

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS ..	1165
«La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997», por BASILIO JAVIER AGUIRRE FERNÁNDEZ ..	1191
«El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», por PEDRO A. MUNAR BERNAT.	1209
«Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor», por PEDRO DEL OLMO GARCÍA ..	1245

DICTAMENES Y NOTAS

«El despertar registral en Hispanoamérica Crónica del XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral», por JESÚS LÓPEZ MEDEL ..	1273
---	------

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN ..	1283
---	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	1291
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..	1305

B) Resoluciones comentadas, por JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA y LEONOR RODRÍGUEZ SÁNCHEZ ..	1310
--	------

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	1355
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	1373
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1389
f) Responsabilidad civil, por JOSÉ M.ª CORRAL GUJÓN, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ, PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	1411

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La hipoteca de bienes muebles registrales», de ALMUDENA RODRÍGUEZ HERRERO, por ISABEL MORATILLA GALÁN	1457
«Contratos de comercio exterior (doctrina y formularios)», de MANUEL MEDINA DE LEMUS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1463
«La sociedad limitada», de PEDRO AVILA NAVARRO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1466
«La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años», de ANTONIO MANUEL MORALES MORENO y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1467
«Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo», de LUIS Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1471

REVISTA DE REVISTAS, por La Redacción. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1477
--	------

ESTUDIOS

La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. EL ESTADO DE LA CUESTION EN LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN ANTES DE 1997. A) EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. B) EN EL REGISTRO MERCANTIL.—III. COMENTARIO CRITICO DE LA RESOLUCION DE 31 DE MARZO DE 1997 DE LA DGRN (BOE DE 26 DE ABRIL DE 1997): A) EL SUPUESTO DE HECHO: 1.º *El hecho objeto de la Resolución.* 2.º *Calificación del Registrador.* 3.º *Recurso del Notario autorizante.* 4.º *Informe del Registrador.* 5.º *El Tribunal Superior de Justicia.* 6.º *El recurso de apelación del Registrador.* B) ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA EL SUPUESTO DE HECHO: 1.º *Sociedad Civil-Sociedad Mercantil.* 2.º *El problema de la publicidad y de la personalidad jurídica de las Sociedades Civiles.* 3.º *El problema de la titulación previa.* 4.º *El problema de las Sociedades mixtas.* C) LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1.º *En cuanto al primer fundamento de derecho.* 2.º *Fundamento de derecho segundo.* D) CONTRARGUMENTACIONES A LOS FUNDAMENTOS: a) *La publicidad y la personalidad jurídica de las Sociedades Civiles.*—IV. OTRAS RESOLUCIONES POSTERIORES DE 1997.—V. CONCLUSION FINAL.

I. INTRODUCCION

De nuevo la Sociedad Civil está en lo alto de la picota jurídica, pero no por los motivos que pudieran ser satisfactorios para esta Institución. La figura de la Sociedad Civil ha sido tratada como un fósil histórico arrinconado en el Código Civil sin ningún tipo de encaje; ya en su momento indicamos que era posible desempolvarla e intentar que entrara en el juego normal de las relaciones jurídicas actuales, aunque ello suponía abrir varios frentes, tanto de *lege data* como *lege ferenda* (1).

(1) En este sentido, *vid* FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, en «La Sociedad Civil y su conexión registral», *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 112, abril 1990,

Desde un primer momento me pareció interesante estudiar la conexión registral de la Sociedad Civil, tanto en el Registro de la Propiedad como en el Registro Mercantil, así como en el tratamiento que la jurisprudencia había dado a esta figura desde sus diferentes perspectivas, tanto desde su constitución, su publicidad y personalidad jurídica, en relación a la eficacia hacia terceros, su distinción con las sociedades mercantiles, así como intentar dar un enfoque a la Sociedad Civil que pudiera tener encaje en determinadas situaciones de hecho que están ocurriendo en la realidad social, y que quizá a través de la figura de la Sociedad Civil pudieran tener un más fácil acomodo, como ocurre a menudo en otros países de nuestro entorno jurídico.

Temas variados, como la inscripción en el Registro Mercantil, en el Registro de la Propiedad cuando adquieren bienes inmuebles, su distinción con la comunidad de bienes, los problemas de forma, las Sociedades mixtas, la disolución, la transmisión de la parte o participación que cada socio tiene en la misma, etc., han sido tratados por la doctrina, y también por nosotros mismos en anteriores trabajos ya reseñados anteriormente.

Pero el objetivo central de este estudio es centrarnos en las muy recientes Resoluciones de la Dirección General que han vuelto a poner sobre el tapete jurídico el problema de las Sociedades Civiles, esta vez y en nuestra opinión poniendo en peligro la raíz y esencia de la misma, al atacar su personalidad jurídica en muchas ocasiones. Ya en su momento al hacer por nuestra parte un análisis de la jurisprudencia registral, así como la del Tribunal Supremo acerca de las Sociedades Civiles, indicamos que en la materia del Registro de la Propiedad no existía mucho en lo que trabajar. En este sentido indicábamos: «No existen muchas resoluciones que directamente centren el tema de la Sociedad Civil. Ello puede ser debido, o bien a la no existencia por parte de los Notarios en este asunto a realizar concursos, o también a que en la práctica no se planteen muchos supuestos, no porque no existan en la realidad cotidiana, sino más bien por el filtro previo que muchas veces se hace en los despachos notariales» (2). Lo que siempre hemos defendido es intentar al menos dar una salida airosa a la Sociedad Civil, no dejándola morir, y para ello es necesario que el jurista, y sobre todo el legislador, aporte un grado de imaginación para saber adaptar una institución jurídica que tiene tradición y que puede cubrir un espacio que encaje con más facilidad que otras instituciones. Lo que no puede hacerse en ningún caso es esconder la cabeza bajo tierra, e intentar dar coletazos sin rumbo que a nada conducen. Por ello al hilo de estos comentarios a las últimas resoluciones y en concreto a una de ellas,

págs. 645 a 646. También en «La Sociedad Civil: su problemática en el tráfico jurídico. Análisis jurisprudencial», *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 170, febrero 1995, págs. 589 a 612. También en «Comunidad de bienes, cooperativas y otras formas de empresas», *Consejo General del Notariado*, tomo I, pág. 55 y sigs., Madrid, 1996.

(2) «La Sociedad Civil: Su problemática en el tráfico jurídico», *ob. cit.*, pág. 591.

irán saliendo de nuevo los problemas clásicos que se han estudiado acerca de esta institución; pero en todo caso, y valga esto como anticipo, e incluso como declaración de principios, que consideramos perfectamente salvable a la Sociedad Civil, a la que el legislador deberá dar un empuje y podría adaptarla al momento actual, como ha ocurrido en otros países de nuestro entorno, como ya indicábamos (3).

II. EL ESTADO DE LA CUESTION EN LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN ANTES DE 1997

A) EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como punto central de partida se encuentra la ya lejana Resolución de 28 de junio de 1995, que tocaba en parte alguno de los problemas que planteaba la institución. «En dicha Resolución, el Registrador denegó la inscripción de la compra de un local hecho con una Sociedad Civil, cuyo objeto era la elaboración y comercialización de congelados agrícolas, ganaderos, marinos...; compra-venta y reventa de productos congelados y de elementos industriales. El Registrador basó su denegación en que el objeto de la sociedad, aunque se hubiera constituido civilmente, era de carácter mercantil, denominando a la misma dentro del grupo de las sociedades de objeto mercantil atípicas. Apoyándose en el artículo 118 del Código de Comercio, esto suponía para él la regular constitución de la sociedad, compañía mercantil, asimismo, sacaba a relucir el artículo 383 del Reglamento Hipotecario. El Notario por su parte, al recurrir la nota del Registrador, esgrimió diversos argumentos centrados en torno a que la inscripción en el Registro Mercantil no es requisito exigible a las Sociedades Civiles. También el Notario establecía que así como el artículo 1.670 del Código Civil admite Sociedades Civiles por el objeto de forma mercantil, esto no excluía la inversa, es decir, Sociedades Civiles por la forma con objeto mercantil. Por su parte, el Registrador vuelve a insistir con sus argumentos indicando que, efectivamente, el propósito de lucro es tanto en las Sociedades Civiles como en las mercantiles, pero lo que diferencia a ambas sociedades será la clase de actos que realice, según sean actos de comercio o no. El presidente de la Audiencia confirma la nota del Registra-

(3) «Como podemos apreciar, el juego de la Sociedad Civil en Derecho francés es mucho más amplio que en el actual Derecho español, regulándose en aquél con gran minuciosidad a las Sociedades Civiles, y sobre todo, y lo que creo más importante, adaptándolas a las nuevas necesidades sociales, y por ello desempolvándola de los viejos Códigos para que sigan cumpliendo una labor jurídica. Yo me pregunto, si uno de nuestros grandes fallos, en este tema, es no haber sabido hacer lo mismo con nuestra Sociedad Civil». «La Sociedad Civil: Su problemática en el tráfico jurídico», *ob. cit.*, pág. 612.

dor. Por último, la DGRN, al entrar en el fondo de la cuestión lo centra diciendo: «la cuestión planteada es, pues, si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil, porque aunque tiene objeto mercantil, según pretende el recurrente, es de carácter civil por su constitución». La Dirección sigue exponiendo: «Todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio tiene consideración de acto de comercio, y por ello regulada, en primer lugar, en las disposiciones contenidas en el Código de Comercio. Admite también el carácter imperativo de las normas mercantiles de las sociedades no sustraíbles por la simple voluntad de los socios. Indica, a continuación, que aunque el contrato de sociedad en el Código de Comercio es válido entre las partes como tal contrato, cualquiera que sea la forma de celebración, sólo alcanza plenitud de efectos frente a terceros al otorgarse la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil.

