de personas u organismos que mantengan frecuentes y estables relaciones entre sí. Los sucesivos pagos, hechos en uno u otro sentido, pueden ser sustituidos por el pago resultante a favor del titular del saldo activo, de forma que la simplificación de las operaciones de cumplimiento llevan a la sustitución de los distintos pagos por uno solo, mediante una simple operación aritmética. Tan clara es su utilidad y tan grandes sus ventajas que el mecanismo de la compensación resulta ser el procedimiento usado no sólo entre deudores privados o particulares, sino también para el saldo de cuentas entre los Estados dentro del mercado internacional y comercio exterior, sea compensándose bilateralmente los débitos entre dos países por sus recíprocas exportaciones e importaciones, sea mediante compensación plurilateral en el marco de los correspondientes acuerdos internacionales.*

*En el ámbito estrictamente interbancario la compensación resulta ser una práctica cotidiana plena de ventajas, porque con ella se evitan movimientos excesivos de cuentas, eludiéndose pagos repetidos y transportes de dinero. En realidad, puede hablarse en este ámbito de una compensación interna y de otra externa. En la primera hay que incluir, a su vez, la efectuada entre los créditos y deudas que un mismo cliente tiene con relación a un banco, basada en una situación de cuenta corriente, y aquella otra que realiza el banco entre clientes suyos que sean entre sí acreedores y deudores y deseen liquidar su deuda a través de las cuentas domiciliadas en dicho banco, en cuyo caso procede la mera realización de asientos contables. La compensación externa, en cambio, es la que se realiza entre varios bancos en centros consagrados a este fin y que, por ello, reciben el nombre específico de cámaras de compensación”, vid., “De la compensación”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XVI, vol. 1, Madrid, 1991, pág. 410.*

civil de la siguiente manera: “Tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra”. Los requisitos que deben reunir las obligaciones para que proceda la compensación son los de la homegeneidad entre ambas (que consistan en una cantidad de dinero, o que siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y calidad), que sean líquidas y exigibles, que estén vencidas y, por último, que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor. Por su parte, la condición que deben poseer los sujetos que pretendan la compensación de los créditos es que les sean propios y que “cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro”. Si concurren estos cinco requisitos legales (art. 1.196) y se produce la compensación, se extinguirán una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores (art. 1.195).

Pues bien, lo que a primera vista puede parecer un mecanismo sencillo de extinción (total o parcial) de una relación obligatoria, por medio de un “*subrogado del cumplimiento*”, en realidad entraña bastantes y complejos problemas. Sólo a título de ejemplo: ¿son imperativas las normas relativas a la compensación?, ¿cabe la compensación de una deuda de dinero y una deuda de cosa fungible si el valor de esta última puede ser determinado objetivamente?, ¿qué ha de entenderse por liquidez de las obligaciones?, ¿puede compensarse antes del vencimiento si el plazo está puesto en beneficio de quien pretende la compensación?, ¿pueden compensarse deudas procedentes de relaciones jurídicas diversas?

A pesar de ser innumerables las cuestiones y misterios de la compensación que todavía hay que desvelar, en este trabajo, sin embargo, se estudiarán aquellos problemas que afectan a los sujetos de la compensación: acreedor, deudor y terceros y a los requisitos que el Código civil les exige que

reúnan para poder compensar (legalmente): la reciprocidad, el derecho propio y su posición de acreedores y deudores principales.

Para cumplir este objetivo, es necesario acudir a los orígenes de esta figura y a su evolución histórica, no porque se crea que la concepción originaria de la compensación deba subsistir necesariamente entre nosotros, sino para estar en grado de poder estudiar el porqué de su regulación tal como aparece en el Código civil.

II. Antecedentes y evolución histórica de la figura de la compensación (4)

Los romanistas modernos están de acuerdo en atribuir a la compensación clásica un carácter meramente procesal (5) y no de Derecho sustancial. La razón en la que basan esta aseveración estriba en el hecho de que en las *Instituciones* de GAYO no aparece esta figura entre los modos "*quibus tollitur obligatio*" (Gayo, 3, 168-181), que, sin embargo, se tratan con amplitud. La compensación se comenta en el *Li-*

131

(4) Existen numerosas obras que estudian en profundidad la compensación desde el punto de vista histórico. Sin embargo, a mi juicio, para obtener una visión mínimamente clara de todas las teorías que se han formulado sobre la naturaleza, requisitos y efectos de la compensación son utilísimas las obras de DE ARRILLAGA, voz "Compensación", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1952, tomo IV, págs. 480 y ss.; APPLETON, "Le rescrit de Marc-Aurèle", en *Revue Générale du Droit*, 1895, págs. 322 y ss.; ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, vol. II, 3.^a ed. italiana, versión de F. Serafini, Bologna, 1880, págs. 183 y ss.; GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XVI*, tradotto ed annotato dagli avvocati Busatti, Trincheri, Longo e Preda, págs. 92 y ss., en las que son valiosas las notas introducidas por los traductores; LOMBARDI, "Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja"*, terza serie, vol. V., Milán, 1963, págs. 35 y ss.; REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel Diritto romano classico*, Basel, 1958; ROZWADOWSKI, "Studi sulla compensazione nel Diritto romano", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto romano. "Vittorio Scialoja"*, vol. XX., 1978, págs. 71 y ss.; SOLAZZA, *La compensazione nel Diritto romano*, Nápoles, 1950.

(5) *Vid.*, por todos, REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel Diritto romano classico*, *op. cit.*, pág 11.

bro Cuarto dedicado al proceso y a las acciones (4, 61-68), orden que se respeta y que pasa a las *Instituciones* de JUSTINIANO, donde la compensación aparece en “*de actionibus*” (Inst. 4, 6, 30).

En este primer momento la compensación se actúa *ope exceptiones* en tres supuestos concretos: en los *iudicia bonae fidei* (Inst. Gayo, 4, 61-63), en la acción del *argentarius* (Inst. Gayo, 4, 64) y en la del *bonorum emptor* (Inst. Gayo, 4, 65), con un funcionamiento y unos presupuestos distintos en cada caso.

Así, en los *iudicia bonae fidei* se caracteriza por la amplia discrecionalidad *ex bono et aequo* que se le da al juez para declarar o no la compensación alegada por el demandado de un crédito nacido *ex eadem causa* (6): “*liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur*” (Gayo, 4, 63). Como explica ASTUTI (7), el requisito de que el contracrédito compensable provenga de la misma relación obligatoria (*ex eadem causa*) es coherente con la naturaleza de los *iudicia bonae fidei*, puesto que el juez está encargado únicamente de examinar la *res* en litigio y, por consiguiente, el demandado no puede oponer la compensación de eventuales créditos derivados de otros negocios. Lo que, sin embargo, sí puede, es oponer la compensación de cualquier crédito nacido de esa misma relación, incluso uno proveniente de un *dare* con uno de un *facere*. La homogeneidad de las obligaciones no es en este caso un presupuesto de la compensación, pero sí que los créditos lo sean *eadem causa* y también que sean líquidos y exigibles (Gayo, 4, 67 y 3, 155).

(6) GAYO, *Instituta*, 4, 61: “*continetur ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare (debeat)*”.

(7) *Vid.*, voz “Compensazione (storia)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1961, vol. VII, pág. 2.

En las acciones ejercitadas contra sus clientes por el *argentarius*, éste está obligado a utilizar la fórmula *cum compensatione*, en la que debe indicar únicamente la diferencia o el saldo que, una vez realizada la operación, le queda como crédito, porque de lo contrario se arriesga a incurrir en *plus petitio* (8). Se exige, además, el requisito de la homogeneidad de las obligaciones (vino con vino, aceite con aceite y dinero con dinero), pero las obligaciones a compensar que pueden provenir de relaciones obligatorias diversas: “*ex pari specie et causa dispari... licet ex diverso contractu*” (Paulo Sent. 2, 5, 3) (9). La exigencia de utilizar la fórmula *cum compensatione* rige únicamente para el *argentarius*, y no para sus clientes, ni para los fiadores de éstos, contra cuyas demandas, el *argentarius* puede defenderse con la *exceptio doli*.

El tercer caso de compensación contemplado por GAYO es el de las acciones ejercitadas por el *bonorum emptor* (Inst. 4, 65). El comprador del patrimonio del deudor insolvente se obliga a pagar a los acreedores al menos un porcentaje de la deuda “*cum deductione agitur iubetur*”. Es decir, el *bonorum emptor* mediante el ejercicio de las acciones correspondientes al deudor, está obligado a reducir de la cuantía total aquellos créditos que el insolvente tuviera contra sus acreedores (acción con la cláusula *cum deductione*). Aquí, a diferencia del supuesto anterior, el *bonorum emptor* no está obligado a expresar la cuantía determinada del saldo, ni a compensar obligaciones homogéneas, ni siquiera se requiere que estén vencidas.

(8) Vid., GAYO, *Instituta*, 4, 64: “*cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio verbis formulae exprimitur, adeo quidem, ut statim ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere*”; id. 4, 67: “*si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet*”.

(9) En cuanto a la posibilidad de que el *argentarius* también estuviera obligado a llevar a cabo la compensación frente al fiador de su cliente, parece que originariamente se reconoce la facultad de que el fiador opusiera los créditos compensables del deudor, pero no los propios, lo que se permitiría en una época posterior, vid., ASTUTI, voz “Compensazione (storia)”, *op. cit.*, pág. 6.

Para resumir en pocas líneas el concepto de compensación en la época del Derecho romano clásico se pueden trasladar aquí las palabras de BIONDI: “*Estos son los casos de compensatio (iudicia bonae fidei, argentarius y bonorum emptor) admitidos en el Derecho clásico. Cada uno tiene su propia función y su propio régimen. No existía una teoría general de la compensación: la limitación ex eadem causa era absoluta para la compensación en los iudicia bonae fidei, pero no para los demás. La homogeneidad de las prestaciones era rigurosa en la compensación del argentarius, pero no para el resto de los supuestos. Todos estos casos tienen en común que la causa extintiva no es la compensación como tal, sino ante todo el juicio, porque la compensación no se contemplaba como un modo de extinción de la obligación, sino como una fórmula procesal*” (10).

134

Pues bien, hasta aquí los sistemas de compensación que aparecen en las fuentes más antiguas. Una reforma, atribuida a MARCO-AURELIO (161-180 d.c.), y llevada a cabo en las Instituciones de Justiniano (IV, 6, 30) parece que habría ampliado el campo de actuación de la compensación al admitir la compensación judicial para todas aquellas obligaciones de Derecho estricto nacidas *ex dispari causa*, pero de la misma naturaleza (*in strictis iudiciis, ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*), que podría oponerse mediante el ejercicio de la excepción de dolo.

Sin embargo, a partir de las *Instituciones* y de la *Constitución* de JUSTINIANO (531 d.c.) la configuración de la compensación cambia sustancialmente. Así, en C. 4, 31, 4, *pr.*, el emperador establece la compensación como modo general de extinción de las obligaciones: “*compensationes ex omnibus actionibus ipso iure sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda*” y los requisitos para operarla son: “*ita tamen compensationes obici iubemus,*

(10) *Vid.*, voz “Compensazione (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, n. 1.

si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare" (liquidez, homogeneidad y exigibilidad de los créditos compensables).

En lo que respecta a los requisitos subjetivos, se requiere capacidad de disponer (puesto que ha devenido un modo de extinción de la obligación) (11) y se exige la reciprocidad de los títulos de los que nacen las obligaciones. En este sentido, la regla general es la de que el deudor no puede oponer en compensación el crédito de un tercero (Dig., 16, 2, 18, 1; C. 4, 31, 9: "*eius, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest*"), ni el crédito que él tenga con un tercero frente al acreedor (Dig. 16, 2, 23).

Las excepciones a las reglas de prohibición de compensar frente a terceros y por terceros que aparecen claras son: el heredero puede oponer el crédito del difunto (Dig. 16, 2, 4), el fiador el del deudor y el suyo propio (Dig. 16, 2, 4 y 5), el deudor solidario el del codeudor obligado en vía de regreso (Dig. 45, 2, 10) y la facultad de compensar con un contracrédito, que derive de la misma causa del crédito, aunque sea de persona diversa de la del deudor (Dig. 16, 2, 9, en el que se permite al *filius* compensar el crédito del *paterfamilias* y viceversa) (12).

A pesar del carácter ya general de la compensación, JUSTINIANO invita a los jueces a no ser "*procliviores in admitendas compensationes*", prohibiendo la compensación en la *actio depositi* y de los que hayan ocupado arbitrariamente la posesión ajena: "*nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque,*

(11) Requisito que, como se verá más adelante al hablar de la automaticidad de la compensación, no habría tenido sentido alguno establecer si operara automáticamente por la simple concurrencia de créditos y deudas.

(12) Este punto se tratará en profundidad en los epígrafes dedicados a las distintas compensaciones ejercitadas por los terceros.

excepta sola depositi actione, qui aliquid compensationis nomine opponi satis ipsum esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis actione defraudetur" (Inst. 4, 6, 30). Lo que significa, como afirma SOLAZZI, que fuera de las expresas prohibiciones de compensar, en el Derecho justiniano, la compensación tuvo una esfera de aplicación más amplia de lo que se pueda imaginar (13).

136

Sin embargo, parece que la verdadera novedad de la reforma justiniana consiste en la atribución del carácter automático, *ipso iure*, a la compensación. Carácter que dará lugar a partir de este momento a grandes discusiones doctrinales, puesto que, entre otras cosas, no casan los textos de las fuentes con esta declaración justiniana. La mayoría de los romanistas que han estudiado el tema está de acuerdo en afirmar que el término *ipso iure* introducido por JUSTINIANO ha de interpretarse como eficacia de pleno derecho, pero no en el sentido de que opere la compensación automáticamente desde el mismo momento en que concurren los requisitos legales, *sine facto hominis*, sino en el de que, una vez invocada, opera por voluntad de la ley y no del juez, a diferencia de lo que ocurría en el período anterior o al de la necesidad de excepcionar el dolo de la época de Marco-Aurelio. La regla justiniana, por consiguiente, es la de que la compensación debe ser opuesta por el demandado y declarada por el juez, pero se verifica *ipso iure* y no *officio iudicis*, lo que hace que sus efectos se retrotraigan al momento en el que los créditos, perfectamente compensables, concurrieron.

La exégesis de esta regla se confirma examinando algunos textos de las fuentes de esta época y comparándolas con las que regulaban anteriormente la compensación. Por ejemplo, mientras para el Derecho clásico las usuras devengaban hasta el día de la sentencia (*cfr.* Dig. 46, 3, 48; 49, 8, 1, 4), en el sistema justiniano el devengo de intere-

(13) *Vid.*, *La compensazione nel Diritto romano*, *op. cit.*, pág. 191.

ses cesa desde el día en el que coexisten los créditos recíprocos, en la medida en que éstos concurren (cfr. Dig. 16, 2, 11; C. 4, 31, 4-5; C. 8, 42, 7), o en el caso de que el deudor haya ejecutado la prestación, pudiéndose valer de la compensación, puede repetir con la *condictio indebiti*, porque ha pagado una deuda extinguida *ipso iure* o inexistente (cfr. Dig. 12, 6, 30; 16, 2, 10, 1).

En este momento se puede afirmar que la compensación pasa a ser un modo general, y ya no especial, de extinción de las obligaciones fundado en la idea de evitar pagos inútiles y en el principio de equidad (14), y que junto a la compensación legal aparece reconocida la compensación voluntaria o convencional, que pueden pactar las partes para aquellos casos en los que no concurren los requisitos legales para que *ipso iure* opere la compensación legal (cfr. Dig. 20, 1, 16, 9; 2, 14, 52, 1; C. 5, 74, 1).

En la Alta Edad Media no existen indicios de que la compensación fuese utilizada. Parece lógica su desaparición en el Derecho de los pueblos germánicos si se tiene en cuenta su especial configuración de la relación obligatoria y de la responsabilidad contractual, asimilada a la delictual (15). Sin embargo, la compensación tuvo su caldo de cultivo en la práctica mercantil de la Baja Edad Media y en la Edad Moderna al multiplicarse las relaciones de crédito cambiario y al extenderse el uso de los reglamentos bancarios, que a pesar de respetar la esencia romana de la figu-

137

(14) Cfr. Dig. 26,7,36: "*aequitas, quae merum ius compensationis inducit*"; Dig. 16,2,3: "*ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*".

(15) Como pone de manifiesto ASTUTI, la institución de la compensación presupone una realidad económica y social caracterizada por una multiplicidad e intensidad de las relaciones obligatorias, y en especial de las pecuniarias, que exige, por un lado, la simplificación de los modos de extinción, mediante la elisión de los pagos recíprocos y, por otro, un alto grado de desarrollo no sólo en la experiencia jurídica, sino también en la elaboración teórica jurisprudencial. Estas condiciones faltan durante siglos en esta época de grandes invasiones, *vid.*, voz "Compensazione (storia)", *op. cit.*, pág. 13.

ra, sufrió algunas modificaciones en las *mores mercatorum* y en la jurisprudencia de los tribunales de este sector. En este sentido, parece que, utilizando el principio justiniano de la equidad como fundamento de la compensación, los tribunales en ocasiones derogaban los requisitos de liquidez y de la proveniencia de los créditos *eadem causa*, y admitían incluso la eficacia *ipso iure* de la compensación aunque no hubiese sido invocada por las partes en litigio.

En este período, lógicamente, adquirió un importante papel la compensación convencional por mor del desarrollo de la circulación fiduciaria, cambiaria y bancaria, que funcionaba normalmente en las grandes ferias, estableciéndose las reglas de la liquidación periódica de las deudas entre los sujetos que operaban en ellas, mediante una previa compensación de créditos y deudas recíprocos, con lo que únicamente se satisfacían los saldos finales.

138

Pues bien, a pesar de que la compensación fue un mecanismo de extinción de las obligaciones normalmente utilizado por los comerciantes, su regulación no fue alterada, pasando a la codificación con la misma configuración y requisitos que estableció el Derecho justiniano (16). Sin embargo, las discusiones doctrinales que se produjeron acerca de la naturaleza jurídica, funcionamiento y efectos de la compensación durante todos estos siglos, por los glosadores y postglosadores, han llegado hasta nosotros. Sólo acerca de la expresión justiniana "*ipso iure compensatur*" se han escrito ríos de tinta y, quizá, su examen deba ser objeto de un único estudio. Es imposible trasladar aquí todas las teorías que desde la Baja Edad Media se han construido sobre la compensación, ni siquiera se puede dar noticia de ellas,

(16) *Vid.*, el epígrafe de LÓPEZ VILAS dedicado a la compensación en el Derecho comparado, "De la compensación", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, *op. cit.*, págs. 405 y ss., donde compara la compensación en los códigos civiles francés, italiano y alemán. Para el estudio de esta figura en los ordenamientos de "Common Law", *vid.*, ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, *op. cit.*

puesto que, entre otras cosas, son muchas las obras que se han escrito al respecto. A pesar de ello, al hablar de la naturaleza jurídica y del fundamento de la compensación, como paso previo al análisis de los presupuestos subjetivos del ejercicio de la compensación, será inevitable traer a colación algunas de las teorías que, construidas en este período histórico, han adquirido más relevancia en la doctrina moderna.

En este orden de cosas, en el seno de la escuela de los glosadores cabe distinguir dos líneas de opinión. La primera, que se puede denominar la escuela de MARTINO, intenta casar los textos de Justiniano (el *ipso iure compensatur* que aparece en diversos pasos con otros en los que se requiere una declaración de voluntad de la parte interesada en hacer valer la compensación), lo que la lleva a entender que la compensación tiene lugar automáticamente desde el mismo momento en que coexisten los créditos contrarios sin necesidad de ningún tipo de declaración. La segunda escuela es la de BULGARO, BASSIANO y especialmente AZÓN, que entiende que la compensación opera mediante una declaración de voluntad opuesta en juicio y que sus efectos se retrotraen al momento en que los créditos compensables concurieron. En la época de los postglosadores ambas escuelas se perpetúan, la primera en la escuela de TINDARO y CUA-CIO y la segunda aparecerá recogida en la Glosa de ACUR-SIO (17).

En las escuelas históricas modernas existen fundamentalmente dos direcciones en torno a la interpretación de la ya enigmática expresión *ipso iure compensatur*. La primera (en la que se encuentran BRINZ, SCHEURL, UBBELOHDE, EISELE, DERNBURG) no ve en ella ninguna huella de Derecho sustancial, sino única y exclusivamente una expresión referente al Derecho procesal, y la segunda (cuyo máximo exponente

(17) Vid., "Appendice del traduttore al Lib. XVI", tit. II de GLÜCK, en *Commentario alle Pandette*, op. cit., págs. 243 y ss.

es WINDSCHEID) intenta conciliar el sentido material del *ipso iure compensatur* con los textos que exigen una declaración de voluntad.

Según la línea de pensamiento de la primera escuela, en toda la historia de la compensación se pone de relieve una evolución desde un estadio en el que la compensación depende de la voluntad del juez a otro final en el que interviene de Derecho. Para los seguidores de esta tesis, es precisamente este punto el que querían destacar los juriconsultos romanos cuando establecieron que la compensación opera *ipso iure*. *Ipsa iure compensatur*, según esta dirección doctrinal, quiere decir que la compensación ha devenido un derecho fijo y general de las partes, lo que tiene sentido si se observa que Justiniano lo que hace es extender el campo de actuación de la compensación a las acciones reales y formularla como una forma de extinción de las obligaciones, además de acabar con el procedimiento formulario.

140

De acuerdo con la segunda dirección doctrinal, fundamentalmente representada por WINDSCHEID, y hoy dominante, el *ipso iure* sí tendría contenido material que se revelaría en la necesidad de que el sujeto declarase su voluntad de compensar y en que los efectos de tal declaración se retrotraen al momento de la coexistencia de los créditos. Para el jurista alemán, con la coexistencia, las obligaciones aunque no se extinguen, están afectas a una posible excepción, toda vez que el acreedor que reclame la prestación puede verla rechazada por el deudor mediante el ejercicio de la excepción de compensación.

No es este el lugar apropiado para desarrollar todas las críticas y contracríticas que se han venido haciendo los autores a las opiniones que han volcado acerca del efecto automático de la compensación. Baste, por lo tanto, para finalizar el recorrido histórico, señalar que durante este largo período intermedio al tercero se le reconocía (pero sin unanimidad) la facultad de compensar en los siguientes supuestos y además siempre que se consideren terceros a aquellos

sujetos que entran en la relación en lugar de uno de los sujetos obligados (18):

a) En el caso que el pupilo tuviese varios tutores, entre los que estuviera dividida la administración tutelar. Si cualquiera de los tutores demanda al deudor un crédito del pupilo, éste puede a su vez oponer en compensación un crédito que tenga contra el pupilo por un negocio realizado a nombre de éste por cualquiera de los tutores. La razón de esta excepción a la prohibición de la compensación en la tutela, radica en que en este caso no existe relación alguna entre el tutor y el deudor-acreedor del pupilo.

b) El heredero puede compensar de la porción de su cuota hereditaria lo que le deba a un tercero, con los créditos que a su vez el causante tenía contra dicho tercero. Igualmente se debe admitir que si el heredero reclama un crédito a un tercero éste le puede oponer en compensación un crédito que tenía frente al causante.

c) El cesionario puede oponer los créditos que personalmente tenga contra el deudor, los que tenga frente al cedente, y los que el cedente tenga frente al deudor. Lo mismo que el deudor cuyo crédito ha sido cedido puede oponer en compensación los créditos que tenga frente al cesionario y los que tuviera contra el cedente.

d) El *procurator in rem alienam* únicamente puede oponer en compensación los créditos que el mandante tenga contra el deudor y por cuya causa haya sido demandado.

e) El fiador puede oponer en compensación los créditos del deudor principal siempre que sea demandado por su posición de fiador. La razón estriba en que el fiador no puede venir obligado a más de lo que está obligado el deudor principal. Sin embargo, el deudor principal, cuando sea demandado, no puede oponer en compensación los créditos que su fiador tenga con el acreedor principal.

(18) Vid., GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XVI, op. cit.*, págs. 137 y ss., y todos los que allí se citan.

f) Los socios pueden oponerse entre sí la compensación de todos los contracréditos que tengan los unos frente a los otros. Sin embargo, un socio no puede oponer al acreedor de la sociedad los contracréditos que otro de los socios tenga frente a éste, en mayor medida de la que pueden servirse los deudores solidarios, o lo que es lo mismo, sólo podrá oponerlo en aquella parte en la que él está obligado en la relación interna entre socios.

g) Los cónyuges igualmente pueden compensar los contracréditos que cada uno de ellos tenga contra el acreedor. El marido los de la mujer y ésta los del marido.

Es objeto de discusión la admisión de la compensación cuando hay concurrencia de acreedores. Se resuelve diferenciando dos tipos de situaciones distintas: que los créditos recíprocos existieran antes de la apertura del concurso o que no fueran compensables al inicio de la situación.

142 Así, si ambos créditos antes del concurso eran compensables y el *curator bonorum* pretende que un tercero pague una deuda que tenía con el concursado, el tercero puede oponer la compensación de su contracrédito. El fundamento radica, según explica GLÜCK (19), en que los créditos compensables se extinguen *ipso iure* y, por consiguiente, la deuda que tenía el tercero con el deudor en concurso ha sido extinguida con anterioridad al inicio del concurso (aunque más bien se podría pensar en una situación de protección de las situaciones de compensabilidad). La compensación también tiene lugar en el caso de que el tercero, frente al que el deudor en concurso tenía un crédito, se haya hecho ceder el contracrédito que está oponiendo en compensación de otro acreedor, con la finalidad de compensarlo, siempre que la cesión y los requisitos de compensabilidad de ambos créditos concurriesen antes del inicio del concurso. Por el contrario, en el caso de que los requisitos de la compensación no concurriesen en ambas obligaciones

(19) *Ibidem*, pág. 160.

antes del concurso, no se podrán compensar y entrarán en la masa del concurso.

Como se observará posteriormente, en principio, nada ha cambiado en tantos siglos. La regulación de la compensación que aparece en los textos justinianos es similar, si no igual, a la que hizo el legislador español de 1889.

III. Fundamento y naturaleza jurídica de la compensación

La compensación del Derecho codificado, como se verá a continuación, es una clara herencia del Derecho romano justiniano y fruto de las posiciones que los distintos ordenamientos han tomado en las extensas discusiones doctrinales acerca de su fundamento y naturaleza jurídica (20).

El fundamento de la existencia de la compensación en los códigos civiles, en primer lugar se encuentra, como repetidamente explica la doctrina y admite la jurisprudencia, en la idea de evitar operaciones innecesarias entre personas ligadas por relaciones jurídicas que se verían en la necesidad de reclamar lo que ellas tendrían que cumplir, es decir, se trata de una medida que responde perfectamente a las necesidades de agilizar el tráfico jurídico (21), puesto que se

143

(20) Sobre la naturaleza jurídica de la compensación, *Vid.*, la tesis de KOTZEBUE, *Compensation et procédure. Essai de critique et de science juridique pure*, Lausanne, 1945.

(21) De ahí su pujanza en las relaciones mercantiles y muy especialmente en las bancarias, en las que ha adquirido una entidad propia en el contrato de cuenta corriente o a través de las cámaras de compensación bancarias, *vid.*, VALPUESTA FERNÁNDEZ, "Comentario al artículo 1.195 del Código civil", en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pág. 279; y STS de 11 de marzo de 1929 en la que puede leerse que la función extintiva de dos obligaciones hasta la cantidad concurrente si son de diversa cuantía o por la totalidad si son iguales queda puesta de relieve en su acepción etimológica, ya que compensar equivale a pesar o balancear dos obligaciones. En STS de 26 de marzo de 1968 se afirma que "*la compensación se funda en una razón matemática en cuanto que cantidades iguales pero de signo contrario, conforme advertía Pomponio, se destruyen y en una razón jurídica, puesto que interesa más no pagar que repetir lo pagado*".

trataría de una forma abreviada de pago (22). GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1.122 del Proyecto de 1851 explica que “*Es, pues evidente la utilidad de la compensación para ambas partes, pues que les ahorra gastos, pleitos y rodeos; y yo me atrevo á decir, que es una necesidad derivada de la misma naturaleza de las cosas: si yo debo cuatro á Pedro, natural y necesariamente dejo de ser deudor desde que Pedro principia á serlo mio de otros cuatro*” (23).

Sin embargo, también se ha destacado que la raíz última de la compensación, desde el punto de vista jurídico, no se encuentra tanto en la simplificación de las operaciones o en la evitación de la transferencia material para el pago, cuanto en el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado. Así, se dice que es contrario a la buena fe pedir aquello que luego ha de ser restituido (*dolo facit qui petit quod redditurus est*), puesto que, entre otras cosas, el que paga primero se expone al fraude o a la insolvencia de quien debe pagar después (24). Más recientemente se ha señalado la función de garantía que cumple la compensación en el Derecho positivo, no en vano aparecía

(22) Señala MENDEGRIS, citando a CATALÁ, que no existe un verdadero pago más que cuando la satisfacción del acreedor resulta del cumplimiento por el deudor de la prestación debida. Un primer obstáculo que se puede oponer a los que han asimilado la compensación al pago es el de que no tienen el mismo ámbito de aplicación. El pago en cuanto procedimiento ideal para la extinción de toda clase de obligaciones realizando la satisfacción del acreedor mediante la prestación exacta del deudor, tiene una aplicación general a cualquier obligación, cualquiera que sea su objeto. La compensación, por el contrario, aparece como un procedimiento un poco excepcional de extinción, puesto que por su naturaleza se aplica sólo a ciertas obligaciones, *vid.*, *La nature juridique de la compensation*, París, 1969, pág. 10.

(23) *Vid.*, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 599.

(24) *Vid.*, VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, tomo II, pág. 156: “*Por eso los romanos consideraban, en ciertos casos, la conducta del demandante que se negaba a admitir la compensación como un abuso de su derecho, y reconocían al demandado deseoso de eximirse de una deuda mediante la compensación una exceptio dolis generalis, a base de la cual el juez podía decretar en la sentencia la compensación, desestimando la demanda*”; *vid.*, en este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1996, pág. 537.

contemplada como una forma de prenda en Las Partidas. Entre nosotros, ROJO AJURIA ha estudiado detenidamente el funcionamiento de la compensación como garantía y, por ello, es importante remitirse a su obra (25).

Al hablar del fundamento y de la naturaleza jurídica de la compensación hay que destacar una nota característica que tiene reminiscencias en el antiguo Derecho romano y que sin tenerla muy presente es difícil comprender esta figura: no existe una sola compensación, sino que, al igual que sucediera en el pasado, también hoy en día, cabe hablar de diversas compensaciones dependiendo tanto del criterio que se utilice para analizarla como del prisma jurídico a través del que se mire. Si se observa esta figura a través de las disposiciones de los códigos que la regulan, de los sujetos que se sirven de ella y de la jurisprudencia que la aplica,

(25) Para ROJO AJURIA, si bien se atribuye una función de garantía a la posibilidad de oponer la compensación, es decir, de no realizar la prestación debida, evitando así el riesgo de que posteriormente el acreedor satisfecho resulte a la vez insolvente, tal posibilidad de incumplir, declarando u oponiendo la extinción de los dos créditos recíprocos por compensación, se justifica más bien por el carácter de autotutela atribuido a la compensación en ciertos ordenamientos jurídicos, entre los que se encuentra el nuestro, en el que la compensación viene configurada como medio de pago, no como garantía, puesto que para ello sería necesario que tuviera lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros, *vid.*, *La compensación como garantía*, *op. cit.*, págs. 174 y ss.

En este sentido, OURLIAC y DE MALAFOSSE explican la función de garantía que puede cumplir la compensación con las siguientes palabras: "*si bien esta técnica (de la compensación) parece que fue impuesta por necesidades económicas al evitar una doble transmisión de bienes, va en contra de la idea de que no puede existir pago hecho contra la voluntad del acreedor. El pago de un crédito por equivalencia garantiza contra la mala fe del deudor y, en todo caso, contra su insolvencia. El que invoca la compensación evita el concurso con los demás acreedores, lo que puede convertirse en un verdadero privilegio. ¿Cómo se justifica este derecho de preferencia? Normalmente la compensación tiene lugar entre dos créditos líquidos y exigibles. Constituye lo que en Derecho moderno se llama una situación legal privilegiada, por tal razón debe relacionarse con técnicas semejantes (el derecho de retención, la exceptio non adimpleti contractus). Pero no ha sido sólo la equidad lo que movió a los juristas romanos, sino también la consideración realista de entender que nadie quería satisfacer íntegramente su deuda cuando tuviera dudas acerca de si su crédito iba a ser satisfecho por entero. Este reflejo de justicia conmutativa es lo que fue tomado en consideración en este caso*", *vid.*, *Derecho romano y Derecho francés*, trad. y anotaciones de M. Fairén, tomo I, Barcelona, 1960, pág. 375.

se llegará a la conclusión de que existen tres tipos distintos de compensación: la legal, la convencional y la judicial (26). Si se analiza desde el punto de vista de su finalidad se verá que cumple un importante papel procesal, que se le otorga una función de subrogado del cumplimiento, que, además, puede hablarse de la compensación como un medio de autotutela del sujeto compensante y que, por último, puede cumplir el papel de garantía del cumplimiento de las obligaciones. Si se mira desde el punto de vista de sus efectos hay que tener presente que si se toma partido a favor de la tesis de la automaticidad, las conclusiones sobre su funcionamiento serán distintas de las que se obtendrán si, por el contrario, se acoge la tesis de la necesidad de una declaración de voluntad de compensar con efectos retroactivos o la de los efectos *ex nunc*. Y si se está pensando en la compensación como modo de extinción de las obligaciones o como medio de pago abreviado, los resultados tampoco se-

(26) Así, por ejemplo, en STS de 7 de junio de 1983 se puede leer: "... debe recordarse, a sus fines, la existencia de tres clases de compensación, así la legal (regulada por los arts. 1.195 a 1.202 C.c.) que se realiza por ministerio de la ley, cuando en las obligaciones de cuya compensación se trate concurren todos y cada uno de los requisitos que se enumeran en los artículos 1.195 y 1.196 y con los efectos del 1.202; siendo pues esta compensación, dispuesta por la ley, claramente diferenciable de la que por vía convencional se hubiera operado en la tesis del segundo motivo del recurso, ya desechado, caracterizándose la legal por la automaticidad de sus efectos extintivos; constituyéndose otra especie de compensación la denominada judicial que se produce cuando, a falta de alguno de los requisitos de la legal, y entonces sí que ordinariamente por el cauce de una demanda reconventional, el demandado alega la existencia del crédito que hace valer con ocasión del reclamado en la demanda iniciadora del juicio, creándose o constituyéndose dentro del proceso y por efecto que sólo dentro del proceso puede producirse, la aportación subsanatoria del o de los requisitos faltos, que, de ordinario giran en torno a la liquidez de la deuda que se trata de compensar; bastando para esta liquidación judicial con la preexistente homogeneidad de las deudas existentes «ipso iure» y con signo opuesto entre los titulares que las compensan dentro del juicio, quienes pudieran hacerlo, aun sin esos requisitos, convencional y extrajudicialmente, dentro de una compensación contractual, nueva especie de compensación acogida al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación del artículo 1.255 C.c., sin otros límites que los fijados por dicho precepto; las leyes necesarias, la moral y el orden público, y con efectos que habrá que buscar en el contenido de la voluntad de las partes, que fijará los límites del acuerdo compensatorio".

rán iguales a los que se extraerían de pensar en la compensación como garantía frente a los derechos adquiridos por terceros o como medio de autotutela del deudor frente a la insolvencia posterior del acreedor o frente a un posible fraude o simplemente como protección de sus legítimas expectativas. Todo ello lleva a la necesidad inevitable de examinar la compensación desde todos estos planos jurídicos y a la casi convicción de que si no es posible hablar de una sola compensación es porque quizá no exista. En el único aspecto en el que a la hora de comenzar este estudio se toma posición es el de excluir desde ya los supuestos de compensación convencional y judicial. En este trabajo se analiza la compensación legal, es decir, aquélla que se produce por la aplicación de las normas legales (esencialmente los arts. 1.195 a 1.202 del Código civil), con los efectos que tales normas establecen, dejando a un lado (porque necesitarían de un estudio pormenorizado) las llamadas compensación convencional y compensación judicial.

Pues bien, desde la *óptica del proceso*, se ha dicho que la compensación funciona como un escudo procesal, puesto que evita la duplicidad circular de acciones. Como explican FERNÁNDEZ, RIFÁ y VALLS (27), “cuando el demandado pretenda compensar un crédito frente al esgrimido por el actor en su demanda, y ambos créditos reúnan los requisitos legales de los artículos 1.195 y 1.196 C.c., podrá optar por dos vías alternativas para su alegación:

1.ª) La *vía de la excepción*, cuando lo que pretenda sea la desestimación de la demanda del actor con base en la estimación de su crédito compensable. El resultado será la extinción de ambos créditos en la cantidad concurrente y, por lo tanto, la desestimación de la pretensión del actor. El demandado, por medio de la excepción de compensación, no niega la acción del demandante, sino que alega unos hechos jurídicos distintos, que configuran un crédito propio, que se

(27) Vid., *Derecho procesal práctico*, tomo III, Madrid, 1995, págs. 385 y ss.

enfrenta con el del actor. Sin embargo, la doctrina procesalista no es pacífica a la hora de establecer la naturaleza jurídica de esta excepción. Por una parte, se concibe que mediante esta excepción se alega un contraderecho destinado a enervar la acción del actor. La alegación de este contraderecho implicaría un derecho potestativo por el que se concede a su titular —el demandado— una facultad para provocar el efecto jurídico de la compensación. En consecuencia, el demandado deberá alegar siempre este hecho excluyente en la contestación a la demanda, para que pueda ser estimado por el juez. Frente a esta concepción de la compensación como una excepción propia, puede criticarse que el artículo 1.156 C.c. la incluye como una de las causas de extinción de las obligaciones, junto al pago, la pérdida de la cosa debida, la condonación, etc., hechos todos ellos de carácter extintivo de la acción del actor. También podría objetarse la eficacia automática o *ipso iure*, o por ministerio de la ley que se atribuye a la compensación con base en el artículo 1.202 C.c., y la posibilidad de su renuncia. De aceptar estas objeciones, debería entenderse esta excepción como impropia, estimable de oficio. Según nos cuentan los autores, parece que en la actualidad está asentado el criterio que configura la compensación como una alegación del demandado, cuya apreciación debe ser realizada por el juzgador de instancia, retrotrayéndose su eficacia al momento en que coexistieron los créditos compensados.

2.^a) La *vía de la reconvención*, cuando el crédito que el demandado oponga en compensación sea cuantitativamente superior al del actor, podrá optar por dos conductas procesales distintas: a) Oponerla simplemente como un hecho obstativo de la demanda, para que la sentencia estimatoria declare ambos créditos extinguidos en la cantidad concurrente y el exceso del contracrédito deberá exigirse en un proceso posterior. b) Oponer la compensación por vía reconvencional, solicitando la desestimación de la demanda y la condena del actor primitivo por el exceso del contracrédito

favorable al actor reconvenional. El ejercicio de la acción reconvenional por el demandado provocará que el juzgador de instancia deba pronunciarse sobre la estimación o no de la compensación, y sobre el exceso del crédito reclamado por el demandado. Esta no se limita ya a pedir la desestimación de la demanda, sino que, además, pretende la condena del actor por el exceso”.

En segundo lugar, si se analiza *la compensación como medio de pago* habrá que afirmar que se trata de un subrogado del cumplimiento cuya característica más sobresaliente es la de constituir un pago sin puesta en juego de los medios solutorios, o lo que es lo mismo, una *solutio* sin ejecución de la prestación (28).

En tercer lugar, se puede ver en la compensación un *medio de autotutela*, porque su eficacia *ope legis* y sus efectos, bien automáticos bien retroactivos, evitan ciertos riesgos al deudor (29). Como ejemplifica ROJO AJURIA, “*que los efectos de la compensación surjan desde la fecha en que concurrían dos créditos compensables, independientemente del momento de su declaración u oposición, significa, por ejemplo, que la fecha relevante para la prescripción de los créditos es la primera y no la segunda. También, en algunos ordenamientos la eficacia ipso iure de la compensación sirve de base para resolver ciertos conflictos de intereses. Así, un deudor podrá oponer ante un cesionario, acreedor pignoraticio, acreedor embargante de su acreedor-deudor, que la cesión, prenda y embargo de dicho crédito es ineficaz frente a él en la medida en que el crédito se había extinguido ya previamente por compensación*”.

En último lugar, la compensación puede configurarse *como una garantía* si la situación de compensabilidad llega a producir efectos a pesar de los derechos adquiridos por terceros,

(28) *Vid.*, STS de 17 de octubre de 1989.

(29) Las SSTs de 17 de mayo de 1957 y de 6 de junio de 1959 encuentran el principal fundamento de la compensación en la autotutela del individuo, en el aseguramiento de la igualdad de las partes en la satisfacción de sus créditos.

es decir, dependerá de su oponibilidad frente a los derechos de los terceros, ya se trate de otros acreedores del deudor o de personas que hayan adquirido derechos sobre el crédito susceptible de compensación, lo que se podrá o no afirmar, como dice ROJO AJURIA, si pasa la prueba de fuego de su aceptación o negación en el sistema de la quiebra (30) o cuando tenga lugar en perjuicio de los derechos de los cesionarios, acreedores prendarios y acreedores embargantes (31).

Por lo que respecta a la *naturaleza jurídica de la compensación* es ya un tópico decir que existen dos concepciones distintas (32): la del Derecho francés, seguida entre otros por el nuestro y por el italiano de 1865 (33), según

(30) En este punto creemos que le asiste la razón a ROJO AJURIA cuando afirma que la admisibilidad de la compensación en la quiebra, su amplitud y efectos, no depende tanto de la concepción acerca de la compensación que se sostenga (*ope legis* o facultativa del deudor), como de los principios generales que inspiren la propia legislación concursal: una legislación concursal que fortalezca el papel de los privilegios y de las garantías puede asumir perfectamente la compensación como garantía; pero una legislación concursal basada en un riguroso respeto a la igualdad de los acreedores, o en la conservación de la empresa, en coherencia con tales planteamientos, puede negar la compensación como garantía, *vid.*, *La compensación como garantía*, *op. cit.*, pág. 49.

(31) *Vid.*, *La compensación como garantía*, *op. cit.*, pág. 174.

(32) Aunque aquí se haya preferido distinguir en dos grandes líneas de pensamiento las doctrinas que se han volcado en torno a la naturaleza jurídica de la compensación, hay que advertir que son innumerables las definiciones que se han hecho. Así, por ejemplo, se ha considerado que se trata de un doble pago automático, como un pago abreviado (STS de 17 de octubre de 1989), como una permuta de deudas (STS de 21 de junio de 1962). Quizá haya de destacarse la asimilación al derecho de retención que hizo la doctrina alemana, hoy abandonada, al entender que uno de los efectos principales de la compensación es la conservación en el patrimonio de los compensantes, del bien que debía haberse entregado, sosteniendo la inexistencia de un efecto extintivo en la compensación, sino por el contrario, la existencia de una retención de lo debido. Esta teoría actualmente ha sido totalmente abandonada, pues si bien es cierto que ambas figuras pueden tener en común la función de autotutela, la retención tiene una finalidad dilatoria y la compensación liberatoria. Además, según los críticos de esta teoría, el derecho de retención no se puede ejercitar más que sobre cosas de otro y el que tiene un crédito compensable no está en poder y posesión de algo ajeno. Por otro lado, la compensación, a diferencia del derecho de retención, requiere la fungibilidad, la liquidez y la exigibilidad.

(33) El Código civil italiano de 1865 establecía en su artículo 1286 que "*la compensación opera de Derecho en virtud de la ley e incluso sin conocimiento de los deudores*".

la cual la compensación se da *ipso iure*, esto es, automáticamente cuando dos créditos reúnen unos determinados requisitos (34). Esta concepción de la compensación choca con grandes inconvenientes difíciles de soslayar. Como se verá a continuación, al predicar la naturaleza automática de la compensación todos los autores se encuentran con el problema casi irresoluble de explicar cómo es posible que se produzca la compensación y extinción de las deudas en la cantidad concurrente, sin que deudor y acreedor lo sepan, sin que realicen acto jurídico alguno tendente a la compensación o que el juez pueda declararla sin que se ponga en su conocimiento los hechos necesarios para ello (35). Para salvar estos obstáculos, la doctrina que defiende la automaticidad de la compensación advierte con convicción que el hecho de que la compensación se produzca *ipso iure* no significa que pueda ser declarada de oficio por el juez o que tenga lugar *sine facto hominis* (36). La segunda clase de

(34) Así viene tradicionalmente entendido por la jurisprudencia, *vid.*, entre otras, SSTs de 29 de abril de 1944, de 6 de enero de 1956, de 14 de junio de 1971, de 16 de octubre de 1975 y de 23 de octubre de 1978.

(35) Según STS de 29 de abril de 1944 y STS de 26 de febrero de 1952, comete incongruencia el fallo que declara la compensación sin haber sido solicitada en el pleito por las partes. Sobre los problemas procesales de la compensación, *vid.* por todos, TAPIA FERNÁNDEZ, *La compensación en el proceso civil*, Madrid, 1988, y DE LA OLIVA SANTOS, "Compensación y proceso civil de declaración", en *La Ley*, 1992, 1, págs. 918 y ss.

(36) POTHIER, *Traité des obligations*, París, 1852, II, pág. 95, dice que "no estoy obligado a oponer la compensación más que para instruir al juez de que la compensación se ha realizado; por lo mismo que cuando alguien me demanda una deuda que yo he pagado, yo estoy obligado, para instruir al juez, de oponer y aportar los pagos". CARBONNIER, *Derecho civil*, Barcelona, 1971, tomo II, vol. 2, pág. 211, sin embargo aceptaba que "la compensación debe invocarse formalmente por el deudor demandado. El juez no puede apreciar de oficio este modo extintivo", LAURENT, *Principes de Droit civil*, Bruselas, 1876, pág. 406, dice al respecto que "las partes no tienen que pedirla en justicia. Cuando uno de los acreedores persigue a su deudor, éste debe hacer conocer al juez que, por su parte, era acreedor y que su crédito ha extinguido el del demandante, porque el juez no puede adivinar que el deudor es, a su vez, acreedor". Entre los autores españoles se ha de destacar la opinión de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1974, pág. 599: "Cierto es que para que aproveche la compensación se ha de alegar y probar; pero una vez probada, sus efectos se remontan al tiempo en que tuvo lugar por la

compensación, mucho más razonable y desde luego mucho menos conflictiva, aparece en los Códigos de raíz germana, en los que se exige la declaración de voluntad de compensar por una de las partes (37) y, una vez producida, sus efectos se retrotraen al momento en que apareció la situación de compensabilidad.

Tal como explica VAZ SERRA (38), parece que la concepción del Derecho francés fue debida a una peculiar interpretación de las fuentes romanas, entendiéndose que aquellos juriconsultos consideraban extinguidas las deudas automáticamente, *ipso iure*, en el mismo momento en el que se verificaban las condiciones de las que depende la compensación. Esta interpretación es la que ha conducido a que hoy en día se admita la figura de la compensación legal automática, *sine facto hominis*. Y, en realidad —como dice este autor—, podría abonarse esta tesis con la consideración de que la compensación, además de ser, en línea de principio, conve-

soía disposición de ley". MANRESA en sus *Comentarios al Código civil español*, vol. VIII, Madrid, 1967, pág. 851, explica cómo "alguna aparente confusión se ocasiona como resultado de considerar que la compensación se invoca y se declara muchas veces después de haberse producido del modo dicho y suele ser necesario oponerla como excepción. Pero esto en nada contradice a lo antes expuesto, si se considera que precisamente porque la compensación se efectúa por la ley y sin acto alguno de los interesados, es un efecto que se produce sin dejar huellas visibles, y que necesita demostración, que exigiendo complicados requisitos, pueden éstos aparecer como dudosos en alguno de los interesados en que aquélla no intervino, y que extinguiendo obligaciones, da por lo mismo un medio de defensa contra la acción que exija el cumplimiento".

(37) El párrafo 388 del BGB establece que: "la compensación se efectuará por declaración dirigida a la otra parte, y será ineficaz si se hace bajo condición o término", el artículo 124 del Código de las obligaciones suizo dice: "Sólo tendrá lugar la compensación cuando el deudor dé a conocer al acreedor su intención de hacer uso del derecho de oponerla" y el artículo 1242 del nuevo Código civil italiano de 1942, rompiendo en parte con el sistema anterior, dispone: "La compensación extingue las dos deudas desde el día de su coexistencia. El juez no podrá apreciarla de oficio" y en el segundo párrafo ordena que "la prescripción no impide la compensación, si no se había realizado cuando se ha verificado la existencia de las dos deudas". A esta clasificación hay que añadir un tercer grupo formado por la compensación en los sistemas de *Common Law*, en los que se configura como un medio de garantía y no como medio generalizado de extinción de las obligaciones.

(38) *Vid.*, "Compensação", en *Boletim do Ministerio da Justicia*, págs. 16 y ss.

niente para ambas partes, satisface un interés público al evitar pagos inútiles. Sin embargo, los estudios de las fuentes más recientes observan que no fue ésta la verdadera concepción del Derecho romano. En estos últimos se defiende que para que la compensación fuese eficaz, era precisa una declaración de voluntad reconocida por el juez, que tenía efectos retroactivos, en el sentido de que las deudas se consideraban extinguidas desde la fecha en que se habían tornado compensables (efectos *ex tunc*). De ello resultaba, por ejemplo, que los efectos que los créditos hubieran originado desde esta fecha hasta aquella que se operaba la compensación no se consideraban producidos y, en especial, si uno de los dos deudores hubiese efectuado el pago por ignorancia de su *contracrédito* compensable, había realizado el pago de una deuda inexistente (puesto que se había extinguido) contra la que podía reaccionar por medio de la *condictio indebiti*. En cambio, si el deudor no compensa, se mantiene la perfecta eficacia de las deudas. Fue esta la línea de pensamiento que influyó en los códigos de raíz germana, en los que la compensación, como se ha dicho, no se realiza de pleno derecho, sino que es necesaria una declaración de voluntad de la parte que pretenda servirse de ella.

153

A mi juicio, y siguiendo el de VAZ SERRA (39), en materia de compensación es imprescindible distinguir la llamada “situación de compensación” y la “declaración de compensación”. La primera es aquella que se produce cuando dos créditos se encuentran en situación de poder ser compensados. En el Derecho español ocurre cuando se dan todos y cada uno los requisitos del artículo 1.196 del Código civil. La segunda, es aquella declaración de voluntad que se debe emitir para hacer valer la situación de compensación. Pues bien, la pregunta que necesariamente ha de hacerse es la de si para que se produzca el efecto de la compensación (la extinción de la obligación en la cantidad concurrente) debe

(39) *Ibidem*, pág. 17.

o no bastar la simple existencia de la situación de compensación o es necesario a tal efecto que una de las partes declare a la otra que compensa.