Para esta conclusión se apoya en distintos argumentos, como los de tipo histórico, del sistema jurídico general en donde la inscripción en un Registro Público, a la vez que proclama oficialmente la legalidad de la constitución de la nueva entidad jurídica, proporciona la exigida publicidad a los pactos sociales». Por último, también hace referencias al artículo 383 del Reglamento Hipotecario. Como ya indicamos en su momento, la Resolución se basa en el esquema general y básico de inscripción previa en un Registro público para que luego la adquisición tenga acceso al Registro de la Propiedad. Argumentación que es lógica y clara para las Sociedades Mercantiles, o mejor dicho, con objeto mercantil. Pero en cambio, no nos soluciona nada respecto a las Sociedades Civiles puras, o incluso a las Sociedades mixtas del artículo 1.670... Existe también una Resolución del Registro de la Propiedad, de 5 de junio de 1953, relativa a los problemas planteados a la extinción de una Sociedad Civil, indicándose en la misma, entre otras cosas, que para rectificar la inscripción existente a nombre de la sociedad, la demanda no debe dirigirse contra los componentes de la Junta Directiva en su propio nombre sino en nombre de aquella (4).

B) EN EL REGISTRO MERCANTIL

También en su momento analizamos las resoluciones que en materia mercantil tocaban en parte la problemática de las Sociedades Civiles, su forma, la publicidad y la inscripción. La primera de ellas de fecha 25 de abril

(4) Vid. «La Sociedad Civil: Su problemática en el tráfico jurídico», *ob cit.*, págs. 591-592.

de 1991, trataba de la inscripción en el Registro Mercantil de una posible Sociedad Civil denominada Fons Club Sociedad Civil. En aquel momento, el Registrador denegó la inscripción por el defecto insubsanable de no ser inscribibles en el Registro Mercantil las Sociedades Civiles, artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil. Después de diversas argumentaciones tanto del recurrente, tanto del mismo Registrador, lo que la Dirección dice es «que si la Sociedad Mercantil por su objeto adopta forma civil, no puede ser una Sociedad Civil, sino mercantil. El supuesto contrario es el del 1.670, relativo a las llamadas Sociedades mixtas. En este caso, el problema es el de Sociedades Civiles con forma mercantil, permitidas por el propio artículo 1.670. En principio, no debe haber ningún problema para su admisión. Lo que ocurre con posterioridad al Código Civil, la legislación mercantil ha establecido la mercantilidad por razón de la forma, sea cual sea el objeto; así, por ejemplo, en las Sociedades Anónimas y Limitadas, donde son mercantiles por el hecho de revestir esa formalidad» (5). Lo que ya comentábamos, y nos pareció más interesante de la Resolución, es que para ver la naturaleza de un negocio, ésta no depende de cómo las partes lo denominen, aunque existía un contrasentido en esta argumentación, ya que la propia Dirección, para apoyar su tesis de que la sociedad tenía objeto mercantil, lo hacía en base al propio reconocimiento que de ello establecía el recurrente en su exposición.

Otra Resolución ya comentada por nosotros era de 29 de febrero de 1992, relativa a la inscripción de una sucursal extranjera, y como indicábamos, «lo importante de esta Resolución es ver si a través de la misma se podría sacar un argumento a favor de la inscripción de las Sociedades Civiles españolas. El Registrador deniega la inscripción de una escritura de apertura en España de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, en concreto de la Sociedad Winchester School of Art, Higher Education Corporation. El argumento básico del Registrador se centra en que no puede tener acceso al Registro Mercantil por no estar incluida dicha entidad en la enumeración legal de sujetos inscribibles... el Notario autorizante invoca varios argumentos, pero entre los más importantes es de destacar que cuando el Reglamento del Registro Mercantil habla de sucursales de Sociedades extranjeras, no prejuzga la forma jurídica que hayan de revestir éstas, como no podía ser menos, pues ello sería tanto como consagrar una especie de imperialismo formalista español; que, por tanto, hay que entender que sociedades extranjeras equivalen a personas jurídicas extranjeras; ...Que por ello hay que ver que es una Corporación según la ley inglesa, y que en este caso, en relación al Derecho inglés, se trata de la creación indirecta por una ley, procedimiento permitido en el Derecho inglés con la di-

(5) Transcrito de mi trabajo «La Sociedad Civil: Su problemática en el tráfico jurídico», *ob. cit.*, pág. 594. Así como un comentario más extenso a la misma en dicho trabajo.

ferencia, con respecto a las compañías mercantiles, en que el procedimiento que da lugar a la atribución de personalidad jurídica es distinto, pero su validez constitución y su personalidad jurídica es incuestionable... por su parte, la Dirección revoca la nota del Registrador y utiliza distintos argumentos... Continúa diciendo la Dirección y hay que partir de un concepto amplio de Sociedad Mercantil, así del contenido en el artículo 58 del Tratado de Roma de 1957... Posteriormente, la Dirección indica el carácter mercantil del objeto social, de la sociedad inglesa y, por lo tanto, de su sucursal... Hemos querido extendernos intencionadamente en esta Resolución debido al concepto amplio que de la sociedad da el Tratado de Roma antes visto en su artículo 58, y que es un argumento esencial que da la Dirección para la inscripción de la sucursal; y aunque la Dirección, para no dejar la puerta abierta a la inscripción de las Sociedades Civiles, matiza indicando el carácter mercantil de esta sucursal, creemos que en otra situación de una sociedad que nosotros calificaríamos de civil, pero constituida legalmente en el extranjero, la Dirección tendría que dar la misma solución a la inscripción de esa sucursal de sociedad extranjera; lo contrario sería ir en contra del Derecho comunitario y de la reforma mercantil en materia de inscripción de sucursales extranjeras...» (6). Estos comentarios y otros más realizamos en el trabajo ya reseñado, intentando de alguna forma buscar argumentos favorables a la Sociedad Civil, y sobre todo intentando defender la personalidad jurídica de las Sociedades Civiles puras, tanto objetiva como subjetivamente, incluso buscando la posibilidad de su inscripción en el Registro Mercantil, que aunque con los textos en la mano no estaba clara, había que buscar argumentos favorables, pero sobre todo, nuestra preocupación siempre giraba y ha girado en el acceso al Registro de la Propiedad cuando estas sociedades civiles puras operan en el tráfico jurídico inmobiliario.

También reseñábamos la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, muy variada, yo diría que a veces dispar y contradictoria sobre el tema de la Sociedad Civil, tanto en los aspectos de su constitución como en lo que el Tribunal Supremo hablaba de Sociedades Civiles irregulares, terminología en nuestra opinión no muy adecuada, cuando llegamos a la conclusión de que no se permite su inscripción en un Registro público, y por lo tanto hable de irregularidad, es un eufemismo. Entre otras citamos las Sentencias de 5 de febrero de 1971, 24 de mayo de 1972, 15 de mayo de 1973, 30 de marzo de 1974, 26 de junio de 1953, 19 de enero de 1976, 26 de marzo de 1991, 3 de abril de 1991, 13 de noviembre de 1991, 24 de julio de 1993, 30 de mayo de 1992, entre otras (7).

(6) Transcrito de mi trabajo «La Sociedad Civil: Su problemática en el tráfico jurídico», *ob cit*, págs. 593 a 599.

(7) Para un estudio sistemático por materias y temas tratados en las sentencias, *vid.*, *ob cit*, de mi trabajo, págs. 599 y 600, así como las reseñadas por FRANCISCO CAPILLA,

Como podemos observar del estudio jurisprudencial no sale ninguna luz para resolver el problema de fondo, que es el acceso a los Registros públicos, aunque sí está claro que desde el punto de vista del Código Civil la sociedad legalmente constituida debe tener personalidad jurídica, argumentación ésta que iremos repitiendo posteriormente en el trabajo y que hemos defendido hasta la saciedad en los trabajos ya reseñados.

III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN DE 31 DE MARZO DE 1997 DE LA DGRN (*BOE* DE 26 DE ABRIL DE 1997) (8)

A) EL SUPUESTO DE HECHO

1.º *El hecho objeto de la Resolución* consiste en una escritura autorizada del 24 de marzo de 1993, por la que «Electricidad Divalux, S. C.», constituida en documento privado el 19 de mayo de 1988, en Santander, y representada por el presidente de la sociedad, adquirió por compra el pleno dominio de un local comercial sito en la Albericia en Pueblo de Monte, término de Santander. Según el artículo 4 de los estatutos de la citada compañía, el objeto de la precedente sociedad es el montaje de instalaciones eléctricas de todo tipo, tanto urbanas como industriales, y en particular de baja tensión, así como las reparaciones que sean necesarias en las mismas, y cualquier otra actividad directa o indirectamente relacionada con alguna de las anteriores.

2.º *Calificación del Registrador.* Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Santander, a la que se incorpora el certificado de la Junta General de dicha compañía acordando autorizarse a don Francisco Varela, el presidente de la sociedad, a realizar dicha compra, tuvo la siguiente calificación del Registrador, cuya nota decía lo siguiente: «No inscrito el precedente documento por no acreditarse la previa inscripción en el Registro Mercantil de Comillas “Electricidad Divalux, S. C.”, conforme al artículo 1.670 del Código Civil, no gozando la citada entidad, hasta el cumplimiento de dicho requisito, de personalidad jurídica a tenor del artículo 1.669 del mismo Código. Si se opta por la no inscripción de la Sociedad

en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, pág. 147.

(8) Sobre algunos comentarios a esta reciente Resolución hay que tener en cuenta el trabajo de RICARDO CABANAS TREJO, y RAFAEL BONARDELL LENZANO, en «La vuelta a la caverna: La Sociedad Civil no tiene personalidad jurídica» (Comentario crítico de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997, *BOE* 100 de 26 de abril de 1997), *La Notaría*, abril de 1994, núm. 4, pág. 33 y sigs. Asimismo, FERNANDO PANTALEÓN, en «Personalidad jurídica de las Sociedades Civiles», en *La Ley*, núm. 4368, 8 de septiembre de 1997, págs. 1 y sigs. ANTONIO TÉLLEZ LAPEIRA, «Sociedad Civil y personalidad jurídica», en *La Ley*, núm. 2378, 22 de septiembre de 1997, págs. 1-2.

Civil en el Registro Mercantil, la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad exigiría que se otorgase un documento notarial a don Luis Francisco Villa y don Alberto Nazario de Dios Ansotegui, documento en el cual los dos citados deberán mencionar los datos personales de sus respectivos cónyuges y hacer constar que la adquisición contenida en esta escritura se entiende realizada por ellos dos como personas físicas por mitad y proindiviso. El documento notarial expresado contendrá la fe de conocimiento de los intervinientes en él y deberá presentarse en la oficina de transmisiones patrimoniales...»

3.º *Recurso del Notario autorizante.* Posteriormente el Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la calificación del Registrador. Intentaremos en este punto extraer los argumentos más esenciales de su defensa. Partiendo de la base de que el Notario entiende de que se trata de una suspensión, en cuanto a la nota del Registrador, indica el mismo Notario que el Registrador se basa en el hecho de que no está inscrita la sociedad en el Registro Mercantil en conexión con el artículo 1.669 del Código Civil, y que en opinión del Registrador no goza de personalidad jurídica, pero en puridad, continúa manifestando el registrado, la falta de personalidad jurídica derivaría del artículo 1.670 del Código Civil, y no del artículo 1.669 que se refiere a las sociedades ocultas. Indica el Notario que la nota del Registrador es infundada técnicamente, ya que existen sociedades civiles y mercantiles, y que dentro de estas primeras las hay con forma mercantil, con objeto mercantil y Sociedades Civiles en sentido estricto. En su argumentación, el Notario expresa que los socios que fundaron esa sociedad civil optaron por que la sociedad no revistiera ninguna de las formas de Sociedad Mercantil, indicando que la sociedad objeto de recurso no tiene objeto mercantil, y si no tiene ni objeto ni forma mercantil, la conclusión del Notario es que debe ser tratada como una Sociedad Civil en sentido estricto, rigiéndose por las formalidades establecidas en el Código Civil, y que además la propia escritura determina claramente que el objeto no es mercantil, y en su hilo conductor establece que al no haberse aportado inmuebles a la Sociedad Civil en su constitución, se ha cumplido lo dispuesto en los artículos 1.280 y 1.677 del Código Civil, y por ello el Notario como consecuencia lógica indica que puede tener personalidad jurídica si se ha cumplido el requisito de publicidad exigido legalmente. Como último punto de su argumentación, el Notario introduce la consideración de si esta sociedad puede ser considerada como oculta o no, criterio éste que el Registrador parece establecer en la nota de calificación, negando el Notario que pueda aducirse el artículo 1.669 del Código Civil. Todo ello en base al artículo 16.2 del Código de Comercio y 383 del Reglamento Hipotecario, pues en ambos casos, dice el Notario, se recoge la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil únicamente para las Sociedades mercan-

tiles, y según el primero de los artículos citados para las civiles, siempre que así lo disponga alguna ley, disposición que establece el Notario, al menos con carácter general no existe en la actualidad utilizando como último argumento que la publicidad es la puramente de hecho material.

4.º *Informe del Registrador.* El Registrador, en su informe posterior, intenta aclarar el carácter subsanable o insubsanable de los defectos aducidos e indica que en el presente caso el objeto de la sociedad es mercantil o industrial, dando diversos argumentos como la inclusión a efectos fiscales dentro de la licencia fiscal de actividades profesionales o artísticas, y que el Registrador indica que no se conoce en la legislación española de entes sociales, cuyo nacimiento a la vida jurídica no dependa de su inscripción en un Registro público, y que ello es lo que garantiza a la publicidad y no al secretismo, y por último utiliza un argumento recurriendo a la jurisprudencia del Supremo que declara que una sociedad que no se inscriba en el Registro Mercantil ha de calificarse como sociedad irregular o de hecho.

5.º *El Tribunal Superior de Justicia.* Dicho Tribunal de Cantabria, en Auto de 1 de octubre de 1993, estimó el recurso basándose en que no se puede fijar la atribución de personalidad jurídica con la publicación en un Registro u oficina pública, indicando su base argumental que el objeto de la sociedad que ocupa el caso no puede ser desvirtuado convirtiendo en mercantil o industrial por la consideración tributaria, asimismo indicando que no está de acuerdo con la tesis de que el nacimiento de los entes sociales a la vida jurídica dependa siempre de la inscripción en un Registro público, y que los mecanismos de control en ese aspecto no son exigibles por el contrario, en una actividad de índole privado; concluyendo que la inscripción del inmueble favorece la publicidad y seguridad en el tráfico y sería siempre más garantizadora de aquéllos que pudieran entrar en relaciones jurídicas con la referida sociedad.

6.º *El recurso de apelación del Registrador.* Como consecuencia del Auto del Tribunal de Justicia, el Registrador recurrió poniendo el énfasis en este caso en que, cuando los artículos 1.667 y 1.668 establecen que el contrato de sociedad puede constituirse en cualquier forma, se está haciendo referencia sólo a la validez del contrato de sociedad entre las partes, indicando el Registrador que en cuanto a terceros, la sociedad sólo goza de personalidad jurídica si sus pactos pueden ser conocidos por terceros, como demuestra el artículo 1.669, al negar personalidad jurídica a Sociedades Civiles cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios; conexionando estas ideas, el Registrador manifiesta que al no existir un Registro específico para estas sociedades e interpretando conjuntamente en los artículos 1.669 y 1.670 del Código, hay que concluir de que sólo si la Sociedad Civil se constituye en cualquiera de las formas reconocidas de la legislación mercantil, adquirirá personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro Mercantil. Si no

adopta alguna de estas formas, al no poder ser inscritas, no tendrán personalidad jurídica en sus relaciones con terceros.

B) ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA EL SUPUESTO DE HECHO

En un primer momento, y en base a lo que se ha relatado con anterioridad en relación al supuesto de hecho, con la calificación del Registrador, el recurso, el informe, etc., van surgiendo algunas cuestiones previas que después volveremos a analizar al hacer referencia a los fundamentos de derecho de esta Resolución, pero que quizá en este momento sea oportuno el ir analizando para ir centrando el tema.

1.º *Sociedad Civil-Sociedad Mercantil.* Del propio enunciado del artículo 1.665 del Código Civil no puede llegarse por sí solo a un concepto definido de Sociedad Civil como tipo. Ya indicábamos «que la definición que en él se plasma podría ser perfectamente encajable dentro de un concepto general de sociedad. No cabe duda que la distinción que más interesa en el tráfico de la Sociedad Civil y Mercantil, pues es en este punto donde verdaderamente se plantean los problemas de la especialidad del Derecho Mercantil y la atracción de sus normas a la hora de su aplicación. Se han utilizado doctrinalmente diversos criterios para intentar llegar a una distinción. Se acude al criterio, unas veces del objeto, otras veces de la forma; a veces se combinan ambos, objeto y forma, es decir, se caracteriza la Sociedad Mercantil como aquella que además de tener un objeto mercantil reúne los requisitos establecidos en el Código de Comercio, es decir, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. En principio, el criterio de la forma en sí y por sí no significa nada, ya que se trata de una adjetivación del derecho o una forma de manifestación de una institución, con la salvedad de algunos tipos societarios, como ocurre en las Anónimas, las Limitadas, o las de Garantía Recíproca en las que la forma atrae a la sustancia, y en estos casos la sociedad es *ab-initio* mercantil con independencia del objeto... Incluso con este criterio formalista exclusivo caeríamos en contradicción con el artículo 1.670 del Código Civil, relativo a las Sociedades mixtas, es decir, sociedades con objeto civil, pero que revisten formas mercantiles (salvo lo indicado para algunos tipos especiales de sociedades mercantiles, ...como la anónima o limitada). Es pues, el criterio del objeto el que desde un punto de vista dogmático y jurídico debe ser el que presida la distinción entre lo civil y lo mercantil. Autores como MANUEL DE LA CÁMARA se inclinan claramente por este criterio (9). No obstante, este criterio diferenciador también plantea problemas a la hora de poder definir con claridad lo que es actividad

(9) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1977, pág. 143 y sigs

mercantil, tráfico mercantil, acto de comercio en relación con el artículo 116 del Código de Comercio, en conexión con los artículos 1 y 2 de este mismo cuerpo legal» (10).

De ahí se deriva la dificultad de poder establecer con nitidez la diferencia, entre lo civil y lo mercantil, e incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha tenido un criterio unitario, ya que en muchas ocasiones ha considerado civiles a determinadas sociedades, en donde el aspecto mercantil era claro, como en los supuestos de explotaciones de bares, cafeterías, etc. (11).

2.º *El problema de la publicidad y de la personalidad jurídica de las Sociedades Civiles.* En relación a este tema nos remitimos a un momento posterior a la hora de analizar los fundamentos de derecho de esta Resolución, por ser ciertamente uno de los argumentos básicos en los que se pone más énfasis a la hora de resolver la cuestión, y todo ello para evitar repeticiones, y pretendiendo seguir un hilo conductor sistemático.