Son los sistemas de corte napoleónico los que admiten la eficacia *ipso iure* de la situación de compensación. Nuestro Código civil, que se dice que forma parte de este conjunto, establece en su artículo 1.202 que “el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, *aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores*” y esta misma regla aparece en el artículo 1.290 del Code francés: “la compensación opera de pleno derecho, por la sola fuerza de la ley, *incluso sin saberlo los deudores*”. GARCÍA GOYENA comenta la eficacia *ipso iure* de la compensación del siguiente modo: “*Por esta razón, desde que ipso iure, ó por disposición de la ley, tiene lugar la compensación, surte todos los efectos de verdadero pago, y aunque una de las deudas produjese intereses y otra no, cesan aquellos desde la compensación, como también la cláusula penal cuando se ha compensado del todo. Ciertamente es que, para que aproveche la compensación, se ha de alegar y probar; pero, una vez probada, sus efectos se remontan al tiempo en que tuvo lugar por la sola disposición de la ley*” (40). A pesar de que pudiera parecer que el sistema de compensación del Proyecto del 51 admite la necesidad de una declaración de compensar, en su artículo 1.125 establece la prohibición de compensarse deudas ilíquidas, no vencidas o puras con condicionales (cuya condición no se ha cumplido) “*sin la voluntad expresa de las partes interesadas*”. Si se interpreta esta norma *a contrario*, se debe concluir que permite compensar las deudas líquidas, vencidas y las condicionales cuya condi-

(40) El artículo 1.122 del Proyecto establecía: “*tiene lugar la compensación de obligaciones, cuando dos personas reúnen la cualidad de acreedores y deudores recíprocamente y por su propio derecho*” y el 1.123 que “*El efecto de la compensación es el de extinguir por ministerio de la ley una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ello los acreedores y deudores*”, *vid.*, Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, *op. cit.*, pág. 599.

ción se haya cumplido sin la declaración de voluntad expresa de las partes. La contradicción es notoria.

Si pasamos ahora a la doctrina y comentaristas de nuestro Código civil se observa que siguen siendo muchas las interpretaciones que se han hecho del artículo 1.202. De entre todas ellas cabe destacar esencialmente tres: la tesis tradicional de la plena automaticidad de la situación de compensación, la tesis de la automaticidad matizada y la tesis de la necesidad de declaración de voluntad de compensar con efectos retroactivos.

La tesis tradicional defendida entre otros por SCAEVOLA, MANRESA, CASTÁN, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (41), sostiene que la extinción de las obligaciones por efecto de la compensación se produce *automáticamente* cuando coexisten un crédito y una deuda que reúnen los requisitos legales, sin que sea necesario ningún tipo de intervención de los sujetos implicados, incluso sin su conocimiento. Pero esta tesis necesariamente debía venir matizada, puesto que, entre otras razones, el carácter rogado del procedimiento civil exige que las excepciones tengan que ser necesariamente alegadas en juicio por aquel que tenga interés en servirse de ellas y que no pueden ser acogidas de oficio por el juez. Además, cuadraría mal con la facultad que se le reconoce a los interesados de renunciar a la compensación, bien mediante una cláusula inserta en el negocio jurídico de constitución de la obligación, bien en virtud de actos posteriores que expresa o tácitamente renuncien a la facultad de compensar.

Estas razones son las que llevan a alguno de nuestros más reconocidos autores a sostener la *eficacia automática matizada* de la compensación (entre los más representativos se encuentran ALVAREZ VIGARAY, ALBALADEJO, PEÑA y CAFEARENA), según la cual, la compensación ha de ser necesariamente alegada por el sujeto interesado, generalmente en

(41) *Vid.*, por todos, VALPUESTA FERNÁNDEZ, "Comentario al artículo 1.202", en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pág. 292.

forma de excepción frente a la reclamación de cumplimiento de la otra parte, pero la sentencia que la admita tiene exclusivamente una eficacia declarativa, y por consiguiente produce efectos *ex tunc*. Esta interpretación provoca, entre otras cosas, la necesidad de afirmar que el pago realizado sin conocimiento de la circunstancia de compensabilidad, sea un pago de lo indebido (42). Sin embargo, como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO (43), esta tesis por más que matizada, se encuentra ante la imposibilidad de dar solución a algunos problemas que se plantean de la simple lectura de las disposiciones del Código. En primer lugar, éstas hablan insistentemente de “*oponer la compensación*” (arts. 1.197, 1.198 y 1.200). La tesis de la automaticidad, por mucho que se quiera atenuar, tampoco puede explicar la solución dada por el Código al caso de la cesión de créditos, puesto que si la compensación operara automáticamente, el cesionario habría adquirido un derecho inexistente. Por otro lado, sería superflua la norma del artículo 1.201 sobre la aplicación de las reglas de la imputación de pagos cuando existan varias deudas compensables y, por último, necesita extender la facultad de renuncia a la compensación, en su manera tácita a límites insospechados como puede ser el hecho de que, si no se alega en juicio, debe entenderse que el sujeto favorecido por ella ha renunciado a compensar.

Teniendo en cuenta todos estos factores y reparando en la importancia que tiene la intervención del sujeto interesado para que se produzca la compensación, no sólo desde el punto de vista procesal, sino también en la práctica extrajudicial, se puede decir que esta parte de la doctrina (entre los que se encuentran LACRUZ, LÓPEZ VILAS y DÍEZ-PICAZO) se decanta por considerar el *carácter facultativo de la com-*

(42) *Vid.*, por todos, ALVAREZ VIGARAY, “El efecto automático de la compensación”, en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo IV, Pamplona, 1969, págs. 39 y ss.

(43) *Vid.*, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *op. cit.*, pág. 554.

pensación, que requiere para su efectividad que sea ejercitada por el sujeto interesado en ella, cuyos efectos se retrotraen al momento en el que coexistieron, con todos los requisitos legales, los créditos compensables. La compensación, y nosotros así lo creemos también, exige una declaración de voluntad de los interesados (una excepción de compensación) y su carácter es automático en el sentido de que sus efectos se retrotraen al día en que se produjo la concurrencia de las obligaciones, pero no al momento en que se produce, de tal manera que, y es ésta quizá la diferencia más importante entre una y otra teoría, si quien puede oponer la excepción de compensación, paga la deuda, no realiza un pago de lo indebido, ni dispone de la *condictio indebiti*, sino que deberá ejercitar la acción pertinente para reclamar a su vez el crédito que pudo compensar, como tampoco el cesionario adquirió un crédito inexistente (44).

Lo que a primera vista pueden resultar discusiones exageradas, dado que en cualquier caso coinciden en que el efecto es, bien automáticamente, bien retroactivamente, la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente, examinadas a fondo poseen gran trascendencia en un momento determinado de la dinámica de las obligaciones. Este momento es el de la situación de la relación obligatoria desde que nace la situación de compensabilidad hasta que se ejercita la facultad de compensar, puesto que, entre otras cosas, para las primeras teorías, los créditos y las deudas se habrían extinguido con todas sus consecuencias, y para la segunda, se estaría ante obligaciones vigentes pendientes

(44) GONZÁLEZ PALOMINO, se aleja de cualquiera de estas teorías mayoritarias y defiende que el artículo 1.202 del Código civil establece una compensación facultativa carente de efectos retroactivos, puesto que la retroactividad no está exigida ni por los antecedentes históricos, ni por la letra de la ley. En este sentido, el sujeto que deba compensar está facultado para oponer la compensación y una vez admitida ésta tiene efectos *ex nunc*. La expresión del legislador "*sin conocimiento de ellas*" no se refiere al fenómeno de la compensación, es decir, de la situación de compensabilidad de las obligaciones, sino a la cantidad concurrente. *Vid.*, "La compensación y sus efectos", en *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, II, Pamplona, 1964, págs. 11 y ss.

de que se ejercitase la facultad de compensar o la llamada declaración de compensación (45).

En este trabajo se defiende que quizá el problema de la automaticidad de la compensación, como en su día apuntó GONZÁLEZ PALOMINO, no tiene base en el Derecho positivo. La expresión justiniana tan discutida "*ipso iure compensatur*" debe interpretarse, conforme a su evolución histórica, como *ope legis compensatur*, en el sentido de que a partir de este momento la estimación de la compensación ya no queda única y exclusivamente al arbitrio del juez. Si se dan los requisitos establecidos por la ley, el juez debe declararla. Cuestión distinta es la de sus efectos *ex tunc* o *ex nunc*, retroactivos o no al momento de la coexistencia de los créditos compensables o desde el momento de la recepción (¿emisión, recepción o cognición?) de la declaración de voluntad de compensar, que quizá sea únicamente una cuestión de política legislativa (¿a quién se desea tutelar en cada momento?).

158

¿Por qué se defiende esta interpretación de los artículos 1.195 y siguientes del Código civil? En primer lugar, ya se ha dicho, por la evolución histórica de esta figura que pasa de ser una fórmula procesal, cuya facultad se deja en manos del juez, a ser una forma general de extinción de las obligaciones que puede adoptar además de una configuración judicial, una legal y una convencional. Se admiten tres tipos de compensaciones y, a partir de Justiniano, la que goza de mayores miramientos por parte de los juristas es la compensación legal, aquella que se produce por la fuerza de la ley, y no por voluntad del juez o por convenio entre las partes.

En segundo lugar, en nuestra regulación de la compensación no aparece expresamente su efecto automático. En el artículo 1.195 lo que aparece reflejado es el supuesto de hecho de la compensación, cuyos requisitos se desarrollan

(45) Vid., VALPUESTA FERNÁNDEZ, "Comentario al artículo 1.202", *op. cit.*, pág. 293.

en el precepto siguiente. Es unánime la opinión doctrinal, y creemos que no se puede dudar de ella, en afirmar que la compensación que se regula en estos preceptos es la legal, la que se produce cuando concurren los requisitos que la propia ley exige. Sin embargo, esto no resta para que las partes puedan pactar una compensación diferente o para que renuncien a ella. Estamos ante un modo dispositivo de extinción de las obligaciones y, por consiguiente, es difícil que opere automáticamente.

En tercer lugar, estas normas aluden insistentemente al modo en el que opera la compensación. Como advierte DÍEZ-PICAZO (46), se habla de *oponer* la compensación, lo que necesariamente ha de significar un acto positivo de aquella parte que quiera paralizar la pretensión del acreedor de cobrar su deuda. La compensación se ejercita normalmente mediante una excepción, aunque no existe motivo alguno para que no lo haga como acción-reconvención.

Además, hay que tener en cuenta los problemas que acarrea una compensación automática en relación con los terceros, porque en estos casos no podría ni tan siquiera hablarse de la posibilidad de compensación de los terceros de una deuda inexistente. ¿Para qué establecer que el fiador puede oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal (art. 1.197), si ésta ya se habría operado?, ¿para qué regular la facultad de compensar en la cesión de créditos (art. 1.198) o la del deudor solidario (1.143)?

A mayor abundamiento, el propio Código ordena que se sigan las reglas de la imputación de pagos cuando existieren una pluralidad de deudas compensables. Esta norma no tendría sentido si la compensación se operara automáticamente desde el mismo momento en el que coexistan deudas y créditos, puesto que en realidad, nunca coexistirían al haberse extinguido en el mismo instante de su concurrencia.

(46) *Vid.*, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *op. cit.*, pág. 554.

A todo ello hay que añadir que es contrario a toda coherencia jurídica que un deudor haya pagado *por sí mismo* la deuda sin tener conocimiento, y que un acreedor haya visto satisfecho su crédito sin saberlo. Además, ¿dónde queda el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, por ejemplo, el acreedor puede preferir dejar prescribir su crédito o el deudor optar por pagar su deuda?, (¿o es que las deudas compensables no prescriben o sólo debe operar teniendo en cuenta el momento en el que estaba vencida y exigible?), ¿qué ocurre si uno de los sujetos carece de la capacidad de obrar suficiente para realizar uno de los negocios que ha celebrado? Encontramos con muchas más razones para opinar, lo que ya algunos romanistas modernos aproximaron y las legislaciones germanas aceptaron, esto es, que la compensación opera *ope legis*, pero no *ipso iure* y para adherirnos a la tesis de la necesidad de declaración con efectos retroactivos.

En resumen, creemos que la compensación es una facultad jurídica (47), incorporada al derecho de crédito, que se le concede a los sujetos de la relación obligatoria y que, operada dentro de los límites establecidos en la ley, produce el efecto de extinguir las deudas en la cantidad concurrente retro trayéndose al momento en que se dio la situación de compensabilidad.

Llegados a este punto he de confesar que a pesar de querer ofrecer una explicación plenamente satisfactoria, que no esté basada sólo en los textos y discusiones que han llegado hasta nosotros, al hecho de que los efectos de la compensación legal se retrotraigan al momento en que los contracréditos coexistieron, no es fácil encontrarla (48) para

(47) Quizá podría hablarse de un derecho potestativo modificativo o extintivo de la relación jurídica obligatoria, *vid.*, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1993, pág. 421.

(48) Comparto con ROJO AJURIA la opinión de que la compensación judicial, voluntaria o facultativa carece de efectos retroactivos y que, por consiguiente, empezarán a surtir efectos desde el momento en que el juez, ambas partes, o una de

todos los supuestos que contempla el Código civil (por ejemplo, para la cesión de créditos). En este sentido me alivia leer a TAPIA FERNÁNDEZ cuando advierte que “*exigir una determinada actividad de parte (declaración de voluntad de compensar) y retrotraer los efectos de esta actividad al momento de la concurrencia de los créditos (momento en que, por otra parte, se extinguen ambos créditos por compensación) parece envolver una cierta antinomia (49). Porque, realmente, la regulación napoleónica (aunque la autora se está refiriendo a la italiana de 1865) no ofrecía dudas y era perfectamente coherente: la compensación se produce por derecho propio; se extinguen automáticamente las deudas desde el momento de su concurrencia; los interesados nada tienen que hacer (ni siquiera nada tienen que conocer), puesto que la ley obra plenamente. En una situación así, el juez en todo caso no tendría que hacer otra cosa que reconocer una situación establecida por la ley. Ahora con la exigencia de la actividad de la parte, la cuestión se presenta más compleja*”. A continuación la autora se muestra partidaria, quizá sin saberlo, de la escuela de AZÓN y WINDSCHEID, y propone la lectura de la compensación del siguiente modo: “*Cuando un deudor se convierte, a su vez, en acreedor (por ser titular de un crédito que reúne los requisitos para ser compensable) surge en este momento de la concurrencia de créditos y deudas recíprocas un derecho, un verdadero poder jurídico de valerse de su crédito y conseguir su liberación en cuanto al crédito de su contraparte. Desde ese mismo momento se produce un estado de pendencia en que el crédito de su con-*

ellas, hayan realizado la oportuna actividad (ya que anteriormente faltaba alguno de los requisitos de la compensabilidad), *vid.*, *La compensación como garantía, op. cit.*, pág. 59.

(49) Aquí la procesalista cita a VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, Madrid, 1934, vol. II, págs. 170 y 171, para quien este efecto retroactivo, implantado por medio de una ficción, encierra una concesión del Derecho moderno a la doctrina mantenida en el Derecho Común y que prevalece en el Código civil francés, según la cual la compensación se produce *ipso iure* en el momento en que se da la compensabilidad de ambos créditos.

traparte permanece en incierta supervivencia. Si el titular del crédito compensable manifiesta su voluntad de compensar, ésta produce todos los efectos desde la coexistencia de los créditos (...) La resolución judicial reconociendo el crédito compensable y absolviendo, por tanto, al demandado no tiene carácter constitutivo, porque no crea ningún estado jurídico, sino que reconoce una situación de Derecho que permanecía en un estado de pendencia. De ahí que todos los efectos propios de la compensación se remonten al momento mismo de la concurrencia de los créditos, y no al momento de la resolución judicial” (50).

162

La solución, si es que existe, al problema de la justificación de la retroactividad de los efectos de la declaración de compensación, debe encontrarse fuera de los antecedentes históricos, de las discusiones doctrinales y de la interpretación literal de los preceptos. En este sentido parece que hay que apoyar las opiniones de ENNECERUS-LEHMANN que justifican la necesidad de considerar el centro de gravedad de la compensación en el momento que hemos llamado “*situación de compensación*” (cuando ambos créditos concurren entre sí habiéndose cumplido los requisitos legales de compensabilidad), porque es la que constituye la base de la extinción de los créditos que la compensación produce. Esta tesis explica de manera satisfactoria el efecto retroactivo de la declaración de compensación. Se ve una confirmación de esta doctrina en algunas disposiciones relativas a los efectos de la compensación: los créditos, una vez realizada la compensación, se tienen por extinguidos en la medida en que coincidan, en el momento en que por primera vez se hallaran frente a frente con el carácter de aptos para la compensación, esto es, en el momento en que haya surgido la posibilidad de compensar en favor de la parte que ahora declara la compensación. De esto resulta que desde este momento: a) no corren los intereses, no vencen las

(50) *Vid., La compensación en el proceso civil, op. cit., págs. 49 y ss.*

penas convencionales, no se produce la mora y se considera revocada la ya producida; b) es posible la compensabilidad con un crédito que al tiempo de aparecer por vez primera la compensación, no hubiese todavía prescrito, aunque lo esté en el momento de la declaración de compensación; c) es posible la compensación contra un crédito que en la época que se tornó compensable, no hubiese sido todavía pignorado o embargado, aunque ahora lo esté; d) es posible la compensación contra un crédito no cedido todavía al surgir la compensabilidad, aunque ahora el acreedor lo haya cedido; e) también se funda en las mismas ideas la compensabilidad en el concurso de acreedores.

Para VON TUHR *“la retroactividad está plenamente justificada por la idea de que la parte autorizada a la compensación (A), si entre ella y (B) no existe litigio alguno, no tiene por qué apresurarse a hacer uso de su derecho de compensación, razón por la que no es normal que emita la declaración correspondiente mientras (B) no pretenda hacer efectivo su crédito. Por tanto, cuando declara la compensación, ésta debe producir los mismos efectos que si se hubiese declarado en el primer momento. La retroactividad —para este autor— hace que a partir del momento en que son compensables ambos créditos, se hallen en un estado de pendencia resolutorio análogo al de la impugnabilidad”*.

HECK escribe en este sentido que *“(...) las normas tienen que ser completadas mediante una apreciación de los intereses. Existe un problema de formulación: una cuestión acerca de la mejor designación de la ya fijada delimitación de intereses. Según esta orientación metodológica son admisibles todas las diferentes formulaciones. Debe partirse de que el interés del deudor obtiene protección con el surgimiento de la situación de compensación. La protección consiste en que se le atribuye la facultad de compensación. En virtud de la fuerza retroactiva de la declaración, se le protege más fuertemente. Otra cuestión es la de saber cuál es el fundamento jurídico de la compensación. Según la llamada teoría de la*

autosatisfacción (Eigenbefriedigungstheorie), las compensaciones son actos del acreedor por las cuales se satisface. Para la llamada teoría de la prestación (Leistungstheorie) es una especie de cumplimiento, un acto del deudor. También existe aquí un problema de formulación y las dos fórmulas no se excluyen: la cualidad de la compensación debe verse, al mismo tiempo, en que satisface intereses del declarante y los de su adversario. Es, sin duda, una autosatisfacción y, al mismo tiempo, una prestación. Es al mismo tiempo acto del acreedor y acto del deudor. ¿Cuál de las dos eficacias combinadas es el fin último motivador del declarante, es algo que no puede decirse de modo general?” (51).

Sin duda todas estas teorías son razonables y desde luego no se deben descartar, pero en definitiva, para saber por qué razón deben extenderse los efectos de la compensación a un momento anterior al de su declaración, es necesario examinar todos los intereses en juego y optar por cuál se debe decantar la tutela de las normas.

A mi juicio, es ROJO AJURIA quien explica con mayor claridad y acierto la importancia del factor temporal en la compensación. Por este motivo, permítaseme traer a este lugar sus palabras, porque iluminarán a partir de este momento el funcionamiento y el motivo de muchos de los enigmas que en relación con los terceros se pueden plantear (52).

(51) En este punto HECK pone dos ejemplos muy significativos de lo que quiere decir: “Imaginemos: 1. Un gran comerciante de Hamburgo (A) tiene un crédito con el fabricante (B), que reside en una ciudad de Baviera. No quiere accionar por que duda de que los Tribunales territoriales bávaros conozcan bien los usos de comercio (los grandes comerciantes de Hamburgo —advierde el autor— muchas veces tienen estos prejuicios, aunque sin razón). Por tanto, (A) procura obtener a crédito mercancías de (B), lo consigue y compensa con su discutido crédito. De este modo, (A) se satisface y si (B) quiere conseguir la liberación obtenida a través de la compensación, debe litigar en Hamburgo. 2. (B) es deudor de (A) y la deuda soporta un alto interés y está garantizada con una valiosa prenda. A (B) le falta dinero para el pago y por eso aprovecha la oportunidad de obtener de (C) un crédito contra (A) en condiciones favorables, que compensa haciendo cesar el curso del interés y libera la prenda. En 1, el fin último es la satisfacción y en 2, es la liberación”. Vid., VAZ SERRA, “Compensação”, *op. cit.*, págs. 30 y ss.

(52) Vid., *La compensación como garantía*, *op. cit.*, págs. 76 y ss.

Para entender el funcionamiento de la compensación es necesario distinguir perfectamente tres momentos o situaciones temporales concretas (y no únicamente dos como proponía VAZ SERRA (53)): la *situación de coexistencia de créditos recíprocos* (situación en la que los contracréditos concurren en ambos patrimonios pero todavía no reúnen los requisitos legales para su compensación, *v.gr.*, porque alguno de ellos no ha vencido), la *situación objetiva de compensabilidad* (que existe cuando los créditos reúnen los requisitos para su compensación) y la *situación en la que alguna de las partes opone la compensación* (54). A partir de ahora nos referiremos, como hace ROJO, a estos momentos como situaciones 1, 2 y 3.

En un ordenamiento basado en el efecto *ipso iure* de la compensación, no es necesario hacer diferencia alguna entre las situaciones 2 y 3. Sin embargo, para aquellos que defiendan la necesidad de una declaración de voluntad, esta distinción es importante, puesto que se trata de tutelar la situación objetiva de compensabilidad [2] frente a las posibles injerencias de terceros (cesión plena o en garantía, embargos) que pueden tener lugar en el intervalo temporal que ha corrido hasta el momento de la oposición de la compensación [2 a 3]. En este orden de cosas, se puede observar —dice ROJO— que no existe contradicción en lo que se refiere a los efectos de la compensación, entre los ordenamientos de corte francés y los de raíz germana, puesto que ambos tutelan la situación de 2 a 3. La contradicción real entre ambos tipos de ordenamientos se manifiesta en la

(53) *Vid.*, *supra*, pág. 30.

(54) Advierte ROJO que, a veces, la confusión terminológica que se puede encontrar estudiando a los autores que confunden, por ejemplo, la coexistencia de créditos y situación objetiva de compensabilidad utilizando expresiones como coexistencia recíproca, sirve para desplazar o confundir la tutela que el ordenamiento jurídico proporciona a la situación objetiva de compensabilidad a la mera coexistencia de créditos. Tal desplazamiento —a juicio del autor— no es inocente, pues, de tal forma, se modifica sustancialmente la configuración jurídica de la compensación, *Vid.*, *La compensación como garantía*, *op. cit.*, pág. 78.

tutela o no tutela de la situación de coexistencia de créditos recíprocos [1].

La tutela de la situación objetiva de compensabilidad tiene una *ratio legis*: la compensación como medio de extinción de las obligaciones y se basa en la existencia de un derecho potestativo cancelatorio que forma parte integrante del crédito y que subsiste, por regla general, todo el tiempo que los créditos se mantienen en trance de compensabilidad (55).

166

“Ciertamente que en los ordenamientos jurídicos en los que la compensación tiene efectos automáticos, o retroactivos, la tutela de la situación jurídica de compensabilidad [2] en un momento posterior [3] no se basa en una actividad diligente del deudor en esa situación jurídica [2], como implica el pago, sino más bien en la confianza que la compensación como medio de extinción de obligaciones, y su componente de autotutela, generan en el deudor (los acreedores/deudores recíprocos pueden confiar en que ambos créditos se han extinguido y actúan en consecuencia)”. *Esto implica –como dice ROJO– que los terceros no podrán adquirir derechos sobre tales créditos, porque ya se habían extinguido* (la cursiva es mía).

En este punto debo discrepar del razonamiento de ROJO. Efectivamente, los defensores a ultranza del efecto automático de la compensación desde que tiene lugar la situación objetiva de compensabilidad [2], deberán defender que si ha existido una injerencia de terceros desde ese momento [2], éstos han adquirido un derecho inexistente, puesto que los créditos se habrían extinguido por compensación en el mismo instante en que se da la situación [2]. Se trataría, por ejemplo, de un contrato de cesión nulo, por inexistencia de su objeto (originaria o sobrevenida) que daría lugar a la restitución de las cosas a la situación que tenían en el mo-

(55) Esta es una explicación de VON TUHR que recoge ROJO para ilustrar el fundamento y naturaleza jurídica de la compensación, *ibidem*, pág. 79.

mento anterior a la cesión con la consiguiente responsabilidad *in contrahendo* (56). También, los favorables a la tesis de los efectos retroactivos de la compensación, desde la situación 3 a 2, en el caso de una cesión de créditos del artículo 1.198.2.º y 3.º C.c. afirmarán la existencia de un contrato de cesión inexistente, aunque con consecuencias diversas. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO afirma razonadamente que en el supuesto del artículo 1.198.1.º, el cedente responderá de la inexistencia del crédito en un momento posterior a la cesión, cuando el mecanismo extintivo tenga un origen anterior a la cesión: como es el caso de la compensación opuesta al cesionario por el cedido de un crédito contra el cedente anterior a la cesión. Sin embargo, la garantía de la *veritas nomine* no cubre la extinción o perjuicio del crédito cedido provocados por hechos o negocios posteriores a la cesión. En los casos anteriores el cesionario tendrá derecho a exigir al cedente la restitución del precio del crédito, los intereses, si el cesionario se los ha debido pagar al cedido, las costas de los pleitos, los gastos del contrato, los daños e intereses y los gastos voluntarios si el cedente era de mala fe. En los supuestos en que el crédito cedido se extinga por oponer el cedido al cesionario en compensación un crédito contra el cedente posterior a la cesión (art. 1.198.3.º), el cesionario dispondrá frente al cedente de una pretensión de reembolso por la suma compensada. La razón del surgimiento de esta responsabilidad la encuentra PANTALEÓN en que “el Código escapa del lógi-

(56) *Vid.*, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *op. cit.*, pág. 818, quien opina que si se parte de la premisa de que el artículo 1.527 no establece ningún contenido especial de la obligación de garantía de la *veritas nominis*, parece adecuado criterio el de integrar el precepto con referencia a las normas sobre evicción en la compraventa de cosas corporales, de manera que el cedente está obligado a restituir el valor del crédito en el momento en que la garantía se hace efectiva, los intereses o rendimientos si el cesionario hubiera tenido que restituirlos, los gastos de los pleitos que hubiera tenido que sostener y los gastos del contrato si los hubiera pagado. Además, existe responsabilidad contractual plena, centrada en el interés positivo, si el cedente hubiera sido de mala fe.

co molde de la nulidad por falta de objeto y adopta un régimen jurídico distinto que es más favorable para el cesionario, en la medida en que no se encuentra limitada la indemnización por el interés negativo” (57).

Pero, todavía existe una tercera tesis que se podría formular y es la de que como excepción que es a la regla general de la reciprocidad en la compensación, en los casos de la cesión del artículo 1.198.2.º (proposición 1.ª) y 3.º, el efecto de la compensación ni es automático, ni es retroactivo. La declaración de compensación por parte del deudor cedido surte efectos *ex nunc*, a partir del momento en que tenga lugar, y por consiguiente no se ha cedido un crédito inexistente. El cesionario podrá demandar al cedente en virtud de la acción general de responsabilidad contractual. Esta solución también la ha previsto ROJO cuando dice: “Por el contrario, un ordenamiento jurídico en que se llevase a las últimas consecuencias el carácter constitutivo de la declaración de compensación [3], o la ausencia de efectos retroactivos, tendría que permitir la adquisición de derechos por terceros hasta el momento de la declaración de compensación” (58). Y es en este punto en el que creemos que merece la pena hacer una puntualización. No se trata de que sea todo un ordenamiento jurídico el que atribuya efectos constitutivos a la declaración de compensación, sino que puede tratarse de uno, como el nuestro, en el que, bien admitiendo la eficacia *ipso iure* de la situación de compensabilidad [2], bien admitiendo los efectos retroactivos de la necesaria declaración de compensación (de 3 a 2), exceptione en algunos casos concretos la producción de este efecto general por razones de política legislativa tales como la protección de la confianza del deudor cedido, precaver posibles fraudes entre el cedente y cesionario para evitar la compen-

(57) *Vid.*, *Cesión de créditos*, *op. cit.*, págs. 1111 y ss.

(58) *Ibidem*, pág. 80.

sación por parte del deudor cedido o cualquier otro interés digno de tutela (59).

Según ROJO, *“la ratio legis basada en la extinción de los créditos justifica la tutela de la situación objetiva de compensabilidad [2] a partir de ese momento (de 2 a 3). Sin embargo, no puede justificar una posible tutela de la situación de coexistencia de créditos recíprocos (de 1 a 2), porque éstos todavía no se han extinguido (o no se ha incorporado el derecho potestativo cancelatorio). Y es que la exigencia del cumplimiento de todos los requisitos de compensabilidad (art. 1.196 C.c.) no es sino la consecuencia de dicha ratio legis. Para que dos créditos sean, jurídica y económicamente, equivalentes, y puedan extinguirse por compensación, es necesario que se hayan cumplido tales requisitos. El supuesto de hecho del efecto jurídico extintivo de la compensación no puede ser otro que el cumplimiento de los llamados requisitos de compensabilidad (60).*

169

La tutela jurídica de la situación de coexistencia de créditos [1] se basa evidentemente en un supuesto de hecho diferente y, también, en una ratio legis distinta. El problema es la adquisición de derechos por terceros mientras dura tal situación (de 1 a 2). La ratio legis de la extinción, sobre todo en su identificación con el pago, lleva a negar la posibilidad de que la situación jurídica de compensabilidad llegue a producir efectos: si no se puede pagar, tampoco se puede compensar. La esperanza de los acreedores/deudores en una futura compensación puede verse frustrada sin más, ya que la ratio legis de la extinción/pago de las obligaciones es ajena a la situación de coexistencia de créditos.

La tutela jurídica de la situación de coexistencia de créditos exige acudir a otra ratio legis: la configuración de la

(59) *Vid.*, en nota 51 los ejemplos puestos por HECK de los motivos que pueden llevar al sujeto a querer o no querer compensar.

(60) ¿Será legítima y digna de tutela la esperanza o confianza del deudor en una futura situación de compensabilidad (es decir, de 1 a 2)?

compensación como garantía. No se trata –a juicio de ROJO– de una cuestión accidental de añadir o quitar algún requisito, sino de configurar un supuesto de hecho diferente para unos efectos jurídicos distintos. El supuesto de hecho de la garantía exige fundamentalmente una obligación principal garantizada, un bien objeto del derecho de garantía, y un acuerdo entre las partes. La coexistencia de créditos nos proporciona las obligaciones garantizadas y el objeto de la garantía. El quid iuris radica entonces en el acuerdo entre las partes: tal acuerdo de garantía se presume, dada la reciprocidad de los créditos, por razones de justicia, equidad, conexión de los créditos, ... La justificación de la compensación como garantía es entonces la justificación de tal presunción” (61).

170

Pues bien, hasta aquí los argumentos de ROJO AJURIA acerca de las distintas situaciones que hay que analizar a la hora de hablar de compensación de créditos. Aunque algunos de ellos nos parezcan discutibles, lo que sí es cierto es que nos han ayudado a vislumbrar en alguna medida el camino que hay que tomar a la hora de afrontar el problema de la intermediación de los terceros en la compensación de créditos. Por este motivo, se deben seguir sus consejos y en cada uno de los supuestos especiales de injerencia de terceros habrá que tener en cuenta el momento en que ha tenido lugar (es decir, si en la situación de coexistencia de créditos recíprocos, la situación objetiva de compensabilidad o el momento de la efectiva oposición de la compensación). Sin embargo, estamos convencidos de algo que se ha dicho con anterioridad: no existe una sola compensación, ni un solo régimen compensatorio, y la respuesta a los problemas que se planteen dependerá en gran medida del prisma con el que se mire o del supuesto específico de que se trate. Así, si sólo se quiere ver en la compensación un medio de pago (que quizá sea la función que en realidad menos tiene que ver con la verdadera finalidad del mecanismo) se acep-

(61) *Ibidem*, págs. 80 y 81.

tará sin problemas, por ejemplo, que un tercero ajeno a la relación obligatoria se inmiscuya en ella y en vez de pagar la deuda ajena compense. Si sólo se mira la compensación desde el punto de vista de la función de autotutela del deudor demandado, en este mismo ejemplo, se negará cualquier posibilidad de que el tercero compense. Si se ampara uno en el papel procesal que cumple la compensación, se llegará a la conclusión de que se trata de un medio de defensa oponible y que la compensación no se actúa, se opera o se ejercita, sino que se opone. Es más, se llegará a la conclusión de que ni se trata de un subrogado del cumplimiento, e incluso a que ni siquiera debería estar situada entre los modos de extinción de las obligaciones. Por todo ello, hay que avanzar una idea: con este trabajo no se persigue cuadrar forzosamente la figura de la compensación, sino dejar esbozados algunos planteamientos y posibles líneas de solución a lo que ya algún autor ha denominado “*los misterios de la compensación*” (62), o parafraseando a ROJO, a quien ya se han expropiado muchas ideas, *la foto fija del pago abreviado nos revela muy poco de las verdaderas dimensiones de la compensación, como en una película con asesinato, lo más interesante es conocer los acontecimientos anteriores y el desenlace final* (63), aunque en este caso dudamos de que el desenlace no quede al arbitrio de los lectores.

(62) Vid., NDOKO, “Les mystères de la compensation”, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 4, 1991, págs. 661 y ss.

(63) *Ibidem*, pág. 82.

IV. Los llamados “presupuestos subjetivos” de la compensación

Los artículos 1.195 y 1.196 del Código civil establecen los requisitos que deben reunir los créditos y los sujetos para que pueda operarse su compensación. En este sentido, el primero de ellos habla de que las dos personas por *derecho propio* sean *recíprocamente* acreedoras y deudoras la una de la otra, y el segundo exige que cada uno de los obligados lo esté *principalmente* del otro. Por consiguiente, al analizar si los sujetos de la compensación cumplen los requisitos que la ley les exige habrá de confirmarse: 1.º) que el crédito que pretenden compensar se ostente por derecho propio; 2.º) que entre ellos exista una situación de reciprocidad, en el sentido de que sean a la vez deudores y acreedores entre sí y 3.º) que su situación de deudores y acreedores recíprocos lo sea en una relación obligatoria principal, lo que a *sensu contrario* excluye a los deudores y acreedores accesorios y a todos aquellos que estén actuando en nombre y representación de otro. Veamos con algún detenimiento cada uno de estos requisitos y la finalidad que se persigue con la exigencia legal de que concurren.

172

A) El derecho propio.

La doctrina es unánime a la hora de afirmar que cuando la norma habla de *derecho propio* no debe interpretarse en el sentido de que deba tratarse de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas de los contratos bilaterales (64), pero

(64) En STS de 7 de junio de 1983 puede leerse: “no existirá compensación en su genuino sentido cuando las recíprocas prestaciones reflejadas en correlativos abonos y adeudos llamados a liquidarse mutuamente fluyan de un contrato único en cuya ejecución, por hallarse comprometidas, tuvieran efecto aquéllas, no dándose entonces el presupuesto o requisito de la dualidad de los créditos sujetos a compensación, el cual ha de referirse a fuentes asimismo duales, lo que excluye del concepto aquellas obligaciones que nacen del contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve

no acaba de fijarse unánimemente el sentido de la expresión, ni el alcance de este requisito. Como explica VALPUESTA FERNÁNDEZ, su inclusión en el Código parece que se justifica por la polémica que con anterioridad a la publicación del Código se había suscitado en torno a algunos supuestos y que el legislador quiso zanjar. Concretamente se referían a la posibilidad de que el representante compensara deudas o créditos del representado, el socio respecto de la sociedad, el heredero en relación a la herencia aceptada a beneficio de inventario (65). Es decir, en todos aquellos supuestos en los que las relaciones existentes entre personas o patrimonios puedan inducir a una suerte de legitimación para compensar un crédito o una deuda ajenos (66).

MORENO TORRES-HERRERA subraya la inutilidad de entender de esta manera tradicional el requisito del “*derecho propio*”, puesto que quedaría incluido en el de la reciprocidad. “*Si el representante —dice la autora— no puede compensar sus deudas con las que sus acreedores ostenten frente al repre-*

173

en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte contratante como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencia equivalencia, siendo la estructura sinalagmática ajena a la situación que propicia la compensación propia en la cual no existe sentido sinalagmático alguno ni originaria (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra), ni finalísticamente, no produciéndose por ella la mutua interdependencia que contempla el artículo 1.124 C.c.” La curiosidad de esta sentencia radica en que niega la posibilidad de compensar las obligaciones *ex eadem causa*, que fueron precisamente las que históricamente se podían compensar. La doctrina es unánime y se puede decir que también la jurisprudencia, puesto que se trata de una sentencia aislada, en considerar compensables tanto las obligaciones que se deriven de la misma causa como las que deriven de títulos distintos (*ex dispari causa*), siempre que concurren los requisitos legales para operarla.

Para Díez-PICAZO las razones expuestas en esta sentencia para negar la compensabilidad no resultan convincentes: “*podrá entenderse en algunos casos que la forma de haberse construido el sinalagma por las partes impide la compensación legal, pero ésta no puede ser la regla general. Por ejemplo —explica el autor—, no cabe duda de que el arrendatario puede compensar su deuda de las rentas arrendaticias con los créditos que pueda ostentar por otro título derivado del propio contrato de arrendamiento, como los desembolsos realizados en obras que no sean de su cuenta*”, *vid., Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *op. cit.*, pág. 42.

(65) *Vid.*, STS de 14 de abril de 1884.

(66) *Vid.*, “Comentario al artículo 1.195”, *op. cit.*, pág. 280.

sentado no es sino porque en tales casos falta la necesaria reciprocidad. El representante aparece como deudor, pero no como acreedor (el acreedor sería el representado)” (67). Para LÓPEZ VILAS (68), sin embargo, “se trataría de una excepción a la regla general del artículo 1.158, que permite el pago por tercero, puesto que se le permitiría saldar mediante compensación su propia deuda pero no la de un tercero, a diferencia de lo que ocurre en tema de cumplimiento de las obligaciones”. DíEZ-PICAZO hace una lectura negativa del requisito y lo conjuga con todos los demás presupuestos, concluyendo que la compensación se produce cuando ambas partes sean, en cada relación obligatoria, acreedoras y deudoras principales y cuando el crédito que se compensa sea un derecho propio de aquél que lo compensa. “La regla significa –a su juicio– que no pueden oponerse en compensación aquellas deudas en las cuales una persona se encuentra obligada de manera principal con aquellas otras deudas constituidas por quien actuaba por cuenta y en nombre de otro. Esto es aplicable al fenómeno de la representación legal y a la representación voluntaria” (69).

No parece que ninguna de estas interpretaciones del requisito subjetivo del “*derecho propio*” sea incompatible. GARCÍA GOYENA al comentar este requisito dice “*por esto, si el tutor pide lo que se debe a nombre del pupilo, no podrá el deudor oponer la compensación de lo que le debe el tutor suo nomine*” (70).

Efectivamente, con la inserción de esta exigencia se está excluyendo la posibilidad de que el sujeto que pretenda liberarse de su obligación lo haga mediante la compensación

(67) Vid., *La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodatío*, Barcelona, 1994, pág. 153.

(68) Vid., “Comentario al artículo 1.195”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XVI, vol. 1, pág. 421.

(69) Vid., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *op. cit.*, pág. 543.

(70) Vid., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, op. cit.*, págs. 599.

de un crédito o una deuda de la que no es titular. La regla, en definitiva, viene a prohibir la compensación de créditos ajenos. Tanto el deudor como el acreedor que quieran compensar deberán hacerlo, en línea de principio, con y contra créditos de los que ostenten su titularidad, no pudiendo utilizar con fines liberatorios créditos de terceros. Si es ésta la interpretación que debe dársele al presupuesto del artículo 1.195, y estamos convencidos de que lo es, habrá que preguntarse sobre el fundamento de esta limitación a la facultad de compensar. ¿Por qué no se puede compensar con un crédito ajeno? Supongamos que (A) debe a (B) 1.000 y que (B) a su vez debe 1.000 a (C), si (A) cuenta con el consentimiento de (C), ¿podría utilizar su crédito para compensar su deuda con (B)? ¿Podría compensar, aun sin su consentimiento, si (C) le debiera a (A) 2.000?

VAZ SERRA explica la razón de este requisito con las siguientes palabras: *“si el deudor no tiene un crédito o si no debe al acreedor, no puede haber compensación (...), pues no existiendo alguno de los dos créditos falta la base de la compensación, que es la reciprocidad de los créditos. La extinción de los créditos resultante de la compensación, no es un efecto de la declaración de la compensación, sino, sobre todo, de la situación de la compensación, esto es, de la situación de hecho de compensabilidad de los créditos, a partir de la cual los créditos se consideran extinguidos”* (71). Creemos que las palabras del autor portugués pueden dar alguna clave para entender el requisito de la titularidad del crédito que se pretende compensar. Si se parte de que la compensación tiene lugar desde que ambos créditos coinciden en el tiempo con los requisitos legales que el Código exige, aunque sea necesaria una declaración de voluntad de compensar, habrá que concluir que si el sujeto que opone la compensación no detenta la titularidad del crédito, no existe, ni ha existido nunca la situación de compensación necesaria.

(71) *Vid.*, “Compensação”, *op. cit.*, pág. 34.

Cuestión distinta es que el deudor se haga ceder un crédito ajeno para poder compensarlo, porque en este caso, la compensación de la que se habla ya no es una compensación legal normal (entendiendo por ésta la que están reflejando los arts. 1.195 y 1.196), sino una excepción a la regla general, puesto que falta desde el principio uno de los requisitos impuestos legalmente para que opere la primera. Si el deudor que pretende compensar no es titular del crédito, no habrá existido nunca ni la situación de coexistencia de créditos recíprocos, ni la situación de compensabilidad.

Además hay que añadir una segunda justificación y es la de que como con la compensación quedan extinguidos ambos créditos, no puede el deudor valerse para lograr este efecto de manera obligatoria de los créditos de un tercero, aunque este tercero dé para ello su consentimiento. El acreedor quedaría perjudicado pues, al tiempo que el deudor podría compensar contra él, él no puede hacerlo contra el deudor (72).

Sin embargo, y aun estando casi convencida de que las explicaciones de VAZ son las más adecuadas, hay algo que no se acaba de entender: si la regla es la de que nadie puede oponer en compensación un crédito ajeno, porque está disponiendo de un derecho que no es suyo para obligar al acreedor a extinguir su deuda, habrá que concluir que la compensación, como derecho potestativo o facultad integrante del derecho de crédito, debe siempre ejercitarse (oponerse) y, por consiguiente, no opera automáticamente como quiere la doctrina que apoya la tesis de la automatización de la compensación, además de estar en clara contradicción con su formulación, puesto que si tan automática es la compensación, ¿cómo es que se le permite a un sujeto la utilización con fines compensatorios de un crédito ajeno o al tercero compensar con su propio crédito?

(72) *Vid.*, "Compensação", *op. cit.*, pág. 37.

Quizá lo mejor sea pensar que un fundamento razonable para no permitir que, por la fuerza de la ley (que no convencionalmente, es decir, con el consentimiento del acreedor y del tercero titular del crédito compensable) se puedan utilizar créditos ajenos para resolver las obligaciones, radica en una cuestión de equidad o de justicia. La compensación es un modo de extinción recíproco y, por consiguiente, si se aceptara esta posibilidad, sin contar con el consentimiento del acreedor, se estaría perjudicando su situación y el interés del *accipiens*, que puede preferir no extinguir su relación jurídica ni con el deudor ni con el tercero, además de permitir el fraude a que pueden dar lugar todas estas operaciones en perjuicio de los acreedores. Al igual que en la situación contraria se estaría perjudicando el interés del deudor si se permitiera sin más que el acreedor, que a su vez es su deudor, cediera su crédito para evitar una potencial compensación de créditos por parte de aquél (del deudor cedido). En este punto, conviene distinguir claramente la función que cumple el pago, de la función solutoria que cumple la compensación, puesto que si a ésta última se le otorga la misma finalidad que tiene el pago (cumplimiento, satisfacción y liberación) difícilmente se verá razón alguna para negar la utilización de un crédito ajeno para pagar/compensar la deuda, puesto que el artículo 1.158 admite el pago por tercero. Por ello, hay que distinguir la función de pago (que más que una función es un efecto final) de la función de garantía y de autotutela que tiene el mecanismo de la compensación.

177

Sea como fuere, a mi juicio, deberá resolverse esta cuestión tomando en cuenta todos los intereses en conflicto y en este sentido, parece más conforme con las reglas del Código y con el fundamento de autotutela y garantía de la compensación en mente, oponerse a la posibilidad de que se compense de manera obligatoria utilizando contracréditos ajenos.

DÍEZ-PICAZO explica que el problema de la intermediación de un tercero en la compensación, era discutido ya en

las fuentes en las que se dudaba de “*si podía operarse la compensación con carácter obligatorio si el deudor ofrecía presentar un tercero, acreedor de su acreedor, que consentía tal compensación. Sería, por decirlo así, un delegado, que en lugar de recibir un mandato de pago, aceptaba un mandato de compensar. PAPINIANO decidió la cuestión aplicando rigurosamente el principio de que la compensación sólo se produce cuando las partes de ella son acreedoras y deudoras por derecho propio, de manera que nadie está obligado a compensar lo que deba a otra persona distinta de su deudor. POTHIER comenta que esta solución había sido criticada por BARBEYRAC en sus notas a PUFFENDORF, pensando con razón que PAPINIANO había llevado demasiado lejos la sutileza y que la compensación, en un caso como el descrito, debe ser admitida. Puesto que al acreedor le es indiferente recibir la suma debida de uno o de otro, es injusto oponerse a la compensación que realice un tercero que actúa por cuenta del deudor, aunque la compensación que pretenda sea con un crédito suyo. POTHIER entiende que pueden conciliarse ambas opiniones, distinguiendo los casos en que las sumas sean completamente iguales, de manera que por la compensación quedan extinguidas ambas deudas, caso en el cual la compensación debe admitirse. Y aquellos otros en que, tras la compensación, quede algún resto, que deben recibir la solución contraria, pues si así no fuera, se obligaría al acreedor a recibir el crédito por partes en contra de lo que son las reglas generales” (73).*

Las dos únicas reglas especiales que nuestro Código civil tiene como excepciones a la exigencia de que el contracrédito compensable sea propio y, por lo tanto, en las que se permite utilizar un crédito ajeno para compensar una deuda propia, son las del supuesto del fiador regulado en el artículo 1.197 y el de la solidaridad del artículo 1.143 (desarrollado en los arts. 1.146 y 1.148). Por consiguiente, parece que si el Código regula expresamente estos dos supuestos, en

(73) *Vid., Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. II, op. cit., pág. 542.*

principio, no permite la compensación con créditos ajenos. En el Proyecto del 51 aparecía otro caso más de compensación con crédito ajeno, que no pasó al Código civil: “*Son compensables la deuda del heredero á favor de un tercero con la deuda de éste á favor del causante de aquel, y la deuda de un tercero á favor del heredero con la del causante del heredero á favor del tercero, siempre que la herencia se haya admitido puramente, y no cuando se haya admitido a beneficio de inventario*” (art. 1.129). La razón, según explica GARCÍA GOYENA, radica en la confusión de derechos que tiene lugar una vez aceptada pura y simplemente la herencia y que, por el contrario, no existe si la acepta a beneficio de inventario, lo que confirma la regla de la prohibición de compensar con deudas ajenas (74).

B) La reciprocidad.

Ya se ha dicho anteriormente que quizá en el único punto en el que coinciden todos los autores y casi toda la jurisprudencia (75) es en afirmar que cuando el artículo 1.195 exige que los dos sujetos de la compensación sean recíprocamente acreedores el uno del otro, no está requiriendo que se trate de obligaciones sinalagmáticas, ni que los créditos que se compensan procedan de la misma causa. Como dicen PÉREZ y ALGUER “*una cosa son las obligaciones recíprocas (art. 1.100 y art. 1.124 C.c.) y otra que dos personas sean re-*

(74) Vid., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, op. cit.*, pág. 603.

(75) Salvo la STS de 7 de julio de 1983 a la que se ha hecho referencia, *vid.*, nota 46, pág. 41 y PUIG BRUTAU, puesto que parece opinar que “no sería normal que la compensación se produjera respecto a las prestaciones nacidas de un solo contrato, pues si es un pago abreviado que evita el inútil rodeo de entregar lo que luego hay que devolver, se comprende que no puede nacer tal efecto de las prestaciones resultantes de un solo contrato, que siempre tendrá por razón de ser la producción normal de un intercambio efectivo”, *vid.*, LÓPEZ VILAS, “Comentario al artículo 1.195”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, *op. cit.*, pág. 420.

cíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra” (76). “Las obligaciones bilaterales o recíprocas —dice LÓPEZ VILAS— son aquellas en que cada una de las partes se hace prometer una prestación y promete otra a título de contrapartida de aquélla, de forma que para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas se requiere no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por consiguiente, que exista entre ellas una mutua condicionalidad. En cambio lo que el artículo 1.195, que ahora comentamos, preceptúa es simplemente que dos personas «sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra», sin sentido sinalagmático alguno: ni genético (en cuanto una atribución patrimonial deba su origen a la otra), ni funcional (con el que se expresa en el caso del art. 1.124 precisamente la interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí, en el sucesivo desarrollo de la relación contractual)” (77).

CARAVELLI extrae del requisito legal de la reciprocidad, que existirá siempre que los dos sujetos estén obligados a cumplir *in proprio* las obligaciones, los siguientes principios: 1.º) La reciprocidad va siempre referida a las personas a quienes les incumbe el cumplimiento; 2.º) Para los obligados subsidiariamente, sólo surge la reciprocidad cuando su responsabilidad haya sido requerida expresamente, por haberse dado los requisitos legales necesarios (por ejemplo, el *beneficium excussionis* en el caso de la fianza o el protesto en la acción cambiaria); 3.º) La reciprocidad no puede obstaculizarse por el hecho de que, en la asunción de la obligación, los sujetos hayan actuado por cuenta ajena (por ejemplo, en el mandato); 4.º) La reciprocidad tampoco puede obstaculi-

(76) Vid., DE ARRILLAGA, voz “Compensación”, en *Nueva Enciclopedia jurídica*, tomo IV, Seix, Barcelona, 1952, pág. 484.

(77) Vid., LÓPEZ VILAS, “Comentario al artículo 1.195”, en *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág. 420.

zarse por el hecho de que las personas que han contraído las obligaciones, no se correspondan con aquellas que responderán en caso de incumplimiento (78).