3.º *El problema de la titulación previa.* En la nota de calificación del Registrador no aparece ningún aspecto relativo al título constituido de la Sociedad Civil, que después adquiere un inmueble para su inscripción, en definitiva, la constitución en documento privado o público de la Sociedad Civil. Como bien sabemos, el Código Civil regula en el artículo 1.667 y 1.668 los requisitos de forma para la constitución de la Sociedad Civil, según haya o no aportación de bienes inmuebles o derechos reales. Siempre he defendido la titulación pública en cuanto a las posteriores adquisiciones de inmuebles de la Sociedad Civil en relación con el documento constitutivo. HERNÁNDEZ MANCHA ha discrepado de BADÍA y de nuestra opinión entendiendo que no es correcto el indicar que el principio de titulación pública obliga a que conste en escritura no sólo la adquisición del inmueble, sino la constitución misma de la sociedad; como si la adquisición inmobiliaria anterior implicase una nulidad relativa sobrevenida del acuerdo constitutivo realizado privadamente; entendemos, continúa diciendo el mismo autor, que el artículo 3 de la LH domina el acto de la adquisición en sí... pero entendemos que dicho precepto no obliga a retrotraernos al momento de la fundación del ente social (12).

(10) FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, «La Sociedad Civil y su conexión registral», *ob. cit.*, pág. 156.

(11) Sentencias del TS, entre otras la de 7 de octubre de 1976, 2 de junio de 1981, reseñadas por CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 147. También para la diferencia, *vid.*, CÁNDIDO PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo 2.º, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1314.

(12) MANUEL HERNÁNDEZ MANCHA, «Las Sociedades Civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto, núm. 280, año 1991, pág. 1609. Contrario a esta opinión, ANGEL BADÍA SADILLAS, «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil en el Derecho español», en *RCDI*, año LXII, núm. 573, pág. 326 y sigs.

Este autor, por supuesto, hace el razonamiento cuando la sociedad al nacer no necesita el documento público para su constitución, conforme al artículo 1.667 del Código Civil; pero a pesar de ello discrepamos porque al menos es necesario dotar de una fehaciencia previa al acto de la adquisición del inmueble, aunque la Sociedad Civil en esos casos no lo requiera para adquirir su personalidad, pero en cambio sí parece esencial la titulación pública, al menos para algo tan sencillo como acreditar la representación de las personas que van a actuar en nombre de la misma, todo ello no solamente por el artículo 3 LH, sino también por el artículo 1.280 del Código Civil que dispone: «deberán constar en documento público: 5.º El poder para contraer matrimonio... El poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que tenga que redactarse en escritura pública o que haya de perjudicar a terceros»; en relación a este punto, si la sociedad se ha constituido en documento privado por no haberse aportado bienes inmuebles o derechos reales, ya que si no la escritura pública sería requisito esencial, si con posterioridad esta sociedad pretende inscribir un inmueble a su nombre, mediante escritura pública, compareciendo un representante de la sociedad por las razones antes expuestas, más oportuno sería realizar una elevación a público del documento privado en el que se constituyó la Sociedad Civil como requisito previo de seguridad, y con posterioridad la inscripción de la escritura pública de adquisición del inmueble (13).

Como indicábamos anteriormente, nadie en la Resolución ha entrado en esta cuestión, aunque me ha parecido interesante el volver sobre ella, aunque como se ha puesto de manifiesto no todos estamos de acuerdo sobre el tema.

4.º *El problema de las Sociedades mixtas.* El artículo 1.670 del Código Civil está haciendo referencias a lo que se ha venido a denominar las Sociedades mixtas, estableciendo que aquellas sociedades que sean civiles por su objeto pueden en cambio, revestir forma mercantil estableciendo un régimen jurídico, en el sentido de que las mismas serán reguladas por disposiciones mercantiles en cuanto no se opongan a las del propio Código Civil. La problemática que se plantea en las Sociedades mixtas es la de averiguar qué normas de una y otra materia, tanto la civil como la mercantil, les van a ser aplicables. Han habido muchas opiniones doctrinales al respecto, pero quizá las más aceptadas, como indican CAPILLA y CÁMARA, son las que entienden que a este tipo de sociedades se les debe aplicar íntegramente el régimen de

(13) FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, «La Sociedad Civil: Su problemática en el tráfico jurídico», *ob. cit.*, págs. 605 y 606. Para ver otras posturas, *vid.*, JOSÉ ANTONIO RUIZ RICO, «Las sociedades y el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 268, junio de 1990, reseñado por HERNÁNDEZ MANCHA, *ob. cit.*, pág. 1609.

tipo social mercantil escogido, excepto las normas que obedecen a la condición de comerciantes de la sociedad (14). Existirán, indudablemente, un conjunto de normas mercantiles que se les deberán aplicar para dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, y así se aplicarán «Los preceptos mercantiles referentes a la constitución de la sociedad, representación de la misma, organización corporativa y régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales» (15).

Otra cuestión a tener en cuenta en las sociedades mixtas sería el de su conexión registral, es decir, su acceso al Registro Mercantil, tema importante que podría abrir el paso a planteamientos superiores, es decir, así las Sociedades Civiles puras podrían o no, tener acceso al Registro Mercantil. Volveremos a insistir sobre el tema a la hora de ver la personalidad y publicidad de la Sociedad Civil y su conexión registral. El Registrador Mercantil, en la nota como en su informe, mezcla como luego tendremos ocasión de analizar, el artículo 1.669 y 1.670 del Código Civil, pero nada dice por el contrario acerca del objeto civil o mercantil de esta sociedad, y buena prueba de ello es que la misma Dirección en los fundamentos de derecho dice que el Registrador en la nota no cuestiona el objeto civil. Quizá si se hubiera dado cuenta en un primer momento podría haber hecho en su caso hincapié en este extremo, circunstancia que se da cuenta después en el informe que hace, una vez interpuesto el recurso por el Notario, y habla del objeto mercantil en ese momento procesal cuando ya no es posible sacar nuevos argumentos calificatorios esenciales, como sería éste, al no haber sido puestos en la nota, y como acertadamente observa la Dirección. Lo hubiera tenido más fácil el Registrador, o al menos hubiera creado menos polémica la Resolución si se hubiese aducido el mismo criterio que se utilizó en la de 28 de junio de 1985, que ya es de sobra conocida por todos, es decir, si el objeto es mercantil, prima esta legislación y debe constituirse con forma mercantil, es decir, escritura e inscripción en el Registro Mercantil. Pero gracias a este desliz inicial, la Dirección ha tenido que entrar de lleno en un caso de Sociedad Civil pura, tanto subjetiva como objetivamente, cosa que con anterioridad no había hecho, y que ya habíamos comentado en otros escritos. Si hubiera el Registrador acudido a esa vía argumental no habría derrapado en el terreno resbaladizo y difícil de la personalidad jurídica y de la publicidad, confundiendo y mezclando, como hemos dicho antes, los artículos 1.669 y 1.670. Pero para una mejor comprensión de la argumentación esgrimida en el informe y en el posterior recurso de apelación del Registrador, pasemos a analizar los fundamentos de derecho, que en su mayor parte siguen la línea del Registrador.

(14) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 153.

(15) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 153.

C) LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como punto de partida, y sin ser excesivamente duros en nuestra calificación, podemos decir que en este caso la Dirección ha mezclado conceptos, razonamientos jurídicos, y se ha cargado de un plumazo a las Sociedades Civiles dejándolas ya definitivamente arrinconadas y muertas; tarea esta que debe, en todo caso, dejarse encomendada al legislador, que tantas veces nos tiene acostumbrados a determinados ataques furibundos contra ciertas instituciones, pero que en ningún caso puede hacerlo a través de la vía de una Resolución de la Dirección General, que por quitarse el mochuelo de encima, opta por la vía más expedita, solucionando de un plumazo lo que el legislador no ha sabido hacer, a los efectos de dejar claro la inscripción de las Sociedades Civiles en el Registro Mercantil, cosa que podía haber hecho suficientemente.

1.º *En cuanto al primer fundamento de derecho* es donde se indica con claridad que no se está debatiendo el objeto civil de la sociedad, ya que el Registrador no lo cuestiona en su nota, y sí se debate, en su caso, la personalidad jurídica de la sociedad independiente de la de sus socios. Tampoco se debate el tema de la titulación pública o privada del documento constitutivo, o más concretamente si es o no necesario el hacer público ese documento, aunque en un primer momento no fuese necesario por los artículos 1.667 y 1.668. Nos remitimos en este punto a lo anteriormente indicado sobre la representación, el artículo 1.280 del Código Civil y el artículo 3 de la LH, en donde hemos dejado claramente expuesta nuestra opinión. No obstante resumiendo, que si una Sociedad Civil compra un inmueble y se quiere que tenga acceso la compra al Registro de la Propiedad, esa adquisición habrá que tener en cuenta que por el principio de titulación pública, además de otorgarse la escritura de compra-venta en la forma notarial, también deberá tener la forma pública la constitución de la sociedad; podría darse el caso que la Sociedad Civil se hubiese constituido en documento privado por no ser unos de los supuestos excepcionados en cuanto a la libertad de forma del artículo 1.667 del Código Civil. En principio, la constitución de la sociedad sería válida, pero si luego esa sociedad adquiere un inmueble, la solución correcta, como ya hemos indicado, sería la de elevar a público dicho contrato, con lo que ello significa, y posteriormente será otorgada la escritura pública de adquisición. En el caso debatido presumimos que la Sociedad Civil Electrolux no se constituyó con aportación de inmueble o derechos reales, por que si así hubiese sido, como ya hemos defendido en otras ocasiones, sí que consideramos requisito esencial o *ad solemnitatem*, el de la forma pública. Pero como hemos indicado sobre estas cuestiones, no entra la Dirección, cosa que no hubiese sido ilógica que

hiciese, y que incluso hubiese podido salvar mejor sus argumentaciones (16).

2.º *Fundamento de derecho segundo.* Es aquí en este segundo fundamento, donde se halla la estructura esencial de la Resolución, y donde la capacidad de sorpresa de este lector ha quedado completamente desbordada.

En cuanto a la oscuridad del problema parece que es una de las pocas cosas que tiene clara la Resolución, ya que dice: «Se trata de una cuestión cuya solución dista de ser sencilla, y ello no sólo por la propia oscuridad de los textos legales aplicables, sino también por la existencia de situaciones jurídicas intermedias... que aunque cuando no dan lugar a la aparición de un solo y único sujeto de derecho con todas las características que le son inherentes..., presentan algunas semejanzas a veces importantes con el fenómeno de la personificación jurídica». Hasta hoy como principio general podemos estar de acuerdo en alguno de sus puntos, sobre todo en el de las relaciones entre las Sociedades Civiles y las Comunidades de Bienes. Lo que nos parece más asombroso es que diga que «Con base a una interpretación aislada, y como tal improcedente, del artículo 1.669 del Código Civil, se ha afirmado que la Sociedad Civil tiene personalidad jurídica, cualquiera que sea la forma en que sea constituida, y sin precisar para ello de la escritura notarial ni de la inscripción en un Registro público. Tal conclusión, sin embargo, no puede admitirse; la unidad del ordenamiento jurídico impone la interpretación de este precepto en conjunción con el resto de las normas jurídicas referidas a esta materia (art. 35 y 1.670 del Código Civil y 116 y 119 del Código de Comercio, etc.) y la de todas ellas en relación con sus antecedentes históricos, su espíritu, finalidad, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (cfr. art. 3 del Código Civil), y al hacerlo así se observará lo infundado de tal afirmación»; en un primer momento, no entendemos porque se habla de interpretación aislada y como tal improcedente, pues que una interpretación sea aislada no tiene que derivar a la improcedencia, teniendo en cuenta además que todas esas afirmaciones que hace la Resolución no se han hecho ni de forma tan radical ni tan tajante, sino analizando cada uno de los supuestos en los que se puede encontrar la Sociedad Civil e intentando buscar soluciones. Desconoce tal argumentación la totalidad de la Doctrina española, por no citar la extranjera, que no es tan aislada ni improcedente, sino que utiliza argumentos lógicos, tan defendibles como cualquier postura, y además teniendo en cuenta que la Doctrina moderna como así y también sectores de la Doctrina antigua dotan de personalidad jurídica o, mejor dicho, defienden la personalidad jurídica de la Sociedad Civil aunque no estén inscritas en un Re-

(16) Para estas cuestiones relativas a la Resolución, FERNANDO PANTALEÓN, *ob cit*, págs. 2 y 3.

gistro público, más aún como veremos, el legislador cierra todas las vías o caminos para esa inscripción en el Registro Mercantil, y alguno de los que hemos escrito sobre este tema hemos defendido que debería abrirse las puertas del Registro Mercantil a las Sociedades Civiles por razones de seguridad jurídica, pero si al legislador no le entra en la cabeza esta cuestión, habrá que acudir a las normas del Código Civil puro y duro. Por supuesto esta argumentación es en relación a las Sociedades Civiles puras objetivas y subjetivamente ya que los casos de las Sociedades Civiles que revisten formas reconocidas en el Código de Comercio como aquéllas que tengan objeto mercantil no deben plantear problemas ya que la normativa que le es aplicable hace imprescindible, de una forma indubitada para que la sociedad alcance personalidad jurídica, que su constitución se haga por escritura pública que debería ser inscrita en el Registro Mercantil (17). Incluso se ha dicho que «Lo que debo criticar de manera muy radical es el sorprendente desatino, que comporta negar la personalidad jurídica de todas las Sociedades Civiles que no hayan sido inscritas en el Registro Mercantil» (18). Y yo continuaría la frase indicando que con la ley en la mano veo imposible y casi imposible que la Sociedad Civil pura, objetiva y subjetivamente pueda tener acceso al Registro Mercantil, a pesar de que ello sería lo más conveniente y adecuado.

En relación con estas cuestiones quizá convendría el analizar lo que he denominado más de una vez, la Sociedad Civil y su conexión registral, en este caso en relación con el Registro Mercantil, ya que en el Registro de la Propiedad hemos visto al analizar otras resoluciones, cuál es el estado de la cuestión.

Como ya indiqué por razones de publicidad y seguridad se debería haber permitido de una manera clara y rotunda el acceso al Registro Mercantil de las Sociedades Civiles con la acotación que hemos indicado de las que plantean problemas, que son las Sociedades Civiles puras, en una sección especial para ellas, aprovechando la reforma societaria que se hizo en el año 1989, en conexión con el derogado Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de ese mismo año, que entró en vigor el 1 de enero de 1990, y con el actual Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 que tampoco da ningún pie. El ya derogado artículo 16 del Código de Comercio establecía: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: 5. Cualesquiera personas naturales o entidades jurídicas, públicas o privadas aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realizan actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos». Algún sector doctrinal entendió que al establecer el precepto la frase, que realicen actos o

(17) En este sentido, HERNÁNDEZ MANCHA, *ob. cit.*, págs. 1605, 1606 y 1610.

(18) FERNANDO PANTALEÓN, *ob. cit.*, pág. 3.

posean bienes sujetos a inscripción debería ser entendido, a inscripción en el Registro Mercantil (19). Por su parte, el actual artículo 122 del Código de Comercio comienza estableciendo: «por regla general, las Sociedades Mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes». El actual artículo 16 del Código de Comercio establece que el «Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de... 2.º las Sociedades Mercantiles... 5.º cualesquiera personas naturales o jurídicas cuando así lo disponga la ley». Y por su parte el nuevo Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 81 establece los sujetos inscribibles en el Registro Mercantil, citando entre otros en la letra M, el de las demás personas o entidades que establezcan las leyes; Reglamento de 1996, que es idéntico al reglamento derogado de 1989. Con base a estos antecedentes y a las normas de *lege data*, vemos de nuevo que el legislador no determina la posibilidad de la inscripción en el Registro de estas Sociedades Civiles, y la remisión genérica que hace cuando indica en el Reglamento a las demás personas o entidades que establezcan las leyes; en nuestro caso, la ley que regula las Sociedades Civiles puras es el Código Civil. La vía de la creación de un Registro especial para la inscripción para que las Sociedades Civiles pudieran parecer sugestivas en un primer momento, pero en nuestra opinión, el Registro donde deberían inscribirse es en el Registro Mercantil que tiene unos mecanismos claros y seguros, así como personal cualificado para la calificación registral. Por ello, hemos indicado que de *lege ferenda* eso sería lo conveniente (20). Recientemente se ha seguido tratando sobre este tema y sobre todo al hilo de la Resolución del 31 de marzo de 1997 (21).

Algunos autores ofrecen como solución provisional que en los Registros de la Propiedad donde tuviesen acceso las Sociedades Civiles con ocasión de la adquisición de inmuebles, se transcribiera en los mismos los Estatutos, los órganos de representación, etc., para al menos paliar en un mínimo, esa falta de registro especial para ellas, y así cuando los terceros quisieran adquirir de estas sociedades, tendrían un mayor conocimiento de su funcionamiento y características. En este sentido se expresan autores como BADÍA SALILLAS, HERNÁNDEZ MANCHA, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. Así, GARCÍA GARCÍA, aunque puntualiza que el Registro de la Propiedad no es un Registro de personas, sino de Derechos Reales sobre inmuebles, ante la inexistencia del instrumento de publicidad adecuado, estima que aquél puede servir para una solución intermedia: Practicar la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad a nombre de la persona jurídica Sociedad Civil, pero como requisito

(19) AURELIO MENÉNDEZ, en *Las leyes hipotecarias y registrales de España*, vol. 4.º, «Registro Mercantil», págs. 130 y 132, reseñado por BADÍA SALILLAS en la *ob. cit.*

(20) FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, en «Comunidad de bienes...», *ob. cit.*, págs. 70 y 71.

(21) Vid. FERNANDO PANTALEÓN, *ob. cit.*, pág. 7.

simultáneo se harían constar en el cuerpo de la inscripción los Estatutos de la Sociedad Civil y los nombres de los socios (22).

En definitiva, el esquema central de la Resolución se basa en indicar que existen dos tipos de Sociedades Civiles a los efectos que nos ocupan; unas, las que adoptan algunas de las formas reconocidas en el Código de Comercio, y se ajustan al rigor que este código establece para la constitución legal de las Sociedades Mercantiles, y por ende, la aplicación por imperativo del artículo 1.670 del Código Civil, del párrafo 2.º del artículo 116 y 119 del Código de Comercio. Por otro lado, existen para la Resolución las restantes Sociedades Civiles, que según manifiesta la Dirección, «ni hay una previsión legal que de modo preciso y directo les atribuya la personalidad jurídica, ni tal conclusión puede deducirse del artículo 1.669 del Código Civil»; a todo ello la Resolución hace continuas referencias a lo que llama categóricos términos del artículo 35.2 del Código Civil que según la misma, difícilmente armonizan con la derivación de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil a partir de un precepto formulado en términos negativos y de carácter fragmentario; también aduce como principio general que existen argumentos importantes para entender que las sociedades cuyos pactos se mantienen reservados entre los socios son precisamente las Sociedades Civiles que no se inscriben en el Registro Mercantil, y para determinar esta idea utiliza lo que llama argumentos sistemáticos, el lógico y el histórico.

En cuanto al argumento sistemático que utiliza indica resumidamente que no sería coherente supeditar la personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles a su inscripción a un Registro público, y en cambio prescindir de tal exigencia para las Sociedades Civiles sin forma mercantil, cuando son tan similares las repercusiones que para el tráfico tiene la personificación de unas y otras, y el artículo 119 del Código de Comercio aplicable por remisión a determinadas Sociedades Civiles, al precisar que los pactos dejan de ser reservados entre los socios cuando se consigna en escritura pública y se inscribe en el Registro Mercantil, está indicando ya, que las sociedades contempladas en el artículo 1.669 del Código Civil no pueden ser, sino todas las que no se inscriban en el Registro Mercantil.