PERLINGIERI (79), sin embargo, atribuye al concepto de reciprocidad un sentido diverso. Según este autor la reciprocidad no exige que *dos* personas estén obligadas una frente a la otra, sino que un crédito forme parte de un patrimonio y que el contracrédito lo sea de otro patrimonio distinto. Es necesario, por lo tanto, no la reciprocidad de personas, sino la dualidad y separación de patrimonios. Es imprescindible distinguir los patrimonios, porque una misma persona se puede encontrar como titular de dos patrimonios: de uno a título personal y de otro en virtud, por ejemplo, de una relación de representación legal o voluntaria. De este modo, mientras se puede hablar de reciprocidad, y quizá de compensación, allí donde los créditos-deudas pertenezcan a distintos patrimonios que gestiona un único sujeto, no sucede lo mismo cuando los contracréditos, aunque se relacionen con sujetos diversos, pertenezcan a un mismo patrimonio. PERLINGIERI ilustra la utilidad de esta observación con el siguiente ejemplo: Supongamos que Tizio, como titular de su propio patrimonio, es deudor de Cayo y, como representante legal de su hijo menor, es acreedor de Cayo, éste último sería respectivamente acreedor personal de Tizio y deudor del hijo menor o de su representante. Pues bien, en este supuesto la deuda pertenece al patrimonio personal de Tizio, mientras que el crédito forma parte de un patrimonio autónomo del que Tizio es administrador legal y no se puede operar la compensación, porque falta el requisito de la reciprocidad de los contracréditos, ya que pertenecen a patrimonios que no están recíprocamente obligados.

(78) *Vid.*, *Teoría della compensazione*, Pisa, 1930, pág. 26.

(79) *Vid.*, "Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento", en *Commentario del Codice civile a cura de Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1975, págs. 258 y ss.

Si la *ratio* de la compensación es tanto la de evitar dos cumplimientos como la de autotutelar al sujeto, porque si cumple primero, puede correr el riesgo de no recibir su contraprestación, es ésta misma la que exige que la reciprocidad haga referencia a los patrimonios y que, por consiguiente, los efectos de la compensación recaigan sobre el mismo patrimonio del que ha salido el contracrédito compensable. De otro modo, un sujeto podría valerse de un derecho ajeno para liberarse de una deuda propia. La manera de controlar la concurrencia del requisito de la reciprocidad es la de observar si con la compensación se produce la pérdida del derecho de crédito y la extinción de la deuda en el mismo patrimonio y si lo mismo ocurre en el otro patrimonio compensante.

182

El civilista italiano finaliza sus reflexiones, a mi juicio muy reveladoras, acerca del presupuesto de la reciprocidad haciendo referencia a su concurrencia en el caso de la intermediación de los terceros en la compensación. Para éste, precisamente porque la reciprocidad se refiere a los patrimonios a los que pertenecen los contracréditos, en las hipótesis de sucesión en el crédito o en la deuda, la reciprocidad se establece entre los créditos y las deudas pertenecientes a los nuevos patrimonios de los que han entrado a formar parte (nueva reciprocidad), salvo que, para ciertos efectos y en interés del deudor cedido, se conserve la vigencia de la reciprocidad originaria que tiene, por decirlo de algún modo, una *vis* atractiva respecto a la reciprocidad sucesiva. Sin embargo, el simple cambio del sujeto originario titular del patrimonio no tiene importancia para la reciprocidad, puesto que permanece la originaria siempre que los contracréditos continúen perteneciendo a aquellos patrimonios originarios (por ejemplo, representación legal o voluntaria con cambio de representante, sucesión universal con confusión de patrimonios). No se trata, en este caso, de una sucesión en la cualidad de acreedor o deudor, sino en el crédito o la deuda, de adquisición del crédito o de asunción de deuda. La cualidad de

acreedor o deudor expresa la titularidad del crédito o de la deuda, o lo que es lo mismo, su entrada en el patrimonio en un momento sucesivo al de su adquisición o extinción.

Con el requisito de la reciprocidad se pretende que los dos sujetos de la compensación tengan a la vez el doble y mutuo carácter de acreedor y deudor y esto sólo ocurrirá cuando los contracréditos provengan de patrimonios separados, en cada uno de los cuales existirá una deuda y un crédito correspondiente al crédito y a la deuda del otro patrimonio. Todo ello significa que contra el crédito reclamado sólo puede compensar, por regla general, el deudor obligado (sujeto pasivo del crédito y titular de otro derecho de crédito frente al reclamante), lo que, por consiguiente, excluye a los terceros, que no podrán oponer en compensación sus propios créditos.

El único supuesto en el que el Código admite que el deudor le oponga en compensación al acreedor un contracrédito que no tiene frente a él, frente a su patrimonio, es el del deudor cedido del artículo 1.198 (80).

183

C) El carácter principal de los sujetos compensantes.

El artículo 1.196.1.º del Código civil les exige además a los sujetos que pretendan operar la compensación de sus créditos que estén obligados principalmente, es decir, que en su relación recíproca de acreedores y deudores el uno del otro lo sean de manera principal y directa y no accesoria.

(80) Para PANTALEÓN PRIETO la justificación de la regla del artículo 1.198 se encuentra en el principio general de que el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo y el deudor no puede resultar perjudicado por el contrato de cesión, que no requiere para su validez y eficacia el consentimiento de aquél, *vid.*, "Cesión de créditos", en *Anuario de Derecho civil*, 1988, pág. 1116. Para CAÑIZARES LASO la actitud del deudor es fundamental para resolver el problema de la oponibilidad de la excepción de compensación, siendo favorable a aplicar analógicamente el supuesto de la cesión de créditos regulada en el artículo 1.198 al pago por tercero en algunos supuestos en los que ha existido subrogación del tercero en los derechos del acreedor originario, *vid.*, *El pago con subrogación*, *op. cit.*, pág. 147.

En el Proyecto de 1851 este requisito no aparece contemplado junto a los dos anteriores. Sin embargo, el artículo 1.127 del Proyecto establece la posibilidad de que el fiador oponga en compensación el crédito del deudor principal. Reza así: *“El fiador puede utilizar la compensación de lo que el acreedor debiere á su deudor principal, pero este no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador. Tampoco el deudor mancomunado puede reclamar compensación de lo que el acreedor debe á su co-deudor”*. El comentario de GARCÍA GOYENA a esta norma puede resultar muy útil para resolver alguno de los interrogantes que este precepto plantea. La expresión *“a su deudor principal”* viene establecida —explica— *“porque el fiador, como dice la ley romana, no puede estar obligado á mas de lo que puede ser condenado el deudor principal; y porque la estinción de la obligación principal en todo ó en parte envuelve respectivamente la de la accesoria, como es la fianza”*. La regla de que *“este (deudor) no puede, etc.”* trae su causa de que *“la circunstancia de la fianza no puede dar derecho alguno contra el acreedor á quien está obligado por sí mismo; y de consiguiente, no puede disponer de un derecho ageno”*. Por último, según afirma GARCÍA GOYENA, la norma de la prohibición de compensación para el *deudor mancomunado* viene establecida *“porque este, según el artículo 1.067 (81), no puede oponer las escepciones que sean personales de los demás co-deudores; y pidiéndosele el todo, no se le pide sino lo que él mismo debe; en suma, es deudor principal. Pero si uno de los co-deudores, demandado por el acreedor, le ha opuesto la compensación de lo que debe al mismo y ha ven-*

(81) El artículo 1.067 del Proyecto de 1851 establecía: “El deudor mancomunado puede oponer las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación o sean comunes a todos los codeudores. Podrá también oponer las que le sean personales, pero no las que lo sean de los demás deudores”. Si se compara este precepto con nuestro actual artículo 1.148 se puede observar que la regulación de las excepciones oponibles en la solidaridad de deudores del Proyecto de 1851 y la del actual Código civil, varía tan sólo en lo que a la posibilidad de oponer las excepciones personales ajenas se refiere.

cido en el juicio, bien podrá otro co-deudor aprovecharse de la sentencia, pues que en este caso se reputa que opone la extinción de la deuda mas bien que una compensación” (82).

Parece que la explicación de GARCÍA GOYENA es clara en cuanto a los motivos de excluir de la regla general al fiador (y habría que pensar también si es extensible a todo aquél que esté en una posición de garante del cumplimiento, *v.gr.*, en la prenda e hipoteca constituida por tercero). Pero también es importante esta norma, como precedente del actual artículo 1.197 C.c., por dos motivos: primero, en cuanto prevé la situación contraria. Es decir, la prohibición al deudor principal de utilizar los créditos del fiador para compensar, porque estaría disponiendo de un derecho ajeno y, la regla general es su prohibición (por lo tanto, hay que afirmar que el caso del fiador es una excepción clara). Este supuesto no pasa al Código, quizá porque se desprende fácilmente de la propia lógica de la proposición primera interpretándola *a contrario*. El segundo es la inclusión de la prohibición de compensar créditos ajenos para los codeudores solidarios, que tampoco pasa al Código civil en los artículos dedicados a la compensación, pero que aparece de forma general en el artículo 1.148. En este sentido, parece que para GARCÍA GOYENA la compensación es una excepción de naturaleza personal y no real, lo que lleva a consecuencias importantes.

En la doctrina moderna, el requisito de que los acreedores y deudores se encuentren en una relación principal ha sido explicado de diferentes maneras. Así, según VALPUESTA FERNÁNDEZ (83), esta exigencia responde al mismo principio que inspira el artículo precedente (reciprocidad y derecho propio), es decir, evitar que una persona compense su crédito o deuda por cuenta de otras personas o con deudas de las que no es titular. Sin embargo, no parece que el funda-

(82) *Vid.*, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, op. cit.*, págs. 601 y 602.

(83) *Vid.*, “Comentario al artículo 1.196”, *op. cit.*, pág. 281.

mento de este presupuesto sea el mismo que el de los anteriores, porque, además de tratarse de una repetición inútil, con su inserción lo que se está excluyendo es la compensación de créditos y deudas accesorias pero no se está evitando que los sujetos se sirvan de derechos ajenos para extinguir sus propias obligaciones. Se veta que se compensen deudas principales con créditos accesorios y viceversa, y que se puedan utilizar créditos provenientes de relaciones obligatorias accesorias para extinguir obligaciones principales.

186

Más de acuerdo con su fundamento está la explicación de LÓPEZ VILAS, para el que mientras que lo que el legislador español señala en el artículo 1.195 C.c. es que los interesados han de ostentar los derechos y obligaciones como pertenecientes a los mismos (excluyendo a los terceros) y que la relación que les debe unir es la mutua e inversa reciprocidad en su posición de acreedores y deudores, el artículo 1.196.1.º se está refiriendo a la relación de las deudas y los créditos entre sí. De este modo, ambos sujetos deben ser acreedores y deudores principales, directos e inmediatos. Este requisito impide la compensación cuando en alguna de las obligaciones hay entre los interesados un intermediario (representante en nombre y por cuenta ajena) o cuando en alguna de ellas, el deudor tiene un crédito contra alguien que a su vez es acreedor de su acreedor, o cuando se ha garantizado mediante fianza a un deudor de aquél. En lo único que puede verse una repetición, pero no inútil de lo establecido en el artículo precedente, es en el hecho de que efectivamente parece que la preocupación del legislador español de 1889 es la de destacar el carácter principal, recíproco y directo de las deudas y de sus titulares (84).

El único caso que contempla nuestro Código civil en el que se le permite al sujeto que compense un contracrédito en una relación jurídica accesoria es en el caso de la fian-

(84) *Vid.*, “Comentario al artículo 1.196”, en *Comentarios del Código civil y compilaciones forales*, *op. cit.*, pág. 425.

za (no en vano el art. 1.197 C.c. que empieza advirtiendo “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior”). Pero no es sólo que al fiador se le permita compensar su propio contracrédito frente al acreedor, sino que también se le permite compensar un crédito ajeno (el del deudor principal) en una relación subsidiaria como es la de la fianza. ¿Por qué razón el legislador hace esta excepción con el fiador? Seguramente porque, habida cuenta de la naturaleza subsidiaria y accesorio de la fianza, el deudor no puede sujetarse a más, ni en peores condiciones que el deudor principal (art. 1.826 C.c.) y, si éste goza de un medio para extinguir la deuda principal y no lo hace, perjudica la posición del fiador. Ahora bien, también hay que tener en cuenta que si el fiador paga sin ponerlo en conocimiento del deudor, puede éste último hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago (art. 1.840 C.c.).

187

Y este recordatorio del artículo 1.840 enlaza con otra cuestión más que, a juicio de quien escribe, es de mucha más envergadura de lo que a primera vista pudiera parecer. Se trata de aquellos supuestos en los que el legislador permite a una persona diversa al titular del derecho de crédito oponerle en compensación. Pues bien, al hilo de la regla de las obligaciones principales y de la norma contenida en el artículo 1.197 C.c., en el caso de la fianza, aunque también ocurre en algunos otros casos, se suele concordar el artículo 1.197 C.c. con el 1.853 C.c., que establece que *el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, más no las que sean puramente personales del deudor* (la misma regla se dispone en el art. 1.148 C.c. para la solidaridad de deudores). De aquí se quiere deducir que la excepción de compensación es una excepción real, derivada de la propia naturaleza de la obligación y no personal del sujeto titular del derecho de crédito. Sin embargo, y ya se ha aproximado anteriormente, a la hora de analizar las con-

secuencias de tales afirmaciones, todos los autores que defienden la naturaleza real de la excepción de compensación, están de acuerdo en afirmar que el fiador y el codeudor solidario se pueden servir de ella sólo en cuanto puede revertir en su utilidad.

En mi opinión, el problema de configurar la compensación como una excepción personal o real no va más allá del que tiene establecer la titularidad del derecho de crédito que se pretende compensar. No se puede afirmar tan rápidamente que el Código prohíbe, como regla general, la compensación de créditos ajenos, para luego remitirse, en el caso del deudor solidario o del fiador, a los artículos que admiten la oposición de las excepciones personales de otros, y afirmar que en este caso concreto son de naturaleza real o inherentes a la propia obligación para salvar la contradicción originaria y la falta del requisito de la titularidad del crédito (“*es común*” –dicen–). Por el contrario, ¿no sería mucho más sencillo o, a lo sumo, menos complicado, afirmar que la excepción de compensación es personal del sujeto titular del crédito compensable (el tan polémico “*por derecho propio*”) y que, precisamente por ello el Código civil en los artículos 1.158 (pago por tercero), 1.197 (fiador), 1.198 (deudor cedido), 1.148 (deudor solidario), 1.840 (deudor afianzado), 1.853 (fiador) hace una excepción en estos casos? Si la compensación en estos supuestos fuera inherente a la propia obligación/credito, ¿hubiera sido necesaria la redacción de los artículos 1.197 y 1.198? ¿No es preferible buscar la razón de que el legislador haya permitido en estos casos concretos compensar con crédito ajeno (1.197) y sin relación de reciprocidad (1.198) que afirmar que se trata de excepciones inherentes a la propia obligación y comunes a todos los sujetos que vayan injeriéndose en la relación obligatoria? ¿Por qué dispone el artículo 1.840 que si el fiador ha pagado sin ponerlo en conocimiento del deudor, éste podrá hacerle valer todas las excepciones que tuviera contra el acreedor si se trata de una excepción común?, ¿qué sucede-

ría si además el fiador hubiera utilizado el contracrédito del deudor principal para extinguir la deuda con el acreedor?

Que seguramente esta es la interpretación que debe dársele a la aparición del artículo 1.197 C.c. entre las normas que regulan la compensación de créditos, se desprende del hecho de que en algunos códigos civiles de nuestro entorno ha sido acogida la compensación del fiador con créditos del deudor principal (Códigos civiles francés, italiano, portugués y español) y en otros no hay excepción alguna (B.G.B. alemán y Código civil suizo de las obligaciones).

En el Derecho alemán (parágrafo 770) y en el Derecho suizo (art. 121) se ha decidido que al fiador sólo le corresponde una excepción dilatoria si el acreedor podía satisfacerse mediante la compensación de un crédito vencido del deudor principal, del mismo modo que el propietario, no obligado personalmente, de una cosa dada en prenda o hipoteca, goza también de una excepción dilatoria. Afirma VAZ SERRA que la solución adoptada por estos dos ordenamientos es más conforme con el sistema de la compensación por declaración. *“Como la compensación se verifica de Derecho y depende de la voluntad del que la declara, no parece razonable que el fiador pueda disponer del crédito del deudor declarando la compensación, además de que el deudor puede tener interés en pagar la deuda, en vez de que se extinga por compensación. Mas, visto que el fiador responde por el deudor principal y sólo contrae una deuda accesoria, no es admisible que se vea obligado a pagar si el acreedor o el deudor pueden valerse de la compensación, pues, en tal caso, el fiador no debe ser incomodado, dado que el acreedor puede satisfacerse por medio de la compensación. De ahí que el parágrafo 770 del B.G.B. reconozca al fiador el derecho de rehusar el pago cuando el acreedor puede satisfacerse por vía de compensación con un crédito vencido del deudor contra él”* (85).

(85) Vid., “Compensação”, *op. cit.*, págs. 38 y ss.

**LA REACTIVACIÓN DE LAS SOCIEDADES
TRAS LA REFORMA MERCANTIL
Y LA RESOLUCIÓN DE LA D.G.R.N.
DE 11 DE DICIEMBRE DE 1996**

191

MARIANO-JAVIER GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE

Notario

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. **II.** SOLUCIONES DOCTRINALES. **1.** Tesis negativa. **2.** Tesis restrictiva. **3.** Tesis positiva. **III.** LA REACTIVACIÓN EN DERECHO COMPARADO. **1.** Alemania. **2.** Italia. **3.** Suiza. **4.** Francia. **5.** Portugal. **6.** Derecho comunitario. **IV.** LA REACTIVACIÓN EN NUESTRO DERECHO, TRAS LA REFORMA MERCANTIL. **a)** La reactivación de la S.R.L. **b)** La reactivación de la S.A. *El acuerdo de reactivación.* **c)** La reactivación en otras personas jurídicas.

I. Planteamiento del problema

Una de las materias que podríamos calificar de clásicas en nuestro Derecho de sociedades es la relativa a la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta. En efecto: ya la D.G.R.N., en su R. de 18-Enero-1958 (cuando la reforma mercantil llevaba, por tanto, escasas fechas en vigor) habla de “reactivación”. PALÁ BERDEJO, para entonces, había publicado su notorio artículo “La disolución de sociedades y su revocabilidad” en la *Revista de Derecho Mercantil* (1952), donde se planteaba directamente el problema (como tendremos ocasión de ver a lo largo de nuestra exposición) y PÉREZ DE LA CRUZ le daba más tarde contestación en su estudio *Algunos problemas en materia de prórroga y reactivación de sociedades*. La cuestión dista mucho, por tanto, de ser nueva.

192

Cerrado el ciclo, hace escasas fechas, de la reciente reforma del Derecho Mercantil de nuestro país con la entrada en vigor del nuevo R.R.M. —que incide, como veremos, directamente en la materia— cabe plantearse si le ha afectado de alguna manera y las posiciones a adoptar, en lo sucesivo, en relación a la misma.

La reactivación ha sido definida por el profesor POLO como “la revocación de la disolución de la sociedad para devolverla a su actividad lucrativa”. En el mismo sentido se manifiesta el citado PALÁ (*Revocación de la disolución de la sociedad*), o, más descriptivamente, VICENT CHULIÁ (*Interrupción del procedimiento de liquidación y vuelta de la sociedad a la vida normal por acuerdo de la Junta General, en aras del principio de conservación de la empresa*). El profesor BROSETA, incidiendo en la cuestión, define, mientras tanto, la reactivación como la “supresión del estado de liquidación de una sociedad para devolverla a su situación normal, recobrando su finalidad productiva”. Por tanto, se fijen con más o menos detalle los requisitos necesarios para que actúe, la doctrina, según vemos, es unánime al considerar la figura:

supresión de la disolución de la sociedad y recuperación por ésta de su actividad normal.

Pese a los avances doctrinales y jurisprudenciales –más o menos tímidos– en la cuestión, lo cierto es que la legislación mercantil, antes de completarse el ciclo de su reforma, era parca en su regulación. Sólo forzando algunos de los preceptos legales o reglamentarios podía tener encaje, siempre discutido, la reactivación en nuestro Derecho. Las bases normativas con las que en la actualidad contamos para hacer un somero análisis de la misma son las siguientes:

El artículo 246,II, del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, que, literalmente transcrito, dice así:

“La sociedad en liquidación podrá ser reactivada siempre que la disolución se haya producido por acuerdo de la Junta General, haya cesado la causa que la motivó y no se hubiera comenzado la distribución del patrimonio social entre los accionistas. El acuerdo de reactivación deberá ser adoptado por la Junta General, con los requisitos del artículo 72, y no será eficaz hasta que no se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro Mercantil”.

193

Tal precepto, que limita, como vemos, la reactivación a la “disolución voluntaria”, no llega, sin embargo, a encontrar adecuado reflejo en el Texto Refundido de la L.S.A. de 1989, que omite –conscientemente– toda referencia a la materia.

La L.S.R.L., por el contrario, alude a la misma en su artículo 106, ampliando los supuestos en los que se puede producir y posibilitándola expresamente al disponer: *“Reactivación de la sociedad disuelta. 1. La Junta General podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a su vida activa siempre que haya desaparecido la causa de la disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. El acuerdo de reactivación se adoptará con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos.*

2. No podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho.

3. *Los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley para el caso de fusión.*”

Otros preceptos del mismo cuerpo legal, a los que más adelante haremos referencia (p. ej. el art. 95), confirman igualmente la posibilidad de reactivación de las sociedades de responsabilidad limitada.

Finalmente, sin distinguir entre los dos tipos sociales con mayor raigambre en nuestro tráfico mercantil —anónimas y limitadas— el artículo 242 del R.R.M., en el Capítulo VIII de su Título Segundo (“De la inscripción de los empresarios y sus actos”), relativo a “la disolución y liquidación de sociedades y el cierre de la hoja registral”, consagra reglamentariamente, traspasando por tanto los límites de la L.S.A., la viabilidad de la figura.

194 Aunque es evidente que la mayor parte de los problemas que, a nivel doctrinal y jurisprudencial, se venían planteando en este punto se han aclarado (particularmente tras los recientes pronunciamientos de la D.G.R.N. al respecto), centraré mi análisis, básicamente, en tres puntos:

— Requisitos —sustantivos y formales— para que la reactivación de las S.R.L. pueda operar.

— Si dichos requisitos son o no predicables de igual modo a la reactivación de las S.A., ante el silencio al respecto de su ley reguladora.

— Y posibilidad de reactivación de otros tipos de entidades jurídicas.

II. Soluciones doctrinales

Dada la ausencia de regulación legal, las respuestas al problema de la reactivación social (por ejemplo: ¿cabe o no una vez disuelta por imperativo legal o por decisión de los propios socios?) abarcaban una amplia gama de posibilidades:

1. Tesis negativa.

Para un amplio sector doctrinal no cabe nunca, en principio, la reactivación de la sociedad disuelta. Dicho sector se halla encabezado, entre sus más recientes defensores, por el profesor BELTRÁN, que sigue en este punto los pasos de GIRÓN TENA (autor para quien sólo cabe la reactivación en caso de quiebra de la sociedad, y en base primordialmente a que no constituye dicha situación una causa de disolución de la sociedad, propiamente dicha) y el criterio de VICENT CHULIÁ.

GIRÓN, a fin de negar la reactivación y fundamentar su criterio, acude a un silogismo:

—Todas las causas son igualmente relevantes a efectos de la disolución de la sociedad.

—La ley niega la reactivación en caso de disolución por cumplimiento del término fijado en los estatutos.

—Luego la prohíbe en los demás supuestos.

La premisa mayor puede considerarse cierta, y así lo reconoce la mayor parte de la doctrina (las causas de disolución operan de manera distinta, pero producen los mismos efectos: liquidación de la sociedad, con independencia del camino seguido para ello). Sin embargo, la cuestión no es pacífica, al menos antes de la reforma (y aun puede sostenerse que después, para las S.A., como tendremos ocasión de comprobar) en relación a la menor. GIRÓN fundamenta dicha premisa:

—En el tenor literal del artículo 223 del Código de Comercio (*“Las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios, después que se hubiera cumplido el término para el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía, celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119”*). Dicho precepto es aplicable, por su ubicación, en opinión del citado autor, a todo tipo de sociedades y

excluye tanto la prórroga (o reactivación, que produciría los mismos efectos) expresa como la tácita.

Reiteradamente ha sido sostenido por la doctrina que con mayor detenimiento se ha ocupado del tema (PÉREZ DE LA CRUZ, DÍAZ MUYOR) que lo que dicho precepto excluye es la prórroga tácita, pero no la expresa, limitándose a sujetar ésta a los requisitos formales del artículo 119 del propio código (escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil), requisitos ambos de protección de terceros. Para CÁMARA y RUBIO, además, el artículo 223 no se aplica ni a las S.R.L. ni a las anónimas (criterio fácilmente compartible, dada la regulación específica y detallada que se hace de éstas en sus leyes respectivas, tras la entrada en vigor del Código de Comercio).

196

— En el artículo 1.703 del Código civil (“*Si la sociedad se prorroga después de expirado el término, se entiende que se constituye una nueva sociedad. Si se prorroga antes de expirar el término, continúa la sociedad primitiva*”), precepto no aplicable a las sociedades mercantiles. De un lado por contar éstas con una normativa específica (la vista) al respecto en el Código de Comercio, y de otro porque, al admitirse en el Derecho civil la prórroga tácita, se opera con distintos parámetros a los habituales en el campo mercantil.

— Y en los artículos 261 de la L.S.A. (antiguo art. 152 de la Ley de 1951) y 238.3 R.R.M. (actual), que prohíben la prórroga de la sociedad si ésta no se acuerda y se inscribe en el Registro Mercantil antes del vencimiento del plazo consignado en los estatutos.

Las causas legales de disolución (esto es: las que operan *ipso iure*, sin necesidad de acuerdo de la junta general al respecto) actúan automáticamente. El acuerdo de reactivación adoptado fuera de plazo sería contrario a una norma imperativa y, por tanto, nulo de pleno derecho, ex artículo 6.3 del Código civil (BELTRÁN).

El profesor RUBIO se expresa abiertamente en contra de tal postura: el artículo 261 citado se limita a recoger una

norma de protección de terceros, que no quedan perjudicados si la sociedad se reactiva con los requisitos legalmente exigidos al respecto.

Además –y éste constituye uno de los puntos más debatidos, sobre el que volveremos– el artículo 251 de la propia L.S.A., al posibilitar que una sociedad en período de liquidación (y por tanto disuelta) se fusione, no excepciona en modo alguno el supuesto contemplado, impidiendo dicha fusión si la sociedad se ha disuelto automáticamente por transcurso del plazo. Como tampoco se excepciona tal posibilidad en el artículo 265 de la L.S.A. (“continuación de la sociedad” –esto es: “reactivación”, con otras palabras– por Decreto del Gobierno...). Es decir: si la sociedad en liquidación puede fusionarse con otra u otras sociedades y seguir, de alguna manera, actuando en el tráfico (sus relaciones activas y pasivas cobran vigencia), con mayor razón podrá ser reactivada.

197

No se plantea, por tanto, la violación de un precepto legal. No hay acuerdo de prórroga, ya que difícilmente puede prorrogarse una situación terminada, sino un acuerdo de “reactivación”. DÍAZ MUYOR refuerza la viabilidad de éste acudiendo acertadamente a la legislación hipotecaria: si, conforme se infiere de los artículos 77 de la Ley Hipotecaria y 86 de su Reglamento, una vez caducada la anotación preventiva el beneficiado con ella puede volver a solicitarla, caducada la vigencia de la sociedad, el propio sujeto que impuso el límite (en este caso la junta general, previa modificación de los estatutos) podrá, asimismo, solicitar la ampliación de su plazo de vigencia. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la pérdida del rango o prioridad registral de que gozaba frente a terceros, y de los derechos adquiridos por éstos “medio tempore”.

PALÁ BERDEJO aún va más allá al interpretar el artículo 152 de la L.S.A. de 1951 (cuyo contenido es el del actual art. 261 del Texto Refundido): la disolución de la sociedad no puede evitarse si el acuerdo y su inscripción no son an-

teriores al cumplimiento del término, pero en ningún momento dice el precepto mencionado que, una vez disuelta, la sociedad no pueda prorrogarse (o ser objeto de reactivación, añadiríamos nosotros). (Sin embargo, para el citado autor, el art. 223 del C. de C. le parece un obstáculo insoslayable para la reactivación de sociedades disueltas por esa causa, y acaba apuntándose a la tesis de CÁMARA).

Teniendo, en consecuencia, y al menos como hipótesis de trabajo, la premisa menor como falsa (no existen, en sede de sociedades anónimas, argumentos legales para defender la imposibilidad de la reactivación de la sociedad disuelta por cumplimiento del término), la conclusión a la que llega GIRÓN es, asimismo, incorrecta.

La postura que sostengo puede, evidentemente, ser objeto de revisión si entendemos que el artículo 106.2 de la L.S.R.L., al excluir la posibilidad de reactivación de las sociedades que se encuentren en dicha situación, es aplicable a las S.A. por analogía. Pero responder ahora a esa cuestión sería adelantar conclusiones.

Para VICENT CHULIÁ tampoco cabe la reactivación en ningún supuesto:

— Porque la propia ley omite tal posibilidad (argumento cuya fuerza decae tras la entrada en vigor de la nueva L.S.R.L. y el R.R.M., tal y como ya hemos apuntado).

— Porque el contrato social se extingue con la disolución de la sociedad. Su vuelta al tráfico exigirá, por tanto, un nuevo contrato en el que sería necesaria la aquiescencia de todos los socios (figura que CÁMARA conoce como “reactivación impropia”) y en el que no podría hablarse de verdadera reactivación.

— Y porque el principio de unidad del ordenamiento jurídico es manifiestamente contrario a la admisión de la figura. En efecto: si conforme al artículo 19 del Texto Refundido del I.T.P. y A.J.D. la disolución de sociedades constituye hecho imponible (en la modalidad “operaciones societarias”) a efectos de dicho impuesto, forzoso es admitir que Hacien-

da puede exigir su pago desde el momento en que se produce. Consecuencia evidente de lo apuntado, siempre según el meritado autor, es que la legislación fiscal impide la reactivación, por lo que no cabe admitirla en otros sectores del ordenamiento, bajo el riesgo de quebrantar el principio de unidad del mismo.

La argumentación expuesta no parece hoy, tras las recientes modificaciones legales, sostenible. Si añadimos al hecho del reconocimiento legal y reglamentario de la figura la ausencia de vinculación entre la calificación de la administración tributaria y la que se puede realizar en otros ámbitos jurídicos (ya apuntada, por otra parte, por el art. 25.2 de la Ley General Tributaria y por el Tribunal Supremo en reiterados pronunciamientos), se hace forzoso explicar de otra manera la exigencia del Texto Refundido del I.T.P. citado. Lo que éste grava es la percepción por los accionistas de su cuota, circunstancia conocible sólo cuando se haya practica-

199

do la liquidación. Ello provoca que —como ha puesto acertadamente de relieve DÍAZ MUYOR— si el acuerdo de disolución fuese el acto sujeto a gravamen no podría inscribirse nunca, ya que nunca se podría pagar con carácter previo a la inscripción el impuesto al no haberse efectuado el reparto entre los accionistas. De ahí que el artículo 247.4 R.R.M. exija que los liquidadores manifiesten en la escritura de liquidación que “se ha procedido al reparto entre los socios del haber social existente”.

2. Tesis restrictiva.

Para otro sector, encabezado por URÍA y CÁMARA, (quienes siguen en este punto a LANGLE y GARRIGUES), la reactivación es admisible, pero sólo en tanto en cuanto la disolución de la sociedad no tenga su origen en el cumplimiento del término fijado en los estatutos, postura en la que parece abundar, como más tarde veremos, el artículo 106 de la nueva L.S.R.L.

Los argumentos que utilizan los autores citados son los apuntados al analizar la tesis de GIRÓN, básicamente. Vencido el plazo, para CÁMARA, la única manera de continuar la sociedad sería mediante la que vimos denominada "reactivación impropia", que es aquella que exige el consentimiento unánime de los socios (en idéntico sentido se manifiesta BOTER y MAURI) y que encubre, en consecuencia, la celebración de un nuevo contrato social. La cuestión se convertiría así en puramente teórica, llegando a admitir el propio autor que, de hallarnos en tal supuesto, procedería la doble tributación en el I.T.P. y A.J.D.: liquidación por disolución de una sociedad y liquidación por la constitución de otra, con lo cual el fenómeno "reactivación" carecería de sentido y quedaría totalmente desactivado.

200

La postura de CÁMARA encuentra fuerte respaldo en el reiterado –y actualizado– criterio sostenido al respecto por la D.G.R.N. En efecto: ya en su conocida resolución de 18 de enero de 1958 el centro directivo sostiene que, vencido el plazo, no cabe reactivación. En otra resolución posterior, de 4 de octubre de 1965 (tras defender que "todas las razones a favor de la reactivación –en el supuesto que analizamos– han de ceder ante la claridad de los preceptos legales"), –interpretando con amplitud esa "claridad"– afirma la viabilidad del acceso al Registro del acuerdo de prórroga presentado con posterioridad al vencimiento del plazo, en base a que se había adoptado antes de ese vencimiento en fecha cuya certeza constaba fehacientemente. "En el ínterin" –hasta su inscripción– "el acuerdo no surte efectos plenos, pero sí entre los otorgantes, sin perjudicar a terceros que podrán, sin embargo, invocarlo en aquello que les sea favorable" (art. 24 del C. de C.). Criterio ratificado expresamente en resolución de 17 de octubre de 1967, en la que, además, se matiza que la sociedad frente a terceros se halla disuelta y en liquidación, cesando por tanto la representación de los administradores y colocándola en una situación similar a la que se produce en el período que media entre

el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil, aunque no quepa aplicar a dicha situación, por analogía, los artículos 15 y 16 de la vigente L.S.A.

Todo ese posicionamiento jurisprudencial estimo que puede y debe ser objeto de revisión tras los últimos pronunciamientos legales.

3. Tesis positiva.

Finalmente, un tercer sector de opinión admite siempre la reactivación (EIZAGUIRRE p.ej.), aunque discrepando en torno al momento hasta el cual puede decidirse ésta. En tal sentido, es significativo el criterio adoptado al respecto por el artículo 106.1 L.S.R.L., aunque lo que cierra realmente la polémica es el claro pronunciamiento, en este extremo, del artículo 242.2.1 del nuevo R.R.M., precepto sobre el que más adelante volveremos.

201

III. La reactivación de sociedades en Derecho comparado

Sin ánimo exhaustivo, trataremos de esbozar el estado de la cuestión en los países de nuestro entorno.

1. Alemania.

El Código de Comercio y la Ley de Sociedades por Acciones, de 30 de enero de 1937, recogen la reactivación por primera vez. La Ley de 1965 ratifica su admisión. Ésta hoy es indiscutible, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

— Que no haya comenzado el reparto del activo entre los socios.

— Que el acuerdo se apruebe por mayoría de las dos terceras partes del capital social.

— Que la continuación sea solicitada por los administradores.

— Y que el acuerdo se inscriba en el Registro Mercantil.

2. Italia.

VIVANTE se manifiesta en contra de la reactivación. Con la disolución se produce la ruptura del vínculo y, por tanto, se hace preciso un nuevo contrato para el retorno de la sociedad disuelta a su actividad primitiva.

El artículo 2.451 del Código civil preceptúa: “las disposiciones de la asamblea y del colegio sindical se aplicarán durante la liquidación en cuanto compatibles con ésta”. La junta no tiene, por tanto, facultades para la prórroga de la sociedad, ya que las mismas están limitadas a los fines de la liquidación.

202 La doctrina se inclina en la actualidad, sin embargo, por aceptar la figura, siempre y cuando el acuerdo se adopte antes de que se realice la distribución del activo.

3. Suiza.

En Suiza el problema no se halla todavía resuelto. Sin embargo, el artículo 759.2 O.R. limita la capacidad de obrar de los órganos sociales, que sólo pueden realizar “los actos necesarios para llevar a cabo la liquidación”, de manera similar a lo que ocurre en Italia, por lo que de dicha afirmación se infiere un criterio general contrario a la reactivación de la sociedad disuelta.

4. Francia.

El Derecho positivo no reconoce la figura y la doctrina especializada, por lo general, tampoco la admite. (No cabe prórroga de la sociedad una vez concluido el término).

5. Portugal.

El artículo 161 del Código de las Sociedades comerciales admite expresamente la reactivación, cualquiera que sea el tipo social, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos:

— Acuerdo adoptado con la misma mayoría necesaria para la disolución.

— Eliminación de la causa de disolución.

— Que el pasivo haya sido pagado, o los acreedores consientan expresamente la reactivación.

— Y que la cifra del capital social se halle cubierta en su integridad.

6. Derecho comunitario.

Los artículos 3.2 y 4.2 de la Tercera Directiva, de 9 de octubre de 1978, admiten expresamente la fusión de sociedades en liquidación, siempre que no haya comenzado el reparto del activo entre los socios. Por su parte, el Anteproyecto de Propuesta de Directiva relativa a la disolución y liquidación de sociedades, contempla expresamente la figura de la reactivación, siempre y cuando —también aquí— no haya comenzado la distribución del haber entre los socios.

203

IV. La reactivación en nuestro Derecho, tras la reforma mercantil

a) La reactivación de la S.R.L.

Para PÉREZ DE LA CRUZ el problema de la reactivación exigía, antes de la reforma, el estudio y solución de cinco importantes cuestiones:

— Si la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación está limitada a los fines liquidatorios.

— Si, en orden a la posibilidad de reactivación, hay que distinguir entre causas que operan *ipso iure* o de pleno derecho y causas facultativas.

— Si la junta general tiene facultades para acordar la reactivación durante la liquidación o si, en dicho período, se encuentran limitadas las mismas por los fines propios de la liquidación.

— En caso afirmativo, cuáles son los derechos que asisten a los disidentes con el acuerdo y a los acreedores.

— Y momento hasta el cual es factible reactivar la sociedad.

El esquema propuesto parece adecuado para responder, también hoy, a los problemas que la reactivación plantea.

Que la sociedad disuelta goza de personalidad jurídica (art. 264 L.S.A.) queda fuera de toda duda. Que la junta general de la S.R.L. tiene reconocidas legalmente facultades para adoptar el acuerdo de reactivación es también indudable, en virtud del claro pronunciamiento al respecto del artículo 106.1 de su Ley Reguladora.

204

Igualmente quedan aclaradas las discrepancias acerca de si debe o no distinguirse entre “causas de disolución facultativas” y “causas que operan *ipso iure*” o de pleno derecho, ya que el legislador, en sede de limitadas, también se ha pronunciado al respecto, acogiendo la distinción mencionada y eludiendo la propuesta de la D.G.R.N. en su resolución de 18 de enero de 1958 (causas cuya concurrencia precisa publicidad y causas que no la precisan). En efecto: en el apartado 2.º del propio artículo 106 de la L.S.R.L. el legislador dispone: *No podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho. ¿Cuáles son los casos en los cuales el legislador entiende, para las S.L., que la disolución se ha producido “de pleno derecho”?*

La expresión viene repetida en el artículo 107 de la propia Ley, fiel reflejo del artículo 261 de la L.S.A., refiriéndola ambos preceptos a la disolución por cumplimiento del término. ¿Existen otros supuestos de “disolución de pleno

derecho” en los que, por imperativo legal, no quepa hoy la reactivación de la S.R.L. disuelta?

El artículo 108 L.S.R.L. parece recoger otra causa de disolución de pleno derecho cuya concurrencia impedirá, igualmente, y por imperativo del artículo 106.2 de la L.S.R.L., la reactivación social. El legislador, con mayor o menor razón y probablemente con la loable –aunque equivocada, en mi opinión– intención de evitar un fraude legal, acoge sin vacilaciones la tesis de CÁMARA, que cuenta también con algunos antecedentes en Derecho comparado.

Olvida así que no existe, salvo el temor apuntado, razón alguna para discriminar a las sociedades una vez disueltas y en período de liquidación, cualquiera que sea la causa que les ha llevado a dicha situación, ya que no hay, tampoco, fundamento en el que pueda apoyarse un tratamiento discriminatorio más riguroso en unos supuestos que en otros. Máxime si tenemos en cuenta, en relación al último de los casos apuntados, como ha puesto de relieve MUÑOZ MARTÍN, que la sociedad que redujo su capital por debajo del mínimo legal podrá reactivarse si acordó ella misma su disolución, mientras que no podrá hacerlo si ésta se produjo *ipso iure* por el transcurso del plazo de un año señalado en el artículo 108 L.S.R.L.

Parece, además, fuera de toda lógica y carece de argumentos a favor el hecho de que debamos admitir la reactivación de la sociedad anónima, colectiva, disueltas en virtud de causas que operan de pleno derecho, y no la de la sociedad de responsabilidad limitada que se encuentra en idéntica situación. Existe un supuesto claramente revelador al respecto: S.R.L. disuelta de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 108 citado (reducción del capital por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley y no inscripción de su transformación o disolución en el plazo de un año desde la adopción del acuerdo de reducción). Transcurrido dicho plazo acuerda su reactivación y transformación en otro tipo

social. La reactivación, ¿estará sujeta a la L.S.R.L. —y sería, en consecuencia, imposible— o a la reguladora del tipo de sociedad elegido, que no la impide (Código de Comercio o L.S.A.)? La respuesta acertada a dicha pregunta sería la segunda, según se infiere de los artículos 89 de la L.S.R.L. y 227 de la L.S.A. y, en consecuencia, llegaríamos a la absurda conclusión de que, en el supuesto planteado, la sociedad podría reactivarse mediante su transformación, pero no subsanando el defecto que motivó su disolución, a través de la elevación de la cifra de su capital social hasta el mínimo legal...

206

Admitido, no obstante y por imperativo legal, que la junta general de la S.L., salvo en los casos apuntados, puede libremente acordar su reactivación y que ésta sólo puede decidirse (con lo que queda aclarado uno de los puntos más debatidos antes del reconocimiento legal de la figura) hasta que comienza el pago de la cuota de liquidación de los socios (momento en que su derecho abstracto se convierte en un derecho de crédito concreto frente a la sociedad), la ley resuelve otras dos cuestiones: los derechos de los socios ausentes o disconformes con el acuerdo de reactivación y los de los terceros como límites a la reactivación, mediante el reconocimiento a favor de los primeros del derecho de separación (lo que motivará, como veremos más adelante, los oportunos ajustes en la cifra del capital), y a favor de los segundos del derecho de oposición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, en los términos y condiciones previstos para la fusión de sociedades, por analogía.

Los **requisitos** para que la reactivación de la S.L. pueda tener lugar, de conformidad con los preceptos citados y cuando sea posible, se pueden resumir así:

— Que la entidad se encuentre en período de liquidación (requisito ya resaltado por la D.G.R.N. en su resolución de 7 de abril de 1981: no puede disolverse una sociedad ya disuelta).

—Que el acuerdo se adopte por la junta general con la mayoría reforzada y con los requisitos necesarios para la modificación de estatutos, en virtud de la remisión que hace el artículo 106.1 de la propia Ley. (Criterio éste no exento de posibles críticas, por cuanto la desaparición de la causa de disolución no siempre implicará, como tendremos ocasión de comprobar, una modificación estatutaria).

—Que el patrimonio contable no sea inferior al capital social en el momento en que se acuerda la reactivación, exigencia que obligará a la sociedad:

- A reintegrar el patrimonio social.
- A una reducción y aumento simultáneos del capital (“operación acordeón”).
- O a una reducción del capital, en su caso.

(Este requisito no venía exigido ni por el anteproyecto de la L.S.A. ni por el art. 105 de la Ley General de Cooperativas, como tendremos ocasión de comprobar más adelante).

207

Además, si se pretende algo imprescindible como es la eficacia del acuerdo frente a terceros, deberá éste elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. De otra manera se produciría el absurdo de que entre los socios la sociedad se hallará en plena actividad, pero carecerá de administradores al continuar publicando el Registro la causa de disolución y su eficacia.

Conforme al artículo 242 del nuevo R.R.M., la inscripción aludida, a su vez, requerirá:

—Que en la escritura se recojan las manifestaciones de los otorgantes a que alude en su apartado 2.º, a saber:

- Que ha desaparecido la causa de disolución que motivó la adopción del acuerdo.
- Que no ha comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios.
- Que el patrimonio contable no es inferior al capital social.
- Y que no ha habido oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de los que

se opusieron, el importe de su crédito y las garantías prestadas a su favor por la sociedad.

¿Qué ocurrirá en el caso de que las manifestaciones de los otorgantes no se ajusten —consciente o inconscientemente— a la realidad?

La reactivación surtirá plenos efectos, sin perjuicio de que los terceros perjudicados (socios o acreedores) puedan pedir la nulidad del acuerdo, así como de la responsabilidad —civil y, en su caso, penal— en que los otorgantes de la escritura hayan podido incurrir como consecuencia de la falsedad.

— La publicación del acuerdo en el B.O.R.M.E. (una sola vez, como veremos).

— La comunicación personal a los socios disidentes o ausentes, en caso de que el acuerdo diese lugar al derecho de separación (aunque el art. 242 citado no se expresa con claridad al respecto. Como sabemos, ex art. 95 L.S.R.L., la reactivación genera dichos derechos siempre en las sociedades que regula. ¿No en las anónimas —habrá que interpretar— *contrario sensu*? Volveremos sobre la cuestión más adelante).

— Y el nombramiento de los administradores y cese correlativo de los liquidadores. Se resuelve así la duda existente antes de la reforma en torno a si, en caso de silencio de los estatutos al respecto, debían entenderse tácitamente confirmados los que ostentaban el cargo cuando operó la causa de disolución, tal y como creía VICENT CHULIÀ, ya que, en caso de no designarse los administradores en la escritura, ésta no podrá acceder al Registro, con lo que se producirán las perniciosas consecuencias que la falta de publicidad acarrea, ya vistas.

La designación a que se alude puede ser suplida, pese al silencio reglamentario, por la previsión estatutaria al respecto. Ni ésta ni aquélla impedirán que el cargo haya de ser aceptado por el o los administradores entrantes (arts. 58.4 L.S.R.L. y 141 y 142 R.R.M., por remisión del art. 192.2) y

notificado al liquidador o liquidadores cesantes, si la certificación del acuerdo que decide la reactivación ha sido expedida por el administrador nombrado (art. 111.1 R.R.M.), persona a la que corresponde el otorgamiento de la escritura pública, no al liquidador, por cuanto éste cesa en su cargo desde la fecha en que se adoptó aquél.

b) La reactivación de la S.A.

Lo cierto es que, gusten o no las soluciones adoptadas para las sociedades limitadas, el problema respecto de éstas ha quedado resuelto.

¿Cuál es la postura a adoptar, dado el silencio de su ley reguladora al respecto, en relación a las S.A.? ¿Son aplicables a éstas los preceptos de la L.S.R.L. reguladores de la materia? Téngase presente que uno de los supuestos más frecuentes de disolución de pleno derecho es predicable de las sociedades anónimas (sanción por no adaptación estatutaria y elevación de la cifra de capital hasta el mínimo legal antes del 31 de diciembre de 1995, ex D.T. 6.^a L.S.A.) y no de las S.R.L.

209

Si una de las finalidades perseguidas por el legislador de 1995 –como ha puesto de relieve la propia exposición de motivos de la Ley– ha sido la de regular con detalle estas últimas para evitar la aplicación supletoria a las mismas, como venía siendo habitual, de los preceptos reguladores de la S.A., parece absurdo defender ahora el efecto contrario.

Por otra parte, procede la búsqueda de otras soluciones si tenemos en cuenta que las impuestas por el legislador al problema de la reactivación en las sociedades limitadas no son del todo de nuestro agrado, así como el hecho de que la libertad que implica la ausencia de regulación de la materia en sede de sociedades anónimas puede favorecer la adopción de conclusiones y criterios más acordes con la doctrina más avanzada, siempre dentro de los rígidos moldes que el artículo 242 R.R.M. supone, por resultar, éste sí, apli-

cable sin lugar a dudas y según se infiere del tenor literal del propio texto y de su ubicación, a las sociedades que estudiamos.

El interés económico por la reactivación en muchas ocasiones será mínimo. Como ha puesto recientemente de relieve el profesor EIZAGUIRRE, si la junta se ha decidido voluntariamente por la disolución es porque estima que el dinero de los socios será más rentable en otra actividad, ya que la empresa social ha fracasado o corre el riesgo de hacerlo. En tal caso el interés de la reactivación será reducido, ya que antes de adoptar una medida tan drástica los socios habrán recabado la pertinente información y fundamentado en consecuencia su criterio. Si las cantidades a percibir como consecuencia de la liquidación son elevadas ello significará, por lo general, que la sociedad no ha fracasado, y lo invertido podría recuperarse mediante el habitual recurso al reparto de beneficios. En este supuesto, el interés por la continuación de la sociedad ofrecerá al socio una rentabilidad muy superior, habitualmente, al valor de la cuota de liquidación que le correspondería en caso de seguir adelante con la disolución de la sociedad.

210

El artículo 246,II del Anteproyecto de L.S.A. de 1979, tal y como ya se ha apuntado, no es recogido por el texto definitivo de la Ley, por lo que siguen planteándose, tras la reforma, las mismas dudas en torno a la reactivación de dicho tipo de sociedades que se planteaban antes de ella.

Las diferencias sustanciales entre dicho precepto y su correlativo de la L.S.R.L. son las siguientes:

— Sólo puede reactivarse la sociedad que haya sido disuelta por acuerdo de la junta general.

— El artículo del anteproyecto no exige que el patrimonio contable no sea inferior al capital social.

— Y el anteproyecto condiciona “la eficacia” del acuerdo a su elevación a escritura pública, sin distinguir por tanto, entre eficacia interna y externa (distinción que nosotros hemos defendido) y tampoco entre “validez” y “eficacia”.

¿Justifican tan escasas diferencias la aplicación, con carácter genérico, de la regulación de la reactivación en las S.R.L. a cualquier tipo de sociedad?

De las cuestiones que plantea PÉREZ DE LA CRUZ, y a las que aludíamos en el apartado anterior, dos carecen, en sede de S.A., de trascendencia tras la entrada en vigor del nuevo R.R.M., con su artículo 242 (aplicable a todo tipo de sociedades) y su importantísima Disposición Transitoria 8.^a, en la que se admite expresamente la reactivación de la S.A. disuelta en cumplimiento de la sanción prevenida en la D.T. 6.^a.2 L.S.A. Las cuestiones a las que me refiero, hoy fuera de discusión, son la relativa a la personalidad jurídica de la sociedad disuelta, cuya capacidad de obrar no debe entenderse restringida por los fines liquidatorios, y la relativa a las facultades de la junta, también hoy reconocidas, para acordar la reactivación.

Queda por tanto sin resolver con la nueva regulación en sede de sociedades anónimas:

— Si es posible reactivar la S.A. cualquiera que sea la causa de su disolución, o si debe limitarse tal posibilidad a las sociedades disueltas en virtud de causas facultativas o voluntarias, no siendo posible la reactivación en aquellas disoluciones producidas en virtud de causas que operan, al igual que ocurre en las S.L., “de pleno derecho”.

— Derechos que asisten a los socios ausentes o disidentes con el acuerdo.

— Momento hasta el cual es posible acordar la reactivación, si es que hay un límite.

— Quórum necesario para adoptar el acuerdo de reactivación.

— Y derechos de los acreedores sociales contra dicho acuerdo.

La “disolución de pleno derecho” viene siendo referida por la doctrina, en relación a las S.A., a dos supuestos:

- Disolución por cumplimiento del término (art. 261 del Texto Refundido de la L.S.A.).

- Y disolución-sanción por incumplimiento de la obligación de adaptación prevista en la D.T. 6ª.II del Texto Refundido.

¿Qué significa la expresión “de pleno derecho”?

La D.G.R.N., en su resolución de 8 de noviembre de 1995, se plantea la cuestión afirmando que “pudiera interpretarse que... no tiene otro alcance que el de hacer innecesario el expreso acuerdo de disolución para que la sociedad sea reputada en tal estado... de modo que sería viable, como en los demás casos de disolución, el posterior acuerdo de reactivación o la participación en un proceso de fusión...”. Pero, añade, “puede también sostenerse que vencido el plazo inicial (o producida la otra causa que provoca la disolución *ipso iure*) no cabe otra salida que el reparto del haber social entre los socios... quedando excluida la reactivación...”.

212 En principio, el centro directivo parece inclinarse por la segunda de las posturas que apunta, en base a los siguientes argumentos:

— El artículo 106.2 L.S.R.L., que prohíbe, como ya hemos apuntado, la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho.

— El artículo 223 del C. de C., que con una interpretación clásica (hoy superada, según hemos visto) prohíbe la prórroga (y, por tanto, la reactivación, dada la analogía entre ambas) expresa y la tácita de todo tipo de sociedades (precepto que entiende, por tanto, el centro directivo, perfectamente aplicable a las sociedades anónimas “a falta de solución específica en la ley reguladora de dicho tipo social”).

— Y el artículo 251 L.S.A., que “puede entenderse no aplicable a la disolución de pleno derecho” (es decir: en virtud del silencio legal al respecto, podría defenderse, según la Dirección, que tampoco cabe la fusión de sociedades disueltas de pleno derecho y en período de liquidación).

Sin anticipar la postura que en definitiva sigue la Dirección General en la resolución que apunto, conviene recor-

dar, según se ha dicho, cómo, en mi opinión, la causas de disolución social operan de distinto modo, pero producen los mismos efectos. De tal manera que una vez disuelta la sociedad el régimen a aplicar es el previsto en la Ley con carácter unitario, cualquiera que sea la causa que la motivó. De ahí que el régimen legal no contemple diferencia alguna entre los distintos supuestos.

Parece abonar, por otra parte, ese criterio, la postura adoptada por la propia D.G.R.N. en reiteradas resoluciones en las que se planteaba la inscribibilidad del acuerdo de prórroga elevado a público antes de la expiración del plazo, acuerdo presentado, sin embargo, en el Registro con posterioridad a dicha expiración (resoluciones de 4 de octubre de 1965 y 17 de octubre de 1967, singularmente, ya vistas). En todas se admite la inscribibilidad pretendida, pese a tener que violentar para ello la letra de la ley (antiguo art. 152, de la L.S.A. de 1951), tan clara entonces en sus pronunciamientos como ahora el artículo 261. Para llegar a tal conclusión se esgrimen, básicamente, dos razones:

— La fe pública del documento demuestra de modo fehaciente que el acuerdo se adoptó antes del vencimiento del plazo.

— El cumplimiento del término es una causa de disolución que deriva de una situación prevista, que el Registro Mercantil publica y es oponible a terceros sin necesidad de nueva inscripción. Como es una causa basada en la voluntad de los socios, puede ser libremente delimitada por éstos. En definitiva, debe concluirse que la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil es declarativa, no constitutiva. Es decir: constituye un mero requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros. Por tanto, si la prórroga debe inscribirse aun después de transcurrido el plazo, y, pese al riguroso tenor literal del artículo 261 L.S.A., puede acceder al Registro (a condición de que la fecha del acuerdo conste fehacientemente y sea anterior al cumplimiento del término), con mayor razón cabrá la reactivación al vencimiento del

plazo, dada la ausencia de una norma prohibitiva en la L.S.A. vigente.

Abonan también el criterio apuntado el artículo 265 L.S.A. (nadie discute que es posible la reactivación por Decreto del Gobierno aunque la sociedad se haya disuelto por cumplimiento del término) y el artículo 251 de la misma Ley, preceptos ambos que no excepcionan de la posibilidad de fusión a las sociedades que se encuentren en dicha situación.

Argumentos, todos ellos, que parecen justificar el cambio operado en su criterio por el centro directivo. En efecto: si, como hemos dicho, el 8 de noviembre de 1995 defiende que una vez operada la causa de disolución “no cabe otra salida que el reparto del haber social entre los socios...”, en la resolución de 29 de mayo de 1996 sostiene que “...como parece deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 261 L.S.A. y 251 del mismo texto legal, así como de la inexistencia en esta Ley de un precepto similar al artículo 106.2 L.S.R.L., es posible acordar la reactivación de la S.A. disuelta por aplicación de la D.T. 6.^a de la L.S.A. (y, por tanto, de pleno derecho), máxime si es por acuerdo unánime de los socios...”. Postura definitivamente consagrada por la resolución de 11 de diciembre de 1996, en la que literalmente se admite que “la D.T. 6.^a de la L.S.A. no puede objetar la reactivación de la sociedad” si se cumplen los requisitos que la propia resolución prevé y más tarde detallaremos.

Cabe, por tanto, la reactivación de la S.A. disuelta por causa que opera de pleno derecho. (Lo admite, además, expresamente la D.T. 8.^a del R.R.M., para la disolución-sanción).

Esta postura encuentra, sin embargo, un importante obstáculo: derechos del accionista disidente o ausente, es decir: el disconforme con el acuerdo de reactivación. ¿Puede imponérsele la misma contra su voluntad? En caso afirmativo, ¿qué derechos ostentaría, si es que ostenta alguno? ¿O es obligatorio el acuerdo unánime de los socios para reactivar la sociedad?

La cuestión esencial para resolver dichas preguntas es la de si el acuerdo de reactivación lesiona el derecho a la cuota de liquidación cuando éste ha nacido.

CÁMARA distingue en dicho derecho tres fases: desde la constitución de la sociedad y hasta su disolución, el derecho del socio, reconocido en el artículo 48 L.S.A., es potencial, puesto que su eficacia se halla condicionada a la concurrencia de una causa de disolución. A partir de ésta el derecho del socio pasa de ser una mera expectativa a convertirse en un derecho abstracto, actual, a que la sociedad se liquide y se le abone su cuota. Dicho derecho se concreta con la culminación del procedimiento liquidatorio.

El contenido del derecho a la cuota está supeditado a la existencia de un haber social nunca garantizado, por ello la simple concurrencia de una causa de disolución no provoca, de por sí, el nacimiento del mismo. De ahí que nunca se haya considerado la modificación del plazo estatutario de duración, sustituyéndolo por uno indefinido, realizada antes de su vencimiento, como una violación de tal derecho. De ser de otra manera cualquier acuerdo que comprometiese el patrimonio social sería impugnabile por atentar contra el mismo.

Como colofón de lo expuesto hasta aquí podemos concluir, en consecuencia, que hasta que el derecho a la cuota no se concreta, convirtiéndose en un derecho de crédito contra la sociedad, no constituye un límite que impida a la junta alcanzar el acuerdo de reactivación. Hasta dicho momento el socio disidente defenderá su interés mediante el democrático ejercicio de su derecho al voto. La doctrina alemana más reciente, de una manera gráfica, distingue, a fin de dilucidar el problema, entre “derecho patrimonial” del socio (que es el que contempla el art. 48 L.S.A.) en cuanto miembro de la sociedad, y el “derecho de acreedor”, derivado de aquél. Sólo este último puede ser lesionado por el acuerdo de reactivación, no el primero.

La duda que surge de inmediato es la de determinar el momento exacto en el cual el derecho del socio se concre-

ta, convirtiéndose en un derecho de crédito contra la masa social. Mientras que para un amplio sector doctrinal ese momento coincide con la aprobación del balance final, para otros (URÍA) coincide con el momento en que haya transcurrido el plazo de impugnación de dicho balance, sin oposición.

En mi opinión, la concreción del derecho estudiado y consiguiente imposibilidad de acordar la reactivación a partir del momento en que se produce, a menos que concurra el voto favorable de todos los socios o se reconozca al disconforme derecho de separación, viene a resultar, en sede de sociedades anónimas, concretada por tres preceptos: los artículos 251 del Texto Refundido (para la fusión), 242.2.1 R.R.M. y 246.II del Anteproyecto de L.S.A., que se manifiestan con claridad en el sentido apuntado: comienzo del reparto del haber social entre los socios, después de haber satisfecho –o garantizado– los derechos de los acreedores. Ahora bien: en el supuesto de que consientan todos los socios: ¿hasta cuándo puede la junta general acordar la reactivación?

216

BLANQUER estima que mientras haya patrimonio, después de pagar los créditos, existe la posibilidad de adoptar el acuerdo de reactivación. PALÁ sostiene que, concretado o no el derecho del socio a la cuota, mientras la sociedad no se haya extinguido existe la posibilidad de reactivación. Tampoco la doctrina es unánime a la hora de fijar el momento de extinción de la sociedad. Así, mientras para algunos autores coincide con la cancelación registral de la sociedad, otros (BELTRÁN, por ejemplo) sostienen, en línea con lo detallado por la D.G.R.N. en su resolución de 30 de marzo de 1995, que la subsistencia de un acreedor social vicia de nulidad la disolución de la sociedad, aunque ésta se halle cancelada (para el centro directivo, en la resolución citada, la extinción se produce con el reparto del haber entre los socios, aunque la personalidad jurídica subsistirá –pese a la cancelación– hasta la extinción de las relaciones jurídicas entabla-

das por la entidad. Criterio ratificado más tarde en las resoluciones de 5 de marzo y 11 de diciembre de 1996, llegándose a afirmar en esta última que “la cancelación de los asientos... es una mera fórmula de mecánica registral... que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica (de la sociedad), la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara...”). Siguiendo el criterio apuntado es factible sostener que podrá reactivarse la sociedad hasta que se concrete el reparto del haber social, siempre y cuando el patrimonio que resta después del mismo baste para cubrir la cifra mínima legal de capital.

Cuestión distinta es la de si cabe que la junta decida la reactivación, pese a haber comenzado ese reparto, si los socios restituyen lo percibido hasta ese momento. Aunque algún autor ha considerado factible tal posibilidad (MENÉNDEZ), entiendo que la claridad con que se pronuncian la Ley de S.R.L. y el R.R.M., así como la *ratio iuris* del precepto (concreción del derecho del socio a la cuota de liquidación) impiden apoyar la respuesta afirmativa.

El legislador, al redactar el artículo 106.1 L.S.A., incurrió en un error. Uno de los obstáculos más importantes para el reconocimiento de la figura que estudiamos es, como hemos visto, el derecho del socio a la cuota de liquidación. Hasta que se concreta la sociedad puede libremente decidir su reactivación, porque no viola ese derecho. Si éste nace cuando comienza el pago del haber a los socios, sólo a partir de ese momento habrá que contar con el consentimiento de los mismos o reconocer al disidente derecho a separarse. Antes de concretarse su derecho el socio ha de respetar la decisión mayoritaria de la junta, sin que pueda separarse de la sociedad, a menos que defendamos que el acuerdo de reactivación implica un cambio de objeto. Hubiera bastado, por tanto, para protegerle, con reconocerle derecho de separación sólo en los casos en los que ha comenzado el reparto del haber, permitiendo la reactivación mientras la socie-

dad subsista, criterio que estimo puede aplicarse a las S.A. y se infiere de la dicción literal del artículo 242.2.2.^a R.R.M.: “si éste –el acuerdo de reactivación– diese lugar al derecho de separación...” significa que no siempre el acuerdo mencionado genera ese derecho.

¿Cuándo no lo genera? Cuando su adopción no lesiona derecho adquirido alguno o, lo que es lo mismo, cuando el derecho a la cuota todavía no se ha concretado.

¿Es factible el derecho del socio a separarse en el caso de que los estatutos no hayan previsto su aplicación?

Para un amplio sector doctrinal sólo cabe el derecho de separación en los casos taxativamente previstos por la ley (URÍA, MENÉNDEZ, BELTRÁN, PÉREZ DE LA CRUZ). Y, no estando admitido para el supuesto en la L.S.A., la vía que puede permitir su admisibilidad es la de la asimilación de la reactivación a alguno de los casos en los que legalmente se admite. En concreto se ha tratado de acudir a la equiparación con la transformación o con el cambio del objeto social, supuestos ambos en los que los artículos 147 y 225 L.S.A. reconocen ese derecho a los socios disconformes con el acuerdo.

218

No parece posible equiparar la transformación a la que alude el artículo 225 L.S.A. con la situación que se produce en el seno de la sociedad cuando de la plena actividad de ésta se pasa a la liquidación, ni tampoco cuando se vuelve a dicha actividad desde ésta. En la transformación que contempla el precepto citado se reconoce el derecho de separación en virtud de la ampliación de responsabilidad que supone para el socio el cambio operado, y no sólo se vincula (como cree equivocadamente DÍAZ MUYOR) a la posición –de conformidad, disconformidad o ausencia– que adopta aquél en relación al acuerdo de reactivación.

En contra de la asimilación del supuesto con el cambio de objeto se manifiestan aquellos que piensan que con la disolución el objeto social no es el que cambia, sino el fin (la liquidación). Si el fin social lo constituye el ánimo de

lucro, en la liquidación no cambia, sino que se refuerza de alguna manera.

Otros piensan que con la disolución cesa la actividad social (POLO) o se suspende (URÍA). MOTOS GIRAU es más preciso: sólo la modificación del objeto que implica modificación de los estatutos provoca el nacimiento del derecho de separación. PALÁ BERDEJO se manifiesta igualmente en contra del reconocimiento de dicho derecho: no hay base para la asimilación con el cambio de objeto. Ni en la disolución hay cambio de objeto (porque desaparece) ni en la reactivación (porque no existió durante la liquidación). Más recientemente, DÍAZ MUYOR, siguiendo a SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, apoya el mismo criterio: no existe cambio de objeto en la liquidación, como se infiere, en su opinión, del artículo 272.c) L.S.A. Simplemente se añade al mismo un elemento informador de carácter finalista: los representantes de la sociedad pueden seguir realizando el objeto social. Pero su actividad tendrá una única finalidad: liquidar la entidad.

219

La cuestión, llegados a este punto, parece casi bizantina, máxime si tenemos en cuenta que, sean o no factibles las asimilaciones propugnadas:

— El artículo 95 L.S.R.L. reconoce expresamente el derecho cuestionado a favor del socio disidente en dicho tipo de sociedades. Y no se trata aquí tanto de aplicar por analogía a las S.A. una previsión propia de las limitadas, como de entender que, siendo idénticos los supuestos y vigente en sede de aquellas la *ratio iuris* de la norma prevista para éstas, no parece razonable admitirlo en un caso y negarlo en otro.

— Y que no puede oponerse el silencio del artículo 251 L.S.A. al respecto, ya que la propia D.G.R.N., en su resolución, ya citada, de 8 de noviembre de 1995, admite para la fusión de sociedades en liquidación el derecho de separación en base a los siguientes razonamientos:

- “Se trata del derecho reconocido para hipótesis similares en las que la voluntad social modifica a posteriori pre-

visiones iniciales de los constituyentes, especialmente determinantes de la conclusión misma del negocio fundacional”.

- “Armoniza el objeto de conservación de la empresa con el interés de los socios minoritarios a la realización de sus derechos sociales”.

- “La disolución de la sociedad... provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social”... “la sociedad sólo subsiste para su liquidación...”. Si hay, por tanto, modificación del objeto, hay derecho de separación por aplicación del artículo 147 L.S.A., con lo que la cuestión queda definitivamente zanjada, tal y como ha venido a recoger expresamente el centro directivo para las S.A., y en base a idéntico argumento, en su resolución de 11 de diciembre de 1996.

Resuelta afirmativamente la pregunta de si cabe reactivar una sociedad disuelta de pleno derecho, así como las relativas al momento hasta el cual es posible adoptar el acuerdo de reactivación y los derechos de los socios disidentes frente al mismo, quedan todavía dos cuestiones trascendentales por contemplar: quórum necesario para la validez de la decisión de reactivar y derechos de los acreedores.

Admitido que no es precisa la unanimidad, ya que defendemos el ejercicio del derecho de separación por el socio disidente, sólo quedan dos dudas en relación al quórum: si ha de ser siempre el mismo, cualquiera que sea la causa de disolución que se pretenda remover y cuál debe ser, si el ordinario o el reforzado.

Admitida, al menos doctrinalmente, la figura de la reactivación, las posiciones de los autores eran muy variadas a la hora de inclinarse hacia una u otra de las mayorías posibles para adoptar el acuerdo que la decidiera. Así, URÍA sostenía que era la misma precisa para acordar la disolución (hoy sería la ordinaria para los supuestos contemplados en los núms. 3, 4, 5 y 7 del apartado 1.º del art. 260 –ex art. 262– L.S.A., y la reforzada en el caso del número 1 del propio artículo: disolución por acuerdo de la junta general).

Otros autores, en la misma línea, matizan, haciendo depender la mayoría de la naturaleza de la causa que motivó la disolución. Así, si para hacerla desaparecer es precisa la modificación de estatutos, la mayoría será la reforzada del artículo 103; en caso contrario, la ordinaria del artículo 102 L.S.A. Si implica nuevas aportaciones de los socios, sería exigible la unanimidad, ex artículo 145 L.S.A.

PALÁ, tras descartar la unanimidad, que exigiría norma expresa en cuanto contraria a la regla que inspira el Derecho de sociedades (mayorías), se inclina también por la mayoría reforzada. EIZAGUIRE cree exigible siempre la unanimidad, entendiendo que si alguno de los socios hace un ejercicio abusivo de su derecho podrá la sociedad dirigirse contra el mismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.2 del Código civil. Pero esta respuesta sólo sirve para dilatar innecesariamente la cuestión, poniéndola en manos de los Tribunales.

PÉREZ DE LA CRUZ estima, por el contrario, que debe exigirse siempre mayoría cualificada, dado que no puede establecerse distinción alguna entre los acuerdos por razón de la causa de disolución.

221

El planteamiento de este último autor es, en líneas generales, tras la reforma, el que parece más correcto. El acuerdo de reactivación tiene sustantividad propia, con independencia de la causa que motivó la disolución. DÍAZ MUYOR propone, para reforzar ese criterio, el siguiente argumento: si la L.S.A., en su artículo 260.1.1, que contempla un supuesto neutral de voluntariedad, exige la mayoría reforzada, es ésta la que debe también exigirse en el resto de los supuestos. Postura que parece reforzada por el artículo 106.1 L.S.R.L., que exige, con carácter general para toda reactivación, dicha mayoría. Y en la misma línea podía abundar el criterio de la D.G.R.N., reforzada en su importante resolución de 11 de diciembre de 1996, ya citada: si realmente en la reactivación se modifica el objeto social, para decidirla será precisa la misma mayoría exigida para esa modificación estatutaria (arts. 144 y 103 L.S.A.).

Resumiendo lo hasta aquí expuesto y en este punto diré que, en mi opinión, puede perfectamente sostenerse que la S.A. puede reactivarse mientras subsista (si reúne los requisitos legales) en virtud de acuerdo adoptado por la junta general con mayoría reforzada, previo reconocimiento a favor del socio disconforme del derecho de separación y a percibir su cuota —si ha nacido el derecho a la misma— tanto si se considera que existe en la reactivación un cambio de objeto social, como si se estima lo contrario.

Habitualmente se ha considerado que los acreedores y obligacionistas sociales tienen derecho a oponerse a la reactivación hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, en base a tres razones:

— Porque así lo establece el artículo 106 L.S.R.L. en su apartado 3.º, y no hay motivo para sostener aquí lo contrario.

222 — Por analogía con lo dispuesto para la fusión en el artículo 243 L.S.A.

— Y porque así lo reconoce expresamente el artículo 242 R.R.M., en su apartado 2.3, al imponer una manifestación al respecto en la escritura de reactivación, si se quiere que ésta acceda al Registro.

Sin embargo, existen fundadas razones para sostener que el acreedor no puede, en el caso que nos ocupa, oponerse al acuerdo de reactivación. En efecto: como ha puesto de relieve recientemente *BLANQUER*, la concurrencia de la causa de disolución de la sociedad no provoca el vencimiento anticipado de los créditos que los terceros ostentan contra la misma. Si la reactivación ha de decidirse necesariamente antes del pago a los socios de la cuota de liquidación, también es anterior al nacimiento de la obligación de consignar el importe de las deudas sociales. Siendo así, se pregunta el citado autor la razón por la cual debe de reconocerse el derecho de oposición al acuerdo a un acreedor que no puede reclamar su crédito no vencido ni pedir la constitución de garantías que afiancen su cumplimiento.

La decisión de disolver no modifica la personalidad jurídica de la sociedad, según vimos, ni afecta a su patrimonio, que sigue respondiendo en idénticas condiciones de las deudas contraídas. No obstante, admitida esa regla general, debe reconocerse una importante excepción: en los casos de disolución por fusión o escisión total, así como en los de cesión global del activo y del pasivo, la extinción de la sociedad se produce simultáneamente con la consumación de la modificación, que tiene lugar directamente sin necesidad de liquidación y produciendo el efecto esencial de sustituir a un deudor (la sociedad resultante) por otro (la sociedad disuelta). En tales casos sí parece justificado tanto exigir para que la novación se produzca, el consentimiento del acreedor (art. 1.205 del C.c.), como reconocer a su favor el derecho de oposición. Pero admitir la aplicación analógica de dicho derecho en otros supuestos parece claramente fuera de contexto, como lo parece defender la aplicabilidad a las S.A. de un precepto contrario a los principios del sistema —art. 106, apartado 3.º L.S.R.L.— erróneamente concebido y sujeto, además de a revisión, a interpretación restrictiva.

Sólo queda en pie, por tanto, a favor del reconocimiento de los acreedores del derecho de oposición el último de los argumentos esgrimidos por los defensores de ese reconocimiento: la dicción literal del artículo 242 apartado 2.3 del R.R.M.

En mi opinión, los acreedores de la sociedad que acuerdan su reactivación, siempre y cuando su crédito no haya vencido ni esté garantizado, sólo pueden oponerse a dicho acuerdo:

— Cuando la causa de disolución sea la fusión o escisión total de la sociedad deudora.

— Cuando se trate de la cesión global de activo y pasivo.

— Y en aquellos otros casos en los cuales el capital social deba reducirse a consecuencia del ejercicio por alguno de los socios disidentes de su derecho de separación.

En dichos supuestos el plazo durante el cual pueden ejercitarlo es el de un mes, contado desde la fecha de publicación del acuerdo en el B.O.R.M.E., por analogía con lo dispuesto para la fusión (art. 242.2.2 R.R.M.).

El acuerdo de reactivación.

Adoptado con la mayoría y en las condiciones vistas, el acuerdo producirá el regreso de la sociedad a la vida activa. Dicho regreso no provoca la vigencia de los asientos registrales cancelados y se inscribirá la reactivación en la hoja abierta a la sociedad, que no se cancela, tal y como ha recordado la D.G.R.N. en su resolución de 11 de diciembre de 1996.

224

Para poder practicar la inscripción deberán presentarse los depósitos de cuentas que no se presentaron (en ocasiones por imperativo legal: D.T. 6.1 L.S.A.), cesando desde ese momento la responsabilidad de los antiguos administradores, gerentes, liquidadores, etc., por las deudas sociales, si es que se extendió a ellos como sanción esa responsabilidad, además de la disolución para la sociedad. Continúa la responsabilidad de la sociedad reactivada por las deudas anteriores a la reactivación, mientras que los derechos de los terceros adquiridos hasta su fecha son inatacables.

El contenido del acuerdo de reactivación será distinto según cual sea la causa que motivó la disolución: revocación del acuerdo que la decidió, si fue adoptada por decisión mayoritaria de la junta (debe resaltarse que, aun cuando la disolución hubiese sido acordada por unanimidad, la reactivación puede ser decidida por mayoría reforzada); modificación del precepto estatutario que fijaba un término, ya transcurrido, para la vida social; modificación del objeto social si la causa fue la conclusión de la empresa que lo tenía como fin o la imposibilidad de realizar el fin social; reducción del capital hasta equilibrarlo con el patrimonio o su aumento hasta el mínimo legal, etc. Como ha apuntado CÁ-

MARA, si la disolución se debe a otras causas estatutariamente establecidas habrá que analizarlas con detenimiento al objeto de determinar si procede o no la reactivación que se pretende. Así, en opinión del citado autor, la facultad reconocida al socio de denunciar la sociedad constituida por tiempo indefinido o la previsión estatutaria que impone la disolución por muerte de uno de los socios, impedirían, de admitirse como válidas, la reactivación, ya que el derecho a pedir la disolución de la sociedad nace en el mismo momento en que ésta se constituye. Podría, estimo, admitirse incluso en estos supuestos (una vez posibilitada la reactivación de la sociedad disuelta por cumplimiento del término estatutario) simplemente mediante el recurso al reconocimiento del derecho de separación a favor del socio disconforme con la continuación de la vida social, expediente mediante el cual quedarían suficientemente protegidos sus derechos.

225

En la actualidad, la única reactivación cuya admisibilidad puede plantear problemas, habida cuenta de lo poco frecuentes que son en la práctica las sociedades constituidas a plazo fijo, es la de las sociedades disueltas como sanción por incumplimiento de la obligación de adaptación, a las que alude la D.T. 6.^a de la L.S.A.

Tanto si consideramos a la sociedad incurso en la sanción como una sociedad irregular (de "irregular sobrevenida" la califica CABANAS TREJO) como si la consideramos simplemente una sociedad anónima "en liquidación" (tesis de BOLÁS) la sociedad continúa teniendo personalidad jurídica, dado que ni la norma sancionadora ni el texto legal imponen expresamente la privación de la misma. De ahí que pueda seguir contratando, contrayendo obligaciones y actuando en el tráfico.

El obstáculo principal para la calificación de la sociedad sancionada como irregular (a la que sería, por tanto, aplicable el régimen del art. 16 L.S.A.) es, según pone de relieve el último de los autores citados, que la responsabilidad por

las deudas sociales no se extiende en la norma sancionadora a todos los socios, como ocurriría de hallarnos ante una sociedad civil o colectiva, sino sólo a los administradores, gerentes, liquidadores y directores generales... La reactivación será posible cualquiera que sea la postura que adoptemos al respecto.

226 Sin embargo, la ventaja que ofrece la tesis de BOLÁS (“sociedad en liquidación”) es que se cancelan los asientos, no la hoja registral (al contrario de lo que ocurre con el art. 278 L.S.A., que se aplica a sociedades ya extinguidas, no simplemente disueltas), con lo que la reactivación se hará constar en la misma (sin perjuicio de que los asientos cancelados no recuperen su vigor, como hemos visto). Al no hallarse cancelada la hoja relativa a la sociedad no se producirá la caducidad de la denominación que impone el artículo 419 R.R.M., criterio que parecen confirmar (así como la postura de BOLÁS) los apartados 18 y 20 del artículo 388 del propio Reglamento. En efecto: conforme resulta de dicho precepto los registradores mercantiles deberán comunicar al Registro Mercantil Central primero la disolución y luego el cierre de la hoja registral, lo cual significa que aquélla no provoca automáticamente éste último, ya que, de ser así, vendría exigida la comunicación conjunta de ambos hechos (disolución y cierre).

También parece apoyar esta postura (la disolución por sanción no provoca el cierre de la hoja) la D.G.R.N. en su resolución de 5 de marzo de 1996, que, al analizar la norma sancionadora, distingue entre disolución y extinción de la personalidad jurídica, e impone la primera, así como “la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes”, pero no la segunda. Al propio tiempo recuerda, respecto de la previsión que impone la cancelación (inmediata y de oficio) de los asientos registrales relativos a la sociedad, que dicha cancelación no implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad “ni tal extinción puede anticiparse al

agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma". En consecuencia, la cancelación producida no es "obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores... compatibles con la... finalidad liquidatoria de la subsistencia de la personalidad jurídica". Recuérdese, a mayor abundamiento, que el apartado 20 del artículo 388 R.R.M., ya citado, posibilita, en la misma línea, la constancia en la hoja registral ya cerrada de "la existencia de activos sobrevenidos".

Una vez adoptado el acuerdo con las mayorías necesarias, deberá procederse a su elevación a escritura pública por los administradores designados o reelegidos, escritura que se inscribirá en el Registro si reúne los requisitos a los que alude el artículo 242 R.R.M., y además incorpora los necesarios para la remoción de la causa de liquidación, según hemos apuntado. Si alguno de los socios ejercitara su derecho de separación, deberá procederse a la reducción del capital social en la debida proporción, previo cumplimiento de los requisitos legales precisos para la misma y posterior aumento hasta el mínimo legal ("operación acordeón") si, como consecuencia de dicha reducción, no alcanza éste. Frente al criterio de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, que estima que no es preciso acompañar balance alguno a la escritura, parece lógico pensar que si, como veremos, la reactivación tributa al 0,1% en A.J.D., a fin de conocer las bases (es decir, a efectos fiscales –y también arancelarios–) deberá acompañarse el balance de la sociedad en el momento en que se decide la misma. No es preciso, sin embargo, acordar la apertura previa del proceso de liquidación, sino que la junta podrá adoptar el acuerdo de reactivación inmediatamente después de la concurrencia de la causa de disolución. La convocatoria para dicha junta será realizada por los liquidadores que gestionan la sociedad en su ámbito interno durante la liquidación, ya que el acuerdo, si bien no tiende a su realización, sí la concluye. Puede ocurrir que la sociedad haya incurrido en causa de disolución y no se haya

procedido al nombramiento de los liquidadores ni los estatutos prevean la conversión automática en tales de los administradores. En ese caso, parece que sólo cabrá la convocatoria judicial de la junta, según resulta de los artículos 101 L.S.A. y 45.2 L.S.R.L. Queda cerrada, dado el tenor literal de los mismos, la posibilidad de solicitar la convocatoria para acordar la reactivación, a los socios que no representen como mínimo el cinco por cien del capital social, puesto que no parece posible tras la reforma, reactivar al efecto la figura del “administrador de hecho” con cargo caducado, admitida por la doctrina de la D.G.R.N. en resoluciones de 24 de junio de 1968, 12 de mayo de 1978 y 18 de junio de 1979.

228

El acuerdo deberá ser publicado antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Así se infiere del propio tenor literal del artículo 242 R.R.M., que dispone, en su apartado 2.º, que entre las circunstancias de constatación obligatoria en la escritura se reflejará: “2.ª La fecha de publicación del acuerdo de reactivación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o la de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, si éste diese lugar al derecho de separación”. La lectura del precepto transcrito puede, a primera vista, inducir a error. En efecto: ¿cabe, según parece desprenderse del mismo, la sustitución de la publicación por la comunicación a los socios si éstos tienen derecho de separación? No parece que sea la respuesta afirmativa la adecuada, ya que la publicidad del acuerdo está pensada no sólo como medida de protección de los socios, sino también de los acreedores. Si éstos tienen, según el apartado 2.3.ª del mismo artículo, y, en los supuestos que hemos apuntado, derecho a oponerse al acuerdo de reactivación, no puede suprimirse la publicidad de éste, puesto que dicha publicidad será la única vía de conocimiento de ese derecho.

Si los únicos terceros protegidos por la publicación en el B.O.R.M.E. hubiesen sido los socios, sí podría, por el con-

trario, defenderse su sustitución por la comunicación personal a éstos, o incluso la supresión de dicha comunicación, si el acuerdo hubiese sido adoptado en junta universal y por unanimidad. Sustitución ya prevista, por otro lado, para las S.R.L. en el artículo 97 de su ley reguladora, si el órgano de administración lo estimase oportuno, previsión inexistente en sede de anónimas.

Cuestión distinta es la relativa al lugar en el que debe publicarse el acuerdo y en cuántas ocasiones. Se ha dicho que la remisión del apartado 3.º del artículo 106 L.S.R.L. a “las mismas condiciones y efectos” de la fusión obliga, al menos en relación a dicho tipo de sociedad, a publicar el mismo tres veces en el B.O.R.M.E. y “en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio” (HERNÁNDEZ ANTOLÍN). Tal previsión es, además de costosa, a todas luces excesiva. Máxime si tenemos en cuenta que, de un lado, para las S.A. no existe tal remisión legal y, de otro, que el artículo 263 L.S.A., relativo a la publicidad del acuerdo de disolución, obliga sólo a publicar éste en el B.O.R.M.E. y en un diario (en ese sentido se manifiestan GARCÍA MAS y la D.G.R.N. en su resolución de 11 de diciembre de 1996). Incluso, estimo, podría sostenerse que basta con la publicación en el boletín indicado una sola vez, dados los términos en que se pronuncia el artículo 242.2.2.ª R.R.M. (que no alude para nada a anuncios en la prensa). La referencia del artículo 106 a la fusión habría por tanto que entenderla hecha no a los requisitos y formalidades del acuerdo de reactivación, sino a los del derecho de oposición de los acreedores y, en concreto, al contenido y efectos del ejercicio de dicho derecho.

Para algunos autores la escritura de reactivación tributará por A.J.D., siendo la base el haber líquido partible entre los socios (art. 75.3 del R.I.T.P. y A.J.D., de 29 de mayo de 1995) y posteriormente se inscribirá en la hoja abierta a la sociedad (art. 388, apartado 18 del R.R.M.). No creo sostenible el criterio de CÁMARA, autor para el cual si el

acuerdo es adoptado por unanimidad por la junta general (“reactivación impropia”) procederá la doble liquidación: por disolución y por constitución de sociedad, al encubrir un nuevo contrato. Más lógica parece la postura adoptada recientemente por BLANQUER: la reactivación no está sujeta a liquidación, dada la falta de tipificación normativa del supuesto como hecho sujeto. Además, para que se produzca un hecho imponible es preciso que el sujeto pasivo transfiera un bien o patrimonio, y ni el acuerdo de disolución ni la reactivación provocan la transferencia de activos...

c) La reactivación en otras personas jurídicas.

La sociedad civil parece que no podrá reactivarse en caso de disolución por transcurso del plazo, ya que lo impide el artículo 1.703 del Código civil, ya visto, pero sí en cualquier otro caso.

230

En las sociedades personalistas –colectivas y comanditarias– el acuerdo de reactivación deberá ser adoptado con el consentimiento unánime de los socios, tal y como corrobora la circunstancia de que sea obligatorio el mismo quórum para modificación de estatutos, cambio de objeto social, etc. Ello convierte la cuestión, según hemos visto, en puramente teórica, ya que, salvo a efectos fiscales, nos hallaríamos ante la constitución de una nueva sociedad. CÁMARA estima válida la cláusula estatutaria que somete el acuerdo, en este tipo de sociedades, a la decisión mayoritaria. El problema se resolvería en ese supuesto, tal y como ya hemos visto para la sociedad anónima.

La Ley General de Cooperativas, precursora en este sentido, dispone en su artículo 105: *“Reactivación de la sociedad. La sociedad en liquidación podrá ser reactivada siempre que la disolución se haya producido por acuerdo de la Asamblea General, haya cesado la causa que la motivó y no se haya comenzado el reembolso de las aportaciones a los socios o a los asociados. El acuerdo de reactivación deberá ser adopta-*

do por la Asamblea General, por una mayoría de dos tercios de los votos sociales, y no será eficaz hasta que no se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de Cooperativas. La misma regla se aplicará en el caso de quiebra, cuando la sociedad quebrada llegue a un convenio con los acreedores”.

El precepto resulta una transcripción casi literal del artículo 246.2 del Anteproyecto de L.S.A. de 1979, ya visto, y es similar a los artículos 66.2 de la Ley de Cooperativas Valenciana y 88.5 de la Ley de Cooperativas de Euskadi (el primero de ellos dispone: “*La cooperativa disuelta conserva su personalidad durante el procedimiento de liquidación y deberá actuar añadiendo a su denominación social la mención “en liquidación”. En cualquier momento la Asamblea General podrá adoptar un acuerdo de reactivación de la Cooperativa, siempre que aún no se haya distribuido el haber social líquido*”). La Ley de Cooperativas de Euskadi, en el artículo citado, a su vez, ordena: “*La Cooperativa disuelta podrá ser reactivada siempre que se elimine la causa que motivó la disolución y no haya comenzado el reembolso de las aportaciones a los socios. Para ello se precisa el acuerdo de la Asamblea General adoptado por la mayoría prevista en el número 2 del artículo 36. Dicho acuerdo no producirá efectos hasta su inscripción en el Registro de Cooperativas. En caso de quiebra la reactivación sólo podrá ser acordada si la Cooperativa llega a un convenio con sus acreedores*”).

Como se deduce de su tenor literal, la Ley General de Cooperativas sólo admite la reactivación en caso de disolución por acuerdo de la Asamblea o en caso de declaración de quiebra de la cooperativa.

VICENT CHULIÁ ha criticado severamente, de acuerdo con su postura contraria a la reactivación, el hecho de que la Ley de Cooperativas Valenciana, que admitió la reactivación “a fin de dar salida a las Cooperativas que quedasen disueltas por no adaptar sus estatutos en el plazo de un año” desde su entrada en vigor, no excluyera expresamente la po-

sibilidad de reactivación de las cooperativas disueltas por cumplimiento del término, con lo que el legislador “se aparta de la legislación alemana” y “sobre todo –su criterio– carece de justificación”.

Dados el carácter general con que se pronuncia el nuevo R.R.M., y la postura seguida por las leyes de cooperativas más avanzadas, anteriormente citadas, entiendo que debe admitirse la reactivación en este tipo de entidades, en las condiciones expuestas en los textos que las regulan, supliendo sus lagunas y el silencio legal de las leyes de cooperativas que no contemplan esa posibilidad (catalana, andaluza y navarra –en su última reforma de 2 de julio de 1996–) de acuerdo con los criterios expuestos hasta este momento.

Como ya apuntara un compañero, y cita CABANAS, el híbrido formado con la amalgama de criterios escogidos podrá ser un verdadero “ornitorrinco jurídico”, pero se trata de que “nade y ponga huevos”. Creemos que así puede ser. Al menos, ese es nuestro deseo.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 860 DEL CÓDIGO CIVIL

ESTHER MUÑIZ ESPADA

*Doctora en Derecho
Universidad de Valladolid*

233

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 860 C.C. **1.** Su contraposición con el legado específico. **2.** Argumentos que lo justifican en el legado genérico. **III.** RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ARTÍCULO 860 C.C. **1.** Responsabilidad por defectos jurídicos. **1.1.** *La concreta obligación del gravado.* **1.2.** *La exclusión de las normas del saneamiento por evicción y la aplicación de las normas generales del incumplimiento.* **1.3.** *Sus consecuencias y los derechos del legatario.* **1.4.** *Pérdida parcial.* **2.** Responsabilidad por defectos materiales de la cosa entregada. **2.1.** *Interpretación extensiva del artículo 860 C.c.* **2.2.** *Una posible solución: considerarlo como alteración de la calidad exigible.* **2.3.** *De nuevo la aplicabilidad de las normas generales*

del incumplimiento. IV. RESPONSABILIDAD CON INDEPENDENCIA DE QUIEN HAGA LA ELECCIÓN. V. SUPUESTOS DE NO RESPONSABILIDAD. VI. EL ARTÍCULO 860 C.C. Y LAS PARTICULARIDADES DEL LEGADO DE COSA AJENA.

I. Introducción

234

Como manifiesta SCHULZ, los juristas clásicos “estudiaron el derecho de los legados con no disimulada predilección. Las obras clásicas, especialmente los *Digesta*, *Responso* y *Quaestiones*, se encuentran llenas de sutiles disquisiciones concernientes a los legados (de tal modo que se puede decir) que el Derecho romano de sucesión es indudablemente el signo más claro de la vocación jurídica de Roma” (1).

Con este antecedente no es de extrañar que nuestro Código dedique una sección completa al régimen propio de los legados; una regulación autónoma de la institución de heredero en la que se han plasmado, aunque sin especial rigor sistemático, aquellos criterios del Derecho romano (2).

Al mismo tiempo, la preocupación del legislador por recoger con acentuado casuismo el régimen de las disposiciones a título particular se ha visto acompañada en cierta medida por el interés de la doctrina que de inmediato reconoció la enorme trascendencia teórica y práctica de esta compleja institución.

(1) SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. de la ed. inglesa de Santa-Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, p. 302.

(2) En general, casi todas las instituciones que componen el tratado de la sucesión testamentaria se informan en la Base 15 de la Ley de 11 de mayo de 1888, fundándose a su vez el legislador en la colección de principios y datos que proporcionan el Derecho romano y las Leyes de Partidas, LÓPEZ GÓMEZ, *Tratado teórico-legal del Derecho de sucesión*, Valladolid, 1891, p. 674.

Pero todavía entre la normativa específica de los legados hay un precepto que podría ser objeto de especial atención, cual es el artículo 860 C.c., es decir, el problema de la evicción en los legados o la responsabilidad del gravado con un legado genérico, pues la incorrecta o más bien incompleta redacción de esta norma plantea algunas cuestiones que podrían merecer cierta consideración (3).

II. Fundamento del artículo 860 C.c.

1. Su contraposición con el legado específico.

Es inexcusable en el estudio del artículo 860 C.c. partir del análisis de su *ratio legis* o el fundamento de dicho precepto, cuyo contenido queda referido, por su tenor literal, al legado de cosa genérica: “el obligado a la entrega del legado responderá en caso de evicción si la cosa *fuere indeterminada y se señalase sólo por género o especie*”. Utilizando los términos “género” o “especie” como sinónimos, “especie” no hace referencia a cosa específica “sino genérica como la de cierto género” (4) (5).

235

(3) Aunque a juicio de LÓPEZ GÓMEZ esta disposición no necesitaría de un estudio detenido, por la razón histórica que lo informa y por los términos expresos y concretos con que ha sido desenvuelto, en *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, cit. p. 678, afirmación que hacía extensiva también a lo referido en el artículo 859 del C.c.

(4) Como advierte ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XII, vol. 1.º, Madrid, 1981, p. 19; SCAEVOLA, *Código civil*, cit. p. 256; MANRESA, *Comentarios al Código civil*, t. VI, Madrid, 1898, pp. 609 y 610; OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1986, rev. y puesta al día por Ossorio Serrano, p. 38; SÁNCHEZ CALERO, “Las obligaciones genéricas”, *RDP*, 1980, p. 644.

(5) El Código civil argentino se refiere conjuntamente también al legado alternativo: artículo 3780 “el legatario de cosa cierta no tiene derecho a la garantía de la evicción; pero si el legado fuese de cosa determinada en su especie, o de dos cosas legadas bajo alternativa, sucedida la evicción puede demandar la otra cosa de la especie indicada, o la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa”.

Otros códigos que hacen referencia a esta cuestión son el del Uruguay (art. 906 “El obligado a la entrega de la cosa legada responde en caso de evicción, si la cosa fuere indeterminada y correspondía a un género o clase”), y el BGB (§ 2182: Ist

Y la comprensión de su fundamento y su sentido puede comenzar entendiéndose si se contrapone precisamente con el régimen del legado de cosa específica que es su antítesis.

1.i. Es pacífica la consideración de que el obligado a la entrega del legado de cosa específica no responde de evicción, no sólo porque resulte a *sensu contrario* del artículo 860 del C.c. Si el legatario es vencido en juicio en virtud del mejor derecho de un tercero perdiendo el objeto del legado, se demuestra que el testador no era el propietario del mismo; y su desconocida ajeneidad determinará la ineficacia del propio legado por expresa prescripción del artículo 862.1 C.c.: “si el testador ignoraba que la concreta cosa que legaba era ajena, será nulo el legado”, y siendo nulo ni sirve lógicamente para transmitir la propiedad de la cosa ni para darle derecho a reclamar por evicción (6).

236

eine nur der Gattung nach bestimmte Sache vermacht, so hat der Beschwerte die gleichen Verpflichtungen wie ein Verkäufer nach den Vorschriften des §433 Abs.1, der §434 bis 437, des §440 Abs.2 bis 4 und der §§ 441 bis 444.

Dasselbe gilt im Zweifel, wenn ein bestimmter nicht zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist, unbeschadet der sich aus dem §2170 ergebenden Beschränkung der Haftung).

(6) Todo ello a menos –insiste ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 24– que constase la voluntad del difunto de que el legatario pudiese reclamar al gravado si le privaban de ella por evicción. En este caso –entiende– lo que aparece es “la voluntad de legar la cosa aunque no sea suya, con lo que, privado de ella por evicción, que demuestra ser de tercero, resulta no que el legatario tenga derecho a que el gravado le sanee sino que, valiendo el legado como de cosa ajena (porque el testador lo quiso incluso para este supuesto), sin responder de nada el gravado, a lo que sí tiene derecho el legatario es a que aquél se la proporcione (adquiriéndola para ello), y si no es posible le dé su justa estimación; de modo que la cifra que el legatario perciba del gravado no será en concepto de indemnización por responder éste de la evicción que el otro padeció, sino en concepto de montante a que asciende el valor de la cosa ajena que el testador legó y que por no poder adquirirla el gravado debe al legatario su justa estimación”. “La expresa salvedad –declara MOREU BALLONGA, *El legado genérico* en el Código civil”, Madrid, 1991, p. 197, quien acepta esta opinión– de la voluntad contraria del testador que hace el Código en el similar supuesto del artículo 1.070 apdo. 1.º, confirma la justeza de esa interpretación”. Y “en otro sentido, representa también una salvedad útil, aunque obvia, respecto de la irresponsabilidad por evicción del gravado con un legado específico, la salvedad de los derechos legitimarios del coheredero (del legatario específico, en nuestro caso, que hace el mismo artículo 1.070 en su apdo. 1.º)”.

1.ii. Además hay otro argumento para su exclusión: y es el respeto a la voluntad del testador. Aquí el gravado solamente puede cumplir entregando la única cosa prevista; *res talis dari debet qualis relicta est*. Expresamente para los legados el artículo 886.1 C.c. prescribe que “el heredero debe dar la misma cosa legada pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación”, en coherencia con el artículo 883 C.c.

En este caso, si el testador comisiona a uno de sus herederos o legatarios para entregar a una determinada persona el legado expresamente delimitado e individualizado, el gravado sólo cumplirá otorgando la específica cosa que se indicó y quiso legarse al beneficiario. Si el testador le beneficia con un determinado bien o derecho de la herencia éste es exactamente el que corresponde al legatario, con sus vicios o defectos, deméritos, imperfecciones o gravámenes, puesto que así lo dispuso el testador, y no solamente los que tuviese en la época del otorgamiento del testamento sino también a la muerte del testador. El concreto bien deberá entregarse con todos sus accesorios y en el estado en el que se halle al morir el testador (art. 883 C.c.).

237

En este caso, no olvida ARMERO DELGADO, que en el legado de cosa específica se produce una sucesión directa del testador al legatario, “por eso no se produce para el heredero obligado a su entrega responsabilidad en caso de evicción” (7). El legatario queda en relación directa con el testador, siendo sólo el obligado a la entrega del legado un intermediario cuya misión resultará cumplida con el traspaso de la cosa legada, por eso no pueden exigírsele responsabilidades. Otra cosa es si después de la muerte del testador la cosa legada se pierde, se grava o padece vicios o defectos por dolo, culpa o negligencia del heredero, entonces se le obligará a indemnizar por daños o perjuicios pero no en virtud del artículo 860 C.c. sino de lo dispuesto en el artículo 1.101 C.c.

(7) ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, Madrid, 1951, p. 328.

De esta manera, la regla fundamental en esta clase de legados es la contenida en el artículo 882 C.c., a cuyo tenor “cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte” (párr. 1.º). De tal modo que la cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora” (2.º párr.). El legado de cosa específica entraña una atribución directa del causante al favorecido a cuyo riesgo queda la pérdida o deterioro desde la muerte del testador (art. 882 C.c.) (8). Por tanto, y en todo caso, si se viera privado de ella goza de los mismos derechos que hubieran correspondido en vida al causante o de la misma protección que tenía el testador —el heredero no puede transferir al legatario derechos más extensos de los que correspondían al difunto sobre la cosa legada— (el gravado tendría que ceder al legatario las acciones que el testador tenía contra el que le transmitió). En todo caso, habría responsabilidad por evicción en un legado específico oneroso con base en el artículo 638 del C.c. pero con los límites que se expresan en él —hasta la concurrencia del valor del gravamen— (9).

Así, este legado de especie es el legado *per vindicationem* del Derecho romano, con eficacia real o directa; que proporcionaba al legatario la misma cosa legada, y su entrega podía exigirla del heredero con la acción real de propiedad (*vindicatio*) (10).

(8) Señalando TRAVIESAS, “Los legados”, *RDP*, 1931, p. 131, que “el efecto de reputar la cosa legada como cosa propia del testador, basta con que éste, en el momento de su muerte tenga derecho a exigirla, para él, de un tercero”.

(9) *Vid.* MOREU BALLONGA, *El legado genérico...*, cit. p. 198, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, Madrid, 1985, p. 217.

(10) *Vid.* JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1937, p. 490.

Pero también tiene ciertos efectos obligacionales, una obligatoriedad mínima; eficacia real y directa sin perjuicio de la obligatoriedad común a todo tipo de legado. “No obstante ser el legatario dueño de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador, es aplicable también a este tipo de legado la regla general de que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885). () Perfectamente explicable, pues se trata de un propietario que no tiene la posesión, la cual por muerte del testador, se ha transmitido *ope legis* a los herederos (art. 440), y como nadie –aunque sea el propietario, justifica OSSORIO MORALES– puede por acto de propia autoridad privar a otro de su posesión (art. 441) es necesario que el legatario, dueño de la cosa, la reclame” (11) (12).

239

(11) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit. pp. 374 y 375. Vid. al respecto DE LOS MOZOS, “La adquisición de la posesión en los legados”, *ADC*, 1962, pp. 870 y 875.

(12) El mantenimiento de la unidad de posesión obedece a una importante razón práctica, y es que los legados, aun de cosa cierta, están subordinados al pago de las deudas y satisfacción de las legítimas, y la dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de una masa que, igual que en vida del causante, sirve de garantía a los acreedores, y ahora especialmente a los legitimarios (LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil*, Derecho de sucesiones, LACRUZ BERDEJO y otros, t. V, Barcelona, 1993, p. 268). En esta línea, a los efectos que interesan al legatario, el heredero debe comprobar si el pasivo hereditario deja un activo líquido suficiente para el pago íntegro del legado o si se impone su reducción o ineficacia total. Así resulta del artículo 1.025 del C.c. que prevé que durante la formación del inventario y el término para deliberar los legatarios no pueden demandar el pago de los legados (Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. III, Barcelona, 1994, pp. 23 y 24. Vid. en GARCÍA CANTERO, “Ensayo de una clasificación de los legados en el Código civil”, *RCDI*, 1973, p. 789, un compendio de cómo califica diversamente la doctrina la posición jurídica del heredero gravado mientras no realiza la entrega).

Es interesante reparar en la nota del primer autor mencionado, n.º 70 de la citada p. 23. Como es interesante consultar el trabajo de DE LOS MOZOS, “La adquisición de la posesión en los legados”, (*ADC*, 1962 pp. 865 y ss.). En cualquier caso, para algunos autores dicho precepto, artículo 885, es incluso de orden público, de tal modo que el testador no podría autorizar al legatario para que tome posesión por sí mismo de la cosa legada (Vid. más ampliamente GARCÍA CANTERO, “Ensayo de una clasificación de los legados...”, cit. p. 789. En el Código civil italiano artículo 649.2.