En cuanto al argumento o elemento lógico dice la Resolución que debido a la importancia de la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad jurídica, esta circunstancia reclama que se produzca su concesión respecto de todos en un momento preciso y determinado en la medida en que esa personificación de la Sociedad Civil dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no ha de bastar la simple publicidad de hecho, sino la

(22) Reseñado por ANTONIO MANZANO SOLANO, en *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, vol. II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1994, págs. 490 y 491

posibilidad legal de conocimiento por todos desde el momento inicial y al margen ya de la voluntad de los socios, y que ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido al efecto; de lo que llama argumento histórico también la Resolución indica que, «pues admitiendo los artículos 1.669 y 1.670 son preceptos complementarios que abarcan todas las Sociedades Civiles... encuentra plena coherencia su introducción conjunta en el texto del Código Civil, al mismo tiempo que se suprimía el artículo 5 del título dedicado a las sociedades en el anteproyecto del Código Civil que de modo absoluto negaba la personalidad jurídica de la Sociedad Civil... ha de concluirse pues, continúa diciendo la Resolución, que las Sociedades Civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil carecerán de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se registrará por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes... y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros».

Como colofón a esta exposición y a las soluciones aportadas se dice que éstas además responden a las necesidades de la realidad social y se coordina con las tendencias de la nueva legislación, estableciendo que «con la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil para las Sociedades Civiles por el objeto a que se consagren puedan ganar personalidad jurídica, se contribuye a dar seguridad, también en el ámbito civil... a través de la publicidad registral. Por otra parte, la exigencia en los fenómenos de personificación jurídica del requisito de la publicidad, entendida como constancia oficial en un Registro público, constituye una constante de nuestro ordenamiento ya desde la propia época de codificación.

D) CONTRARGUMENTACIONES A LOS FUNDAMENTOS

a) *La publicidad y la personalidad jurídica de las Sociedades Civiles*

Volvemos a repetir que el problema se está planteando con respecto a las Sociedades Civiles puras, tanto objetiva como subjetivamente, y como consecuencia de ello en los temas de inscripción del Registro Mercantil, el de la publicidad y el de la personalidad jurídica.

Uno de los temas obsesivos y reiterativos de la Resolución es el del artículo 1.669, en conexión con el 1.670, queriendo hacer un todo compacto y mezclándolos, cuando en realidad cada uno tiene su misión específica y sus límites; el del 1.670, en relación a las Sociedades mixtas a las que ya hemos hecho referencia. El artículo 1.669 establece que: «No tendrán personalidad

jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros... Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la Comunidad de bienes». El argumento fundamental de la Resolución, es decir, que si no están inscritas en un Registro público los pactos son secretos entre los socios, y por lo tanto no conocidos por los terceros y a *sensu contrario*, el artículo 1.670 hace referencia a las Sociedades Civiles que sí se pueden inscribir en un Registro público, concluyendo que las que no se pueden inscribir no tienen personalidad jurídica y las mixtas sí que la tienen, porque se inscriben en un Registro público, apoyándose en el artículo 119 del Código de Comercio y en el 35.2 del Código Civil. El artículo 1.669 del Código Civil ha tenido algunas discrepancias doctrinales en cuanto a su interpretación. CAPILLA establece un interesante análisis histórico-jurídico sobre los antecedentes del precepto, indicando que hasta el anteproyecto del código no existía un precepto que pudiera ser considerado antecedente del actual 1.669. En este anteproyecto, se establecía un tratamiento distinto sobre el tema de la personalidad jurídica ya que éste en relación con la sociedad, tenía dos títulos, uno que habría que decir de la sociedad sin personalidad jurídica y otro que hablaba de las sociedades con personalidad jurídica (23).

Como se ha indicado, se ha intentado en algún momento identificar que la publicidad que exige el artículo 1.669 del Código Civil es una publicidad de carácter registral; como acertadamente se indica por PAZ-ARES, «dejando aparte alguna opinión aislada que entendía que esa publicidad ha de ser registral (así, DE CASTRO...), la práctica totalidad de los tratadistas estiman que el artículo 1.669 sólo exige la publicidad de hecho (SCAEVOLA, CASTÁN, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, PUIG BRUTAU, PÉREZ Y ALGUER, BADÍA, CÁMARA, CAPILLA, GIRÓN). En términos generales, la idea más difundida es que la publicidad de hecho existe desde el momento en que comienza las operaciones sociales, y la sociedad se manifiesta como tal en el tráfico mediante el ejercicio de la actividad *nomine societatis*. A nuestro juicio, continúa indicando el mismo autor, la adquisición de la personalidad jurídica no puede supeditarse o condicionarse al cumplimiento de ningún requisito de publicidad (24).

En nuestra opinión, la interpretación que da la Resolución en este punto no se ajusta a lo que dice el Código Civil en su artículo 1.669, ni tampoco en la sistemática del articulado; otra cosa es que seamos partidarios de que existiera una publicidad registral por razones de seguridad en el tráfico jurídico para las Sociedades Civiles puras, tanto objetiva como subjetivamente, y que de ahí pudiera derivarse, en su caso, que si se permitiera su inscripción en el Registro Mercantil, por ejemplo, por vía del artículo 383 del RH, y por

(23) CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, pág. 40.

(24) PAZ-ARES, *ob. cit.*, págs. 1357 y 1358.

analogía pudiera exigirse para que se inscribieran bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, el que previamente estuviesen inscritas en el Registro Mercantil; pero ello no determinaría en nuestra opinión la adquisición de la personalidad jurídica, salvo que por una modificación legislativa se dijera que no tienen personalidad jurídica estas sociedades si no están inscritas en el Registro Mercantil o en un Registro público determinado. Pero esto, en todo caso, es jugar a la ciencia ficción, cosa peligrosa en muchas ocasiones y más en Derecho.

Incluso la jurisprudencia del Supremo utiliza la terminología de Sociedad Civil irregular, terminología en nuestra opinión incorrecta, ya que la irregularidad está en relación con la publicidad legal del Registro. En este sentido, PAZ-ARES establece que: «de modo que la Sociedad Civil no es sujeto inscribible, no puede ser irregular, ni someterse al régimen jurídico propio de esta clase de sociedades, así como también establece dicho autor que la jurisprudencia en este campo mezcla muchos conceptos como, por ejemplo, el establecer la pretendida naturaleza civil de las sociedades mercantiles irregulares» (25).

Incluso en el tema de la inscripción, de la publicidad y de la personalidad jurídica, se ha indicado con acierto, «que tras las intervenciones legislativas que suponen los artículos 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas... y el artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico que las sociedades en formación e irregulares gozan de la personalidad jurídica básica descrita en el artículo 38.1 del Código Civil (como resultaba ya del tenor literal del art. 116.2 del Código de Comercio, y ahora resulta de los artículos 1 y 22.1 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico que no subordina la atribución a éstas de personalidad jurídica a su inscripción registral). Y que la inscripción en el Registro Mercantil sólo es precisa para que las sociedades de capital adquieran su especial personalidad jurídica (art. 7.1 *in fine*, 11.1 de las Leyes de Sociedades Anónimas, respectivamente)» (26). Otro tema será el considerar que el contenido del artículo 38, párrafo 1.º del Código Civil está determinando *per se* todas las posibilidades de la capacidad jurídica y de obrar de las personas jurídicas, entre ellas las de ser titulares registrales, circunstancia esta a la que me adhiero plenamente a pesar del artículo 383 del RH que está pensando en las mercantiles y por analogía en aquellas otras que son susceptibles de inscripción, aunque hay parte de la doctrina que entiende que las Sociedades Civiles externas, las sociedades en formación y las sociedades irregulares podían figurar como titulares registrales con su propia denominación social (27).

(25) PAZ-ARES, *ob. cit.*, págs. 1339 y 1340.

(26) FERNANDO PANTALEÓN, *ob. cit.*, pág. 3.

(27) FERNANDO PANTALEÓN, *ob. cit.*, págs. 3 y 6, reseñando a FRANCISCO GARDEAZÁBAL DEL RÍO en GARRIDO DE PALMA, *Las sociedades de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, págs. 266 y 322.

Avanzando un poco más pienso que es posible la inscripción a nombre de la Sociedad Civil del inmueble adquirido, siempre que exista titulación pública, como ya indiqué anteriormente por el artículo 3 de la LH y artículo 1.280 del Código Civil, siempre que se hayan observado los requisitos de forma, se trate de una sociedad pura subjetiva y objetivamente, ya que en las mixtas no hay problema, puesto que se inscriben en el Registro Mercantil y que por ello en las civiles puras no hay que negarle su personalidad jurídica por no estar inscritas en un Registro público, circunstancia esta que no es posible con la ley en la mano y que menos aún hay que decir que no tienen personalidad jurídica por no estar inscritas.

Se ha dicho en la Resolución cuáles son las tendencias de la nueva legislación; en relación a las agrupaciones de interés económico, ya hemos reseñado algún punto de su normativa en relación a su personalidad jurídica y a la inscripción. En este punto, la Resolución vuelve a olvidar las recientes reformas legislativas, como es la de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995. El artículo 87.2, al hablar de la transformación de la sociedad de responsabilidad limitada, indica que: «cuando el objeto de la sociedad de responsabilidad limitada no sea mercantil, podrá transformarse además en Sociedad Civil», vemos claramente cómo el legislador mantiene este carácter de la Sociedad Civil para transformar una limitada en una civil, y el propio artículo 91 de la citada ley dice que la transformación efectuada con arreglo de lo prevenido en esta ley no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad que continuará subsistiendo bajo la forma nueva». Este artículo, además, nos puede abrir una ventana a la posibilidad de la permanencia de esta sociedad ya como civil en el Registro Mercantil, y habla de personalidad jurídica. El propio artículo 92 de la misma ley está haciendo referencia a la transformación de Sociedades Civiles en Sociedades de Responsabilidad Limitada, que no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada. Me parecen argumentos contundentes que contradicen lo que la Resolución habla tan ampulosamente de nuevas tendencias legislativas.