2. Por el contrario, ¿qué argumentos justifican el artículo 860 C.c. respecto del legado genérico?

2.i. Frente al legado de cosa específica —que tiene por objeto una prestación individualmente determinada, una cosa individual o colectiva, en todo caso determinada y conocida, de tal manera que no se confunde con ninguna otra—, el legado de cosa genérica se caracteriza precisamente en sen-

Destaca, no obstante, la doctrina una vez consignado el principio general de necesidad de la entrega, las excepciones que tiene esta regla. Las resume ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. III, cit. pp. 25 y 26, del siguiente modo:

1) Cuando según el artículo 891 del C.c. toda la herencia esté distribuida en legados y no hubiere contador-partidor ni albacea para efectuar la entrega, ya que en dicho caso no hay herederos.

2) Cuando el legado no fuese susceptible de implicación posesoria.

3) Cuando se trate de un prelegado, es decir, de un legado al heredero, pues no cabe autoentrega, por reunirse en una misma persona las cualidades de heredero y legatario.

4) Cuando el legatario ya se hallare en posesión de la cosa legada, por cuanto esto prueba que fue entregado sin solemnidad alguna el legado en cumplimiento de la voluntad del testador.

5) Cuando el testador haya autorizado al legatario para posesionarse por sí solo de la cosa legada, por cuanto la voluntad del testador es la ley de la sucesión (por lo que resultaría que el citado artículo 885 es de carácter dispositivo o supletorio, *vid.* también VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, 295, para quien “no es carácter esencial de la naturaleza del legado la entrega de su posesión por el heredero al legatario. Es posible que éstos en ciertos casos la reciban idealmente *ipso iure* y puedan tomarla materialmente por sí. No es de esencial necesidad —insiste— que los herederos entreguen a los legatarios la posesión de sus legados. Ni va contra la naturaleza del legado la transmisión directa, *ipso iure*, al fallecer el causante, de la posesión de la cosa legada al legatario. Puede verse también en su obra *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I, Madrid, 1982, p. 179.

Esta cuestión también analiza el prof. DE LOS MOZOS, “La adquisición de la posesión en los legados”, *ADC*, 1962, pp. 881 y ss., que afirma que “no existe razón alguna para admitir esta excepción”, ampliamente desarrollado en pp. 882 y ss.

6) Cuando sea de usufructo universal.

7) Cuando por no poseer nadie los bienes legados hubiese el legatario obtenido judicialmente la posesión de los mismos por el procedimiento del artículo 2.056 LEC (*vid.* la misma nota anterior de VALLET DE GOYTISOLO).

8) Como se podría añadir, tratándose de un legado prolegítima.

Puntos también analizados por DE LOS MOZOS, en “La adquisición de la posesión en los legados”, pp. 890 y ss.

Vid. también SERRANO GARCÍA, “Legado de crédito y legado de liberación”, *RCDI*, 1975, t. I, p. 634; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967.

tido contrario, como aquél que tiene por objeto una cosa indeterminada o designada únicamente por el género al que pertenece, encontrándose objetivamente indeterminada en relación con otros objetos que forman parte del mismo género (13) (14).

Lo que le caracteriza es que las singulares especies correspondientes al género no están *in obligatione*, no están inferidas individualmente en la obligación. Por lo que de cara a su cumplimiento bastaría satisfacer cualquier objeto dentro del género, un género que designará el testador en función de ciertas características determinadoras de acuerdo a su conveniencia e interés.

2.ii. En este contexto el artículo 860 C.c. trata de garantizar el respeto a la voluntad del testador. Si de algún modo no se hiciera responsable al gravado éste muy bien podría escoger dentro del género comprendido en la herencia un objeto que supiera no pertenecía al testador o al menos dudase de la legitimidad de su titularidad, haciendo vano e ilusorio el derecho al legado, contraviniendo la voluntad del testador que quiso que se entregase “algo” dentro de un género a favor de una persona determinada.

Admitir otra cosa sería tanto como dejar el cumplimiento de la voluntad del testador a merced del gravado, favo-

(13) Las características de homogeneidad y uniformidad son en efecto distintivas del género, como advierte SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, de LA-CRUZ BERDEJO y otros, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1994, p. 70; la propia Ley pone de relieve esa tendencial uniformidad en el artículo 1.167 C.c., concretando y uniformizando la prestación al tipo medio, que pueda ser abarcado por un denominador común.

(14) No obstante, es posible también concebir como objeto de un legado un género artificial o creado para el caso por la voluntad del testador, que abarque cosas o servicios que objetivamente pertenezcan a géneros diversos entregando las cosas más heterogéneas, lo cual no quiere decir que falte toda idea de unidad, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 229, pone el siguiente ejemplo “A, hijo de un personaje célebre de quien es gran admirador B, lega a éste un objeto cualquiera de los que hubiesen sido de uso personal de aquél. Con lo que es posible entregar las cosas más heterogéneas (.). Lo que se ha hecho es crear el género «cosas de uso personal del personaje X»”.

reciendo un arbitrio ilimitado; esto es, en sus manos estaría elegir entre cumplir realmente la obligación que el testador le impuso o cumplir sólo en apariencia (15).

242 **2.iii.** De esta manera, la declaración del artículo 860 C.c. es coherente con la peculiar estructura interna del propio legado genérico y con la naturaleza de la obligación que deriva para el gravado. La responsabilidad impuesta por el artículo 860 C.c. tiene su engarce en la eficacia obligacional característica del legado genérico, porque aunque la adquisición para el legatario es gratuita la situación jurídica en la que dicha adquisición se produce no lo es, habida cuenta de que el gravado se limita a cumplir una obligación. Los legados genéricos no son sino obligaciones genéricas con cargo a los herederos procedentes del testamento. El legado es un acto de disposición de los bienes propios a título singular, pero es también un instrumento, como se ha dicho, de creación de obligaciones *post mortem* para alcanzar finalidades deseadas por el testador (16).

Así, la responsabilidad asumida por el que ocupa el lado pasivo de la obligación se acerca más a la situación del deudor en una relación onerosa intervivos que a la de un simple ejecutor en una liberalidad (17). En la relación gravado-legatario las reglas a aplicar son las de las transmisiones no gratuitas, o si se quiere onerosas. La onerosidad procede no de que el primero recibe una contraprestación del segundo, sino de que lo que hace no lo hace por liberalidad, sino por imposición del testador y a cargo de lo que de éste recibe.

(15) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 24. Vid. también SÁNCHEZ CALERO, *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2109 y 2110; SCAEVOLA, *Código civil*, t. XV, cit. p. 255.

(16) ROMÁN GARCÍA, *Las obligaciones testamentarias*, Madrid, 1995. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. pp. 27 y ss.

(17) GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. p. 202.

En este caso se impone al heredero o legatario gravado una obligación de dar que éste asume por la aceptación y que coloca al legatario en la posición de acreedor, que le faculta para exigir el pago o cumplimiento de la prestación objeto del legado (18) (19).

Así, del legado genérico no puede surgir para el legatario más que un derecho de crédito frente al gravado, no siendo posible concebir un derecho de propiedad sobre cosas indeterminadas y en consecuencia una transmisión directa e inmediata al legatario. Configurándose los legados genéricos como los típicos legados de carácter obligacional o de efectos meramente obligatorios, a través de los cuales el testador impone una obligación al gravado de la que responde, en consecuencia, en caso de incumplimiento.

No existiendo un único tipo o figura de legado sino distintas clases o formas corresponde a cada uno de ellos una configuración distinta y por tanto unos efectos distintos. A pesar de una dispar y variada terminología (20), como clasificación globalmente técnica de los legados éstos pueden ser de efectos obligacionales o reales, aun cuando sea discutido entre los tipos de legados que regula el Código civil los que despliegan unos y otros efectos.

(18) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 25; *vid.* también SÁNCHEZ CALERO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1993, p. 2110.

(19) Para MOREU BALLONGA, *El legado de cosa genérica*, cit. pp. 194 y 195, “la *ratio* del artículo 860 se entiende todavía con más claridad si se la compara con la similar *ratio* del artículo 1.070, apdo. 1.º, precepto que excepciona el caso en que el mismo testador hubiera hecho la partición de la herencia (art. 1.069). Que en el caso del artículo 1.056 no hay obligación de sanear por evicción sin duda se debe a que en la llamada partición hecha por el testador no hay un negocio extintivo de una comunidad de bienes, sino verdadera atribución de bienes concretos a cada uno de los herederos. Precisamente algo similar a lo que sucede en los legados específicos, lo que muestra la unidad de criterio y coherencia de nuestro legislador en estos dos preceptos (art. 860 y art. 1.070, apdo. 1.º)”. Entendiendo dicho autor que “de la conexión evidente entre los dos preceptos mencionados se deduce también que para explicar la *ratio* o fundamento del artículo 860 no es imprescindible recurrir a la idea del correcto cumplimiento de una obligación genérica: sea declarativa, traslativa o intermedia la naturaleza de la partición de herencia, en el artículo 1.069 se contempla *sui* duda algo distinto del mero cumplimiento de obligaciones jurídicas normales”.

(20) Como dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. p. 30.

Así, frente al criterio del Derecho alemán, suizo y austriaco que niegan para todo caso el legado con eficacia traslativa directa, los códigos latinos, como el Código francés, italiano –tanto el de 1865 como el de 1942– o español mantienen la coexistencia de una eficacia real con la eficacia obligacional característica de ciertos legados; de esta manera siguen fieles a la tradición romanista que conoció, al menos durante el período clásico, cuatro tipos de legados: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* y *per praeceptionem*, cuyos efectos eran diversos según la forma en la que se hubieran instituido, formalidad de la que se fue prescindiendo, especialmente en el período justiniano.

Sobre la modalidad del legado *per damnationem*, por la que el testador imponía al heredero una obligación o una prestación cualquiera en favor del legatario (21), se configura el legado genérico y, en efecto, como antes se ha manifestado, la idea de su eficacia obligacional parece, sobre la base de estos precedentes, la mayormente aceptada tanto en el Derecho español como francés e italiano (22). Sin embargo, la posible eficacia real de este legado –limitado en concreto al de género que se halle en el patrimonio hereditario– también ha encontrado importantes adeptos y entre ellos GANGI (23) entiende que de él no surgiría sólo un derecho de crédito frente al gravado sino también un derecho inmediato sobre el objeto legado; que en este caso la propiedad de la cosa legada pasaría directa e inmediatamente del testador al legatario, si bien sólo en el momento de la elección y con efectos retroactivos al de la apertura de la

(21) En SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit. pp. 304 a 306. Más ampliamente puede verse GINESTA AMARGOS, *El legatum per damnationem*, Barcelona, 1989. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino, 1962; FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, Roma, 1976; SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Firenze, 1964; VOCI, *Diritto hereditario romano*, Milano, 1963.

(22) De lo que dan cuentan MOREU BALLONGA, *El legado genérico...*, cit. n. 33 y 34, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. 29 y ss.

(23) GANGI, *I legati nel Diritto civile italiano*, Padova, 1932, pp. 11 y 12.

sucesión. Teoría de la eficacia real que entiende preferible para nuestro Derecho MOREU BALLONGA (24) (25).

No es oportuno desarrollar aquí esta polémica, ni siquiera hacer un resumen del estado de la cuestión por ya sumamente conocida, lo conveniente ahora sería destacar, en aras de lo que en este trabajo se entiende defendible, que frente a la idea de que la individualización determina el traspaso de la titularidad, o que con la elección se modifica el régimen de la obligación de genérica en específica, sobre la

(24) Sobre la que se ha extendido con profusión en las pp. 46 y ss. de la obra ya citada: "cuando el legado es genérico con género limitado a las cosas del patrimonio hereditario no cabe por hipótesis la especificación del legado en una cosa ajena ni en una cosa del gravado sino que solo cabe precisamente la especificación en una cosa perteneciente al patrimonio hereditario". "En este supuesto -afirma- parece defendible la tesis de Gangi de que en el legado de género limitado a las cosas de la herencia cabe hablar de sucesión particular, de transmisión *recta via* desde el patrimonio del testador al del legatario, y de retroactividad de la adquisición de éste desde el momento de la especificación al momento de la apertura de la sucesión" (p. 63 ampliamente desarrollado en pp. sucesivas).

Así, el conjunto de argumentos que expone en favor de la teoría de la eficacia real del legado genérico de género limitado a las cosas de la herencia a lo que principalmente dan fuerza es a la posibilidad de que el legatario genérico pueda ejercitar la acción reivindicatoria tras la especificación por elección en una serie de supuestos en los que ello puede resultar perfectamente razonable -díces-. Desde la especificación del legado, por ejemplo -enumera- el legatario podría reivindicar su cosa cuando el gravado para perjudicarle a él o para beneficiarse a sí mismo la hubiere entregado o vendido a un tercero o cuando la cosa hubiera sido embargada al heredero gravado por un acreedor suyo o aun por un acreedor de la herencia ... (p. 79 y p. 25).

Pero, puede decirse que en cualquier caso el legatario tiene derecho, si en la herencia existe un activo sobre un pasivo, a la obtención de su legado, cualquiera dentro del género, de calidad media cuando la elección corresponda al heredero -y cualquiera dentro del género del patrimonio si se ha limitado al patrimonio de la herencia-; en todo caso el gravado tendrá que entregarle cualquier objeto dentro del género delimitado, cumpliendo con cualquiera que reúna aquella calidad; lo que le ha otorgado el testador es "algo" dentro de ese género y de calidad media según el artículo 875-3 C.c., a salvo cualquier otra disposición del testador; por lo que aquella defensa no resulta tan imprescindible.

(25) Como antecedente histórico: GAYO, Inst. 2, 196, atestigua la posibilidad de un legado *per vindicationem* sobre cosas *pondere numero mensura consistunt* siempre que pertenezcan al testador. Lo que implica que no se pueda legar *per vindicationem* cualquier cosa genérica sino sólo respecto de aquellas que pertenezcan al disponente. Aunque la hipótesis normal de legado de género se refiera sin embargo al legado *per damnationem*, el cual pertenezca o no el género al disponente implica la constitución de una obligación que no difiere de cualquier otra obligación genérica, *vid.* BIONDI, B., *Successione Testamentaria*, vol. II, Milán, 1943, n.º 161, p. 436.

base de los artículos 884 y 1.095.2 del C.c. la propiedad no se adquiriría sino por la entrega (26) y que la elección o individualización tendría lugar en el momento del cumplimiento o cuando el deudor haya hecho lo necesario para cumplir con su obligación (cuando la haya ofrecido de modo efectivo o la ponga a disposición del acreedor e incurra éste en mora). Así, la indeterminación de la prestación genérica terminaría en el momento del cumplimiento, siendo la individualización el modo natural de desenvolverse la obligación (27). Como podrá recordarse, en la tradición romana y en las Partidas la especificación de las obligaciones genéricas se pensaba realizada siempre mediante entrega de la cosa —o mediante actuación bilateral del acreedor o deudor— (D. 18,6,1; P. 5,5,24) (28).

De este modo la diversidad o el tipo de legado genérico no afectaría a la eficacia del mismo que, en todo caso, sería

(26) En el mismo sentido OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit. p. 378.

(27) En sentido similar DE LA CUESTA SÁENZ, “Las obligaciones alternativas”, *RDP*, 1984, p. 14, “conviene destacar la diferencia que separa la concentración de la obligación alternativa del proceso que recibe el mismo nombre y que acaece en las obligaciones genéricas, ya que éstas no cambian su régimen mediante la concentración, ni mediante el pago que produce su extinción, y, sí, por el contrario en las obligaciones alternativas, a las que son aplicables las normas generales a partir del momento de producirse la concentración”.

(28) La especificación es lógicamente anterior al cumplimiento, pero cronológicamente puede coincidir y es lo que normalmente sucede; es más, lo que de antiguo se ha discutido en la doctrina —como dice SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho de Derecho civil* de LACRUZ BERDEJO y OTROS, t. II, vol. 1.º, cit. p. 73— es la validez de una especificación anterior al cumplimiento, enfrentándose en la pandentística la doctrina de la separación defendida por THÖL y la doctrina de la entrega mantenida por IHERING, según la cual las obligaciones genéricas no se especifican sino por el cumplimiento o entrega o bien por el ofrecimiento en condiciones que hagan incurrir al acreedor en mora. Concluyendo que la especificación en ningún caso supone novación alguna ni modifica en nada en la estructura y consistencia de la obligación genérica: es, cabalmente, su desenvolvimiento normal y previsto (p. 74).

Vid. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. I, trad. W. Roces, Madrid, 1934, pp. 43 y 44, en cuanto a partir de qué instante deja el deudor genérico de cargar con los riesgos, a juzgar por el concepto de obligación genérica habrá que entender que sólo en el momento de entregarse la prestación, quedando libre únicamente cuando hubiese entregado un objeto.

estructuralmente obligatoria. Una posición que ha defendido CRISCUOLI ante la dificultad de explicar el legado genérico en clave vindicatoria. Considera que en el legado genérico el derecho del legatario antes de la elección no puede ser más que de crédito, sin que quepa afirmar que la elección transforma su naturaleza; no cabe un derecho real cuyo objeto actual –manifiesta– no sea una cosa determinada, ni cabe un supuesto derecho real a la adquisición futura de la propiedad ni una retroactividad en la adquisición del legado (29). Además explica que la especificación de la cosa legada es una operación cronológicamente siguiente a la apertura de la sucesión lo que hace inevitable que dicha operación recaiga sobre cosas que ya no pertenecen al testador de modo que es un absurdo lógico hablar en este caso de transferencia directa de la cosa del patrimonio del testador al patrimonio del legatario (30). De otro lado, alega que en el legado de cosa genérica los frutos pertenecen al gravado o a un tercero incluso después de la apertura de la sucesión precisamente porque en tal momento estos sujetos no han perdido la propiedad de la cosa fructífera (31).

III. Responsabilidad derivada del artículo 860 C.c.

1. Responsabilidad por defectos jurídicos.

1.1. *La concreta obligación del gravado.*

Si bien el legado de cosa genérica determina una situación jurídica obligatoria, la concreta obligación que se impone al gravado es la de transmitir al legatario la propiedad

(29) CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, 2.ª ed., Milán, 1980, p. 102.

(30) *Ibidem*, p. 99.

(31) *Ibidem*, p. 103.

Vid. también GROSSO, "Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legado", *Riv. Trim. di Dir. e proc. civ.*, 1954, pp. 1 y ss.

de la cosa. Hay obligación de *dare*, de hacer propietario, de transmitir la propiedad. La consecuencia de que el gravado no haga propietario al legatario es que incumple su obligación –desencadenando las consecuencias propias del incumplimiento–; pero no solamente en caso de evicción, en cuanto que el legatario es titular de un derecho de crédito para exigir del heredero o del gravado con el legado el *dare* consistente en la entrega de una cosa, en que se le transmite una cosa del género indicado, el gravado ha de procurar al legatario la propiedad de la cosa del género señalado, con lo que la prestación no se reputa cumplida hasta que no se ha procurado al legatario la propiedad de la misma. La responsabilidad, así, deriva propiamente del incumplimiento. Por lo tanto, en contra de la dicción literal del artículo 860 C.c. lo determinante no sería la efectiva privación sufrida por el legatario en virtud de una sentencia firme, que sí sería un supuesto, sino no haberse transmitido la propiedad, por lo que podría reclamar desde que conoce que no ha podido adquirir la misma (*vid.* D. 30,45,1;2: *Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debet, quia ita dare debet, ut eum habere liceat: sanitas autem serui ad proprietatem eius nihil pertinet: sed ob id, quod furtum fecit seruus aut noxam nocuit, euenit, quo minus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, si vero certus homo legatus est, talis ut eum habere domino non liceat dam debet qualis est*) (32).

Si se produce la evicción, que es el supuesto al que alude de forma expresa el artículo 860 C.c., se demuestra precisamente que el gravado incumplió su obligación y por lo tanto responderá según las normas generales del incumplimiento de las obligaciones, teniendo en cuenta que aquí

(32) En sentido similar GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. pp. 205 y ss. *Vid.* también VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, vol. 2.º, Napoli, 1907, n.º 1902.

se trata de una obligación genérica. Y lo mismo se diga respecto de las anomalías de la cosa entregada, cuyos problemas encuentran también solución en los remedios propios del incumplimiento.

Las ventajas de esta solución, sobre la aplicación de las normas del saneamiento —adaptadas al caso concreto— que algunos autores han defendido, se verifican sobre todo en la protección que se puede dispensar al legatario incluso antes de que se haya producido por ejemplo la evicción, si por cualquier medio conoce la falta de titularidad del heredero o gravado o recibe una reclamación del verdadero dueño.

Es cierto que de forma expresa el artículo 860 C.c. hace derivar la responsabilidad del obligado a la entrega “en caso de evicción”, sin embargo, interesa más de este precepto su sentido que su tenor literal al que se ha acusado de defectuosa redacción; de otro lado, en aquellos casos el incumplimiento de la obligación es idéntico; y de esta forma se protege mejor al legatario.

249

1.2. *La exclusión de las normas del saneamiento por evicción y la aplicación de las normas generales del incumplimiento.*

No se trataría, entonces, de aplicar las normas del saneamiento por evicción (33). Como ha manifestado el prof. Mo-

(33) Hablan de saneamiento SCAEVOLA, *Código civil*, t. XV, cit. pp. 252 y 253; MANRESA, *Comentarios al C.c.*, t. VI, cit. pp. 567 y 568; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, p. 571; ALBACAR-DE CASTRO GARCÍA, *Código civil, Doctrina y jurisprudencia*, t. III, 1995, p. 1073; OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit. p. 361; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 21 y 22— “siendo de algún modo el saneamiento por evicción y en general el saneamiento, una particular aplicación, más o menos peculiar, dictada en concreto a la vista del contrato de compraventa (pero válida asimismo para otros casos, bien por disposición legal, bien por la naturaleza de las cosas), de la responsabilidad que alcanza a quien no cumple su obligación como debería, nos encontramos con que al fin y al cabo, de la manera que sea, estamos verdaderamente ante un supuesto de responsabilidad por incumplimiento, lo mismo si optamos por decir que en el caso en estudio se trata de saneamiento, que si optamos por decir que se trata en general de responsabilidad por incumplimiento.

RALES MORENO los preceptos sobre el saneamiento no son medidas de responsabilidad contractual justificadas por el incumplimiento de un deber de prestación porque el saneamiento supone insatisfacción del interés del comprador pero no incumplimiento (34). Lo que es coherente con su carác-

Entendiendo que son aplicables convenientemente adaptadas las reglas del Código dictadas para el saneamiento por evicción en la compraventa.

Esto mismo acepta OSSORIO SERRANO, *Comentario del C.c.*, Ministerio de Justicia, t. I, 1993, p. 2110, que añade que las normas del incumplimiento deben reservarse para el supuesto de que puesta la cosa por el gravado a disposición del legatario éste la rechace por no reunir las condiciones adecuadas al cumplimiento, en cuyo caso podrá ejercitar las acciones propias del incumplimiento de la obligación, pues si en aquella situación el legatario toma un conocimiento mínimo de la cosa y la acepta, es decir, no se produce una reacción de éste frente al gravado, no podrá reclamar contra él ya que su aptitud implica que da por cumplida la obligación, vinculándole para el futuro.

(34) MORALES MORENO, *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 934, "se atribuye al vendedor, en el modo y en la medida que expresa el Código civil, el riesgo de que la cosa sea ajena, esté gravada o sea defectuosa. () Las medidas más específicas del saneamiento son las de atribución de riesgo". "La falta de transmisión de la propiedad no puede considerarse en la compraventa específica incumplimiento de un deber de prestación derivado del contrato de compraventa a no ser que el vendedor se haya comprometido a adquirirla" (pp. 956 y ss.).

Vid. ORTI VALLEJO, *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, Granada, 1987, p. 112 tampoco construye el saneamiento sobre la base del incumplimiento.

Por su parte RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, en cuyo n. 319 se encuentra un compendio de las diversas opiniones doctrinales que apoyarían su postura, afirma como conclusión de su trabajo, que "la obligación de saneamiento alude o representa la situación que para el vendedor se sigue de la afirmación de ciertos incumplimientos definitivos de su compleja obligación de dar" (p. 624); "las reglas de la obligación de saneamiento, siendo una especificación de las generales, se aplican a los incumplimientos de la obligación compleja de dar del vendedor, que se revelan y afirman como definitivos después de que se hubiese verificado la entrega: hubo prestación, pero inexacta.

Sobre el origen y el desarrollo de esta garantía puede verse: FUENTESSECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 259 y ss.; IGLESIAS, *Derecho romano, Historia e instituciones*, Barcelona, 1993, 11.^a ed. puesta al día por Iglesias Redondo, pp. 374 y ss.; P. JÖRS - W. KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1937, pp. 329 y ss.; GIRARD, "Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain", *Mélanges de droit romain*, t. II, 1923, pp. 1 y ss.; CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968. Más recientemente sobre el fenómeno puede verse a cura di VACCA, *Atti del congresso internazionale Pisa-Vicreggio-Lucca*, t. II, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991.

ter de elemento natural del negocio jurídico —en el ámbito de los contratos onerosos, como en el contrato de compra-

Trabajos más específicos son los de MEYLAN, "Paul. D. 21.2.11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente", *RIDA*, t. II, 1949, pp. 193 y ss.; DE MEDIO, "Il pacto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico", *BIDR*, t. XVI, 1904, pp. 5 y ss.; RICCA-BARBERIS, "La restituzione del prezzo al compratore evicto", *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. 4.º, 1974, pp. 272 y ss.; ALBERTARIO, "Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla res evicta", en *Studi di diritto romano*, vol. 3.º, 1936, pp. 483 y ss.; GUARNERI CITARI, "Gli effetti del «pactum de non praest. evict.» e la regola «creditorem evict. non debere»", *Annali del seminario giuridico della R. Università di Palermo*, vol. VIII, Palermo, 1922, pp. 387 y ss.

CHIANALE, "Evizione", *Dig. de la dis. pri.*, t. VIII, 1992, p. 162. Vid. de forma más amplia SCIALOJA, "L'actio ex stipulato in caso de evizione parziale", in *Arch. giur.* XXX, 1881, pp. 156 y ss.; VISSCHER, "Le rôle de l'auctoritas dans la mancipation", *RHDFE*, 1933, pp. 196 y ss.; LEVY, "Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine", *EHDFE*, 1954, pp. 321 y ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1976; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, rist. anast.*, Napoli, 1980, pp. 202 y ss.

En un determinado momento esta garantía ha dado lugar a las clasificaciones teóricas más variopintas, expuestas de modo diverso por: RICCA-BARBERIS, "L'ambito dell'obbligo della garanzia per evizione", *RDC*, 1915, pp. 581 y ss.; *Id.* "L'obbligo della consegna della cosa e la garanzia per evizione nella vendita", *RDCo.*, 1915, II, pp. 856 y ss.; MENGONI, "Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi redibitori", *RDCo.*, 1953, I, pp. 3 y ss.; BARBERO, *Il sistema del Diritto privato*, Torino, 1988, p. 752; DE MARTINI, "Evizione", *NNDI*, t. VI, 1960, p. 1055.

Sobre su configuración en el Derecho francés puede verse: DOMAT, *Oeuvres complètes*, t. IV, París, 1835, pp. 281 y ss., y 445 y ss.; POTHIER, *Traité du contrat de vente*, t. III, París, 1847, pp. 38 y ss.; TROPLONG, *Le droit civil expliqué. De la vente*, Bruxelles, 1844; TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, VI, París, 1847; CORBERT, *De la garantie en cas d'éviction dans la vente*, París, 1855; MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, VI, París, 1855; DUGROS, *De la garantie contre l'éviction en matière de vente*, París, 1867; DUMAINE, *De la garantie de l'éviction en matière de vente*, París, 1883; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, París, 1909; AUBRY-RAU, *Droit civil française*, París, 1947; MALAURIE, "Vente (obligations du vendeur)", *Enc. Dalloz*, VII, 1983; GHESTIN-CHESNE, *Traité du contrats. La vente*, París, 1990, pp. 589 y 590.

En la doctrina italiana pueden verse los trabajos de PACIFICI-MAZZONI, *Istituzione di diritto civile italiano*, V, Firenze, 1887; *Id.* *Il codice civile italiano commentato*, XII, *Tratato della vendita*, I, Torino, 1929; BOGGIO, *Della evizione negli atti traslativi di diritto e specialmente nella vendita*, Torino, 1894; BENEDETTINI, *Della evizione*, Torino, 1912; RICCABARBERIS, *La chiamata in garanzia durante l'evizione*, Torino, 1924; DE GREGORIO, "Vendita", *NDI*, XII, 1940, pp. 949 y ss.; RUBINO, "Evizione e privazione di possesso", *FP*, 1951, I, 1951, pp. 1214 y ss.; *Id.* *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1962, pp. 647 y ss.; BIANCA, *La vendita e la permessa*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1972; FERRI, *La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1984; CIANI/

venta, es la garantía del saneamiento un elemento natural de dichos negocios, presumiéndose su existencia; por lo que se admite y entra en juego el principio de la autonomía de la voluntad, de tal modo que tienen eficacia y validez los pactos que acerca de la misma celebren los interesados, “el vendedor –se expresa en los párrs. 2.º y 3.º del artículo 1.475– responderá de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor”. Aunque bien es verdad que el Código “mira con recelo” (35) la cláusula que exime al vendedor de la misma, declarándola nula si ha habido mala fe por su parte (art. 1.476 C.c.) (es decir, conocía y sabía al tiempo de la venta del hecho que da lugar a la evicción y de los vicios y defectos de la cosa) por eso se exige para que esta renuncia efectivamente exima al vendedor de dicha responsabilidad que la haga el comprador “con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias” (art. 1.477 C.c.) (36).

Estableciendo un símil precisamente con el contrato de compraventa, es decir, con otra situación que crea una rela-

TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice italiano*, Cedam, Padova, 1992, pp. 1207 y ss.; VACCA, “La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditori nel sistema romano e nel sistema del Codice civile italiano”, *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, t. II, Milán, 1994, pp. 1135 y ss.

En el Derecho alemán: HERBERG, *Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf nach*, BGB, Köln, 1930; BROX, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beim Kauf*, s. 1, 1954; BLOMEYER, *Rechts- und Sachmängelhaftung*, Tübingen, 1950; VON CAEMMERER, “Falschlieferung”, in *Fest. M. Wolff*, Tübingen, 1952; ESSER, *Schuldrechts*, B, II, Karlsruhe, 1871; LARENZ, *Lehrbuch des Schulrechts*, B, II, München, 1977; WALTER, *Kaufrecht*, Tübingen, 1987, 128 ss.

(35) Como se dice en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. VI, ed. rev. y puesta al día por Ferrandis Vilella, Madrid, 1988, p. 124.

(36) Bien sabido que la obligación de garantía contra la evicción ocupa ya desde el Derecho romano un terreno mucho más amplio que el del contrato de compraventa, aunque en él la obligación de garantía se desarrolló primero, de ahí su natural desenvolvimiento en el ámbito de la compraventa, en torno a la cual han girado las cuestiones fundamentales de la evicción. *Vid.* ORDUÑA MORENO, *La responsabilidad por evicción y la partición de herencia*, Barcelona, 1990, donde precisamente se pone de relieve la variopinta casuística de la evicción.

ción jurídica obligatoria, el saneamiento está previsto respecto de un contrato de compraventa pero “*de cosas específicas o determinadas*” (37). Tradición que se arrastra desde el Derecho romano, que según la doctrina mayoritaria ni siquiera conoció de la compraventa genérica. Autores como KASER (38), ARANGIO-RUIZ (39), JÖRS-KUNKEL (40), D’ÖRS (41) y sobre todo SECKEL-LEVY (42) han manifestado, de un modo u otro, que no existía en el Derecho romano la compraventa de género, la compraventa romana lo era siempre de cosa específica; aquélla era incompatible con la fórmula *empti*, debía completarse con una estipulación, recurrir a la *stipulatio*. Bien es verdad, que la negativa no se encuentra de forma expresa en las fuentes o más bien no ofrecen ejemplos claros. En todo caso, la causa de esta conclusión es precisamente los efectos jurídicos del contrato (en particular la responsabilidad por vicios jurídicos y materiales), ligados al principio antiguo de la compraventa al contado, que no se acomodaba a las exigencias del contrato sobre cosa genérica, la idea imperante de una compraventa manual, real y efectiva, era al parecer un obstáculo insalvable para el reconocimiento de la compraventa genérica (43).

253

Sobre estos precedentes, nuestro Código civil regula el contrato de compraventa de cosa específica, la lógica consecuencia de la incontestable falta de atención que se presta

(37) *Vid.* un completo compendio en FENOY PICON, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del Ordenamiento español)*, Madrid, 1996, pp. 110 y ss., refiriéndose al saneamiento por vicios ocultos.

(38) De la idea de compraventa simultánea *extrae* KASER que la pura compra de género no fuese conocida, *Das römische Privatrecht*, t. I, München, 1971, p. 548.

(39) ARANGIO-RUIZ, *La compravendita en Diritto romano*, Napoli, 1956, p. 122.

(40) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, cit. pp. 325 y ss.

(41) D’ÖRS, *Derecho privado romano*, 1977, p. 532, n. 1.

(42) SECKEL-LEVY, “Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht”, *ZSS, Rom. Abt.*, 1927, pp. 117 y ss.

(43) Una visión de las diversas teorías presentadas al respecto puede verse en CASAVOLA, “*Emptio pondere numero mensura*”, *Scritti Giuridici Racolti per il centenario della casa editrice*, Napoli, 1954, pp. 551 y ss.

en general a las obligaciones genéricas (44). Precisamente los artículos 1.475 y ss. están previstos para una compraventa de cosa específica.

En el Derecho romano la obligación del vendedor surgida del contrato de compraventa no fue nunca en principio una obligación de hacer propietario de la cosa al comprador, sino de asegurarle una posesión inatacable. El vendedor sólo quedaba obligado a suministrar al comprador la cosa vendida y si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor sólo era la de entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (*vacuam possessionem tradere*), no obstante, el contrato de compraventa tenía una finalidad traslativa del dominio. Pero, bien entendido que una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa de dominio y otra que un negocio sea de transmisión del dominio (45).

254 De esta manera, ha de admitirse la validez de la compraventa de cosa ajena, de la que tiene que quedar excluida la categoría de venta genérica. La venta de cosa ajena en sentido estricto supone la venta de una cosa determinada de la que disponemos por nuestra cuenta y en nuestro propio nombre pero pertenece a persona distinta de la cual no hemos recibido la facultad de ser transmitida (46). En el

(44) En efecto, como dice DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bolonia, 1986, p. 496, las codificaciones que se inspiraron en la francesa no dieron excesiva importancia a las obligaciones de género, la figura privilegiada es la obligación específica signo evidente de una fase de producción y de intercambios cuyos objetos no son producidos en serie o no son de cosas fungibles. La obligación de género es el prototipo de una economía más evolucionada, donde el interés del consumidor no es obtener la disponibilidad de una cosa individual sino perteneciente a un género de determinadas características y calidad, de cuyo aspecto se ocupan los códigos limitando la libertad del deudor, pues respecto de la obligación genérica no se plantea un problema de determinación del objeto sino de calidad de cumplimiento, la regla según la cual el deudor debe prestar cosas de calidad no inferior a la media no contribuye a determinar el objeto de la prestación sino a fijar la calidad del cumplimiento -p. 501-.

(45) Vid. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, p. 366.

(46) GARRIGUES, "Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil", *RDMerc.*, n.º 78, Madrid, 1960, p. 279; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*,

Derecho romano la propiedad de las cosas *nec mancipi* se transmiten con la *traditio*: si el vendedor es titular del derecho éste pasa al comprador por efecto de la entrega, de otro modo el comprador, obtenida la posesión, se sirve del juego de la usucapión y en este tiempo el vendedor le garantiza el pacífico disfrute de la cosa, el vendedor garantiza contra la pérdida de la posesión y el disfrute, el vendedor respondía del *habere uti frui licere* del comprador; cuyas consecuencias sólo estaban pensadas respecto de una compraventa sobre cosa individualmente determinada.

El mismo esquema que recoge el Código civil.

Pero de forma diversa si la compraventa es genérica el vendedor está obligado a transmitir la propiedad de la cosa, cuyo apoyo normativo no está en los artículos 1.445 C.c. y ss. —que se refieren a la compraventa específica—, sino en el artículo 1.160 C.c. (47). Si “en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida”, la consecuencia de que el vendedor no haga propietario al comprador es que incumple su obligación, desencadenando las consecuencias propias del incumplimiento (48).

255

Bosch, Barcelona, 1990, p. 27; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, *Compraventa de cosa ajena*, Bosch, Barcelona, 1994.

FERNÁNDEZ ARROYO, “El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena”, *RDP*, 1992, pp. 639 y ss.

(47) El artículo 1240 del C.c. italiano manifiesta de forma semejante que “el pago que tiene por objeto transferir la propiedad de la cosa pagada al acreedor, no es válido si no ha sido hecho por aquél que sea propietario de la cosa y capaz para enajenarla”.

(48) *Vid.* en este sentido FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento...*, cit. p. 71.

Sobre este tema MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de propiedad (el art. 1.160 del C.c.)*; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986; BERCOVITZ, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, pp. 176 y ss.; del mismo autor en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVI, Edersa, Madrid, 1980, pp. 59 y ss.

1.3. *Sus consecuencias y los derechos del legatario.*

Lo mismo ocurre en este legado, de donde surge la obligación de *dare rem*. El término *dare* significa la entrega de un objeto de los más diversos modos y en un sentido más técnico, como se desprende de algunas fuentes, *dare* corresponde a la transferencia de la propiedad o a la constitución de un otro derecho real. *Dare* en sentido técnico se caracteriza por un resultado jurídico: hacer adquirir la propiedad u otro derecho real. Implica en su acepción más completa: proporcionar la posesión, y transferir la propiedad, entendida como una propiedad plena que no puede ser sustraída por terceros. No bastaría, entonces, el cumplimiento del acto idóneo para transferir la propiedad. El deudor está obligado *de effectu* y no se libera cuando la propiedad no se ha adquirido, quedando a salvo la obligación de *dare rem oportere*. Con lo que si se verifica que la propiedad no ha sido o no puede ser adquirida, independientemente de la evicción, se podrá actuar (49).

256

Y las posibilidades de intentar la acción, no habiendo sido cumplida la obligación, como manifiesta GROSSO, ha estado valorada sobre todo en relación a la evicción, por el valor que en la práctica tiene este supuesto y el problema concreto más general que éste presenta —de ahí quizá la dicción del artículo 860 C.c., procedente a su vez del texto de Labeón D. 23,29,3, que da una motivación que parece referirse específicamente a los efectos de la evicción: *quia non videtur heres dedisse, quod ita deberat, ut habere non possis*, pero la afirmación del principio *non videtur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt* implica que si se verifica que la propiedad no ha sido adquirida, independientemente de la evicción se puede actuar—. La evicción, entonces, aquí aparece sólo como el modo más frecuente,

(49) En este sentido se expresa GROSSO, *Obbligazioni*, Torino, 1966, pp. 12 y ss.

más normal, en el que resulta que la propiedad no se ha adquirido (50).

El que está obligado a *dare rem*, sin otra especificación, está obligado a procurar la propiedad plena e irrevocable. Si un tercero tiene un derecho de usufructo sobre la cosa, si la cosa está pignorada, ..., si sobre la misma pesa algún gravamen la obligación no se cumple (D. 46,3,38,3; D. 46,3,20; D. 46,3,98; D. 31,66,6; D. 45,1,83,6) (51).

Según esto el legatario podrá rechazar la entrega cuando no corresponda a un pago válido o, en su caso, devolverla poniéndola a disposición del deudor exigiendo el pago en condiciones de eficacia; en estos casos o en el supuesto concreto que plantea de forma textual el artículo 860 C.c. el legatario tiene derecho a exigir del gravado otra del género y de la especie indicada, ejercitando la acción de cumplimiento de legado (de la *actio ex testamento* se hablaba en el Derecho romano) (52).

257

Esta es la solución que parece contenida en los textos romanos. En el Derecho romano hay dos fragmentos básicamente que se refieren a dicha cuestión: D. 21,2,58, *Heres seruum non nominatim legatum tradidit et de dolo repromisit: postea seruus euictus est. agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamuis heres alienum esse seruum ignoraauerit* (53); D. 32,29,3, *Si heres tibi seruo generaliter legato stichum tradiderit isque a te euictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non uidetur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis: et hoc uerum puto. sed hoc amplius ait debere te, prisquam iudicium accipiatur, denuntiare heredi: nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio* (54).

(50) En GROSSO, pp. 17 y 18.

(51) *Ibidem*.

(52) Vid. LAFAILLE, *Curso de Derecho civil (Sucesiones)*, t. II, Buenos Aires, 1933, p. 379; FORNIELES, *Tratado de las sucesiones*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 200.

(53) KRÜGER/MOMMSEN, *Digesta*, I, 1-29.

(54) KRÜGER/MOMMSEN, *Digesta*, II, 30-50.

Ambos fragmentos no han sido objeto de excesiva atención si se juzga por la extensión de los comentarios que al respecto le han dedicado los romanistas. Quizá pueda ser motivado en parte por las propias dificultades que existen y existían entonces en torno a la obligación genérica que se incrementan cuando se pone en relación con los distintos negocios jurídicos que originan la misma.

258

KAMPHUISSEN, refiriéndose a la amplia extensión que ocupa la obligación de garantizar contra la evicción en el Derecho romano, cuyos límites exceden del propio contrato de compraventa, manifiesta que el que está obligado por estipulación a entregar alguna cosa puede ser obligado incluso sin acuerdo expreso a hacer estipulación de garantía contra la evicción y esta misma obligación se impone al heredero que transfiere una cosa a un legatario en virtud de un testamento (55). El que puede exigir la entrega de una cosa en virtud de un testamento tiene el derecho de exigir además del gravado una estipulación para la garantía contra la evicción; solución —dice este autor— que parece estar de acuerdo con las palabras de Labeón citadas por Jaboleno (D. 32,29,3). Sin embargo, no cree que Labeón hable aquí de una obligación de garantizar, sino que quiere decir que en este caso el heredero está obligado “*de delire une fois de plus l’esclave*”. Por otra parte, sería de todo hecho contrario a la evolución histórica suponer que la obligación de garantizar existía ya, en cuanto al testamento, en la época de Labeón (56).

De forma muy parca se pronuncia VOGL al manifestar que el heredero gravado —referido al legado de cosa genérica— está obligado a transferir al legatario una cosa que no pueda “ser quitada”: en consecuencia responde de la evicción, que no existiría si se tratase de legado de cosa específica y determinada (57).

(55) KAMPHUISSEN, “La garantie en cas d’éviction en Droit romain hors du contrat de vente”, *RHDFE*, 1927, p. 646.

(56) *Ibidem*, pp. 607 y ss, pp. 616 y 617.

(57) VOGL, *Diritto ereditario romano*, vol. 2.º, Milán, 1963, p. 263.

FERRINI parece situarse en la misma línea que aquí se está señalando: si la cosa dada por el heredero al legatario o elegida por el mismo legatario es eviccionada por un tercero no se considera como cumplido el legado y por lo tanto el heredero (o quien sea el gravado) está obligado a dar otra cosa o a dejar realizar una segunda elección (58).

En las obligaciones genéricas se perpetúa la obligación del deudor, que deberá entregar otro tanto de la misma especie y calidad, pues responde ilimitadamente en tanto existan objetos reemplazables pertenecientes al género.

La pérdida de alguna cosa contenida en el género no afecta a la obligación ya que ninguna de ellas está considerada individualmente *in obligatione* y por tanto el acreedor no debe soportar el riesgo de ninguna de ellas. Aunque más bien, no cabe pérdida o destrucción de tal cosa genérica o indeterminada, pues no cabe propiamente pérdida de lo que no es real sino abstracto (59). A diferencia de lo que ocurre en la obligación específica, ningún hecho fortuito podrá afectar a lo debido, tendría que perecer todo el género (por ejemplo en las obligaciones de género limitado, que podría eximirse el deudor por imposibilidad de la prestación. Cuando al género corresponde un número o un complejo limitado de cosas si perece por causas de fuerza mayor el vendedor no está obligado a subrogar las cosas del género por otras. Responde, en consecuencia, hasta el montante del *genus limitatum*. Por eso, las obligaciones de género limitado no forman una clase especial respecto de la

(58) FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fideicommissi secondo il Diritto romano*, Roma, 1976, pp. 295 y ss.

Vid. además ARNDTS, en Glück, *Commentario alle pandette*, XXX-XXXII, Milán, 1898, pp. 162 y ss.; SALKOWSKI, *id.*, 1901, pp. 293 y ss.

(59) GARCÍA VALDECASAS, "Obligación genérica y cosa fungible", *ADC*, 1948, p. 1561; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1988; es interesante ver las reflexiones que CAFFARENA LAPORTA ha desarrollado a propósito de los significados del aforismo *genus non perit*, "*Genus nunquam perit*", *ADC*, 1982, pp. 291 y ss.

obligación genérica, no se trata de categorías netas sino de diversas gradaciones).

260 La desaparición de cosas pertenecientes al género con que el deudor o gravado pensaba cumplir no se traduce en una imposibilidad de pagar *in natura*, pues siguen existiendo objetos pertenecientes al mismo género. En el caso de las obligaciones genéricas el deudor ha de entregar cualquier otro objeto perteneciente al género, lo que puede hacer todavía más gravosa la obligación —por la diferencia de precio que haya de pagar por las que deba adquirir para suplir aquéllas—; subsiste la obligación aun en condiciones más penosas. Y en este legado, aunque resulte extraordinariamente onerosa su adquisición no podrá aplicarse el cumplimiento subsidiario que por ejemplo prevé el artículo 861 C.c. para el legado de cosa ajena, respecto del que se considera esta circunstancia como una causa para dar al legatario su justa estimación —precisamente por tratarse de una cosa determinada—. En el legado genérico se impone al gravado la entrega de cualquier cosa dentro del género, pues ofrece la particularidad de elección sobre una multiplicidad más o menos limitada de objetos pertenecientes al mismo género. Por lo que en el supuesto de evicción o en aquellos otros mencionados el gravado debe entregar otra cosa del mismo género.

Asimismo, el legatario tiene derecho a los frutos y rendimientos desde que nació la obligación de ser entregada (60) —por ejemplo si se le hubiera condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio en el supuesto de que la pérdida hubiera sido consecuencia de evicción o hubieran sido reclamados por el verdadero dueño—. De otro modo, perdería durante este período de tiempo la rentabilidad que le

(60) Cosso, "La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas", *ADC*, 1953, pp. 597 y ss., fundamenta que lo más exacto sería decir que el desplazamiento de los riesgos, así como el derecho a la percepción de los frutos y accesiones de la cosa se produciría a partir del momento en que según contrato debió entregarla el vendedor.

debería proporcionar el legado. Recuérdese que los frutos de la cosa legada pertenecen al heredero desde la muerte del testador hasta la entrega al legatario, salvo que el testador haya ordenado lo contrario (art. 884 C.c.), y según el artículo 1.095 C.c. “el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla” (61). Ya se ha manifestado que cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que el causante muere, con todos sus accesorios, en el estado en que se halle al fallecer el testador, y desde ese momento los riesgos de la cosa recaen sobre el propio legatario, quien, como dueño, sufrirá su pérdida o deterioro y se aprovechará de sus aumentos o mejoras (arts. 882 y 883 C.c.); en estos legados específicos hay objeto determinado de forma expresa y por tanto el objeto del cumplimiento es exactamente el mismo que el de la obligación. No obstante, no podrá el legatario ocuparla por su propia voluntad, debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éstos se hallen autorizados a darla. Pero, en los demás casos, cuando el objeto del legado no sea una cosa específica propia y determinada o cuando la cosa legada, aun siendo específica y determinada, no sea propia del testador, el legatario sólo adquiere por la muerte del causante el derecho a exigir de quien proceda el cumplimiento del legado, asumiendo así la condición de un acreedor. No le corresponderán en tal caso los frutos e intereses desde de la muerte del testador, a menos que éste lo hubiese dispuesto expresamente (art. 884 C.c.), ni serán de

(61) El artículo 669.2 del C.c. italiano especifica en el supuesto de legado genérico: si la cosa pertenece al gravado o a un tercero, o bien se trata de cosa determinada por género o cantidad, los frutos o los intereses son debidos desde el día de la demanda judicial o desde el día en el que la prestación del legado ha sido prometida, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa. Y de forma semejante el artículo 1014.2 del C.c. francés: el legatario a título particular no podrá ponerse en posesión de la cosa legada, ni pretender frutos e intereses más que a contar desde el día en que esta entrega ha sido voluntariamente consentida; *vid.* no obstante artículo 1015 *Code civil*.

su cuenta los riesgos de la cosa legada hasta que le haya sido transmitida. Aunque tanto en un caso como en otro, el legatario adquiere derecho al legado –siendo éste puro y simple– desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos (art. 881). Lo que ocurre es que si se trata de legado de cosa específica y determinada propia del testador, ese momento determina la adquisición del derecho de propiedad sobre la cosa; y en los demás casos ese momento fija el de adquisición del derecho de crédito personal encaminado a exigir su cumplimiento.

262 A este respecto, la entrega del legado puede ser exigida en cuanto el causante fallece y el heredero se hace cargo de la herencia; por tanto, la forma normal en la que se desenvuelve esta institución es que el heredero tan pronto como conoce de los legados llama a los beneficiarios y los hace efectivos, a no ser que se impongan restricciones a dicha entrega (en los supuestos de heredero que acepta a beneficio de inventario, herencia puesta en administración, acreedor que usa de ciertas garantías en aseguramiento de su derecho, o hay legitimarios o la herencia se ha abierto por declaración de fallecimiento –*vid.* artículos 196, 887, 1.010, 1.025, 1.027, 1.082 C.c.–).

Además, si hubo mala fe el legatario puede exigir al gravado indemnización por daños y perjuicios según el artículo 1.101 C.c., entre los que se incluirían los gastos que hubiera hecho el legatario sobre la cosa, que soportará y pagará el gravado a su costa. También si el obligado a la entrega hubiera incurrido en mora quedaría sujeto a indemnización por aplicación del mismo precepto (62).

1.4. *Pérdida parcial.*

Si la evicción hubiera sido parcial o el legatario hubiera perdido sólo parte de la cosa, si la pérdida fuera de tal

(62) SCAEVOLA, *Código civil*, t. XV, p. 258.

importancia que hiciera prácticamente ineficaz el mismo legado el legatario debería estar legitimado de igual modo para solicitar otra dentro del género, reintegrando lo que restase de la primera obtenida. Pero si la elección fuese del heredero por expresa designación del testador, como según el artículo 876 C.c. podrá entregar lo que le pareciese, si lo perdido por evicción no fuese de relevante entidad el gravado no estaría obligado a una nueva elección y entrega, pues de haberse producido esta circunstancia con anterioridad a hacerse efectivo el legado y la pérdida la hubiese sufrido la herencia lo que quedase de dicho bien tras la evicción, como formando parte de otras cosas dentro del mismo género, podría ser entregado como cumplimiento del legado.

2. Responsabilidad por defectos materiales de la cosa entregada.

263

2.1. *Interpretación extensiva del artículo 860 C.c.*

Literalmente el artículo 860 C.c. hace responsable al obligado a la entrega “en caso de evicción”, pero ya se ha manifestado cómo su finalidad y verdadero sentido ponen de evidencia una redacción imprecisa e impropia (63), que debería ser sustituida por una expresión más técnica que comprendiera la responsabilidad no sólo por defectos jurídicos sino también materiales (a los cuales hace referencia expresamente el art. 284 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña). Como dice OSSORIO SERRANO, la voluntad del testador no puede ser otra que la de favorecer al legatario dejándole una cosa normal: es decir, propia de quien la entrega y exenta de vicios; admitir otra cosa sería dejar el cumplimiento de la voluntad del testador al arbitrio del gravado (64).

(63) Vid. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 26.

(64) OSSORIO SERRANO, *Comentario...*, cit. p. 2111.

Pero no se trata de una opinión unánime, pues, entre otros, DÍAZ CRUZ (65) se ha manifestado contrario a dicha extensión por el simple hecho de no referirse a ella el precepto; no obstante, la generalidad de la doctrina sí es favorable a aquella posibilidad; para SCAEVOLA además “por lo menos, si no con arreglo al texto del artículo 860, según los principios generales del Derecho, y entre ellos el que declara que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. El testador ha querido que se entregase al legatario el objeto mueble o inmueble que el obligado a la entrega de la manda escogiera de entre los de la herencia o adquiriese fuera de ella; y, siempre que la voluntad de ese testador no diera a entender otra cosa, habrá de interpretársela en el sentido de que quiso que ese objeto fuera entregado libre de toda carga, deterioro o defecto, pues partimos del supuesto de que tales objetos no han sido designados por el testador determinada e individualmente al establecer sobre ellos la manda” (66).

2.2. Una posible solución: considerarlo como alteración de la calidad exigible.

Como a los efectos del cumplimiento del legado al heredero (67) le bastará con entregar una cosa de calidad media (art. 875.3 C.c.), si el gravado entrega una cosa defectuosa ante el silencio de la ley algunos autores resuelven con la posibilidad de exigir otra de dicha calidad siempre que el testador no hubiese atribuido de forma explícita la

(65) DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. p. 118.

(66) SCAEVOLA, *Código civil*, t. XV, cit. p. 257.

(67) El artículo 875.3 C.c. debe interpretarse no sólo como comprendiendo al heredero sino también en su caso al legatario, al gravado, al obligado al pago de las mismas. “El espíritu de esta disposición () ha de ser el que conceda, como regla general, la facultad de elegir en las mandas genéricas al obligado al pago de las mismas, al gravado por el testador en tal sentido, sea heredero o sea legatario”, SCAEVOLA, *Código civil*, t. XV, p. 361.

elección ni al mismo heredero ni al legatario, en cuyo caso “el primero podrá dar, o el segundo elegir, lo que mejor les pareciere” (art. 876 C.c.) (68).

2.i. Aunque a juicio de MOREU BALLONGA, que el gravado a quien el testador deja expresamente la elección pueda dar “lo que mejor le pareciere” siendo el legado genérico no parece muy razonable. “Una declaración expresa del testador confirmatoria de la facultad de elegir que de todas formas daría al gravado la ley no () parece que ofrezca base suficiente para presumir que la voluntad del testador se habría dirigido a excluir el criterio legal del cumplimiento del legado genérico con cosa de ese género que tenga una calidad media”. “El que el artículo 876 –continúasea aplicable a los legados genéricos permite afirmar que la amplia libertad de elección que el precepto (admite) no puede llegar a fundar la licitud de una elección que llegara a desnaturalizar el propio legado genérico” (69).

265

A no ser que el testador expresa o tácitamente hubiese querido para el beneficiario una determinada calidad, superior o inferior, lo más razonable, con independencia de quien ostente la facultad de elección, sería la atribución de la calidad media, lo más acorde con la esencia de las obligaciones genéricas; ¿el hecho de atribuir la elección de forma expresa a una persona tiene que interpretarse *a priori* como un intento del testador para beneficiar más específicamente a ésta, ampliando su libertad de opción a favor de la mejor calidad?

La atribución expresa también podría ser signo del deseo del testador de elegir la que quiera pero dentro de las que se incluyan en la calidad media, no para que elija la cali-

(68) Sobre los orígenes de esta expresión *vid.* VOCI, *Diritto hereditario romano*, vol. 2.º, parte especial, Milán, 1936, pp. 261 y ss.; BIONDI, *Successione testamentaria*, cit. pp. 436 y ss.

(69) *Vid.* MOREU BALLONGA, *El legado genérico en el Código civil*, cit. pp. 96 a 98.

dad superior. En todo caso, podría ser más factible si forman parte del patrimonio hereditario, pero es que el legado de cosa mueble genérica —concede expresamente el art. 875.1 del C.c.— es válido aunque no haya cosas de su género en la herencia.

Este criterio también debería ser procedente cuando la elección la hubiese atribuido el testador a un tercero (70).

(70) Aunque el Código guarde silencio ante la posibilidad de ser confiada esta elección a una tercera persona, que no sea ni el gravado ni el propio legatario favorecido, nada se opone a ello a semejanza de lo que ocurre en materia de obligaciones genéricas donde no hay obstáculo para que la concentración la haga un tercero si las partes han convenido en ello. Es un criterio perfectamente válido para determinar el objeto de la prestación, que hasta entonces era meramente determinable (preceptos como los arts. 1.447 y 1.690 C.c. tienen en cuenta la presencia de un tercero para determinados señalamientos).

En materia de obligaciones genéricas no se establece expresamente a quién incumbe esta facultad electiva determinante. La doctrina entiende que si se hubiera pactado competirá la elección a quien el pacto designe: el deudor, el acreedor o un tercero (así aceptado también en el Derecho histórico) (en este caso, para los legados será la voluntad del testador), y para el caso de que no se hubiera pactado (en ausencia de disposición expresa del testador al respecto) es también opinión dominante que elige el deudor, por aplicación del principio *favor debitoris* que encuentra especial justificación en las obligaciones genéricas en las que el *genus non perit*, y también por analogía con las obligaciones alternativas (art. 1.132 C.c.).

En defensa de la posibilidad de elección por un tercero pueden citarse antecedentes históricos (fuentes romanas —C. 6,43,3,1) y las Partidas —P. 6,9,25), como el Derecho comparado (art. 664 C.c. italiano). No sólo no lo prohíbe el Código civil sino que está unido a la omnimoda libertad y plena disponibilidad de que debe gozar todo testador al transmitir su hacienda para después de su muerte. Pues el principio personalísimo del testamento hay que aplicarlo dentro de sus justos límites y con sujeción a lo que de forma específica establece el precepto (art. 670). Este sólo prohíbe dejar a un tercero la formación del testamento, o la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, o la designación de las porciones en que han de suceder cuando sean instituidos nominalmente, porque son actos relativos de manera directa a la ordenación de la última voluntad, atributo exclusivo del otorgante. La intervención de un tercero está presente en materia de sucesiones en los artículos 671 y 1.057 C.c., que permiten al testador respectivamente encomendar a un tercero la distribución de cantidades que deje para clases determinadas y la elección de personas o establecimientos a los que aquellas deban aplicarse, como se le autoriza para encomendar a una persona el hacer la partición, facultades de mayor importancia jurídica que la consistente en la mera designación de la cosa legada.

Valorable también su intervención desde un punto de vista práctico, pues el testador deja en manos de una persona de su confianza e imparcial, que no lo son ni el heredero ni el legatario, la decisión de dar una cosa u otra (dentro del género). Suplantando por ejemplo la indecisión del testador si el momento concreto ignora lo

Sin perjuicio de que se pueda disponer de una mayor libertad en la elección cuando se deduzca del testamento, sería más conveniente una interpretación restrictiva del artículo 876 C.c., rigiendo –a falta de disposición legal o testamentaria– el criterio de la calidad media del artículo 875.3 C.c. “Es mejor –se dice– interpretar el artículo 876 como conteniendo dos excepciones (de escasa justificación...) a la regla del artículo 875.3, que como conteniendo una supuesta regla general para todos los supuestos de elección expresamente concedida por el testador” (71) (72).

El criterio específico de la calidad tampoco se ve afectado por el hecho de que el cumplimiento corresponda no a uno sino a una pluralidad, porque sean varios los gravados o beneficiarios facultados.

que podría ser más conveniente dentro de ese género para otorgar al legatario, que si lo hubiera determinado hubiera dispuesto un legado específico.

Vid. MOREU BALLONGA, *El legado...*, cit. p. 100; SCAEVOLA, *Código civil*, t. XV, cit. pp. 365 y ss.; DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. p. 107; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p.

(71) Vid. MOREU BALLONGA, *El legado genérico...*, cit. p. 101; también Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, cit. pp. 306 y 307, a este tercero “a menos que le haya sido concedida la posibilidad de elección de manera enteramente libre, la decisión deberá ajustarse a criterios objetivos”.

(72) Pero al contrario de lo aquí se defiende, algunos autores entienden que podrá escoger la cosa que quiera (a salvo, claro, las posibles directrices testamentariamente impuestas, que se habrán de respetar), sin necesidad de circunscribirse a una que sea de la calidad media. En este sentido puede verse OSSORIO, *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2146; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 239 y 240; DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. p. 107; entre éstos también SCAEVOLA, *Código civil*, cit. pp. 366 y 367, para quien a la hora de ejercitar el derecho de elección este tercero ocuparía el propio lugar que el heredero o gravado con el pago de la manda y el legatario, “siempre que el testador, como es natural, no le haya dado atribuciones expresas sobre el particular. Según principios de analogía y según lo dispuesto en nuestro artículo 876 dicho tercero podrá entregar al favorecido lo que mejor le pareciere. La confianza que en dicha tercera persona demuestra tener el testador autoriza para sostener que la misma habrá de extenderse a la manera de realizar esa facultad de opción”. De esta manera, añade, se aplica la 2.^a parte del artículo 675 C.c., según el cual, en caso de duda, al interpretar las disposiciones testamentarias, se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

Vid. también MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, cit. p. 616: la facultad de elección revela la confianza del testador respecto de la persona a quien se le conceda.

En este caso, lo que ha preocupado a la doctrina ha sido el régimen que tendrá la elección realizada entre varios. Si no se ponen de acuerdo sobre el objeto a entregar ¿qué criterio se aplicaría? Si no constase el deseo de seguir un determinado orden o criterio en la elaboración de esta elección, la regla de la mayoría parece adecuada para determinar el concreto objeto sobre el que ha de recaer la prescripción; si se defiende el criterio de la calidad media también disminuiría los conflictos en estos casos. Como también parece procedente el ulterior recurso a la autoridad judicial en defecto de un posible acuerdo entre éstos para dirimir el conflicto, a no ser que el testador hubiese nombrado un árbitro para decidir sobre las cuestiones problemáticas que se presenten en orden a su concreta sucesión (art. 7 Ley de Arbitraje) (73).

De otra parte, si el facultado para la elección fallece sin haberla ejercido pasaría su derecho a los herederos. En con-

(73) Para ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 222 y 223, a falta de conformidad de todos se impone una decisión a tomar por mayoría de quienes sean electores, "si se trata de algo que no es o no supone o no es equiparable a acto de disposición. En otro caso, a pesar de no ser invocables por sí mismas las reglas de la copropiedad o comunidad —estima— será precisa la unanimidad para que valga la elección hecha por los interesados por sí solos, pero que aun valdrá la adoptada por mayoría si oponiéndose la minoría, se lleva el asunto a los tribunales y éstos ratifican la decisión mayoritaria".

A juicio de MOREU BALLONGA, *El legado...*, cit. p. 103, es preferible por su simplicidad el criterio romano del azar, cuando no se lograba el acuerdo se resolvía el conflicto mediante el sorteo o el azar; aunque reconoce que es difícil justificar formalmente su aplicabilidad a nuestro Derecho "pese al mandato de la Base 15 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 de mantener respecto de los legados en su esencia la legislación vigente (Partidas dentro de ella)".

SCAEVOLA, *Código civil...*, cit. p. 368, entiende que "no existiendo acuerdo entre los facultados para la (elección) viniendo esto a constituir una comunidad o cuasicomunidad de un derecho, por analogía más o menos próxima con las doctrinas del artículo 398, podría acudir a la autoridad judicial en acto de jurisdicción voluntaria para que realice en defensa de todos el derecho de (elección)". "A este punto —añade— se llega también por el campo procesal, porque se trata en realidad de una cosa en que procede la intervención de la autoridad judicial sin estar empeñada cuestión jurídica entre partes, salvo el caso de que alguno afirmase que a él le competía el derecho de opción, en el que por originarse controversia, caía dentro de la jurisdicción contenciosa".

creto, el artículo 877 C.c. declara que “si el heredero o legatario no pudiere hacer la elección en el caso de haberle sido concedida, pasará su derecho a los herederos; pero, una vez hecha la elección, será irrevocable” (74).

Como se afirma, si bien del tenor literal de este artículo se deduce que fue intención del legislador referir tal transmisión *mortis causa* sólo a los supuestos en los cuales ese derecho a elegir haya sido expresamente adjudicado al heredero (o al gravado) o al legatario favorecido con el legado lo cierto es que hay que entender que lo mismo se produce cuando la citada facultad se tiene, no por concesión explícita del causante, sino por disposición legal, de modo que correspondiendo al gravado porque nada se dijo en el testamento en relación a quién habría de optar (art. 875.3 C.c.), y ocurrida su muerte sin haber podido hacerlo, también quedarán facultados para escoger la cosa legada sus propios herederos. Y no podría ser de otro modo en cuanto que por disposición del artículo 659 C.c. “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”. No se trata de un derecho personalísimo; insistiendo el artículo 661 C.c. que “los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”. “Adquirido el derecho a escoger y no pudiendo ejercitar esta facultad la persona designada, es natural que los herederos de esa persona, que son los que tienen interés idéntico, realicen la elección” (75). Los herederos son quienes aceptada la

(74) Sobre esto último escribe OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit. p. 380, que “la elección puede hacerse en cualquier forma que revele por modo claro el ejercicio consciente y deliberado de la facultad otorgada por el testador al heredero, sin que la forma en que se haga afecte consiguientemente a la condición de irrevocabilidad, pudiendo hacerse la elección de la cosa con ocasión de un testamento, sin que la esencial condición de revocabilidad de éste pueda afectar la irrevocabilidad de un acto que tiene una vida y eficacia completamente independiente del testamento que sólo sirvió de ocasión para la realización de aquél”.

(75) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, cit. p. 616.

herencia pura y simplemente responden de todas las cargas de la misma (art. 1.003 C.c.). Como también cabe citar la regla general sobre transmisión de derechos del artículo 1.112 C.c.: “todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”. Y tanto es así, que OSSORIO SERRANO además hace constar que esto es en principio de todo punto inderogable por la simple voluntad del testador, “en el sentido de que resultaría irrelevante por ineficaz, una disposición en cuya virtud, y en clara contravención con lo que aquí se dispone, pretendiese que esa facultad de optar quedase extinguida por la muerte de aquél” (76).

270

Normalmente, la sustitución de titulares sería a favor del heredero o herederos, pero “puede ser también que pase al legatario del legatario a quien se dejó, con facultad de elegir, el legado genérico, si este legatario murió sin elegir, pero legando a otro el legado al que él tenía derecho” (77).

Si son varios los herederos todos tendrían atribuida esta facultad, resolviendo según el régimen expuesto sobre pluralidad de designados, y heredarán en igual modo la facultad de elegir que correspondía a su causante y “en los propios términos en que éste hubiese podido ejercitar en su día la elección” (78); “habida cuenta de que se transmite el mismo derecho que tenía el causante, si éste, siendo el heredero o legatario gravado y corresponderle la facultad de optar por disposición legal (por no venir expresamente conferida en el testamento) tenía que escoger una cosa de la calidad media (art. 875.3), el que le sucede habrá de elegir necesariamente una cosa o prestación de esa misma naturaleza; y si el gravado o legatario favorecido podían dar o pedir “lo que mejor les pareciese” (por haberles sido conferida testamen-

(76) OSSORIO SERRANO, *Comentario del Código civil*, t. I, cit. p. 2147.

(77) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 241. Vid. también MOREU BALLONGA, *El legado genérico en el Código civil*, cit. p. 104.

(78) Como dice SCAEVOLA, *Código civil*, cit. p. 368.

tariamente, art. 876), eso mismo podrá hacer aquél al que se transmite ese derecho (79).

Por las mismas razones, si el derecho a escoger la cosa o prestación en la que ha de concretarse el legado estuviese atribuido a favor de un tercero y éste fallece sin haber llegado a elegir, esta facultad también pasaría a sus herederos, sin que sea óbice el hecho de que ha sido nombrado por la confianza que le unía al testador, con base en criterios de confianza personal, esto no parece un cumplimiento *intuitu personae*, también puede buscarse en él una cierta imparcialidad. De igual modo, cuando se otorga expresamente al heredero y no al legatario o beneficiario el testador revela una confianza, o por mayor conveniencia, en detrimento de otros posibles destinatarios, y no se hace derogable el principio general del artículo 877 C.c. (80).

Si este tercero fuese un albacea (81) serían precisas ciertas matizaciones. Fundado en una particular relación de confianza, el cargo de albacea es personalísimo y por tanto no puede transmitirse por herencia, en consecuencia la muerte del albacea determina la extinción del cargo en cuanto a él y a sus herederos (82). Pero, aunque el heredero o herederos del albacea no asumen el cargo de tal, como señala expresamente ALBALADEJO, éstos sí le suceden en los derechos y obligaciones contraídas en el ejercicio del cargo (83). Cuando la interrupción implicara algún peligro, comenta PUIG FERRIOL, trayendo a sus notas la doctrina alemana, entre

(79) Con palabras de OSSORIO SERRANO, *Comentario del Código civil*, t. I, cit. p. 2148.

(80) En sentido contrario parece expresarse MOREU BALLONGA, *El legado genérico en el Código civil*, cit. pp. 101 y 102.

(81) El albacea también podrá entregar un legado. Tiene entre sus facultades todas aquellas que expresamente le haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes (art. 901 C.c.), sin que esto les resulte una actividad extraña en cuanto que el apdo. 2.º les atribuye la facultad de "satisfacer los legados que consistan en metálico, ...". Por lo tanto, no contradice lo dispuesto en el artículo 670 del C.c.

(82) PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, Barcelona, 1967, pp. 253 y ss.

(83) ALBALADEJO, *El albaceazgo*, Madrid, 1969, pp. 434 y 435.

otras circunstancias debe continuar ocupándose de los negocios del ejecutor testamentario hasta que aquél pueda adoptar ulteriores previsiones. “Aunque falta esta análoga previsión en nuestro Ordenamiento jurídico, parece no existir ningún obstáculo insuperable, antes bien lo abonan razones de oportunidad, para declarar aplicable al albaceazgo lo dispuesto en el artículo 1.739 C.c. según el cual “en el caso de morir el mandatario (albacea), deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante (o heredero) y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste”. Concluyendo que sólo es intransmisible por causa de muerte el cargo de albacea, pero no los derechos y obligaciones derivadas del ejercicio del albaceazgo (*vid.* arts. 659, 1.112 y 1.257 C.c.) (84). Pero, especialmente son de carácter económico o pecuniario, así PUIG BRUTAU (85) cita una específica sentencia del T.S. en materia de legados de 27 de marzo de 1896 declarando que los herederos del testador no pueden reclamar de los albaceas el pago de un legado, una vez liquidados y adjudicados los bienes y no constando que el legado obre en poder del albacea ni de sus herederos.

De otro lado, la transmisibilidad a la que se refiere el artículo 877 C.c. viene referida en el caso de muerte del heredero o legatario facultado, no por otros motivos, como imposibilidad, falta de capacidad o declaración de ausencia, o por otras circunstancias de carácter subjetivo; no cabe transmitir, lógicamente, su derecho a un heredero cuya declaración todavía no ha podido tener lugar (86). Cuestión

(84) PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, cit. pp. 253 y ss.

(85) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 1.º, Barcelona, 1990, p. 419.

(86) OSSORIO SERRANO, *Comentario del Código civil*, t. I, cit. p. 2147, descarta también su aplicación a un caso de imposibilidad objetiva ya que conocido es que el género nunca perece.

Expresa DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Madrid, 1951, p. 111, que sobre a quiénes pasa el derecho de elección o sobre a quiénes demanda el legatario para que elijan el objeto del legado la solución más práctica es aquella de demandar al que tiene derecho a efectuar la elección, o a quien sus derechos represente, para que la efec-

distinta es que el originariamente obligado a hacer la elección no acepte o renuncie. Si desatendiéndose de las cargas renuncia asimismo a los beneficios consiguientes pasaría el gravamen a quien le sustituya jurídicamente, a quien corresponda testamentaria o legalmente será el que asegure la manda y elija (87).

Si el desistimiento no fuese del heredero o legatario sino del tercero esta función pasaría al heredero del causante (88). El heredero es el sucesor a título universal al adquirir la herencia por medio de la aceptación, por lo que sucede al causante en todas las relaciones jurídicas, salvo bienes o derechos intransmisibles, subentra en el patrimonio del causante incluso en aquellos bienes o derechos no previstos en su testamento, por lo que aparece como una figura con fuerza expansiva; se considera el legado como una carga de la herencia, encargándose de ejecutar la voluntad del causante en defecto de albacea o de otras previsiones testamentarias, y en materia de legados el artículo 875.3 otorga como regla general, a falta de disposición expresa y como función de residuo, la facultad de elección al heredero, si otra cosa no se expresare en el testamento; entregando, en este caso, declara el precepto, una cosa de calidad media (89).

Si este tercero fuese el albacea, la renuncia del albacea no implica el derrumbamiento de la disposición testamentaria, la ley viene a estatuir los oportunos remedios cuando por renuncia del albacea pudieran quedar incumplidas las

túe dentro de cierto término, después de la firmeza de la sentencia, y caso de que no lo hicieran, solicitar que la autoridad judicial lo haga en su nombre. "A pesar de esto ésta es una solución práctica, no deja de faltarle tecnicismo al Código".

(87) Igual que le es aplicable a los legados las mismas modalidades o determinaciones accesorias que a la institución de heredero, pudiendo ser el legado condicional, a término y modal, también le son aplicables por remisión de los artículos 789 y 987 la doctrina de la sustitución y del derecho de acrecer.

(88) Vid. DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. p. 107, "el tercero puede renunciar al derecho a elección, y estimamos que entonces regirá la elección del heredero, que es implícita".

(89) En el mismo sentido SCAEVOLA, *Código civil*, cit. p. 367.

disposiciones del causante (90). Conforme al artículo 911 C.c. en los casos de extinción del albaceazgo y en el de no haber aceptado el albacea el cargo corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador. Incluyéndose también otros supuestos de imposibilidad (*vid.* arts. 910 y 911 del C.c.). A su vez, la Ley de Enjuiciamiento Civil previene en el artículo 966 que comprobado el fallecimiento de una persona sin testar y sin parientes de los expresados en el n.º 3.º del artículo 960 procederá el Juez: 1.º a nombrar un albacea dativo (que se encargue de disponer el entierro y todo lo demás que sea propio de este campo con arreglo a las leyes...), 3.º a inventariar y a depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará también de su administración. Especificándose que “a los herederos se les llama albaceas legítimos, y al nombrado dativo, significando que todos ellos tienen también un cometido de ejecución del testamento, o de proveer a las incumbrencias más urgentes del fallecimiento, aunque no son personas de la expresa confianza del testador ni están sujetas directamente a las reglas de los artículos 892 y ss., sino sólo a aquellas que por analogía sean aplicables a sus funciones” (91).

2.ii. Hecho este largo paréntesis y retomando aquella teoría, TRAVIESAS defiende que según el Código civil en la hipótesis de que sea el heredero quien haya hecho la elección podrá ser aceptable que el legatario tenga derecho a exigir otra de valor medio, a condición de que el testador no haya conferido expresamente al heredero la facultad de elegir; y si la elección es del legatario habrá quizá que te-

(90) PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, cit. pp. 108 y ss. Puede verse también CASASUS HOMER, “La renuncia al albaceazgo”, *RDN*, 1970, pp. 31 y ss.

(91) RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil*, de Lacruz Berdejo, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández, Rams Albesa, Sancho Rebullida, t. V, Barcelona, 1993, p. 340.

ner en cuenta si ha mediado o no error sustancial en la elección, para determinar la firmeza o no de la misma (92).

Y de igual modo se expresa DÍAZ CRUZ “en relación con los defectos de la cosa legada entiende que si el testador nada ha expresado sobre quién debe elegir, el heredero deberá hacerlo, pero sujeto a una condición, o sea, que no escoja ni la mejor ni la peor. Luego es manifiesto que si escoge una cosa con defectos, no está cumpliendo con el artículo 875, por lo que el legatario podrá negarse a aceptarla, o una vez aceptada podrá exigir que le entreguen otra por haberse escogido la peor por el heredero. Si el testador le deja la elección al heredero, es manifiesto que su voluntad es la de darle a ese heredero una amplísima facultad, por lo que, aunque tenga defectos o gravámenes, el legatario tiene que aceptarla lo mismo que si fuera el propio testador quien hiciera la elección. Si, por lo contrario, la elección se le deja al legatario, aparte de que éste, como es natural, escogería la mejor, huérfana de vicios o gravámenes, tenemos que al ser irrevocable su elección, de acuerdo con el artículo 877, éste no podrá volver a hacer otra elección, lo que no es aplicable a los casos de evicción, toda vez que en ese supuesto el legatario nada ha escogido, puesto que al arrebatársele la cosa es manifiesto que no ha existido tal legado ni ha elegido nada” (93) (94).

275

Sin embargo, a juicio de ALBALADEJO, son dos cuestiones diferentes la de la calidad y la de los vicios, porque “el objeto de calidad superior o media no baja a ser de ínfima por tener vicios, sino que sigue siendo de aquella calidad, pero con vicios. Y a quien no tenga derecho sino a recibir

(92) TRAVIESAS, “Los legados”, cit. p. 134.

(93) DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. pp. 118 a 120.

(94) En la doctrina italiana *vid.* principalmente GANGI, *I legati*, p. 73, si la cosa prestada está afectada por vicios o defectos ocultos el legatario (ya le corresponda la elección al gravado, a un tercero o a él mismo) tiene siempre derecho a otra cosa dentro del género indicado, inmune de vicios (que para los vicios de los cuales se trata la cosa prestada no puede considerarse como de calidad media).

la calidad más baja que sea, no parece que quepa imponerle calidad alta o media de cosa con vicios, que puede todavía hacer más inútil la cosa que por inferior calidad”. Si se trae a estas líneas el artículo 1.166 C.c. “no porque algo sea de igual o mayor valor que lo debido se puede forzar al acreedor a recibirlo si no se ajusta a lo que corresponde entregarle” (95).

Puede recordarse –intercalando otra polémica que afecta a diversa cuestión– como la distinción entre vicios y defectos de calidad e incluso entre *aliud pro alio* fue uno de los expedientes intentados, en principio por la doctrina italiana y también en la doctrina española –especialmente la mercantilista– (96), para corregir y restringir la aplicación de la normativa del saneamiento por vicios ocultos cuando las nuevas exigencias socio-económicas del moderno tráfico de bienes hacían insuficiente la protección que había de dispensarse al adquirente comprador.

276

Y así revelados los estrechos límites y la insatisfactoria reglamentación del saneamiento por vicios o defectos la polémica a la alternativa quedó abierta y la inseguridad afectaría al régimen jurídico aplicable al supuesto en cuestión (97).

El criterio modificativo de la doctrina de la acumulación o *compatibilización de acciones generales y especiales* como una de las propuestas frente a la inadecuada regulación del saneamiento implicaba, como explica ORTI VALLEJO, limitar las posibilidades de ejercicio de las acciones por incumplimiento a los supuestos de defectos de calidad, quedando sometidos al saneamiento los casos de vicios. Pero, como manifiesta el mismo autor, “los códigos que, como el nuestro, siguieron al francés, utilizan indistintamente las ex-

(95) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 26 y 27.

(96) Puede verse esta cuestión en FENOY PICON, *Falta de conformidad...*, cit. pp. 289 y ss. y 280 y ss.

(97) Este panorama es descrito por ORTI VALLEJO, *La protección del comprador...*, cit. pp. 21 y ss.

presiones vicio y defecto (de calidad) a la hora de la denominación del supuesto del que surge la responsabilidad derivada del saneamiento. Paralelamente, siguiendo también las directrices del Código de Napoleón, la descripción del supuesto de hecho que permite poner en marcha esta responsabilidad o, por lo menos, la definición del vicio o defecto, se asienta sobre un criterio funcional o finalista que atiende al efecto desfavorable para la cosa vendida, desechando, en cambio, un criterio causal u ontológico... De esta manera el no servir la cosa para el uso al que se la destina o el que ese uso esté mermado, basta para calificar la cosa como viciosa o defectuosa, concepto que así formulado se revela extraordinariamente amplio” (98).

Puede haber diferencias entre ambos términos si se acude al sentido ontológico; en cambio, “siguiendo el criterio finalista que atiende a los efectos, no existen diferencias entre el vicio y el defecto de calidad, ya que las consecuencias son las mismas tanto en un caso como en el otro: la no consecución de la utilidad prevista” (99). Este es el criterio utilizado por los códigos latinos, por lo que no prevén una diversa reglamentación.

El prof. MORALES MORENO afirma la conveniencia de constatar cómo la contraposición entre vicios y ausencia de cualidades “no es una contraposición necesaria ni una exigencia impuesta por la propia naturaleza de las cosas”. El Código civil español no impone partir de una distinción “entre vicios y ausencia de cualidades pactadas como si se tratara de supuestos que necesariamente hayan de producir efectos jurídicos diferentes... En cuanto se supera la construcción puramente objetiva de los vicios, como ocurre en nuestro sistema jurídico, es difícil trazar una distinción segura, con efectos prácticos satisfactorios entre vicios y ausencia de cualidades. Tal distinción no es ni siquiera útil en

(98) *Ibidem*, pp. 35 y 36.

(99) *Ibidem*, p. 37.

Derecho, ni necesaria para la aplicación de nuestro Código. En él no se contraponen dos supuestos estancos de diferente efecto: los vicios, dando lugar siempre y exclusivamente a las acciones edilicias, y la ausencia de cualidades, provocando la aplicación de las acciones generales de incumplimiento. En un orden práctico los vicios de la cosa suponen también ausencia de cualidades, ya que las cualidades importan en Derecho, no tanto por su naturaleza, cuanto por su influencia en la utilidad que la cosa deba prestar” (100).

De forma semejante concluye ORTI VALLEJO, en la inoportunidad de establecer diversos regímenes jurídicos y por tanto unificar tales supuestos al modo de las legislaciones más avanzadas como en el más moderno convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Venta Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 11 de abril de 1980) (101) (102). “Respecto de la distinción entre los supuestos de vicios y defectos de calidad () tanto en su origen en el Derecho italiano, como entre los partidarios de la misma en España, no es más que un instrumento arti-

278

(100) MORALES MORENO, “El alcance protector de las acciones edilicias”, *ADC*, pp. 651 y 652; BERCOVITZ, “La naturaleza de la acción redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, *ADC*, 1962, pp. 815 y ss.; FENOY PICÓN, *Falta de conformidad...*, cit. p. 343.

(101) ORTI VALLEJO, *La protección del comprador...*, cit. p. 42.

(102) Ambos instrumentos son un ejemplo de que cuando la cosa adolece de anomalías cualitativas se considera adecuado que el comprador cuente con un amplio abanico de acciones elaborado a partir de las generales de incumplimiento y las edilicias *vid.* FENOY PICÓN, *Falta de conformidad...*, cit. pp. 345 y ss.: el problema de las anomalías cualitativas de las cosas en el ámbito de los consumidores y usuarios no ha tenido en cuenta el carácter específico o genérico de la obligación del vendedor y ha configurado un régimen semejante al del incumplimiento en el Código civil (arts. 7 y 11.3 LGDCU). En el mismo sentido la Convención de Viena de 1980 une los remedios del incumplimiento y del saneamiento por vicios, permitiendo al comprador ejercitar la acción de cumplimiento, la de reparación, la resolutoria, la de reducción del precio e indemnización por daños y perjuicios (arts. 45, 46, 49 y 74), *vid.* HONNOLD, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, Madrid, 1992; MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid, 1992; ZICCARDI, “Vizi della cosa venduta, convenzione di Vienna, e comparazione giuridica”, *Scintillae iuris, Studi in memoria de Gino Gorla*, t. II. Milán, 1994, pp. 1373 y ss.

ficial para eludir los estrechos márgenes del saneamiento, pero inexistente intrínsecamente e indefendible con los textos positivos” (103).

2.3. De nuevo la aplicabilidad de las normas generales del incumplimiento.

En el legado genérico todavía menos esta distinción supone diferenciación de régimen. En éste, como en la compraventa genérica, los problemas de estas características se resuelven por las normas del incumplimiento.

El legatario no puede aplazar o suspender caprichosamente el cumplimiento correcto en cuanto libera al heredero o al gravado con el legado (art. 1.176, 1.180 C.c.), pero desde luego, puede rechazar un pago irregular. La voluntad del testador no puede ser otro, como se ha visto, que la de favorecer al legatario dejándole una cosa normal, o lo que es lo mismo propia de quien la entrega y exenta de vicios. En las obligaciones genéricas el deudor ha de entregar una cosa que pertenezca al género designado, que posea la calidad fijada y que carezca de defectos o anomalías.

Si el objeto transmitido al legatario no reúne estas tres exigencias se puede hablar de incumplimiento, lo que desencadenaría, en principio, a favor del legatario las acciones generales del incumplimiento.

Ante el ofrecimiento en pago de una cosa defectuosa o con vicios, si el legatario se percató, puede rechazarla y entregada si no responde a aquellos requisitos, devolverla y en ambos casos, ejercer la acción de cumplimiento, correspondiendo, entonces, otra cosa del género —si la hay, pues si el defecto no fuera del objeto del cumplimiento sino del género, que afectase a todas las cosas que forman parte del mismo, se aproximaría a los defectos en las obligaciones específicas—; incluso, podría quedar cumplido detrayendo de la

(103) ORTI VALLEJO, *La protección del comprador...*, cit. p. 53.

herencia la cantidad dineraria correspondiente para que se la procure el mismo legatario, si así lo acuerdan las partes; como a las mismas podría interesar la simple reparación del objeto (104).

Y con carácter acumulativo, además es posible el ejercicio de la acción de indemnización, siempre que el legatario sufra daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento (art. 1.101 C.c.).

De este modo, aplicando las normas generales del incumplimiento el legatario podrá exigir al heredero la prestación de otra inmune de defectos, de condiciones normales; que no es más que el crédito originario que se deriva del derecho al legado, por lo que no se cumple con una prestación defectuosa; y por ello, se responde de todo tipo de defectos, no sólo de los ocultos, también de los aparentes.

280

2.4. Es el mismo régimen paralelo a la compraventa genérica. En la específica la entrega de una cosa con defectos no puede concebirse como un incumplimiento del vendedor, el vendedor sólo se obliga a entregar una cosa determinada (art. 1.445 C.c.) en el estado en el que se halle al perfeccionarse el contrato, la cosa que se ha de entregar es la misma sobre la que ha recaído el acuerdo; “afirmar que el vendedor de una cosa específica esté obligado a entregar una cosa que reúna las cualidades presupuestas o que no tenga defectos supone construir una obligación originariamente imposible ya que por principio la cosa ya era defectuosa al contratar o no tenía ya entonces las cualidades esperadas. Lo que es argumento suficiente para excluir que el defecto en la compraventa de cosas específicas pueda ser tratado como un incumplimiento del vendedor” (105). Si tie-

(104) Sobre la acción de reparación en las obligaciones genéricas *vid.* ORTI VALLEJO, *La protección del comprador...*, cit. pp. 370 y ss.; FENOY PICÓN, *La falta de conformidad...*, cit. pp. 94 y ss.

(105) ORTI VALLEJO, p. 92.

ne defectos el comprador resultará insatisfecho y habrá que arbitrar un remedio para proteger sus intereses, pero el vendedor no ha incumplido su obligación.

Por el contrario, en la compraventa genérica el consentimiento del comprador no se presta sobre la cosa que se va a entregar, el deber del deudor no se circunscribe a un determinado objeto por lo que el vendedor asume el adicional compromiso de que la cosa reúna las características y cualidades establecidas o pactadas. Lo contrario supone una incorrecta ejecución de las obligaciones del vendedor; por eso se asocia ésta con el régimen general del incumplimiento.

Como manifiesta MORALES MORENO “El saneamiento no está basado en el incumplimiento de un deber de prestación o de un deber accesorio de conducta. En la venta de cosa específica, en la que piensa el Código civil, la obligación del vendedor se limita a entregar una cosa determinada (art. 1.445 C.c.), en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (art. 1.468). Por tanto, en la venta específica la existencia de vicios en la cosa, anteriores a la celebración del contrato, no implica incumplimiento, en esa rigurosa acepción”; “el saneamiento en realidad ofrece solución a una insatisfacción del interés del comprador, consecuencia de la existencia de los vicios. Se trata de una insatisfacción no imputable al vendedor, por ello no puede ser considerada como medio de atribución de responsabilidad contractual (no hay incumplimiento del deber de prestación) o precontractual (tampoco hay dolo del vendedor, *cfr.* art. 1.485). Es una medida de atribución de riesgo al vendedor”; El significado jurídico y las consecuencias de la existencia de un defecto en la cosa que se adquiere depende de la modalidad de contrato en el que se manifiestan: de los deberes de conducta del vendedor en relación con el estado del objeto (106).

(106) MORALES MORENO, *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, cit. pp. 954 y ss.

IV. Responsabilidad con independencia de quien haga la elección

1. Literalmente el artículo 860 C.c. hace responsable “al obligado a la entrega del legado”, que normalmente será quien haga la elección, elección que competirá en la mayoría de las ocasiones al heredero, ya porque así lo designó el causante o en ausencia de disposición expresa.

Algunos autores consideran inaplicable el artículo 860 C.c. en el supuesto de que la elección corresponda al favorecido; sin embargo, bien podría pensarse, por el propio fundamento y finalidad del legado, que habría de responderse siempre que se produce la evicción o concurren aquellos otros supuestos descritos, o exista vicio, gravamen o defecto, con independencia de quién haga la elección; porque se trata de que con culpa o sin culpa de nadie y sea quien sea el que eligió, después si objetivamente acontece la evicción o se descubre el vicio, se pone de relieve que se entregó una cosa que no reunía los requisitos necesarios. De esta manera, la exigibilidad se produciría simplemente por el hecho de la existencia de evicción o vicio, ... (107).

282

(107) ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 27 y 28. En este sentido también DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. p. 117, estima que el artículo es de aplicación a todos los casos en que contemplamos un legado genérico, sin tener en cuenta quién es el que deba hacer la elección.

SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código civil*, t. I, cit. p. 2110, explica que se trata de una responsabilidad impuesta por la ley “con independencia del sujeto que realice la elección, y ello porque la individualización está dirigida a la consecución de un resultado material, no a la producción de un efecto jurídico y este efecto es consecuencia de la voluntad del testador, por lo que, cuando la individualización, como simple medio material, no produzca por la evicción el efecto querido por el testador, se tendrá por no hecha”.

TRAVIESAS, “Los legados”, cit. p. 134, estima, por el contrario, que si es el heredero quien ha hecho la elección el legatario tendría derecho a exigir otra de valor medio, a condición de que el testador no haya conferido expresamente al heredero la facultad de elegir, pero si la elección es hecha por el legatario habría que tener en cuenta si ha mediado o no error sustancial en la elección para determinar la firmeza o no firmeza de la misma.

No parece seguro el aparente argumento de que habiendo elegido el legatario éste deba correr con la suerte de lo que escogió y nada podrá ya reclamar, ignorante de la futura evicción o defecto (108). Si algo parece claro en este legado es el deseo por parte del testador de que el legatario reciba en efecto algún bien u objeto dentro del género. Otorgando la elección al legatario beneficiario en todo caso se estaría destacando aún más la intención de que verdaderamente reciba cualquier objeto dentro de ese género. A mayor abundamiento, se podría decir que la elección que realiza el legatario beneficiario no exime al gravado con la entrega que compruebe y se asegure de las características y circunstancias del objeto concreto a satisfacer, de las condiciones de integridad y ausencia de gravámenes, en cuanto a él le corresponde el cumplimiento de la obligación de entregar, obligación de entregar cosa sana (109).

2. Otra cosa sería que por acuerdo entre obligado a la entrega y legatario beneficiario (por ejemplo a solicitud de este último) —y cuando se trate de cosas no pertenecientes a la herencia— aquél le proporcione, a cuenta del caudal, la

Por su parte, LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil*, t. V, cit. p. 207, considera que no será aplicable cuando la elección correspondiese al favorecido: “en tales casos —matiza— podrá éste hacer uso de la acción de saneamiento que compete al causante, o bien dirigirse contra el tercero de quien se adquirió la cosa una vez abierta la sucesión, pero no contra el heredero”.

También ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. III, cit. p. 28, expresa que dicha responsabilidad por evicción no debería proceder cuando la elección corresponda al legatario favorecido, en cuyo caso tendrá éste la acción por evicción que habría correspondido al causante contra el tercero que hubiese ganado la propiedad.

En el mismo sentido ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, t. I, cit. p. 332, manifiesta que el artículo 860 del C.c. no deberá ser aplicado cuando la entrega se haga en virtud de la elección realizada por el mismo legatario.

ALBACAR y DE CASTRO GARCÍA, *Código civil, Doctrina y jurisprudencia*, t. III, Madrid, 1995, p. 1073, el artículo 860 no se aplica a la hipótesis de que la elección corresponda al favorecido.

(108) Vid. de nuevo ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 27 y 28.

(109) Vid. en este sentido SCAEVOLA, *Código civil*, t. XV, p. 255.

cantidad suficiente para que adquiriera por su propia cuenta el bien que desea del género concreto, entonces, lo más propio es que el legatario, en efecto, producida alguna de las circunstancias que estamos analizando se dirija contra el tercero de quien adquirió, eximiéndose de toda responsabilidad el heredero ajeno a toda esta actuación.

V. Supuestos de no responsabilidad

1. Hay supuestos en los que por la propia naturaleza de las cosas, y teniendo en cuenta el tipo de obligación derivada de este legado, a pesar de darse cualquiera de las situaciones ya descritas, no habría lugar a la subsiguiente responsabilidad.

284

A propósito de las obligaciones el artículo 1.182 C.c. sanciona que “queda extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido éste en mora”. Pero en las obligaciones genéricas rige el aforismo *genus non perit*. Como quiera que éste nunca llega a destruirse subsiste la obligación para el deudor, incluso en condiciones notablemente más penosas, pues cabe que se haya destruido toda la parte del género de que disponía y para cumplir tenga que adquirirlo en la cuantía debida. La configuración de la obligación genérica determina que el deudor no quede liberado, pues no cabe propiamente pérdida de lo que no es real sino abstracto, las cosas genéricas no constituyen el objeto de la prestación genérica, ninguna de ellas, considerada individualmente, está *in obligatione*. El acreedor ve satisfecho su interés recibiendo cualquier cosa que pertenezca al género y el deudor está obligado a entregar una cosa que reúna las características establecidas. En este tipo de obligaciones no hay oportunidad siquiera de llegar a plantearse el tema del *periculum obligationis*, en tanto en cuanto la prestación siempre es posible.

A no ser que se tratase de género limitado, cuya limitación admite la posibilidad de perecimiento total (110).

2. Así, según esta doctrina, no es aplicable el artículo 860 C.c., por ejemplo, cuando el legado se limita a objetos existentes en la herencia y la evicción alcanza a todos (111). El legatario podrá reclamar mientras de ese género quede en la herencia alguna cosa sin tacha. Si no se limita a la herencia el gravado deberá adquirir cualquier otra de ese género y entregársela al legatario. MANRESA también advierte que tratándose de inmuebles se deduce que si sólo hubiese uno de los del género legado en la herencia y ese se entregase al legatario, no cabría responsabilidad en caso de evicción (112). Pero si el testador no lo hubiera limitado a los bienes existentes en su propio testamento, el gravado debería adquirir fuera del caudal patrimonial y entregárselo al legatario (113).

285

(110) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, cit. p. 295; GARCÍA VALDECASAS, "Obligación genérica y cosa fungible", cit. pp. 1561 y 1562; SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones genéricas", cit. pp. 655 y 656; CAFFARENA LAPORTA, "Genus nunquam perit", *ADC*, 1982, pp. 291 y ss., se vendría a recoger un hecho de la naturaleza que incide en el mundo del Derecho. En la obligación genérica por su misma configuración en la cual el acreedor ve satisfecho su interés recibiendo cualquier cosa que reúna las características establecidas, parece imposible, en principio, que surja la imposibilidad de la prestación, estadio previo al problema de los riesgos. Si la liberación del deudor sólo se produce por una imposibilidad objetiva de la prestación, es evidente que por la propia configuración de la obligación genérica el deudor difícilmente quedaría liberado. Nos recuerda este autor que en el Derecho romano los supuestos típicos en los que se daban las obligaciones genéricas pertenecían al ámbito de las relaciones que daban lugar a acciones de derecho estricto; en éstas la existencia o inexistencia de éste implicaba la existencia o inexistencia de la obligación, de tal forma que si la prestación devenía imposible la obligación se extinguía, pero la imposibilidad extintiva era una imposibilidad objetiva, el deudor de una obligación genérica no quedaba liberado por una imposibilidad sobrevenida subjetiva, debe entregar otro tanto de la misma especie y calidad.

(111) LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil*, t. V, cit. p. 270. Vid. también ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. III, cit. p. 27.

(112) MANRESA, *Comentarios al Código civil*, cit. p. 568.

(113) Puede verse ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 29 y 30 y CAFFARENA, "Genus nunquam perit", cit. pp. 329 y ss.

2.i. El legislador contempla una regulación especial según recaiga la disposición a título particular sobre bienes muebles o inmuebles (114), declarando el artículo 875 C.c. que “el legado de cosa mueble genérica será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia” y “el legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia” (1.º y 2.º párrs.). A este respecto, además de tener en cuenta los artículos 333 a 346 y 347 C.c. sobre qué bienes son muebles o inmuebles, lo determinante también en orden a juzgar de qué clase se trata —como se reconoce— sería el momento de la muerte del testador, que es cuando se produce la efectividad y el cumplimiento del mismo, pues poco importa que las hubiera antes si no las hay en el momento expresado (115).

Pero en todo caso, y por lo que aquí interesa, las razones originarias que constituyeran el fundamento de este doble régimen poca importancia tienen en los momentos presentes.

Se ha dicho que la diferencia de régimen viene justificada, según OSSORIO MORALES, porque “si se lega un cortijo o una casa y existen varios cortijos o varias casas entre los bienes hereditarios, la indeterminación es relativa, ya que sólo puede referirse la voluntad del testador a uno de entre los varios inmuebles que estaban en su patrimonio cualquiera de los cuales quiso atribuir al legatario. Pero no teniéndolos, la atribución de una casa o de una finca rústica, sin más concreción, en cosas de un valor tan dispar y variable, representaría más que una designación genérica, una absoluta indeterminación” (116).

(114) Refiriéndose a las obligaciones expresa SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil*, de Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández, Rams Albesa, t. II, vol. 1.º, Barcelona, 1994, pp. 71 y ss., que “normalmente la obligación genérica tiene por objeto una prestación de dar cosa mueble; más si se tiene en cuenta el concepto jurídico de género () ningún obstáculo conceptual se opone a que el dar se refiera a inmuebles”.

(115) Como afirma MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, cit. p. 613; SÁNCHEZ ROMÁN, t. VI, vol. 2.º, p. 1297.

(116) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit. p. 379.

También para SÁNCHEZ ROMÁN el criterio legal diferente sin duda —a su juicio— se inspira en aquella doctrina jurídica de nuestros precedentes legales de que el legado de género recaiga sobre cosas que tengan o no límites determinados por la naturaleza, “considerando que las muebles los tienen y ofrecen una homogeneidad en sus especies que hacen posible la representación de las unas por cualquiera de las otras de la misma genérica naturaleza, mientras que en las inmuebles no sucede lo mismo y es el hombre el que las delimita e individualiza por su voluntad; entendida la calidad legal de inmueble por el criterio de enumeración del artículo 334, y por el de contraposición al de los muebles del 335” (117).

Para TRAVIESAS quizá descansa la exclusión de la validez de los legados genéricos de inmuebles que no existen en la herencia “en la consideración de que quedaría demasiado al arbitrio del heredero la elección del inmueble con que pagar el legado” (118).

Pero ninguna de estas razones es absolutamente concluyente o insuperable, habida cuenta de las características que en la actualidad han adquirido las cosas muebles, y, en efecto, es posible cierta delimitación que propicie una designación del bien inmueble fuera del patrimonio del causante (119), respetando la calidad media que ordena el párr. 3.º del artículo 875 C.c., a salvo otras especificaciones del testador. Si la voluntad del testador es la ley de esa sucesión, si designa una cosa mueble con expresión que determina su pertenencia a la herencia precisamente se quiso el otorgamiento de uno de sus bienes, si en el momento de su muerte no existe el legado no se puede cumplir recurriendo a otra cosa mueble de la misma especie fuera de la heren-

(117) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 2.º, cit. p. 1282.

(118) TRAVIESAS, “Los legados”, cit. p. 133.

(119) Tampoco para GARCÍA CANTERO, “Ensayo de una clasificación de los legados...”, cit. p. 810, “no parece, sin embargo, que haya insalvables obstáculos dogmáticos en admitir un legado genérico de inmuebles que no formen parte de la herencia”.

cia, el dominio particular del testador ha formado un género o una especie, y esa especie o género ha desaparecido (120). De igual modo se podría plantear la constancia de la voluntad de transmitir un legado genérico de cosa inmueble, delimitando una serie de circunstancias que hagan factible una ulterior elección, con independencia de que exista o no en su caudal patrimonial y siempre que de algún modo sea posible su realización sin caer en un arbitrio excesivo y respetando el contenido del artículo 875.3 C.c. (121).

Aunque el género puede ser más o menos amplio, lo importante es que se cubra el requisito de la posible determinación, que enjuiciadas razonablemente las circunstancias del caso permita considerar establecido un verdadero vínculo que imponga, dentro de la elasticidad de unos ciertos límites, escoger sólo en el campo de una serie de cosas de algún modo semejantes (122).

288 Si lo que se lega es tan impreciso que falta la determinabilidad mínima, aunque sea genérico, estamos ante un legado inválido por indeterminación o indeterminabilidad del objeto, y tan inválido ya sea de cosa inmueble como de cosa mueble y sin necesidad del artículo 875.2 C.c. Cuando cons-

(120) Vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, cit. p. 613.