De otro lado, en este criterio de las tendencias existe una Ley 9/97, de 23 de junio, sobre la participación de la Generalidad en Sociedades Mercantiles y Civiles, y en su artículo 1 que modifica la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, de patrimonio de la Generalidad, modificando el artículo 4.º en su número 3 de dicha ley, establece que «son empresas vinculadas a efectos de la presente ley, las Sociedades Civiles o Mercantiles que son gestoras de servicios públicos de la que es titular la Generalidad...» De otro lado, la Ley 19/95, de 4 de julio, sobre Modernización de Explotaciones Agrarias, establece en su artículo 5 la posibilidad de explotación agraria de carácter asociativo y prevé diversas formas jurídicas que deben tener estas explotaciones asociativas y entre ellas la de la Sociedad Civil.

Por su parte, también hay que tener en cuenta una Orden del Ministerio de Justicia de 10 de junio de 1997, relativa al Registro Mercantil para aplicación de la Disposición Adicional 9.^a y otras normas complementarias del Reglamento del Registro Mercantil, donde se regula la obligación de formalizar su inscripción, así como el depósito anual de sus cuentas en el Registro Mercantil, por disposición relativa a la ordenación del comercio minorista, imponiendo a todas las entidades de cualquier naturaleza jurídica que sin ser comerciantes personas físicas, se dedican al comercio mayorista o minorista cuando se establezca un determinado volumen de ventas. El artículo 2 de la orden habla de abrirles hojas en el Registro Mercantil. Como vemos, la tendencia es a abrir la mano. ¿Por qué no a las Sociedades Civiles?

Por último indicar, en relación con lo antes expresado, acerca de la personalidad jurídica en conexión con la publicación en un Registro, hay que hacer referencia a la Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones de Cataluña que en su artículo 9 establece en el número 2 que: «Las Asociaciones que se han constituido de acuerdo con lo establecido en los anteriores artículos deben inscribirse a los únicos efectos de publicidad en el Registro de Asociaciones de la Generalidad. La inscripción en garantía, tanto para terceras personas que se relacionan con las mismas como para sus propios miembros». Como vemos en una muy reciente Ley, se concreta el alcance y finalidad del Registro, en este caso de Asociaciones, pero en nada se asocia a la personalidad jurídica.

Por último, incluso el nuevo Impuesto de Sociedades de 27 de diciembre de 1995, en su artículo 7.^o hace referencia a que se aplicará la Ley del impuesto a todas las personas jurídicas, salvo a las Sociedades Civiles; ello determina que el legislador ha querido indicar que la Sociedad Civil sí es persona jurídica sin más condicionamiento, y que tiene personalidad jurídica conforme a su legislación, en el caso de las civiles puras es el Código Civil.

Dentro de la argumentación de la Resolución se dice algo que sinceramente no entiendo, que puede ser quizá una nueva figura jurídica que hace tambalear mis esquemas ya que, como hemos reseñado, se dice que esta sociedad sin personalidad produce frente al exterior en el aspecto activo una cotitularidad en los derechos sociales que se regirá por las disposiciones del contrato social. Sinceramente no entiendo a qué puede hacer referencia esta Resolución. Más aún, cuando del que deberá inscribirse el inmueble a favor de todos los socios, y como no es una comunidad romana o por cuotas, sino que se trata de una cotitularidad específica, deberá recogerse en el asiento las normas estipuladas, que junto a las previsiones legales determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe. El posible análisis jurídico de estas últimas frases se me hace difícil e imposible, y lo más seguro por mi torpeza. Hay derechos sociales, hay cotitularidad específica, hay cotitularidad en los derechos sociales, y por otra parte no hay personalidad jurídica, no hay nada.

Como ha indicado la doctrina, «simplemente no se ha atrevido a hablar de comunidad sobre los bienes... y ha optado por inventarse una nueva categoría que, dicho con los debidos respetos, nos parece un *mostruum* jurídico. Entra, además, en una especie de *circuitus inutilis*, pues si bien el artículo 1.669, párrafo 2.º del Código Civil, remite a las disposiciones relativas a la Comunidad de bienes (aduce la Resolución) que el artículo 392, párrafo 2.º del Código Civil, a su vez, le envía a las reglas del contrato (de sociedad interna) y a sus disposiciones especiales (las de la sociedad en el Código Civil), con lo cual vuelve al punto de partida dejando las cosas como estaban en origen, sólo que incorporando el régimen en la Comunidad de bienes con carácter únicamente subsidiario. No es así como la Doctrina más atenta ha valorado, ni el alcance del artículo 392, párrafo 2.º del Código Civil, ni la remisión del artículo 1.669, párrafo 2.º al régimen de la Comunidad de bienes (28).

Por último, en cuanto al argumento histórico que utiliza la Resolución y que ya hemos transcrito en su momento, se han escrito numerosos artículos y comentarios sobre el tema; ya hemos apuntado algunos de los comentarios doctrinales. Uno de los puntos conflictivos fue, en su caso, la significación de la introducción en el Código Civil del artículo 1.669. Como se ha indicado, «los motivos por los cuales la exhaustiva regulación del segundo título del anteproyecto se acabó trocando por la exigua y en parte revisoria de los artículos 1.669 y 1.670 del Código Civil, no están claros... como quiera que fuese, lo cierto es que entran los dos artículos citados, quedando descolgados y fuera del Código Civil, tanto el régimen jurídico de las sociedades (asociaciones) con personalidad jurídica, como la negación de dicha personalidad para las Sociedades Civiles; el resultado para nosotros es bastante obvio, no sólo por la supresión del artículo 5 sino también por la de todo el título 2.º que, interpretado a contrario, hubiera permitido concluir que las restantes sociedades carecían de personalidad, y ese resultado sólo puede ser que la Sociedad Civil, salvo que concurren las dos circunstancias que se indican, y tiene personalidad jurídica propia y separada de la de sus socios, y, por tanto, no se rige por las disposiciones de la Comunidad de bienes, puesto que, conforme del artículo 38 del Código Civil es capaz de adquirir y poseer su propio patrimonio. Tan obvio resulta que así ha sido tradicionalmente interpretado por nuestra doctrina... En fin, que algo tiene el agua cuando la bendicen y si no han sido pocos los que han interpretado la inclusión tardía del artículo 1.669 en el sentido que a primera vista se desprende de sus propios términos, quizá no vaya muy errada la tesis que proclama la personalidad jurídica de las Sociedades Civiles» (29).

(28) RICARDO CABANAS TREJO y RAFAEL BONARDELL LENZANO, *ob cit.*, págs. 82 y 83.

(29) RICARDO CABANAS TREJO y RAFAEL BONARDELL LENZANO, *ob cit.*, págs. 69, 70, 71 y 74. Para ver un mayor desarrollo histórico de los preceptos, aparte de la

IV. OTRAS RESOLUCIONES POSTERIORES DE 1997

Con posterioridad a la Resolución ya comentada de 31 de marzo de 1997, ha habido otras resoluciones de la Dirección General relativas a Sociedades Civiles que adquirirían inmuebles y que pretendían su inscripción en el Registro de la Propiedad. La primera de ellas es una Resolución de fecha de 1 de abril de 1997, en la que el Registrador suspende la inscripción porque al ser la adquirente una Sociedad Civil con objeto mercantil es preciso para poder realizar la inscripción de la compraventa a su favor, la previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. La Resolución de 30 de abril de 1997 también es semejante en cuanto al defecto de la calificación del Registrador, también aduce el mismo que se trata de una Sociedad Civil con objeto mercantil. En principio, estas resoluciones se basan en la que ya hemos comentado, a la hora de hablar de las resoluciones anteriores al 97, en la de 28 de junio de 1985, donde el aspecto mercantil priva y atrae, al civil, y por lo tanto la consideración como mercantil, o como acto de comercio de la sociedad y la necesidad de constituirse conforme a las formas reconocidas en la legislación mercantil en conexión con el artículo 383 del RH. Como ya hemos podido comprobar, las diferencias con el supuesto de la Resolución de 31 de marzo de 1997 son claras; en esta última no se discute sobre el carácter civil del objeto, y por ello se está tratando el tema como de una Sociedad Civil pura, subjetiva y objetivamente. En cambio en estas resoluciones se trata un tema ya debatido en la del 85, completamente distinto.

Otro tema será el de la evaluación, de lo que debe entenderse por civil y mercantil, la diferenciación entre Sociedades Civiles y Mercantiles, tema que también hemos tratado anteriormente, y sobre todo el problema de los criterios que puede tener el Registrador para esa calificación civil o mercantil del objeto, y sobre a qué jurisprudencia del Supremo está haciendo caso, ya que en este tema hay muchas sentencias contradictorias, como ya expusimos líneas arriba al hablar de la jurisprudencia del Supremo en estos temas, que como repetimos, es bastante vacilante y con diversas orientaciones.

V. CONCLUSION FINAL

Siempre es difícil llegar a alguna conclusión final sobre todo en temas que tienen tantas imbricaciones en uno y en otro sentido; de la lectura del trabajo cada lector podrá sacar las suyas propias, aunque si tuviéramos que decir telegráficamente alguna conclusión diríamos que la Resolución, objeto

principal de este trabajo, no ha sido muy acertada, ha mezclado argumentos y conceptos de manera desordenada, y sobre todo se ha querido salir por la tangente intentando solventar problemas que el legislador no ha sabido, y parece que no quiere saber.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS
Notario de Cuéllar (Segovia)
Académico correspondiente.
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997

SUMARIO: A) LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES CIVILES EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.—B) EL CRITERIO SEGUIDO POR LA RESOLUCION DE 31 DE MARZO DE 1997 (*BOE* DE 26-4-1997).—C) VALORACION CRITICA DE ESTA RESOLUCION.