(121) Vid. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1847, p. 473, "la cosa genérica que se lega puede tener sus límites por la misma naturaleza (v.s. un caballo) o por obra de las personas (como una casa u otro edificio), en el primer caso corresponde al legatario el derecho de escoger si tuviere varios caballos el testador, aunque no el mejor de ellos; y no teniéndolos éste deberá el heredero comprar uno que se reputa comúnmente por bueno para entregarlo al legatario, más en el segundo caso, esto es, cuando la cosa genérica no tiene sus límites sino por obra de las personas, como una casa, cumple el heredero dándole cualquiera de las que dejó el testador, sin estar obligado a comprarla no habiéndola en la herencia; Ley 23, Título 9, Partida 6.^a No obstante, a pesar de esta disposición de la ley tomada del Derecho romano, parece muy justo, que si el testador tenía la intención seria, como es de suponer, de dejar casa al legatario, se la compre el heredero buscando una que corresponda a las fuerzas de la herencia y a las relaciones que hubiere habido entre el legatario y el testador, no siendo de presumir que éste haya dejado la casa, como quiere la ley, más por escarnio que por otra razón".

(122) ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XII, vol. 1.º, Madrid, 1981, p. 230.

te que el testador quiso tal transmisión, el legado de cosa genérica inmueble será válido aunque no haya del género en la herencia y será inválido si refiriéndose a objetos de la herencia éstos faltan aunque el testador determine de forma suficiente la que lega; “vale, sin duda, porque no tendrá sentido negarlo en un campo en que la voluntad es soberana (). Mas ha de constatarse de forma efectiva que el testador quiso la validez en cuestión, y la prueba de la misma pesará sobre el legatario” (123). “La validez o nulidad de los legados de cosa genérica debe estar subordinada, no a la naturaleza mueble o inmueble de ella, sino a la posibilidad de determinarla y concretarla de modo suficiente” (124).

En definitiva, el artículo 875 del C.c. tiene su base en la inercia de la continuidad histórica, llega hasta el Código civil procedente del Digesto (30,1,71), pasando por las Partidas (6,4,23) —que expresaban que el testador lo hacía por “escarnio más que por otra cosa”—, separándose de las legislaciones extranjeras —como el Derecho francés (art. 1022) e italiano (art. 664.1)—, que no conocen de la distinción entre legados genéricos de cosa mueble e inmueble (125).

289

(123) *Ibidem*, p. 237.

(124) *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. 2.º, cit. p. 296. Y DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. p. 107, manifiesta que el heredero o gravado siempre mantendrá su derecho a elección pudiendo elegir una cosa fuera del as hereditario.

(125) *Vid.* AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 484.

De igual modo ALBALADEJO, *Ibidem*, pp. 233 y ss., manifestando que no hay por qué “reducir la elección a las cosas del género que haya en la herencia”, y cita para ello el artículo 876 *in fine* y el artículo 875.3. A su juicio, “mantener que la elección ha de recaer necesariamente sobre éstas, puesto que la ley no lo impone explícitamente, tiene que deberse a pensar que se apoya:

1.º O en la voluntad del testador, estimando que es presumible que quien lega de algo que deja quiere legar precisamente de entre lo que deja, o al menos reducir, mientras sea posible (no lo es, por ejemplo, si se destruye) la elección a lo que deja, o privar de elección si no deja más que una cosa del género. Presunción que no (entiende) deba aceptarse, porque () sería partir de que siempre que se lega cosa genérica de cuyo género tenga el difunto, se ha querido o un legado de género al que exista en la herencia, o un legado con elección reducida mientras que sea posible, a cosas hereditarias.

Superados los razonamientos históricos, conforme a la realidad actual, bien podría decirse entonces que todo dependerá de una verdadera interpretación de la voluntad del testador y de las circunstancias de cada caso concreto.

2.ii. Ahora bien, cuestión distinta es si habiendo en la herencia bienes del género de que se trate el legado debe cumplirse obligatoriamente con ellos o pueden pedirse o darse otros del mismo género que no pertenezcan a la herencia.

Podría decirse que es bastante defendible la idea de que en nuestro Derecho no existe una presunción general de que los legados genéricos deban cumplirse con cosas pertenecientes necesariamente a la herencia, precisamente por la esencia y conceptualización de tales legados —genéricos—; pero lo determinante será la voluntad del testador y los términos de sus disposiciones testamentarias (126).

290

2.º O en que, a menos que el testador disponga otra cosa, la ley, aunque sea tácitamente parte de que el legado de género, cuando hay cosas de él en la herencia, es de género limitado a ellas, o de elección reducida a las mismas, mientras que sea posible". Pudiendo señalarse algún antecedente histórico en las Partidas. Concluyendo este autor que "la verdad, es que no recogida tal regulación por el Código, ni de algún modo puesta limitación a la elección fuera de las cosas hereditarias, más bien debe entenderse que la desecha, y no que la mantiene, por lo que el elector podrá escoger, sin límite, para cumplir el legado cosas de las que haya en la herencia o de otras".

(126) *Vid.* también MOREU BALLONGA, *El legado...*, cit. pp. 151 y ss.: "en el régimen jurídico de los legados genéricos no existe una presunción de que el género esté siempre limitado a las cosas pertenecientes a la herencia". "No parece que el legatario pudiera rechazar una cosa ajena a la herencia de calidad media que el heredero gravado le ofreciera, aunque hubiera cosas del mismo género en la herencia. Otra cosa es que el heredero gravado pudiera oponerse a cumplir el legado con una cosa ajena a la herencia pero elegida por el legatario a quien se hubiera concedido expresamente la elección (art. 876) siempre que hubiera en la herencia cosas del género legado y de calidad no inferior a la media".

VI. El artículo 860 del C.c. y las particularidades del legado de cosa ajena

1. Los romanistas también se plantearon con respecto al legado de cosa ajena el problema de la responsabilidad del gravado en el caso de evicción —como de forma literal se refiere el artículo 860 C.c. para el legado genérico— (127).

Como se sabe, en el Derecho romano, por medio del legado damnatorio, a diferencia del vindicatorio, se podían legar no sólo cosas de propiedad del testador, sino del heredero o de un tercero. De tal modo que si la cosa era propiedad de un tercero el heredero estaba obligado a adquirirla y transmitirla al legatario; pero si el propietario se negaba a la enajenación o pedía por ella un precio exagerado; el heredero podía cumplir entregando el valor en lugar de la cosa misma.

En este tipo concreto de legado, aunque no estuviese hecho bajo condición, no pasa de modo inmediato el objeto del mismo a la propiedad del legatario, como en los legados vindicatorios, sino que han de ser transmitidos por el heredero en las formas acostumbradas de la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*. Lo que se le confiere al legatario es un derecho de crédito en virtud del cual puede exigir un *dare* o un *facere* y para ello está asistido de una acción *in personam* denominada *actio ex testamento* (128). Doctrina que recogen con bastante fidelidad los artículos 861 y ss. del C.c.

291

(127) Con referencia a la *evicción*, pues como indica el prof. ROMÁN GARCÍA, *Las obligaciones testamentarias...*, cit. p. 138, en virtud de lo dispuesto en el artículo 883 C.c., a diferencia del legado genérico, como se trata de cosa concreta y determinada el favorecido la recibirá en el estado en que ésta se encuentre en el momento de la apertura de la sucesión, es decir, con los vicios que tenga. A partir de este momento comenzará la responsabilidad del gravado que deberá proceder diligentemente a la adquisición del objeto del legado y a conservarlo en buen estado.

(128) *Vid.* IGLESIAS, *Derecho romano*, cit. p. 549; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit. p. 306; JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, cit. p. 492.

Más específicamente el legado de cosa ajena puede ser legado de cosa del mismo legatario a quien se beneficia, de cosa propia del gravado obligado a su cumplimiento y de cosa de un tercero o extraño. Para el caso que nos afecta, el interés se plantea cuando la cosa legada pertenece a un tercero y se produce la evicción después de la entrega del heredero al legatario.

292

2. El legado de cosa ajena se concibe como la disposición a título particular que tiene por objeto una cosa específica que en el momento de abrirse la sucesión no pertenece a la herencia sino a un tercero ajeno a ella, y no siendo ni del heredero o legatario gravados, a los que sería de aplicación el artículo 863 C.c., ni del legatario beneficiario a cuyo supuesto se refiere el artículo 866 C.c., “el heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y no siendo posible, a dar a éste su justa estimación” (129).

Así entendido, el legado de cosa ajena carece, como se ha dicho, de eficacia real; el legatario no adquiriría de forma inmediata aquel bien que forma parte del patrimonio de un tercero ajeno en todo a la sucesión testamentaria, lo que le compete únicamente es una acción personal, *ex testamento*, contra el gravado para que le satisfaga el concreto legado. Surge en virtud de este legado un derecho de crédito a favor del beneficiario para exigir del gravado una actividad

(129) “En el legado de cosa ajena —matiza TRAVIESAS, “Los legados”, cit. p. 133— no es que el testador pueda disponer de cosa que no sea suya. Lo que el testador hace es imponer al heredero (o legatario gravado aunque la ley no lo diga directamente) la obligación de adquirirla para entregarla al legatario, y si no le es posible, la obligación de que pague a éste la justa estimación de la cosa”. De igual modo que cabe, con eficacia obligacional *inter partes*, comprometerse a proporcionar una prestación ajena de dar o de hacer, el testador puede imponer al heredero o al legatario la obligación de suministrar a un legatario o sublegatario bienes no pertenecientes al caudal relicto: cosas o también derechos reales o de crédito.

SCUTO, “Il legato di cose non esistente nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui”, *Riv. Dir. Civ.*, 1916, pp. 17 y ss.

encaminada a la adquisición y entrega de la cosa legada o, en su caso, “su justa estimación”.

Sin embargo, su configuración no queda clarificada afirmando su carácter obligacional, todavía será necesario dilucidar la naturaleza jurídica de la obligación que surge a cargo del heredero, de lo cual derivarán una serie de consecuencias en orden al cumplimiento del legado y al tipo de responsabilidad subsiguiente, lo que interesará especialmente de cara al problema planteado. Y para ello en principio habría que prescindir de una traducción de las soluciones construidas sobre la base de ordenamientos extranjeros que no coinciden con el nuestro y por tanto sólo originan confusiones, *centrándonos en la propia estructura con la que el legislador español concibe al legado de cosa ajena*. En este sentido, puesto que se afirma en el artículo 861 C.c. que “... El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación”, no parece que la obligación del gravado sea ni de tipo alternativo ni facultativo, como no obstante se ha afirmado (130).

293

No comprende dos o más cosas de las cuales deba entregarse una de ellas, no se trata del derecho del deudor de poder pagar con cualquiera de los objetos sobre los cuales recae el vínculo obligatorio. El heredero no puede escoger entre lo que más le satisface, es decir, comprar la cosa y dársela al legatario o darle su justa estimación, puesto que primeramente habrá de hacer las gestiones necesarias para la adquisición de la misma y cuando esto le sea imposible podrá solventar su obligación entregando su justa estimación. No se dice que pueda entregar la cosa ajena o bien su justa estimación hasta el punto de que basta con cumplir a elección del obligado a la entrega una de las diversas prestaciones que se le designaron. En el legado de cosa ajena lo que el testador hace es ordenar la entrega de una

(130) *Vid.* esta exposición en MORENO QUESADA, “El cumplimiento de legado de cosa ajena”, *ADC*, 1961, cit. pp. 621 y ss.

cosa que le consta es de otro y sólo a falta de la posibilidad de adquirir legítimamente de su dueño se admite que se dé al legatario el importe de la misma.

Ni tampoco se trata de una obligación facultativa, donde el testador lega una cosa o prestación autorizando al gravado para que si lo prefiere pueda cumplir entregando al legatario otra distinta.

Las consecuencias en ambos supuestos son distintas en caso de que perezca la cosa o resulte imposible la prestación. Mientras que tratándose de una obligación alternativa tal acontecimiento supone la concentración de la obligación en la otra actividad prevista, en el caso de una obligación facultativa el heredero queda liberado porque la obligación se ha extinguido al hacerse imposible la realización de la única prestación que estaba *in obligatione*.

294

La obligación surgida del legado de cosa ajena es una obligación única consistente en la adquisición de la cosa legada y en transmitir la propiedad al legatario. Cuya actividad se rige por las reglas generales comunes a toda obligación, con las debidas adaptaciones a la propia especificidad de este legado, teniendo siempre presente la voluntad o las disposiciones que en orden a este cumplimiento hubiera adoptado el testador. Tipificándose luego, para el supuesto de que la prestación no pueda cumplirse *in natura*, una obligación subsidiaria, el equivalente de su onerosidad (131).

(131) Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. p. 221. El legado de cosa ajena constituye una obligación de *dare* en su aspecto genuino. "Que la obligación en este legado sea transmitir al legatario la propiedad de la cosa legada, aparte de ser la configuración tradicional, podría basarse en la letra del Código. De un lado, se ha dicho siempre que el heredero está obligado a *dare*, en el sentido de transmitir la propiedad. De otro, el Código dice que ha de adquirir (para entregar), y aunque no se habla expresamente de adquisición de la propiedad (para transmitirla al legatario), puede entenderse que su sentido es que sea de proporcionar el dominio de la cosa legada al legatario. Téngase en cuenta que el artículo 862.2 también dice simplemente que el legado de cosa ajena en el momento del testamento, si el testador lo ignoraba, es válido si la adquiere después (y es suya al morir), lo cual significa adquirir su dominio, porque sólo así el legado es válido y produce los efectos de legado de cosa propia".

Así, en primer lugar, pesa sobre el gravado la obligación de adquirir del tercero y verdadero dueño la cosa legada a fin de proporcionársela al legatario (*redimere et praestare* de que hablan las fuentes romanas).

En este cometido el gravado procederá como crea más oportuno siempre que no se vulnere el destino final impuesto en favor del beneficiario, especialmente no modificando el objeto del legado. Aunque el obligado pueda valerse de los medios y procedimientos que estime más convenientes en orden a aquel resultado, con todo en ningún caso podría empeorar ni lesionar la situación y el derecho conferido al legatario; en este sentido, y ello tiene especial interés en orden al problema de la evicción, lo importante es proporcionar el objeto legado al beneficiario, y ello con independencia de que la entregue el propio gravado. Aunque la dicción literal del precepto impone al heredero la adquisición de la cosa “para entregársela al legatario”, como si una vez adquirida tuviera que entregársela él mismo (132), lo correcto es entender que el deber del gravado es “proporcionar” la cosa al legatario, pudiendo el beneficiario recibir la cosa directamente del tercero, sin que por ello se haga irresponsable al gravado en cuanto a él queda referida la obligación. Así, las relaciones entre gravado y tercero en principio no afectan al legatario, salvo (133) que hubiesen tenido su reflejo en el testamento, como pudiera ocurrir si en lugar de la cosa misma se hubiese legado el crédito que tuviese el testador contra él. Por tanto, una cosa es que el legatario reciba el objeto legado directamente de su dueño y no pueda oponerse a ello y otra distinta que el gravado pretenda cumplir su obligación modificando el derecho del acreedor sin el consentimiento de éste.

Por lo tanto, se proceda como se proceda y con independencia de quién realice la entrega el destino ha de ser

(132) Como dice ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 54.

(133) Expresa GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. p. 167.

conducente a la transmisión de la propiedad, no cabe duda que la obligación también en este legado se dirige a transmitir al legatario la propiedad de la cosa legada.

3. ¿Cuál será entonces la consecuencia de que el legatario se vea privado de ella –por ejemplo, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la entrega–?, ¿de qué responderá el gravado? “Desde luego que algo tiene que poder reclamar el legatario que se vea privado de ella, pues la ley no puede desprotegerlo, dejándolo sin la cosa y sin su valor (o una indemnización), con lo que se burlaría la voluntad del causante” (134).

Al respecto la doctrina ha formulado diversas consideraciones:

a) GROSSO, al exponer los legados en el Derecho romano, ya manifiesta que con el régimen del legado de cosa ajena los autores relacionaban también “el problema de la responsabilidad del gravado en caso de evicción en relación con el acto de la prestación de *dare rem*, por lo cual la obligación no está cumplida si el acreedor no adquiere la propiedad de la cosa (), y por consiguiente permanece siempre salva la acción dirigida al *rem dare oportere*. También se afirma que tal responsabilidad se tenía sólo en el legado de género (*cfr.* D. 32,29,3; D. 21,2,58; D. 30,71,1); ciertamente en el legado de especie el límite que la ignorancia del testador oponía al legado de cosa ajena eliminaba también la responsabilidad por la evicción cuando el testador creyese suya la cosa (y también si el testador poseía una cosa de mala fe se podía presumir que entendiera que el heredero procurase la cosa al legatario en la condición en la que él la poseía); y se explica también que en el legado de cosa del heredero gravado (considerada tal por el testador) el gravado no esté obligado en caso de evicción más que a ceder la acción contra su autor (como se cree que

(134) Con palabras de ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 73.

argumenta Pomp. D. 21,2,59). Pero salvo casos particulares no parecería que existiese aquí razón para creer que cuando el heredero estuviese obligado a dar la cosa ajena (legado consistente de cosa ajena ()) no se aplicasen las consecuencias del *dare oportere*" (135).

b) ESCRICHE, sobre la regulación anterior al Código civil, expone que "asimismo si el legatario tenía sólo una propiedad sujeta a evicción, devolución o sustitución, debe el heredero hacerle dueño absoluto de ella cuando llegue el caso de la restitución, redimiendo el derecho del sustituido o de la persona a quien haya de devolverse o bien a pagar la estimación al legatario" (136).

(135) GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit. p. 253, n. 7; *vid.* también FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*, cit. pp. 295 y ss., "por los escritores se quiere relacionar con el tratado del legado de cosa ajena el de la obligación de prestar la evicción por parte del gravado. Se enseña ordinariamente que tal obligación no tiene lugar para el legado de especie, en cambio, puede tener lugar en el legado de género al menos en el sentido de que si la cosa dada por el heredero al legatario o elegida por el legatario mismo viene eviccionada por un tercero no se considera como cumplido el legado y por tanto el heredero (u otro que sea el gravado) se estima obligado o a dar otra cosa o a dejar emprender una segunda elección: "dada la opción si uno eligiera un siervo ajeno no considero que esté consumada la opción" (Ulp.): "si el heredero habiéndote legado en general un esclavo se lo entregara a Estico y éste fuese eviccionado por tí Labeo escribe que tú puedes obrar en virtud del testamento porque no parece que el heredero haya dado lo que así dio de modo que no pudieras tenerlo". Originariamente, del legado de obligación surgía () siempre la obligación de dar la cosa. Pero originariamente debe creerse también que la entrega de la cosa extinguese el *ius legati* (así era en un tiempo para el legado de opción) y no se admitiese que prestada la cosa legada el heredero pudiera todavía encontrarse expuesto a las pretensiones del legatario. Su deber era hacer que el legatario tuviera la cosa. Si ésta se encontraba en manos de tercero debía naturalmente adquirirla para poderla dar; en otro caso, bastaba que la consignara y si surgía luego el propietario para eviccionarla él no podía estar obligado a una garantía que habría carecido de fundamento. El heredero condenado a dar a Estico no podía encontrarse en condición peor del promitente obligado a dar a Estico. Tanto menos se podría sostener que restringida la obligación del heredero a los casos en que el testador sabía que la cosa era ajena debiera él responder por éstas a seguido de la evicción. Siempre se habla de la prestación de la cosa no de la garantía de su disfrute. El testador que posee de mala fe una cosa ajena y lega ésta a Ticio no tiene manifiestamente la intención de gravar doblemente al heredero sino solamente como él la posee actualmente".

(136) ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1847, p. 475.

c) Autores como DÍAZ CRUZ manifiestan que: “a) desde el momento en que el legatario acepta la entrega de la cosa, presupone que ha estudiado y analizado debidamente el derecho que se le transmite, por lo que no puede llamarse a engaño por parte del heredero; b) cuando se entrega la escritura pública de traspaso a favor del legatario, si se trata de cosa inmueble, es manifiesto que el vendedor tiene, por lo menos, una apariencia de propiedad de la cosa que vende, ya que sino resulta inconcebible el otorgamiento de la escritura de venta; c) el propio heredero puede, si los obstáculos que observa en la titulación hacen riesgos a la compra, darle al legatario la justa estimación del bien; los artículos 860 y 869 del C.c. nos dan a entender que la evicción sólo se produce cuando la cosa legada fuera indeterminada” (137).

298

d) Pero objeta MORENO QUESADA que “pretender que pueda excluirse el saneamiento por evicción (normativa que considera aplicable al concreto supuesto), suponiendo que al adquirir el derecho que se le transmite lo ha estudiado y analizado debidamente y por eso acepta, es tanto como dejar sin efecto esta institución, que sobre esas premisas no iba a poder aplicarse. Para que fuera posible afirmar tal cosa, tendría que hacerse preceder esta afirmación de una serie de argumentos en contra, que demostraran la improcedencia de esta garantía no ya en el ámbito de los legados, sino en otros puntos más, y sobre todo en la regulación de la compraventa, lo cual encierra bastante gravedad; es más, ya no podría hablarse de evicción, así es que no sería su ausencia característica del legado de cosa ajena, sino reflejo de una situación más general. Y además, habría que apuntarla, partiendo de esta base, como solución de *iure condendo*, porque debe reconocerse que las normas del Código civil sobre la materia son para ello un obstáculo de considerable importancia” (138).

(137) DÍAZ CRUZ, *Los legados*, cit. pp. 168 y ss.

(138) MORENO QUESADA, “El cumplimiento del legado...”, cit. pp. 645 y 646.

Trae también a sus líneas, y rebate, la opinión de aquellos que rechazan la obligación de saneamiento por evicción incluso con una tesis intermedia (139).

Defiende que “no hay duda sobre el hecho de que la entrega al legatario, que ha de seguir a la adquisición de la cosa del tercero, ha de ser una entrega efectiva; no se cumple con entregar la posesión, sino que es necesario atribuir la propiedad definitiva de la cosa, y si así no se hiciera () no podrá considerarse cumplida la obligación que del testamento, y frente al legatario, se deriva para el que ha de cumplir el legado de cosa ajena” (140). “Para que entre en juego la evicción (con las particularidades propias del caso) es, pues, precisa la concurrencia de cuatro personas; y este número, que es superior al que en los supuestos normales constituye el elemento personal de esta garantía, provoca una especial situación que se desdobra de la siguiente forma: haciendo surgir, por una parte, la natural obligación de sanear a cargo del tercero que vendió la cosa al heredero, respondiendo ante éste de los perjuicios que se le ocasionen por la privación de la cosa en virtud de sentencia firme. En cambio, no es aquí posible hablar de una obligación de garantía por evicción a cargo de ese mismo tercero frente al legatario al que se entregó la cosa, por la razón de que ninguna relación directa se ha dado entre ellos que pueda servir de base para la exigencia de esa obligación. Pero si ello no es posible, sí debe serlo el que ese legatario se dirija contra el heredero para que éste le compense de la pérdida de la cosa entregada por él (y en virtud de evicción) porque no se advierte inconveniente alguno que impida hablar de ello aquí también, desde el momento en que la compensación se debe al legatario a causa de habersele privado, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la entrega, de todo o parte de la cosa legada, que es

(139) *Ibidem*, p. 647.

(140) *Ibidem*, p. 648.

precisamente el supuesto en que entre en juego la exigencia del saneamiento por evicción” (141).

Insistiendo que “no puede considerarse cumplido el legado si se produce esta privación de la cosa, toda vez que ello será muestra de no haberse realizado una eficaz transmisión de la cosa misma, que es a lo que el legatario tiene derecho, pues que tal era el mandato testamentario y el contenido del crédito que del mismo nace a su favor. Y el derecho al saneamiento por evicción remediaría, además, la situación del legatario al que esto le sucediere, que sin este reconocimiento no encontraría medio adecuado para obtener la ventaja que el legado debe suponer para él, por lo que se impone una solución que le satisfaga ese interés que de otra forma no tendría medio eficaz de actuarse; en cambio, este procedimiento pone en sus manos esa posibilidad, sin que () cause tal solución perjuicio a otro cualquiera” (142).

300

“De no exigírsele que responda de la privación, el legatario () quedaría totalmente desprovisto de medios para obtener la compensación correspondiente; en cambio, el heredero que se vea obligado a responderle de la evicción, llegado este caso, sí tendrá a su alcance un procedimiento eficaz para resarcirse de la cantidad que por tal concepto le entregara: la misma suma que en virtud también de saneamiento por evicción le corresponda por su carácter de comprador frente al que le vendiera, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.475 del C.c.” (143). Y así, “una vez admitido el doble juego de la evicción en este supuesto, ninguna duda puede haber de la justicia de esta solución que pone a salvo los respectivos intereses del legatario y heredero... De no admitirse la garantía por evicción en este caso, si bien no puede hablarse de un enriquecimiento por

(141) *Ibidem*, p. 649.

(142) *Ibidem*, p. 650.

(143) *Ibidem*.

parte del heredero o legatario que entregará la cosa, en cambio, sí hay un perjuicio para el beneficiario del legado, que no tendrá medio eficaz para resarcirse de ello; este medio se le dará reconociéndole el derecho al saneamiento por evicción frente al que hubiera cumplido el legado, entregándole la cosa de que después se le ha privado” (144).

e) ROCA SASTRE acentúa el hecho de la especificidad de este legado, manifestando que “estamos ante un legado de cosa específica y el heredero (o legatario gravado) cumple con entregar la cosa indicada por el testador” (145).

f) Pero también es verdad que hay un elemento esencial en este tipo de legados que los diferencia respecto del mismo legado de cosa específica y determinada propia del testador, que es precisamente su ajeneidad. Por no pertenecer al testador resultan notables diferencias en los derechos y obligaciones del heredero y el legatario, y teniendo un régimen distinto tendría que afectar también de alguna manera a este supuesto, en el caso de que efectuada la entrega al legatario se le prive de todo o parte de ella por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la misma.

Por ello, también se ha apuntado que en cuanto que efectivamente no se ha transmitido la propiedad, en un sentido amplio es como si no se hubiera adquirido la cosa, por lo que podría subsidiariamente cumplirse dando su justa estimación (146).

301

(144) *Ibidem*, p. 651.

(145) “O en su caso su justa estimación”, ROCA SASTRE, *Anotaciones a Kipp-Coing, Derecho de sucesiones*, t. V, vol. 1.º, cit. p. 565, refiriéndose al legado de cosa no perteneciente a la herencia: “el heredero (o legatario gravado) no queda obligado al saneamiento por evicción o vicios jurídicos de la cosa legada, porque el Código civil, en sus artículos 860 y 869.3 únicamente impone esta responsabilidad en caso de legado de cosa genérica y aun sólo en cuanto al supuesto de evicción, de modo que esta forma no puede extenderse a otra clase de legado. No obstante, hay que sostener que responde de saneamiento por razón de actos propios. Estamos ante un legado de cosa específica y el heredero (o legatario gravado) cumple con entregar la cosa indicada por el testador”. TRAVIESAS, “Los legados”, cit. p. 133.

(146) *Vid.* RUIZ SERRALAMERA, *Lecciones de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, t. II, 1979, p. 137, “la privación sufrida por el legatario constituye una especie de imposibilidad de adquisición, por lo que se le deberá la justa estimación de la cosa legada”.

Cierto, como dice OSSORIO MORALES (147), que la determinación de cuándo se debe entender que no le es posible al heredero adquirir la cosa puede suscitar importantes problemas. A su juicio subsidiariamente cumplirá pagando la justa estimación cuando la adquisición no sea factible, bien en sentido absoluto o en caso de excesiva onerosidad.

Y sería útil poder incluir el supuesto que se describe, la actuación de buena fe del gravado que adquiere la cosa específica determinada por el testador de aquél respecto del que se presenta como propietario, desconociendo la hipotética evicción o una posible ulterior responsabilidad y actuando con la debida diligencia.

302

Tal y como está enunciado en la doctrina el cumplimiento subsidiario en general se relaciona con el supuesto de propietario que se niega a vender o por la existencia de algún obstáculo legal para poder enajenar; incluso el supuesto de precio excesivo o imposición de condiciones gravosas —pues si el precepto le obliga al gravado a dar al legatario la justa estimación de la cosa en defecto de adquisición del propio objeto, no sería muy equitativo obligar a pagar un sobre precio al dueño, imponiéndole un sacrificio añadido; lo contrario, por otra parte, sería incongruente e incluso ajeno a la voluntad del testador cuyo deseo se circunscribe a legar un bien concreto o en su defecto su valor— (aunque dentro de esta cuestión otro problema sería la determinación de la cuantía a partir de la cual corresponde la consideración de esta causa (148)); también podría citarse (149) el caso de que no se sepa con seguridad quién es el dueño y su averiguación suponga gastos adicionales que en principio el gravado no está obligado a soportar (a pesar del art. 886.3 C.c.).

(147) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit. pp. 383 y ss.

(148) Sobre ello OSSORIO MORALES, cit. p. 285; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. pp. 62 y ss.

(149) Según GONZÁLEZ PACANOSWKA, *El legado de cosa ajena*, cit. p. 229.

En general, diversos son los autores que mantienen que la imposibilidad a que hace referencia el artículo 861 C.c. puede ser de cualquier tipo y derivar de cualquier causa, “y es que no puede olvidarse (150) que este legado no persigue de un modo exclusivo la entrega de una cosa, sino la atribución de un valor al favorecido con él y esto tanto se puede lograr () por medio de la entrega de la cosa, como mediante el pago de su justa estimación (desde luego, guardando el orden de preferencia marcado por el legislador, que es el que mejor se conforma a la voluntad del testador)”;

por ello, si la posibilidad fuese objetiva y absoluta el legado no quedaría sin efecto (151).

En este sentido GARCÍA CANTERO entiende que “si el legatario es privado de todo o parte de la cosa legada, en virtud de sentencia firme, por un derecho anterior a la entrega del legado, el gravado deberá responder, pero no propiamente por evicción, sino con base en el mismo artículo 861.1, puesto que la cosa no ha sido entregada efectivamente en tal supuesto, y se debe cumplir por equivalente; en tal supuesto no habría lugar a aplicar el artículo 1.478, y los perjuicios eventualmente causados al legatario por culpa del gravado o del tercero sólo cabrá reclamarlos –según este autor– al amparo del artículo 1.902” (152).

g) También podría estimarse que no es que haya de responderse según las normas del saneamiento por evicción, o contemplarlo en principio como un supuesto de los que dan lugar al cumplimiento subsidiario. La privación de la cosa al legatario lo que viene es a demostrar que no se cumplió debidamente el legado a su favor, por lo que se puede

(150) Dice MORENO QUESADA, “El cumplimiento del legado...”, cit. p. 638.

(151) Vid. sobre esta cuestión GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. p. 230.

(152) GARCÍA CANTERO, “Ensayo de una clasificación de los legados...”, cit. p. 809.

Vid. también lo que por su parte manifiesta ROMÁN GARCÍA, *Las obligaciones testamentarias...*, cit. pp. 137 y 138.

exigir al gravado que realmente le proporcione la cosa, y si esto no le es posible, entonces obtenga ya su justa estimación, y si fue culpable, le indemnice, además, de los daños que haya podido sufrir (153).

Según LUNA SERRANO, “la única razón real para eximir de responsabilidad al gravado sería la de haberse limitado éste a cumplir un deber impuesto por el testador, por lo cual a fin de eludir unas molestias y riesgos adicionales que no le han sido impuestos, habría de quedar libre de responsabilidad si, desconociendo el peligro de evicción, ha puesto la debida *diligencia* en la adquisición del objeto determinado y cede al legatario las acciones que le asisten contra el vendedor” (154).

(153) En el mismo sentido, *vid.* ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit. p. 73. Más ampliamente GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena*, cit. pp. 206, 208 y 222.

(154) LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil, t.V*, cit. p. 275.

EL CIUDADANO COMUNITARIO COMO JUSTICIABLE ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNOS

BLANCA PASTOR BORGÑOÑÓN (*)

*Secretario Adjunto del Tribunal
de Primera Instancia de la C.E.*

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de La Coruña*

305

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA IGUALDAD ENTRE JUSTICIABLES COMUNITARIOS. **III.** EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO. **IV.** LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL A LOS JUSTICIABLES COMUNITARIOS.

(*) Las opiniones expresadas por la autora en esta ponencia son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en que presta sus servicios.

I. Introducción

Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, cuando se ocupen de los procesos de los que les corresponde conocer, deben tener presente que existe una categoría de justiciables a los que no se aplican necesariamente todas las normas y reglas procesales consagradas por los respectivos ordenamientos internos. Se trata de los justiciables comunitarios, es decir, los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión, a quienes el ordenamiento comunitario otorga una especial protección.

306 Como punto de partida, hay que señalar que el ordenamiento procesal se encuentra, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre los ámbitos que continúan siendo competencia del legislador nacional (1). Sin embargo, el Derecho comunitario impone límites a esa competencia (2), ya que las disposiciones procesales nacionales no pueden producir una discriminación respecto de personas a las que el ordenamiento comunitario atribuye el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por dicho ordenamiento.

Esta doctrina jurisprudencial, que consagra la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento procesal interno de los Estados miembros, se manifiesta actualmente a dos niveles:

— En primer lugar, se establece que los ciudadanos de otros Estados de la Unión que se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario no pueden tener un trato procesal menos favorable que el previsto para los ciudadanos del país en el que se desarrolla el proceso. Un supuesto típico de este planteamiento se encuentra en la sen-

(1) Véase, entre otras, la sentencia de 11 de noviembre de 1981, *Casati* (203/80, Rec. 1981, p. 2618).

(2) Sentencia de 2 de febrero de 1989, *Ian William Cowan c/ Trésor Public* (186/87, Rec. 1989, p. 222).

tencia de 1 de julio de 1993, dictada en el asunto *Hubbard* (3), que aborda el problema de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la *cautio iudicatum solvi*.

— En segundo término, se sienta el principio de que no son aplicables a los ciudadanos comunitarios (entre los que se incluyen, obviamente, los nacionales del Estado en que tiene lugar el proceso), cuando hacen valer judicialmente derechos que les confiere el ordenamiento comunitario, disposiciones procesales que obstaculicen la plena eficacia de las normas comunitarias. El supuesto más emblemático en esta materia lo constituye, probablemente, el asunto *Factortame* (4), relativo a la procedencia de adoptar medidas cautelares.

En la páginas que siguen, examinaré detalladamente la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con estos dos grupos de cuestiones, centrándome especialmente en el análisis de los dos asuntos citados.

307

II. La igualdad entre justiciables comunitarios

El principio general de igualdad de trato entre los ciudadanos de la Unión Europea se consagra actualmente en el apartado primero del artículo 6 del Tratado CE (5), que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad, “en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo”.

La fórmula utilizada implica una limitación del ámbito en que la norma despliega sus efectos, ya que, para que entre en juego la prohibición de cualquier discriminación, sea

(3) *Anthony Hubbard c/ Peter Hamburger* (C-20/92, Rec. 1993, p. I-3777).

(4) Sentencia de 19 de junio de 1990, *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros* (C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433).

(5) Tras la reforma introducida por el Tratado de la Unión. Anteriormente esta disposición se contenía en el artículo 7 del Tratado CEE.

manifiesta o encubierta (6), es preciso que el nacional comunitario se encuentre en una situación regida por el Derecho comunitario, es decir, en una posición jurídica amparada por este ordenamiento. Por otra parte, esta norma sólo se aplica de modo autónomo a los supuestos regulados por el derecho comunitario para los que el Tratado no prevea normas específicas que incluyan, explícita o implícitamente, la prohibición de discriminación entre nacionales y no nacionales, como ocurre, por ejemplo, en las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores, al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios (7). En estos supuestos, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad se desprende directamente de las normas propias del marco comunitario específico en que ha surgido el problema.

308

Por consiguiente, cuando en la legislación procesal interna de uno de los Estados miembros de la Unión existe una norma a la que se le imputa el tratar de modo distinto a nacionales y no nacionales, el primer punto que hay que examinar es si el ciudadano comunitario afectado se encuentra o no en una posición jurídica amparada por el ordenamiento comunitario y, en caso afirmativo, si las normas comunitarias aplicables se encuentran entre las disposiciones específicas del Tratado que tienen como presupuesto la prohibición de discriminación.

Este es el planteamiento que mantuvo el Tribunal de Justicia en el análisis y resolución del asunto *Cowan* (8), en que se enfrentó por primera vez al problema de los límites que en materia procesal impone al legislador interno el principio de no discriminación entre ciudadanos comunitarios. En

(6) Sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu c/ Deutsche Bundespost* (152/73, Rec. 1974, p. 164), en la que se consagra por primera vez la noción de discriminación indirecta.

(7) Véase la sentencia de 2 de febrero de 1989, *Cowan c/ Trésor Public* (186/87, Rec. 1989, p. 220).

(8) *Ibidem*.

este caso, la *Commission d'indemnisation des victimes d'infraction* del Tribunal de grande instance de Paris le sometía la compatibilidad con el principio de no discriminación de una disposición del *Code de procédure pénale* francés (el art. 706-3) que establecía la posibilidad de percibir una indemnización del Estado en determinados supuestos, en especial cuando la víctima de una agresión que hubiera causado un daño corporal y producido secuelas de una cierta gravedad, no pudiera percibir una indemnización efectiva y suficiente de su perjuicio por ninguna otra vía. La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el *Trésor Public* francés y un nacional británico, el Sr. Ian William Cowan, en relación con la indemnización que éste reclamaba, alegando la disposición mencionada, en reparación del perjuicio resultante de una agresión violenta de que fue víctima a la salida de una estación de metro, con ocasión de una breve estancia en París. El *Trésor Public* se oponía a la concesión de la indemnización, argumentando que el Sr. Cowan no cumplía con los requisitos establecidos en la norma, a saber, ser de nacionalidad francesa o, siendo extranjero, ser titular de un permiso de residencia o ser nacional de un país con el que Francia hubiera firmado un convenio de reciprocidad en esta materia.

309

El Tribunal de Justicia declara en su sentencia, a partir de principios ya sentados en su jurisprudencia anterior (9), que las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios son aplicables en el caso del Sr. Cowan: se recuerda, por un lado, que la libertad de prestación de servicios incluye la libertad de los destinatarios de éstos de desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse en él de un servicio, sin verse estorbados por restricciones y, por otra parte, que los turistas deben ser considerados destinatarios de servicios. Esto significa que la prohibición de discriminación por razón

(9) Sentencia de 31 de enero de 1984, *Luisi c/ Ministero del Tesoro y Carbone c/ Ministero del Tesoro* (286/82 y 26/83, Rec. 1984, p. 403).

de la nacionalidad viene directamente impuesta por las normas relativas al derecho a la libre prestación de servicios.

El Tribunal de Luxemburgo afirma así que cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro –recuérdese, para beneficiarse de un servicio–, esta persona tiene derecho a que se proteja su integridad física en este Estado *en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él*, lo que incluye tanto la protección contra el riesgo de agresión como el derecho de obtener la compensación pecuniaria prevista en el ordenamiento nacional para el supuesto en que dicho riesgo se materialice.

310

Es importante resaltar que el Tribunal rechaza con ello el argumento esgrimido por el Gobierno francés, según el cual un destinatario de servicios no puede ampararse en el principio de no discriminación, en la medida en que la legislación nacional que se discute no cree obstáculo alguno a su libertad de circulación. En efecto, una cosa es concluir que la situación del ciudadano afectado está cubierta por las normas sobre libre prestación de servicios y otra, considerar que los preceptos que se cuestionan sólo son contrarios al Derecho comunitario si imponen restricciones a dicha libertad. De hecho, la prohibición de discriminación va más lejos, puesto que exige la total equiparación entre nacional y no nacional, de modo que una disposición procesal interna sería incompatible con el Derecho comunitario no sólo si impone obstáculos exclusivamente aplicables a los extranjeros, sino incluso en los supuestos en que consagre derechos o ventajas de los que no puedan beneficiarse por igual todos los ciudadanos comunitarios en el ejercicio del derecho a la libre prestación de servicios.

Con estas mismas premisas abordó el Tribunal de Justicia las cuestiones que le sometía el *Landgericht Hamburg* en el asunto C-20/92, *Hubbard c/ Hamburger* (10), que, como he

(10) Sentencia de 1 de julio de 1993, citada en la nota (3), *supra*.

señalado al principio, constituye un caso clave en la problemática planteada por el principio de igualdad de trato entre justiciables comunitarios.

Las cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio de carácter sucesorio en el que el Sr. Hubbard, *solicitor* inglés, actuando como albacea con arreglo a su derecho nacional, pretendía obtener la posesión de bienes que formaban parte de una herencia, situados en territorio de la R.F. de Alemania. El demandado, Sr. Hamburger, exigió la prestación de una *cautio iudicatum solvi*, conforme a lo previsto en el artículo 110 del *Zivilprozeßordnung*, ya que el Sr. Hubbard era un demandante extranjero y no podía acogerse a ninguna de las excepciones previstas por los convenios internacionales aplicables.

El *Landgericht Hamburg* quería saber, entre otras cosas, si el apartado primero del artículo 7 [actualmente, art. 6] y los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a que un Estado miembro imponga el pago de una *cautio iudicatum solvi* a un profesional, establecido en otro Estado miembro, que ejercita una acción ante uno de sus órganos jurisdiccionales, únicamente debido a que dicho profesional es nacional de otro Estado miembro.

En su respuesta, el Tribunal de Justicia parte de la base de que, mediante su actuación procesal, el ciudadano comunitario afectado por la norma que se cuestiona prestaba un servicio a otra persona, a saber, el heredero de los bienes cuya posesión pretendía obtener (así se desprende claramente del tenor del apartado 11 de la sentencia). Este planteamiento define el contorno del problema que va a examinarse y resolverse en este caso, a saber, el carácter discriminatorio o no de la *cautio iudicatum solvi* desde el punto de vista del derecho a la libre prestación de servicios.

El primer punto que interesa al juez comunitario es, por tanto, determinar "... si actividades como las controvertidas en el procedimiento principal, en las que el prestador y el destinatario están establecidos en el mismo Estado miembro

pero la prestación de servicios se efectúa en otro Estado miembro, están comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado” (11). Tras haber concluido, en aplicación de su jurisprudencia anterior, que la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa (12), el Tribunal declara aplicable el principio de igualdad de trato enunciado en el artículo 59, lo que le lleva a afirmar que el hecho de imponer el pago de la *cautio iudicatum solvi* al nacional de otro Estado miembro constituye una discriminación por razón de la nacionalidad a la que se oponen los artículos 59 y 60 del Tratado, en la medida en que los nacionales del Estado en que tiene lugar el proceso no están sujetos a esta obligación (13).

Resulta especialmente interesante resaltar dos aspectos de los principios sentados por el Tribunal de Justicia en este caso.

312

En primer lugar, el que, aun partiendo de la base de que la situación del ciudadano comunitario afectado se encuadra en el ámbito de la libre prestación de servicios, el órgano jurisdiccional comunitario evita, como ya hiciera en el asunto *Cowan*, la “trampa” de deducir de ello que su examen debe limitarse a la cuestión de si la disposición nacional de que se trata, impone o no restricciones al ejercicio de dicha libertad. Este había sido, sin embargo, del enfoque mantenido por el abogado general Sr. Darmon, quien afirma en sus conclusiones que, para considerar incompatible con el Derecho comunitario el precepto nacional, “[...] es necesario demostrar que la actividad mencionada

(11) Apartado 11 de la sentencia de 1 de julio de 1993, citada en la nota (3), *supra* (Rec. 1993, p. I-3794).

(12) “[...] las disposiciones del artículo 59 del Tratado deben aplicarse en todos los casos en los que un prestador ofrezca servicios en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en el que está establecido, cualquiera que sea el lugar en que estén establecidos los destinatarios de dichos servicios” [apartado 12 de la sentencia citada en la nota (3), *supra*, p. I-3794].

(13) Véanse los apartados 12 a 14 de la sentencia, citada en la nota (3), (Rec. 1993, p. I-3794) y el punto 1 del fallo (p. I-3796).

debe calificarse de prestación de servicio, que la medida nacional de que se trata restringe dicha libre prestación y, por último, que dicha restricción no está justificada por cualquier razón de interés general” (14). Me parece muy positivo que el Tribunal de Justicia se aparte claramente de esta interpretación restrictiva de la prohibición de discriminación, ya que examinar si la norma interna supone o no restricciones a la libre prestación de servicios y si las eventuales restricciones están o no justificadas implica aceptar implícitamente que puede haber discriminaciones no basadas en circunstancias objetivas que sean compatibles con el Derecho comunitario, lo que resulta inadmisibles dada la contundencia con que se consagra el principio en el artículo 6 del Tratado.

El segundo aspecto a resaltar es que se deja pendiente para el futuro el problema de la compatibilidad con el Derecho comunitario de las disposiciones nacionales que imponen la *cautio iudicatum solvi* con carácter general, es decir, cuando se trata de preceptos que son aplicables no sólo en los supuestos en que el ciudadano comunitario afectado se encuentre en una situación en que entre en juego el principio de la libre prestación de servicios, sino también en aquellos en que actúe en el proceso en defensa de sus propios intereses (15). A este respecto, hay que señalar, por un lado, que ya en ese momento resultaba claro que esta institución procesal se opone frontalmente al principio general del Derecho comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad y, por otra parte, que la existencia de la

(14) Conclusiones presentadas el 10 de marzo de 1993 en el asunto C-20/92, en el que recayó la sentencia citada en la nota (3), punto 15 (Rec. 1993, p. I-3785).

(15) En Derecho español, la obligación de que el demandante extranjero preste la *cautio iudicatum solvi* resulta, con carácter general, del artículo 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el abogado general Sr. Darmon [punto 23 de las conclusiones citadas en la nota (14), p. I-3786], la institución todavía se conoce en nueve Estados miembros (se exceptúan Portugal, Francia, que la derogó en 1975 e Italia, en que se declaró inconstitucional), si bien en algunos, como en España, Grecia, Irlanda o el Reino Unido, su aplicación es más o menos discrecional para el juez.

cautio iudicatum solvi –que surgió para garantizar al demandado el pago de los gastos y costas de un procedimiento en el que el demandante es un extranjero– no se justifica en el caso de los nacionales comunitarios (16). Como señala el abogado general Sr. Darmon (17), “La garantía que se supone que proporciona al demandado pierde lo esencial de su razón de ser desde el momento en que los procedimientos ejecutivos nacionales están al alcance de cualquier nacional comunitario y, sobre todo, que el Convenio de Bruselas (18) garantiza, en materia civil y mercantil, la simplificación de los requisitos a los que se supeditan el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales. Existe un claro peligro de que la caución se utilice, más que para garantizar la protección del demandado, con fines dilatorios, permitiendo a éste aplazar cualquier defensa sobre el fondo del asunto y multiplicar los incidentes procesales”.

314

Tres años después, en una sentencia dictada el 26 de septiembre de 1996 (19), el Tribunal de Justicia ha desarrollado hasta sus últimas consecuencias la doctrina ya implícita en el asunto *Hubbard* en relación con la aplicabilidad de la *cautio iudicatum solvi* a los ciudadanos comunitarios. La sentencia a la que me refiero resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Högsta Domstolen* (Tribunal de casación sueco), en el marco de un litigio de reclamación de

(16) Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido que el artículo 534 de la LEC contiene una excepción procesal anacrónica e incluso discriminatoria y ha afirmado que ha de interpretarse restrictivamente (véase AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: *la cautio iudicatum solvi a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de julio de 1993 en el caso “Hubbard/Hamburger”*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1993, p. 101). Este planteamiento resulta todavía más claro cuando el afectado por la excepción es un ciudadano comunitario.

(17) Punto 28 de las conclusiones citadas en la nota (14) (Rec. 1993, p. I-3787).

(18) Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, y su Protocolo sobre la interpretación del texto por el Tribunal de Justicia (DOCE 1972 L 299, p. 32; BOE de 28 de enero de 1991).

(19) *Data Delecta Aktiebolag e.a. c/ MSL Dynamics Ltd* (C-43/95, Rec. 1996, p. I-4661).

cantidad, suscitado por la sociedad británica *MSL Dynamics Ltd* contra la sociedad sueca *Data Delecta Aktiebolag*, en el que se pretendía el pago de ciertas mercancías ya entregadas.

En el litigio en cuestión, la sociedad sueca demandada exigió la prestación por parte de *MSL Dynamics* de la *cautio iudicatum solvi*, en aplicación del artículo 1 de la ley sueca 1980:307, que prevé que un nacional extranjero no residente en Suecia o una persona moral extranjera que demanda a un nacional sueco o a una persona moral sueca, debe, si la otra parte lo solicita, prestar una fianza para asegurar el pago de las costas procesales que puede ser condenada a satisfacer. Esta pretensión fue desestimada por los órganos jurisdiccionales de primera instancia y de apelación, que consideraron que la mencionada disposición era contraria al Convenio de Lugano (20), por lo que *Data Delecta* recurrió en casación ante el *Högsta Domstolen*. Este órgano jurisdiccional decidió preguntar al Tribunal de Justicia si no era contrario al Tratado de Roma, especialmente a su artículo 6, el exigir la fianza a una sociedad británica, dado que no cabía imponer una obligación de estas características a las personas jurídicas suecas.

En su respuesta, el Tribunal de Justicia empieza por examinar si la situación del ciudadano comunitario afectado —en este caso, una persona jurídica— entra dentro del campo de aplicación del Tratado. La respuesta a esta cuestión es afirmativa: la norma de que se trata, aunque en sí misma no regula una actividad de naturaleza comercial, produce el efecto de colocar a los operadores de otros Estados miembros en situación de desventaja respecto a los operadores del Estado en cuestión, en lo que se refiere al acceso a sus órganos jurisdiccionales, lo que implica que puede afectar los intercambios intracomunitarios y crear distorsiones de la

(20) Convenio sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (DOCE 1988 L 319, p. 9).

competencia. A continuación, el Tribunal recuerda que, como ya ha declarado anteriormente (21), las disposiciones legislativas nacionales que entran en el campo de aplicación del Tratado debido a sus efectos sobre los intercambios intracomunitarios de bienes y servicios, se encuentran necesariamente sometidas al principio general de no discriminación establecido, con carácter general, en el párrafo primero del artículo 6 del Tratado. Se trata, pues, de uno de los supuestos en que la prohibición de discriminación recogida en el artículo 6 se aplica de modo autónomo.

El Tribunal continúa con su razonamiento afirmando, por un lado, que el artículo 6 exige, en los Estados miembros, la perfecta igualdad de trato entre las personas que se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario y los nacionales del Estado miembro considerado y, por otra parte, que la disposición relativa a la *cautio iudicatum solvi* constituye una discriminación directa basada en la nacionalidad. De este modo, llega finalmente a la conclusión de que “el Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro exija la *cautio iudicatum solvi* a una persona jurídica establecida en otro Estado miembro, que ha planteado ante uno de los órganos jurisdiccionales de éste una acción contra uno de sus nacionales o una persona jurídica establecida en él, cuando esta exigencia no se impone a las personas jurídicas de este Estado, en una situación en que la acción está relacionada con el ejercicio de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario” (apartado 22) (22).

(21) Sentencia de 20 de octubre de 1993, *Phil Collins c/ Imtrat Handelsgesellschaft mbH y Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH y Leif Emanuel Kraul c/ EMI Electrola GmbH* (C-92/92 y C-326/92, Rec. 1993, p. I-5180).

(22) Hay que destacar que el Tribunal de Justicia sienta este principio tras descartar las alegaciones del Gobierno sueco, que argumentaba que no es contrario a la prohibición de discriminación el exigir una fianza a un demandante extranjero en los supuestos en que la decisión de condena en costas no sea susceptible de ejecución en el país en que éste está domiciliado, situación que puede variar cuando existan tratados internacionales que prevean la ejecución de sentencias y la dispensa de pres-

Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha confirmado este principio en relación con la misma disposición de Derecho alemán que se examinó en el asunto *Hubbard* (el art. 110 de la *Zivilprozessordnung*), que prevé una *cautio iudicatum solvi* exigible, si la parte demandada lo solicita, a los extranjeros que presenten una demanda contra nacionales alemanes ante los órganos jurisdiccionales civiles de este país (23). El principio se ha reiterado en relación con la disposición equivalente en Derecho procesal austriaco (art. 57 de la *Zivilprozessordnung*) (24).

La consecuencia que puede extraerse de la jurisprudencia expuesta, relativa a la *cautio iudicatum solvi*, es que los ciudadanos comunitarios, sean personas físicas o jurídicas, deben ser tratados por el ordenamiento procesal de los Es-

tar la fianza. El Tribunal se limita a recordar en relación con este punto que, según jurisprudencia ya sentada en el asunto *Hubbard*, el derecho a la igualdad consagrado por el ordenamiento comunitario no puede depender de la existencia de acuerdos internacionales concluidos por los Estados miembros.

(23) Sentencia de 20 de marzo de 1997, *David Charles Hayes e.a. c/ Kronenberger GmbH* (C-323/95, Rec. 1997, p. I-1711). En los apartados 23 y 24 de esta sentencia, el Tribunal reconoce que, entre los Estados miembros que no han ratificado los convenios de Bruselas [citado en la nota (18), *supra*] o de Lugano [citado en la nota (20), *supra*], subsiste un riesgo real de que la ejecución de una condena en costas pronunciada en un Estado contra no residentes resulte imposible o, al menos, considerablemente más difícil y onerosa, pero afirma que, sin que sea necesario examinar si esta situación podría justificar la imposición de una *cautio iudicatum solvi* a los no residentes, basta con observar que la disposición litigiosa no respeta el principio de proporcionalidad: por un lado, no asegura la recuperación de los gastos procesales en todos los asuntos transfronterizos, ya que esta garantía no puede imponerse al demandante alemán que no resida en Alemania ni disponga de bienes en este país; por otra parte, es desproporcionada en relación con el objetivo buscado, ya que el demandante no alemán con residencia y bienes en Alemania podría igualmente verse obligado a prestar una garantía.

(24) Sentencia de 2 de octubre de 1997, *Stephen Austin Saldanha e.a. c/ Hiross Holding AG* (C-122/96, Rec. 1997, p.I-5336), en la que el Tribunal declara que el artículo 6 del Tratado "se opone a que un Estado miembro exija la constitución de una *cautio iudicatum solvi* a un nacional de otro Estado miembro que también es nacional de un tercer país, en el que tiene su domicilio, cuando esta persona, que carece de bienes y domicilio en el primer Estado miembro, ha presentado allí, en calidad de accionista, una demanda ante un tribunal civil contra una sociedad establecida en dicho Estado, mientras que no se impone esta exigencia a los propios nacionales de éste que carecen en él de bienes y domicilio".

tados miembros en términos de estricta igualdad con los nacionales. Los mecanismos previstos para facilitar las cosas al litigante nacional que se enfrenta con un extranjero, que parten de la presunción de que esta circunstancia crea obstáculos adicionales a la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales, deben abandonarse cuando se trate de un ciudadano comunitario. El derecho de éstos a no ser discriminados cuando actúen ante los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros prima sobre el principio de protección de los intereses de los propios nacionales, que constituye el fundamento de este tipo de normas procesales. Para garantizar la efectividad de la resolución final del litigio, deben aplicarse a los ciudadanos de otros Estados miembros los mecanismos procesales previstos, con carácter general, por el ordenamiento del Estado miembro en que se desarrolla el proceso, es decir, los mismos criterios que se aplican a los nacionales para determinar si procede o no la adopción de medidas cautelares.

III. El principio de efectividad de la tutela judicial de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario

En principio, el sistema establecido por el ordenamiento comunitario parte de la base de que cada Estado miembro debe otorgar a los ciudadanos que pretendan el reconocimiento y efectividad de los derechos que les otorgan las normas comunitarias dotadas de efecto directo el mismo acceso a sus tribunales y las mismas garantías procesales que su propio ordenamiento prevé para la defensa de los derechos basados en disposiciones internas. En realidad, ésta es una consecuencia del efecto directo del Derecho comunitario, porque, para que los derechos que este ordenamiento concede a los particulares sean efectivos, es necesario que puedan ser alegados en juicio y que gocen de la misma consideración procesal que los demás Derechos.

Estos principios fueron consagrados por la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 16 de diciembre de 1976 (25), en el asunto *Rewe-Zentralfinanz*, planteado por el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal federal administrativo alemán). La cuestión surgió en el marco de un litigio en que se discutía si las sociedades alemanas *Rewe-Zentralfinanz eG* y *Rewe-Zentral AG* tenían o no derecho a que la administración les devolviera las cantidades ya ingresadas, en concepto de tasas de control fitosanitario, por la importación en 1968 de manzanas francesas, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia había declarado que se trataba de tasas de efecto equivalente a los derechos aduaneros. El órgano jurisdiccional alemán quería saber, entre otras cosas, si en los supuestos de violación por la administración nacional de la prohibición de tasas de efecto equivalente, el justiciable comunitario tiene derecho, sobre la base del ordenamiento comunitario, a la anulación del acto administrativo y a la restitución de la cantidad abonada, incluso cuando con arreglo al Derecho procesal nacional, el acto administrativo ya no puede ser impugnado por haber expirado los plazos previstos.

319

En su sentencia, el Tribunal comienza por afirmar que “por aplicación del principio de cooperación enunciado en el artículo 5 del Tratado, es a las jurisdicciones nacionales a quienes se confía la tarea de asegurar la protección jurídica que se desprende, para los justiciables, del efecto directo de las disposiciones comunitarias”. A continuación señala que, “en ausencia de reglamentación comunitaria en la materia, corresponde al orden jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procedimentales de la vías de recurso destinadas a asegurar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho co-

(25) *Rewe-Zentralfinanz aG y Rewe-Zentral AG c/ Landwirtschafts-kammer für das Saarland* (33/76, Rec. 1976, p. 1998).

munitario, entendiendo que estas modalidades no pueden ser menos favorables que las correspondientes a recursos similares de naturaleza interna”; esto significa que “los recursos atribuidos por el Derecho comunitario deben ejercerse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades determinadas por la norma nacional”.

320

Sin embargo, el Tribunal de Justicia no se conformó con sentar la doctrina de la protección equivalente, sino que quiso asegurar por completo la efectividad de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, afirmando, como excepción a este principio general, que la normativa procesal interna de un Estado miembro no será de aplicación **“si estas modalidades y plazos tuvieran la consecuencia de convertir en imposible en la práctica el ejercicio de derechos** que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de salvaguardar”. En el caso concreto, el Tribunal considera que el establecimiento de plazos razonables para la interposición de recursos, que se deriva del principio fundamental de seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la administración, no produce esta consecuencia, por lo que una norma procesal que prevea un plazo para la interposición del recurso no es incompatible con el Derecho comunitario.

Esta doctrina, confirmada por toda una serie de sentencias posteriores (26), implica que una modalidad de tutela judicial vigente y aplicada en el ámbito interno, puede no considerarse suficiente cuando se trate de derechos consagrados por el ordenamiento comunitario. O, dicho de otro modo, que la protección que se otorga a los derechos que

(26) Así, sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Comet BV c/ Produktschap voor Siergewassen* (45/76, Rec. 1976, p. 2053); sentencia de 27 de febrero de 1980, *Hans Justi I/S c/ Ministerio Danés de Impuestos y Contribuciones* (68/79, Rec. 1980, pp. 522 y 523); sentencia de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c/ Denkavit italiana Srl* (61/79, Rec. 1980, p. 1226); sentencia de 10 de julio de 1980, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c/ Ariete SpA* (811/79, Rec. 1980, p. 2554).

confiere el ordenamiento interno es el límite mínimo, pero no el máximo.

Como puede observarse, el criterio que determina la aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas procesales internas es la **efectividad práctica** de los derechos. El órgano jurisdiccional comunitario da muestras aquí de un loable pragmatismo: lo que interesa es que el ciudadano pueda realmente disfrutar del derecho que le otorga el ordenamiento comunitario; por consiguiente, no importa tanto examinar las posibilidades de tutela judicial que le concede en abstracto la legislación nacional o los principios teóricos que presiden la regulación del proceso, como determinar si la regulación procesal aplicable y la interpretación que de la misma realizan los tribunales permite o no que los derechos litigiosos puedan finalmente alcanzar efectividad en el supuesto en que se reconozca que la persona que los alega es realmente titular de los mismos.

El Tribunal de Justicia ha continuado perfilando esta doctrina en resoluciones posteriores. A estos efectos, es especialmente interesante la sentencia dictada en el asunto *Factortame* (27), ya que, por un lado, aporta precisiones de gran importancia, y por otra parte, ha tenido repercusiones considerables en el ordenamiento procesal español (28).

(27) Sentencia de 19 de junio de 1990, citada en la nota (4), *supra*.

(28) Son numerosos los autores que han comentado esta importante sentencia; véanse, por ejemplo: ARAGONESES: "Regina v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd: the limits of parliamentary sovereignty and the rule of Community Law", *Fordham International Law Journal*, 1990-91, pp. 778-818; BONICHOT: "Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire", *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 912-920; BORRAS, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, pp. 279-281; CARANTA: "Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare", *Il Foro amministrativo*, 1992, pp. 1889-1904; CRAIG: "Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame", *Yearbook of European Law*, 1991, pp. 221-255; DREXL: "Was Sir Francis Drake a Dutchman? - British Supremacy of Parliament after Factortame", *American Journal of Comparative Law*, 1993, pp. 551-571; FERNÁNDEZ MARTÍN: "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario. Evolución y alcance", *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, pp. 845-894; GARCÍA DE

En este asunto, la *House of Lords* planteó al Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial relativa a la amplitud del poder de los órganos jurisdiccionales nacionales para acordar una medida cautelar cuando los derechos litigiosos se basen en disposiciones comunitarias. Esta problemática se suscitó en el marco de un litigio entre el *Secretary of State for Transport*, por una parte, y la sociedad *Factortame Ltd* y otras sociedades de derecho inglés pertenecientes a nacionales españoles, por otra, en relación con una nueva regulación legal sobre matriculación de barcos de pesca británicos (la *Merchant Shipping Act* de 1988 y los *Merchant Shipping [Registration of Fishing Vessels] Regulations* de 1988). Estas sociedades eran propietarias o explotaban noventa y cinco barcos de pesca inscritos en el Registro de barcos británicos, de conformidad con la *Merchant Shipping Act* de 1894, lo que les permitía pescar con cargo a las cuotas británicas; las nuevas normas imponían condiciones distintas para la inmatriculación de un barco de pesca en el nuevo Registro, exigiendo, entre otras cosas, que sus propietarios, fletadores y explotadores fueran nacionales británicos o sociedades constituidas en el Reino Unido y que, en este último caso, un 75% al menos del capital social de éstas perteneciera mayoritariamente a ciudadanos británicos, resi-

ENTERRÍA: *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid 1992; GRATANI/TATHAM: "La tutela cautelare nel Regno Unito. Diritto comunitario e provvedimenti cautelari nei confronti della pubblica amministrazione nel Regno Unito", *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1993, pp. 109-123; JOLIET: "Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire", *Rivista di diritto europeo*, 1992, pp. 253-284; PAPA-DIAS: "Interim Protection under Community Law before the National Courts. The Wright with Jurisdiction to Grant Interim Relief", *Legal Issues of European Integration*, 1994/2, pp. 153-193; SICA: "Diritto comunitario e giustizia amministrativa: primer riflessioni sulla sentenza della Corte di giustizia della CEE", *Rivista di diritto processuale*, 1991, pp. 1119-1154; SIMÓN/BARAV: "Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame", *Revue du marché commun*, 1990, pp. 591-597; SZYSZCZAK: "Sovereignty: Crisis, Compliance, Confusion, Complacency?", *European Law Review*, 1990, pp. 573-587; TATHAM: "Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre", *Cahiers de droit européen*, 1993, pp. 597-630.

dentos y domiciliados en el Reino Unido, o a sociedades constituidas y domiciliadas en el Reino Unido, cuyo capital social fuera, al menos en un 75%, propiedad de personas que ostentaran las características antes indicadas y en las que un 75% de los administradores cumplieran igualmente estos requisitos. Esto significaba que los navíos pertenecientes a las sociedades de capital español no podrían inscribirse en el nuevo Registro y se verían privados, en consecuencia, del derecho de pescar con cargo a las cuotas británicas. La sociedad *Factortame* y algunas otras acudieron a los órganos jurisdiccionales británicos, alegando la incompatibilidad de una parte de la Ley de 1998 con el Derecho comunitario y solicitando la adopción de medidas cautelares hasta que se produjera el pronunciamiento final sobre la materia (29). El *Secretary of State for Transport* se opuso a la demanda cautelar, argumentando que, en virtud del Derecho interno, el juez no estaba facultado para suspender una ley aprobada por el Parlamento ni para imponer al Gobierno la obligación de hacerlo. Esta cuestión llegó a la *House of Lords*, que, constatando que lo alegado por el Gobierno era efectivamente cierto, decidió preguntar al Tribunal de Justicia si, pese a la existencia de esta regla en el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales británicos podían acordar medidas cautelares basándose en el Derecho comunitario.

323

En su respuesta (30), el Tribunal de Justicia parte del principio de que los jueces nacionales tienen la obligación

(29) El tema de fondo planteado en este litigio fue también objeto de una cuestión prejudicial de la *House of Lords (The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e.a., C-221/89)*. En su sentencia de 25 de julio de 1991 (Rec. 1991, pp. 3905 y ss.), el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del Derecho comunitario, especialmente el artículo 52 del Tratado, se oponen a que un Estado miembro adopte una legislación exigiendo como condiciones de inmatriculación de un barco los requisitos de nacionalidad descritos.

(30) La doctrina sentada en la sentencia de 19 de junio de 1990, que es muy concisa, encuentra su fundamento teórico en las conclusiones presentadas por el abogado general Sr. Tesouro el 17 de mayo 1990. Mi exposición se basa en ambos documentos.

de asegurar una protección jurisdiccional **completa y efectiva** a los particulares titulares de derechos subjetivos basados en normas comunitarias directamente aplicables, principio del que se deduce la incompatibilidad con el Derecho comunitario de cualquier disposición o práctica nacional que impida al juez otorgar plena eficacia a las disposiciones comunitarias. El Tribunal señala a continuación que, al igual que ocurre en relación con los derechos basados en normas internas, en ocasiones la constatación definitiva de que el demandante es efectivamente titular de un derecho derivado de disposiciones comunitarias llega demasiado tarde para que éste pueda ejercerse plena y útilmente, sin que el efecto retroactivo de la constatación baste para resolver el problema. En estos supuestos debe entrar en juego la protección provisional, que pretende evitar en lo posible que la falta de simultaneidad entre el momento en que se reclama el derecho y el momento en que se constata su existencia afecten a la eficacia y a la función misma del proceso. Se llega así a la conclusión de que, basándose en el Derecho comunitario, el juez nacional debe poder asegurar la protección provisional de los derechos invocados por un particular en virtud de disposiciones comunitarias dotadas de efecto directo, mientras se espera el resultado definitivo del proceso, comprendiendo en él la tramitación del procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. Cualquier disposición nacional o cualquier práctica legislativa, administrativa o judicial que impida al juez adoptar medidas cautelares destinadas a garantizar la plena eficacia de la decisión que resolverá sobre la existencia o no de los derechos alegados invocando el Derecho comunitario obstaculiza también la plena eficacia de este ordenamiento, lo que significa que hay que considerar que esta disposición o práctica es contraria al mismo y, en virtud del principio de primacía, descartar su aplicación.

Establecido el principio general, el Tribunal de Justicia lo aplica a la cuestión que se le plantea en el caso de autos,

es decir, a la posibilidad de adoptar como medida cautelar, en el marco de un proceso administrativo, la suspensión de la aplicación de una ley interna cuya compatibilidad con el Derecho comunitario se cuestiona.

Se señala así que en todos los ordenamientos de los Estados miembros se prevé la protección provisional de los derechos vulnerados por la disposición inferior y que pretenden hacerse valer invocando una disposición superior, pero que la hipótesis de inaplicación provisional de una ley, en los ordenamientos en que se admite el control jurisdiccional de su validez, es ciertamente menos corriente. Dos tipos de soluciones pueden encontrarse en los ordenamientos de los Estados miembros ante esta situación: en algunos sistemas, el problema de la constitucionalidad de la ley surge siempre en el contexto de un recurso contra el acto administrativo que la aplica, de tal modo que no se plantea como tal la exigencia de inaplicabilidad de la ley; en otros, la suspensión de la ley como medida cautelar está prevista o, en todo caso, se adopta en la práctica, tanto por el juez constitucional, como por el juez ordinario, éste último con obligación de someter la cuestión de constitucionalidad al tribunal correspondiente.

El Tribunal de Justicia recuerda que, a través de la interpretación prejudicial del órgano jurisdiccional comunitario y de la competencia "directa" del juez nacional, se ha introducido un mecanismo que consiste sustancialmente en un control de compatibilidad de la disposición nacional con la disposición comunitaria y afirma que si el juez nacional, que es el competente para declarar de forma definitiva la incompatibilidad de la primera con la segunda, puede y debe abstenerse de aplicar la ley nacional que contradiga a la norma comunitaria directamente aplicable, también debe estar facultado para no aplicarla, con carácter cautelar, si se dan los requisitos necesarios al respecto, cuando su incompatibilidad no resulte del todo cierta ni haya sido "comprobada" sino que requiera eventualmente una interpretación prejudicial del

Tribunal de Justicia; de lo contrario, la protección jurisdiccional de los derechos atribuidos a los particulares por la norma comunitaria, que constituye una obligación para los jueces nacionales, podría verse privada de contenido.

Partiendo de los principios enunciados, el Tribunal comunitario concluye que, en los supuestos en que el juez nacional, que conoce de un litigio que afecta al Derecho comunitario, considere que el único obstáculo que se opone a la adopción de medidas cautelares es una regla de Derecho nacional, **debe descartar la aplicación de ésta.**

Corresponde, por tanto, al juez nacional apreciar si, en el curso de un proceso del que está conociendo, la adopción de una determinada medida sería necesaria para asegurar la efectividad de la norma comunitaria. Si considera que efectivamente es así, pero una disposición interna le veda esta posibilidad, ha de concluir que esta norma es incompatible con el Derecho comunitario y, en consecuencia, que no es aplicable en el caso concreto. Como señala el abogado general Sr. Tesauro (31), “[...] los jueces nacionales tienen la obligación de asegurar a los particulares titulares de situaciones jurídicas derivadas de disposiciones comunitarias directamente aplicables, una **protección jurisdiccional completa y efectiva**”, “de ello resulta la incompatibilidad con el Derecho comunitario de todas las disposiciones o prácticas nacionales que impidan al juez conceder ‘plena eficacia’ a las disposiciones comunitarias”.

Esto significa que los jueces españoles —como todos los demás órganos jurisdiccionales de los Estados miembros— cuando conozcan de un asunto en el que se aplique el ordenamiento comunitario, han tener presente que están obligados a asegurar la efectividad del mismo y que nuestro ordenamiento procesal sólo será aplicable en la medida en que permita llegar a este resultado. Aquellas normas jurí-

(31) Conclusiones presentadas en el asunto resuelto por la sentencia de 19 de junio de 1990, citada en la nota (4), *supra* (Rec. 1990, p. I-2455).

dicas, interpretaciones jurisprudenciales o prácticas judiciales que representen un obstáculo, deben ser descartadas.

Naturalmente, esto puede tener la indeseable consecuencia de que se produzcan diferencias en la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, según que éstos se basen en el ordenamiento español o en el comunitario. Los segundos estarán mejor salvaguardados, ya que, respecto de ellos, el juez tiene la obligación de asegurar una protección completa y efectiva y dispone del instrumento necesario para ello: el poder de eliminar cualquier obstáculo, legal o de otro tipo, que considere insalvable, sin depender para ello de otra interpretación que de la suya propia. En el plano interno, sus facultades para conseguir que la tutela que se otorga a los derechos de los ciudadanos sea efectiva están muy lejos de ser comparables, y por ello es lógico pensar que estos derechos tendrán una protección menor.

La coexistencia de dos niveles distintos de tutela judicial, dependiendo simplemente de que el derecho alegado se base en normas de un origen o de otro, es radicalmente injusta y va contra el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley (art. 14 de nuestra Constitución), en este caso, la ley procesal; se trata de una situación que no puede mantenerse. Por eso, es evidente que las disposiciones, interpretaciones o prácticas descartadas por considerarse obstáculos insalvables para la efectividad del ordenamiento comunitario, acabarán, antes o después, por ser desechadas con carácter general.

Esto fue precisamente lo que ocurrió en relación con nuestro sistema de medidas cautelares en el marco del proceso administrativo, que sufrió una modificación radical por vía jurisprudencial, como resultado de la mera existencia de la sentencia *Factortame*. El régimen que se aplicaba hasta ese momento partía de la base de que la interposición de un recurso contencioso-administrativo no impedía la ejecución del acto o disposición impugnado, recogiendo la posibilidad excepcional de adoptar esa medida cautelar cuando

concurrieran los presupuestos previstos, concretamente, cuando la ejecución causara daños o perjuicios de reparación imposible o difícil y el interés público en la ejecución del acto no fuera prevalente frente al privado del demandante. Con este planteamiento, se impedía, en la mayor parte de los casos, la suspensión cautelar del acto impugnado.

La Sala 3.^a del Tribunal Supremo tomó inmediatamente en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Factortame*, pero no para establecer principios específicos relativos a la adopción de medidas cautelares destinadas a garantizar la efectividad de los derechos subjetivos consagrados por normas comunitarias, sino como catalizador de una reacción que la llevó a modificar el régimen general de las medidas cautelares en el marco de los procesos administrativos. El hecho de constatar que la regla que impedía, en la práctica totalidad de los casos, la suspensión del acto impugnado —la toma en consideración del interés público en la ejecución de los actos administrativos— no sería aplicable cuando el demandante alegase normas comunitarias para fundamentar su pretensión, por representar un obstáculo para la efectividad de las mismas, fue uno de los elementos que llevó al órgano jurisdiccional a descartar esta regla con carácter general y a proclamar la procedencia de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia final siempre que el interesado establezca *prima facie* la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) de su pretensión (32).

(32) Doctrina sentada en el Auto de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990. Para un análisis detallado del contenido de este Auto y de sus consecuencias en el sistema de medidas cautelares en el ámbito administrativo, véase GARCÍA DE ENTERRÍA: “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del «*fumus boni iuris*» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, en *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid 1992, p. 157 y ss.

IV. La aplicación del ordenamiento procesal español a los justiciables comunitarios

Cuando los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea actúen ante los órganos jurisdiccionales de nuestro país, su posición procesal, sus derechos y cargas quedan definidos por el ordenamiento procesal español. En efecto, como ya he señalado, el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que, en el estado actual del Derecho comunitario, esta parcela jurídica sigue siendo competencia exclusiva del legislador nacional.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal comunitario ha establecido igualmente que, en este campo, ciertas restricciones se imponen tanto al legislador como a los tribunales que aplican las normas dictadas por éste, en virtud de la primacía de que goza el Derecho comunitario.

Por tanto, el juez ante el que se presente como litigante un ciudadano comunitario debe tener presente, en primer lugar, que el ordenamiento comunitario prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, sea manifiesta o encubierta, directa o indirecta, es decir, que no permite la aplicación de normas o prácticas que impliquen un trato procesal menos favorable para los comunitarios no españoles que se encuentren en una situación regida por el Derecho comunitario.

Esto significa que debe descartar la aplicación a los justiciables comunitarios de toda disposición que, pretendiendo facilitar a los españoles la protección de sus intereses o reservarles ciertos derechos, coloquen a los extranjeros en situación de desventaja. Como hemos visto, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con instituciones específicas, como la determinación de las personas legitimadas para reclamar determinadas indemnizaciones (asunto *Cowan*), la obligación de que los demandantes extranjeros presten la *cautio iudicatum solvi* (asuntos *Hubbard*, *Data Delecta* y *Hayes*) o la incidencia de la calidad de ex-

tranjero en la decisión sobre la procedencia de acordar el embargo preventivo (asunto *Mund & Fester*) (33), pero el principio general que puede extraerse de estas resoluciones es aplicable igualmente en todas las situaciones similares: **los ciudadanos comunitarios que se encuentren en una posición jurídica amparada por el ordenamiento comunitario deben ser tratados, desde el punto de vista procesal, en términos de estricta igualdad con los nacionales españoles.** Cualquier disposición o práctica que contradiga este principio debe ser descartada por el juez.

330

El segundo aspecto que el juez español debe tener presente es que el ordenamiento comunitario le confía la tarea de tutelar, dentro del ámbito de su competencia, los derechos subjetivos conferidos por este ordenamiento a los ciudadanos comunitarios, sean españoles o extranjeros. Esta tarea debe realizarse a través de los procedimientos y con los requisitos que nuestra normativa procesal prevé, salvo que obstaculicen la efectividad de las normas comunitarias y de los derechos subjetivos que éstas protegen. En este último caso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que **el juez interno tiene el poder de descartar la aplicación de la disposición o de la práctica procesal que produzca el efecto de disminuir la eficacia del Derecho comunitario.**

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha concretado ya diversas normas procesales internas que suponían obstáculos para la plena efectividad del Derecho comunitario, por impedir a la persona que trata de hacer valer un derecho reconocido por éste ordenamiento,

— bien la obtención de un pronunciamiento favorable; así, disposiciones relativas a la prueba admisible (asunto *San Giorgio*) (34) o a la posibilidad de alegar o examinar de ofi-

(33) Sentencia de 10 de febrero de 1994, *Mund & Fester c/ Hatrex Internationaal Transport* (C-398/92, Rec. 1994, p. 467 y ss.).

(34) Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c/ San Giorgio SpA* (199/82, Rec. 1983, p. 3613 y ss.).

cio motivos nuevos en los recursos (asunto *Peterbroeck*) (35);
— bien la efectividad práctica de la sentencia que se dictaría en su día: así, preceptos que regulan la adopción de medidas cautelares (asunto *Factortame*).

No hay que olvidar, sin embargo, que estos casos específicos no son ni mucho menos los únicos supuestos en que se aplica el principio. El juez español ha de tener presente en todo momento el imperativo de conseguir la efectividad del ordenamiento comunitario y de los derechos que otorga. Desde esta óptica debe examinar las normas procesales aplicables a los justiciables-ciudadanos de la Unión, incluyendo en esta categoría, como es obvio, a los nacionales españoles, con el fin de determinar si debe o no descartarlas por incompatibilidad con el Derecho comunitario.

Para terminar, conviene aclarar que, en el presente trabajo, he examinado únicamente la problemática de la aplicación del ordenamiento procesal *interno* a los justiciables comunitarios, sin abordar los supuestos en que éste ha quedado modificado por disposiciones dictadas por el legislador comunitario o por la interpretación que de éstas ha realizado el Tribunal de Justicia —como ha ocurrido, por ejemplo, en materia de intervención judicial en las actuaciones de verificación de la Comisión (36), en la cuestión de la ejecución forzosa de los actos de las Instituciones comunitarias (37), en el tema de la suspensión de la aplicación de los actos normativos de las Instituciones (38) o respecto al pa-

(35) Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cia SCS c/ Etat belge* (312/93, Rec. 1995, p. I-4599 y ss.).

(36) Reglamento n.º 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, modificado en 1962 y en 1971. Véase, entre otras, la sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoesch AG c/ Comisión* (46/87 y 227/88, Rec. 1989, p. 2859 y ss.).

(37) Artículos 192 del Tratado CE, 92 del Tratado CECA y 164 del Tratado CEEA respecto a actos de las Instituciones en general. Artículos 187 del Tratado CE, 44 del Tratado CECA y 159 del Tratado CEEA respecto a las sentencias del Tribunal de Justicia.

(38) Sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe y Zuckerfabrik Soest GmbH c/ Hauptzollamt Paderborn* (C-143/88 y C-92/89, Rec. 1991, p. I-415 y ss.).

pel del juez nacional en materia de ayudas de Estado, reguladas por el Derecho comunitario (39)–. Se trata de un tema próximo pero distinto, ya que el Derecho comunitario incide de modo positivo (regulando situaciones) en el ordenamiento procesal interno y no meramente excluyendo la aplicación de determinados preceptos, como ocurre con los dos grandes principios que he expuesto en páginas anteriores. Por otra parte, las facultades del juez interno en este segundo polo de actuación del Derecho comunitario en materia procesal son probablemente menos importantes, en la medida en que se trata simplemente de aplicar disposiciones o jurisprudencia ya existentes.

(39) Le corresponde garantizar a los justiciables que extraerá, conforme a su derecho nacional, todas las consecuencias de una vulneración del párrafo tercero del artículo 93 del Tratado CE, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o respecto a la adopción de eventuales medidas provisionales [sentencia de 21 de noviembre de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a. c/ Etat français* (C-354/90, Rec. 1991, p. I-5523 y ss.); sentencia de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e a. c/ La Poste e.a.* (C-39/94, Rec. 1996, p. I-3577 y ss.)].

**NACIONALIDAD: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
Y CÓDIGO CIVIL. COMUNIDADES
AUTÓNOMAS: VECINDAD ADMINISTRATIVA.
VECINDAD CIVIL: CÓDIGO CIVIL.
ARTÍCULO 161 REGLAMENTO NOTARIAL**

335

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

Notario

I. Nacionalidad española

Constitución Española (C.E.). Código civil (C.c.). La nacionalidad no aparece regulada en la C.E. El artículo 11 de esta Constitución dice que la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde, de acuerdo con lo establecido por la Ley.—Ningún español de origen podrá ser privado de dicha nacionalidad.—El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación

con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

Como vemos, la C.E. no ha regulado los temas de nacionalidad. Estos temas han sido tradicionalmente tratados por el C.c. y son los artículos 17-28 los que tratan todas las cuestiones relativas a la nacionalidad española. La Ley 18-1990/17-diciembre, ha venido a modificar y adecuar los artículos del C.c. con los preceptos de la Constitución.

El tema que se expone no trata del aspecto de la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad en su aspecto general, sino sólo en materia de prueba, es decir, de los documentos que pueden acreditar la adquisición, la conservación o la pérdida de la nacionalidad.

336 La nacionalidad es un estado civil de la persona según se dice en el artículo 1.º-7 de la Ley del Registro Civil (L.R.C.). El artículo 2.º de esta Ley dice que el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba, pero en el primer supuesto, será requisito indispensable para su admisión, que previa o simultáneamente se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento. El problema es ver cómo se prueba la nacionalidad originaria y la nacionalidad derivada.

Nacionalidad originaria.

Hay dos formas de obtener la nacionalidad española. La nacionalidad originaria y la nacionalidad derivada. La nacionalidad de origen es nacionalidad que se deriva del hecho del nacimiento. La nacionalidad derivada es la adquisición de la nacionalidad española por el hecho de haber perdido otra nacionalidad. Respecto a la nacionalidad de origen, el artículo 11-2 C.E. dice que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.

La nacionalidad de origen puede adquirirse de la siguiente forma.

— *Iure sanguinis* artículo 17-1-a del C.c.

— *Iure solis* artículo 17-1-b,c,d del C.c.

— Por medio de la posesión de estado, artículo 18 del C.c.

— Por adopción, artículo 17-1 del C.c.

La prueba de la nacionalidad de origen y sus dificultades han sido puestas de relieve por la circular de la D.G.R.N. 22-5-1975, que dice lo siguiente:

El sistema español de prueba de la adquisición originaria de la nacionalidad presenta ciertas dificultades. Es cierto que una prueba definitiva sobre el estado civil de las personas, en este caso de la nacionalidad, sólo puede obtenerse por medio de Sentencia firme, artículo 483-3 de la L.E.C., recaída en juicio declarativo.

La legislación del Registro Civil ha arbitrado un medio para obtener la prueba de la nacionalidad de origen. Este es el artículo 96-2 de la L.R.C. que dice, en virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción la nacionalidad, vecindad o cualquier estado si no consta en el Registro. Este expediente con valor de simple presunción se desarrolla en los artículos 335-340 del R.R.C. La declaración tiene un valor de simple presunción y será objeto de anotación en el Registro Civil, artículo 340 R.R.C., al margen de la inscripción de nacimiento artículo 46 L.R.C. Se trata en este caso de una presunción que sólo puede ser destruida con prueba en contrario, artículos 1.250 y 1.251 del C.c.

Otro medio de prueba de la nacionalidad de origen lo constituyen la presunción del artículo 68 de la L.R.C., que dice, sin perjuicio de lo dispuesto en el título I, libro 1.º del C.c., y en tanto no conste la extranjería de los padres, se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España. La misma presunción rige para la vecindad. Se trata también de una presunción de nacionalidad, salvo prueba en contrario, artículos 1.250 y 1.251 del C.c. como antes hemos indicado.

Adquisición de nacionalidad española por la posesión de estado.

Este es un título originario de adquisición de la nacionalidad española. El artículo 18 del C.c. dice, la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó. Para DÍEZ DEL CORRAL esta norma puede beneficiar a los que hayan adquirido la nacionalidad por su nacimiento, como aquellos que hayan adquirido la nacionalidad posteriormente. Para este autor, salvo algún supuesto muy singular, en este caso de adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado, puede probar esta condición en virtud del expediente del artículo 96-2 de la L.R.C., con la correspondiente anotación preventiva del artículo 340 del R.R.C.

338

La adopción.

El artículo 19-1 del C.c. dice que el extranjero menor de 18 años adoptado por un español, adquiere desde la adopción la nacionalidad española de origen. Como se ve, se trata de una adquisición derivada, puesto que el adoptado es un extranjero, pero que permite adquirir la nacionalidad española de origen según el artículo 19-1 del C.c. Este tipo de adopción se constituye cuando se trata de adopciones hechas por españoles en España y por medio de resolución judicial, artículo 176-1 del C.c. Si esta adopción está hecha por los españoles en el extranjero, se aplica el artículo 9-5 del C.c. Esta adopción se hará constar por nota al margen de la inscripción de nacimiento, artículo 46 de la L.R.C.

Nacionalidad derivada.

La nacionalidad derivada se da en los supuestos de ejercicio del derecho de opción. Este derecho de opción en materia de nacionalidad, se aplica en los casos de los artículos 17-2 C.c., artículo 19-3 C.c., artículo 20-1 C.c. y Disposición Transitoria Leyes 18/1990 y 29/1995.

También puede adquirirse la nacionalidad española derivada por medio de carta de naturaleza, artículo 21 del C.c., y por residencia, artículo 22 del C.c.

Respecto a la prueba de esta clase de nacionalidad derivada no ofrece ninguna dificultad, puesto que se aplica respecto a ella el artículo 23 del C.c. que dice: son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia, los siguientes. a) Que el mayor de catorce años y capaz de prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey, obediencia a la Constitución y a las Leyes. b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad, quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 2. del artículo 24. c) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español. Inscrita la adquisición de la nacionalidad en el Registro Civil, según el artículo 2 de la L.R.C., la inscripción constituye la prueba de los hechos inscritos. La doctrina estima que en estos supuestos la inscripción en el Registro Civil es una inscripción de tipo constitutivo.

339

El D.N.I. y la prueba de la nacionalidad.

El D.N.I., R.D. 196/1976, modificado en parte por el R.D. 1245/1985-17 de junio, en su artículo 1.º dice que el Documento Nacional de Identidad (D.N.I.), es un documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular y constituye el justificante de la identidad de la persona. En la disposición adicional 1.ª dice que el D.N.I. acredita

salvo prueba en contrario la nacionalidad española de su titular.

La doctrina, DÍEZ DEL CORRAL, ha criticado esta presunción, señalando que esta disposición no puede vulnerar el artículo 2.º de la L.R.C. y el artículo 96-2 de la L.R.C. ya citados. Pero, no obstante, este mismo autor advierte que este criterio tan radical no ha sido recogido en las R.D.G.R. 18-mayo-1990 y 3-junio-1993, que determinan el ámbito de aplicación del D.N.I. que está limitado y no con un valor absoluto, a los expedientes administrativos y que no procede su aplicación en colisión con el artículo 2 de la L.R.C. que dice: el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en caso de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión, que previa y simultáneamente se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento.

340

II. Comunidades Autónomas. Vecindad administrativa

Todos los estatutos de las CC.AA. en España deciden en sus correspondientes artículos el tema de la vecindad administrativa. Todas las CC.AA. dicen igual y como ejemplo podemos poner el estatuto de la C.A. Región de Murcia, la cual dice en el artículo 6-1, que a los efectos del presente estatuto, gozan de la condición política de murcianos los españoles que de acuerdo con las Leyes del Estado tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región de Murcia. Y en este sentido y casi con las mismas palabras, se reproduce el concepto de vecindad administrativa en todas las CC.AA. que forman el Estado español.

Domicilio. El C.c. y la L.E.C. dedican una serie de artículos para determinar el domicilio de las personas. El C.c. lo

regula en los artículos 40 y 41. Y la L.E.C. lo regula en los artículos 62-69. Las personas jurídicas también tienen una regulación de su domicilio, y en este sentido la L.S.A. regula su domicilio en el artículo 5.º y la L.S.R.L. regula su domicilio en el artículo 6.º

La vecindad administrativa, es decir, que una persona pertenezca a una C.A. determinada, tiene su base en que tenga su residencia o domicilio en un municipio que pertenezca a dicha Comunidad Autónoma. La vecindad administrativa se basa exclusivamente en el hecho del domicilio, y en que este domicilio esté situado dentro de una C.A. determinada.

La demostración de que una persona pertenece a una C.A. requiere la previa demostración de su residencia en un municipio dentro de la Comunidad, y esta prueba se hace mediante los siguientes documentos.

La residencia en un municipio se acredita por medio del padrón municipal. Según la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local (L.R.B.R.L.), en su artículo 17 dice que el padrón municipal tiene el carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos. Y a su vez el artículo 16-1 de la citada Ley dice que la condición de residencia se adquiere en el momento que se realiza la inscripción en el padrón municipal. Este texto legal recoge además la condición de vecino, artículo 16-2, que son los españoles mayores de edad que residen habitualmente en el término municipal y figuran inscritos como tal en dicho padrón municipal.

La vecindad administrativa lleva consigo la condición política de miembro de una C.A., y por lo tanto dicha persona inscrita en el padrón municipal, tiene los derechos y obligaciones políticas y administrativas que regula la Ley de Régimen Local. Aparte de estos derechos y deberes, la vecindad administrativa es un punto de conexión en materia tributaria necesaria para la aplicación de los conciertos económicos.

III. La vecindad civil

La vecindad civil determina que una persona está sujeta al Derecho civil común o a los Derechos forales, y esto es lo que dice el artículo 14-1 del C.c. La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. Por otra parte, el artículo 16-1 del C.c. dice que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades. Dicho artículo 16-1-1 dice que será ley personal la determinada por la vecindad civil.

342

La vecindad civil determina que cualquiera que sea el lugar de residencia de un ciudadano español, tanto sea en C.A. en que se aplica el Derecho civil común, o en C.A. en que se aplica el Derecho foral, se rige por los preceptos del C.c., y es ajena totalmente al lugar de su residencia administrativa. El C.c. se aplica cualquiera que sea la residencia administrativa de la persona, por aplicación en conjunto de los artículos 14, 15 y 16 de este texto legal. O sea, que un ciudadano residente en Cataluña, Baleares, Navarra, Aragón o Galicia, en sus relaciones con el régimen jurídico del C.c., se aplica el sistema legal establecido en los artículos 14, 15 y 16 del C.c. citado, y a su vez a un ciudadano residente en territorio de Derecho civil común, se le aplicará el derecho foral de la C.A., conforme se determina en los artículos 14, 15 y 16 del C.c.

Pero el problema se ha planteado de la siguiente manera. La existencia de vecindad administrativa y vecindad civil ha creado problemas y soluciones que han llevado a la S.T.C. de 6 de mayo de 1993 pleno, sobre los siguientes supuestos.

1. El artículo 149-1-8 de la Constitución Española dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las CC.AA. de los Dere-

chos civiles, forales o especiales allí donde existan. En todo caso las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio. Ordenación de los Registros e instrumentos públicos. Bases de las obligaciones contractuales. Normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto en este último caso a las normas de Derecho foral o especial.

2. La compilación del C.c. de Baleares determinó en su artículo 2.º lo siguiente: Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de dicha C.A. y se aplicarán en quienes residan en él, sin necesidad de probar su vecindad civil, se exceptúan los casos en que con arreglo al Derecho inter-regional o internacional-privado, deban aplicarse otras normas. La vecindad y los conflictos inter-insulares se regularán por el C.c. y demás disposiciones de aplicación general.

3. Sentencia del T.C. de 6 de mayo de 1993. El precepto citado del C.c. balear fue declarado inconstitucional por esta sentencia, por haber vulnerado el artículo 148-1-8 de la Constitución Española, cuando dice que el Estado tiene competencia plena en la materia de –de aplicación y eficacia de las normas jurídicas–. Toda vez, dice la sentencia, que se ha sustituido la vecindad civil por la residencia administrativa, como criterio para la aplicación del Derecho civil común o del Derecho foral, y se ignora que la residencia sólo da lugar a la vecindad civil cuando se cumplen los requisitos, tal y como determina el artículo 14-15 del C.c.

La S.T.C. citada, decide en esta cuestión diferencial netamente la vecindad civil, artículos 14, 15 y 16 del C.c., y la vecindad administrativa, fundada sobre el padrón municipal, artículo 16 LRBRLC. Como consecuencia de esto, la Compilación de Derecho civil de Baleares redactó nuevamente su artículo 2.º de la manera siguiente. –Las normas de Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el terreno de la Comunidad Autónoma, se exceptúan los casos en que conforme

al Derecho inter-regional o inter-regional privado, deban aplicarse otras normas. La vecindad y los conflictos inter-insulares de normas, se regularán por el C.c. y demás disposiciones de aplicación general-.

Este artículo, consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional citada, fue redactado por la Ley 7-1993, de 20 de octubre.

IV. Artículo 161 del Reglamento Notarial

344

El artículo 161 del R.N. no ha puesto en claro el problema de la vecindad civil de la persona que comparece ante notario, y sobre este punto se hace la siguiente exposición. El artículo 161 del R.N. dice: la nacionalidad o regionalidad, cuando puedan influir en la determinación de la capacidad y otorguen fuera del territorio de su región, se harán constar necesariamente en la comparecencia.

La doctrina había debatido esta cuestión. Se trataba de un comentario a la Sentencia del Juzgado Municipal de Barcelona n.º 9, de 18-11-1970, sobre prueba de regionalidad. El comentario estaba hecho por la Cátedra DURÁN y BAS. Se trataba de un caso en que ninguna de las partes aportaba prueba de su regionalidad o vecindad civil, pero la residencia era en Barcelona: Cuál era la Ley aplicable en este caso. Una tesis sobre este problema era que se aplicaban las normas de Derecho civil común, y la carga de la prueba recaía en la persona que alegaba o podía alegar su vecindad de Derecho foral o especial.

Pero otra tesis radicalmente opuesta, teniendo en cuenta que los autos se substancian en Barcelona, presumían la aplicación del Derecho foral o especial. La residencia en Barcelona determinaba la aplicación del Derecho foral o especial, salvo que existiera prueba en contrario de pertenecer al Derecho civil común, que tendría que ser alegada por el interesado.

Se aplicaba por lo tanto la *lex fori* o ley del territorio del juez, y se aplicaba fundándose en los artículos 1 y 6 del C.c. "la Sentencia era de 1970". Estas fueron las bases sobre las cuales se hizo el estudio de dicha sentencia.

El artículo 161 del R.N. no tiene una forma clara, pero parece seguir el criterio de la *lex fori*. Cuando el compareciente ante notario otorga fuera del territorio de su región, deberá probar o por lo menos alegar su vecindad civil para que figure en la comparecencia. Si el compareciente actúa dentro del territorio de su región, parece que el notario aplicará la *lex fori* o la ley del territorio. Estos son los términos en que parece estar redactado el artículo 161 del R.N. Por otra parte, el R.N. se refiere al concepto de regionalidad cuando es la vecindad civil el concepto perfecto en estos temas y que aparece como operativo en el territorio de la nación, conforme a los artículos 14, 15 y 16 del C.c.

345

La R.D.G.R.N. 3-julio-1977 aclara este tema de la manera siguiente: La trascendencia que la vecindad foral tiene en la capacidad de la persona y de su necesidad de hacer constar la regionalidad, aunque sólo se tengan en cuenta los medios que determina el artículo 161 del R.N. La Resolución citada dice que conforme a los artículos 14 del C.c. y 9, 10 y 11 del C.c. no puede presumirse que una persona no es aforado cuando otorga en territorio de Derecho común, y tampoco puede presumirse que una persona es aforada cuando otorga en territorio de Derecho foral. No hay ninguna presunción de la cualidad de vecindad civil o foral que vaya unida al lugar del otorgamiento de la escritura.

La Resolución citada nos parece, a nuestro juicio, la doctrina correcta y se aleja por lo tanto de la presunción y de la redacción tampoco no muy claras del artículo 161 del R.N.

El Reglamento Hipotecario ha venido a aclarar estas cuestiones, determinando en el artículo 51-9-a que la persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien

proceda el bien o derecho que se inscriba, se determinarán con arreglo a las siguientes normas. Se hará constar si el sujeto es soltero, casado, viudo o divorciado y de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes y futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial, el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge. La nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan, y el domicilio con las circunstancias que lo acrediten.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de vecindad civil.

346 R. 3-julio-1977. Regionalidad foral. Candelaria C. A. y Luis B. A. contrajeron matrimonio en Barcelona en 1941. Luis B. A., marido, llevaba más de diez años residiendo en Barcelona, por lo que como aforado al Derecho catalán, el matrimonio quedó sujeto al régimen de separación de bienes. Por escritura autorizada el 24-3-1952 en Santa Cruz de Tenerife, Candelaria adquirió una finca que se inscribió en dicho Registro sin ninguna referencia a su cualidad foral. En la escritura se hacía constar que el domicilio de Candelaria y de Luis era el de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife). Que posteriormente en escritura otorgada en Barcelona, Candelaria vendió a un tercero la finca. Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Tenerife junto con un acta de notoriedad para justificar la vecindad foral en Cataluña de la vendedora, fue denegada la inscripción.

Esta Resolución, cuyos considerandos hemos visto antes, dice conforme al artículo 14 del C.c. que de los artículos 9, 10 y 11 del C.c. no puede presumirse que una persona no es aforada cuando otorga en territorio de Derecho común, y tampoco puede presumirse que una persona es aforada si otorga en territorio de Derecho foral. No hay ninguna presunción sobre la cualidad de vecindad civil o foral que vaya unido al otorgamiento de la escritura.

Por todo ello, la Resolución citada hace constar la trascendencia que la vecindad foral tiene en la capacidad de la persona y de la necesidad de hacer constar la regionalidad, conforme al artículo 161 del R.N. La Resolución citada determina que si la vecindad civil se puede hacer constar con valor de simple presunción con arreglo al artículo 96 de la L.R.C., también podrá acreditarse esta vecindad civil por acta de notoriedad, conforme al artículo 209 del R.N. y por tanto, la Resolución determina que es inscribible la escritura de venta otorgada por Candelaria acompañada por acta de notoriedad, que acredita su cualidad civil en Cataluña, aunque el otorgamiento se haya hecho en Santa Cruz de Tenerife. Y la escritura estaba inscrita a nombre de la sociedad conyugal en dicho Registro.

Resolución de 17-febrero-1969. Bienes inscritos a nombre del marido. Rectificación registral. Jesús E. Z. adquirió varias fincas por escritura pública otorgada en Barcelona el 20 de mayo de 1961. Se hizo constar que el comprador estaba casado con Pentecostés B. C. No se hizo constar la regionalidad de ninguno de los esposos. Se inscribe dicha compra en el Registro de la Propiedad de Barcelona como bien privativo del marido, por considerarse que tenía la vecindad civil de Cataluña y el régimen era el de separación de bienes.

Pentecostés B. C. presentó certificación de matrimonio contraído en Zamudio (Vizcaya) y acta de notoriedad donde el fedatario acredita que el régimen económico era el de gananciales y solicita la rectificación del Registro. La Resolución citada niega que puede haber una rectificación del Registro si no es cumpliendo los requisitos del artículo 40 de la L.H. y se precisa el consentimiento de Jesús E. Z. La diferencia fundamental entre las dos Resoluciones citadas está en que la del año 1967 se trata de una inscripción de bienes y se permite que se inscriban mediante un acta de notoriedad, que prueba su vecindad civil, mientras que la Resolución de 1969, se trata de una inscripción ya hecha y

la Resolución citada resuelve que no cabe rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad, sino en la forma que determina el artículo 40-d de la L.H., es decir, con consentimiento del titular o en su defecto Resolución judicial.

Resolución de 6-noviembre de 1980. Rectificación de asientos del Registro. En escritura otorgada ante notario de Madrid, 2-abril-1976, Lorenzo A. L. adquiere dos fincas, hace constar que está casado con Rosa R. A. No se hace constar su regionalidad y se inscribe en un Registro de la Propiedad de Madrid para la sociedad conyugal.

Se trataba de justificar la vecindad civil de Baleares de Lorenzo A. L., que suponía el régimen de separación de bienes y que por lo tanto la finca adquirida debía estar inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Madrid.

348 En este expediente se aportó la prueba de la vecindad civil de Baleares del comprador Lorenzo A. L. mediante una certificación de nacimiento del interesado, certificación de nacimiento de los padres y también de los abuelos, por lo que quedó cumplida la prueba de la vecindad civil de Baleares. Esta Resolución y con la prueba propuesta por el interesado, citados al amparo del artículo 58 de la L.R.C., declara que cabe la rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad, cuando el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo es probado de un modo absoluto y con documentos fehacientes; y no es necesario acudir al procedimiento de rectificación de los artículos 82 y 40-d de la L.H. Toda esta exposición nos revela la conexión entre vecindad administrativa y vecindad civil y la necesidad de hacer constar en la escritura pública, aparte de la residencia administrativa, la vecindad civil de los comparecientes.

Bibliografía

- BERCOVITZ y PÉREZ DE CASTRO. *La vecindad civil*. Madrid, 1996.
- DÍEZ DEL CORRAL. “Lecciones prácticas sobre el Registro civil”. *Colegios Notariales de España*. 1993.
- “La vecindad y el Registro civil”. *B. Información M. Justicia*, n.º 1614.
- EGEA IBÁÑEZ, R. “La vecindad civil, su prueba”. *Boletín de Información* (2.ª Época), n.º 75. Colegio Notarial de Granada.
- LÓPEZ, A., y MONTES, V. L. *Derecho civil. Parte general*. Valencia, 1992.
- MARÍN, J. “La ordenación de los registros e instrumentos públicos”. *Derecho Privado y Constitución*, n.º 2.
- PEMÁN GAVIN. “La población local y la vecindad administrativa”. *Tratado de derecho municipal*. I. Madrid, 1988.
- S. SALVADOR. *Manual práctico sobre nacionalidad*. Granada, 1996.
- SEMINARIO DE LA CÁTEDRA DURÁN Y BAS. R. J. CATALUÑA. 1971-1.