Cuando tratamos la cuestión de la titularidad de los derechos y obligaciones y, especialmente, al intentar determinar los requisitos que deben reunirse para alcanzar la condición de titular de bienes y derechos en el Registro de la Propiedad, siempre se han presentado casos difíciles de encuadrar y que, desde una perspectiva práctica, plantean infinidad de problemas. Entre ellos es ya clásico mencionar a la sociedad civil.

Aunque son relativamente frecuentes todavía en la práctica, se trata de una institución que ha ido perdiendo vigor e importancia en el tráfico frente a las sociedades mercantiles, sobre todo las anónimas y las limitadas. Quizá por ello el mismo legislador se ha despreocupado de su regulación y tenemos que seguir remitiéndonos a las normas que se recogen en el Código Civil, prácticamente con su redacción originaria y que, como veremos a lo largo de esta exposición, son más bien confusas y, desde luego, poco adecuadas para la seguridad del tráfico que la economía actual requiere.

Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, la mayoría de los autores y la propia Dirección General, durante los últimos años, habían venido centrandó su preocupación en la determinación de cuándo estábamos de verdad ante una auténtica sociedad civil y no ante una de carácter mercantil y, por otro lado, en la búsqueda de mecanismos de publicidad (el mismo

Registro de la Propiedad, un registro *ad hoc*, una sección especial en el Registro Mercantil...) para estas sociedades, que suplieran la inexistencia de una previsión legal al respecto.

Sin embargo, la reciente Resolución de la Dirección General de 31 de marzo de 1997, ha abordado de manera directa la cuestión esencial de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, sentando conclusiones novedosas y tajantes en algunos aspectos.

Por todo ello, resulta necesario hacer un repaso de las posiciones que tradicionalmente se habían mantenido en la doctrina sobre esta cuestión, para contraponerlas a las afirmaciones que el Centro Directivo hace en esta Resolución y planteamos al final algunas consideraciones críticas, teniendo también presentes las afirmaciones y opiniones vertidas en la interesante charla celebrada en el Colegio de Registradores el día 26 de junio de 1997.

A) LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES CIVILES EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Una primera idea a destacar es que son seis los artículos del Código Civil que la generalidad de los autores examinan para determinar los requisitos que nuestro ordenamiento exige para dotar de personalidad a una sociedad civil:

- Artículo 35.2: «Son personas jurídicas:
 - 1.º ...
 - 2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».
- Artículo 36: «Las asociaciones a que se refiere el número segundo del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste».
- Artículo 1.667: «La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública».
- Artículo 1.668: «Es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura».
- Artículo 1.669: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.
Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».
- Artículo 1.670: «Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de

Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código».

Partiendo, por tanto, de estos preceptos podemos señalar con GARCÍA MÁS (1) que, salvo alguna excepción que luego veremos, la doctrina mayoritaria (SCAEVOLA, CASTÁN, Díez-PICAZO y GULLÓN, PUIG BRUTAU, PÉREZ Y ALGUER, BADÍA, CÁMARA, CAPILLA, GIRÓN...) sostiene que para que el contrato de sociedad civil que regulan los artículos 1.665 y siguientes de nuestro Código Civil dé lugar al nacimiento de una auténtica persona jurídica independiente de la de los socios, se exigen distintos requisitos según los casos:

1. *Si al constituirse la sociedad se aportan bienes inmuebles o derechos reales* habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 1.667 y 1.668 del Código Civil. Cumplidos estos requisitos formales, el contrato de sociedad podrá provocar el surgimiento de una nueva persona jurídica. En caso contrario, el contrato será válido y surtirá efectos entre los socios, pero no habrá lugar a hablar de un ente con personalidad distinta de la de los socios.

2. *Si al constituirse la sociedad no se aportan bienes inmuebles o derechos reales* no se exige requisito formal alguno, y la personalidad podrá surgir incluso aunque el contrato social se haya celebrado verbalmente.

En todo caso, tanto si se aportan bienes inmuebles o derechos reales, como si no se verifica este tipo de aportaciones, la adquisición de la personalidad jurídica por parte de la sociedad requerirá que *sus pactos no se mantengan secretos entre los socios y que éstos, al contratar con los terceros, lo hagan en nombre de la sociedad y no en su propio nombre*, según se deduce de una interpretación a contrario del artículo 1.669. Recogemos a continuación algunas citas que respaldan estas afirmaciones.

Así, CASTÁN (2) señala que: «En nuestra patria... el artículo 35 del Código Civil incluye entre las personas jurídicas, a las que llama “asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de sus asociados”, y el 1.669 dice que no tendrán personalidad jurídica (y se registrarán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes) las “sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros”, dando a entender con ello que las que no se encuentren en este caso gozarán de dicha personalidad. Ya

(1) FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico (Un análisis jurisprudencial)», en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 170, febrero de 1995, págs. 589-612.

(2) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo IV, págs. 591 y 592.

GARCÍA GOYENA, al comentar el Proyecto de 1851, atribuía a la sociedad el carácter de persona moral... Aquí nos basta con indicar que el sistema del artículo 1.669 de nuestro Código Civil, que en esencia consiste en hacer depender la personalización de la sociedad o, por el contrario, su carácter de simple contrato, de la manera como ésta se conduzca en las relaciones con los terceros y de la publicidad o no publicidad de las cláusulas del contrato social, que permita o impida el conocimiento de ellas por el público, nos parece muy racional y fundado».

De igual manera, DÍEZ-PICAZO (3), al interpretar el artículo 1.669 del Código Civil, concluye de manera clara que «Del precepto, formulado en forma negativa, se extrae la regla contraria, es decir, la personalidad jurídica de la sociedad civil salvo las que en él se mencionan.

Los dos factores del supuesto de hecho normativo aparecen en el artículo literalmente yuxtapuestos. En realidad, el simple hecho de que uno de los socios contrate en su propio nombre con los terceros, e incluso el hecho de que ésta sea la forma habitual de contratar, no parece que permita por sí solo entender aplicable la disposición, pues la contratación en nombre propio (y por cuenta ajena) es una de las formas de actuar del representante. Una sociedad puede gozar de personalidad jurídica y, sin embargo, contratar uno de los socios en su propio nombre y no en el de la sociedad (vid. art. 1.698 del Código Civil). Parece por ello que la idea de la contratación en propio nombre la utiliza el artículo como una consecuencia necesaria del secreto de los pactos».

En la misma línea interpretativa, BADÍA SALILLAS (4) entiende que el artículo 1.669 de nuestro Código «...exige dos elementos en el requisito determinante de la no personalidad jurídica, pactos secretos y contratación en nombre propio de los socios, por lo que, en principio, basta con que no se dé uno sólo de esos dos elementos para que la sociedad tenga personalidad jurídica».

Por su parte HERNÁNDEZ MANCHA (5) declara que «...si bien no habría estado de más una atribución positiva y directa de esa personalidad jurídica a las sociedades civiles... es lo cierto que el precepto citado (1.669 del Código Civil) no deja lugar a dudas de que la sociedad civil con pactos no secretos y en que los socios contraten en nombre de la misma, tiene personalidad jurídica plena».

(3) LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, págs. 518 y 519.

(4) ANGEL BADÍA SALILLAS, «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de las sociedades civiles en el Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, marzo-abril 1986, págs. 317 y sigs.

(5) MANUEL HERNÁNDEZ MANCHA, «Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 280, julio-agosto 1991, pág. 1601.

Además, el Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 12 de julio de 1929, resolvió que *el contrato de sociedad crea una personalidad jurídica distinta de los asociados y absolutamente independiente de los demás vínculos de derecho que por su estado, condiciones y determinaciones de su voluntad puedan afectar individualmente a cada uno de los socios*. Criterio reafirmado en la STS de 30 de abril de 1982, según la cual *el Derecho configura el contrato de sociedad civil como constitutivo de persona jurídica distinta de los socios que la integran, salvo en el supuesto de la sociedad irregular*».

Parece por tanto claro que en la doctrina española mayoritaria es aceptado el criterio de que, de una simple interpretación en sentido contrario del artículo 1.669 del Código Civil, se puede extraer el reconocimiento legal de la personalidad jurídica de la sociedad civil.

Ahora hay que dar un paso más en el análisis y plantearnos el significado de la expresión central del artículo 1.669: «pactos secretos entre los socios». En definitiva, habrá que determinar qué tipo de publicidad es exigible a esos pactos sociales para salvar la letra del artículo. A este respecto, indica GARCÍA MAS (6) que, salvo opiniones aisladas, la mayoría de autores se inclina por la exigencia de una simple publicidad de hecho, sin que pueda imponerse la necesidad de inscripción en registro alguno. Veamos algunas referencias que aclaran este extremo.

En primer lugar podemos mencionar a BADÍA SALILLAS (7), quien se interroga de manera expresiva sobre esta cuestión y señala: «...¿es posible, ahora, sostener la necesidad de una publicidad registral en la interpretación del artículo 1.669? La generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que, al no haber una regulación de esta exteriorización de la sociedad, se trata de una publicidad de hecho: el conocimiento por los terceros de la existencia de aquella y de sus principales pactos... si el Código Civil quisiera exigir la inscripción, se vería en su articulado, expresa o tácitamente, cuando, por el contrario, lo que se ve, como también se ha señalado, es la regla de la libertad de forma y atribución de personalidad jurídica a la sociedad civil, por lo que los supuestos en que no se le reconoce no hay que interpretarlos ampliamente».

Por otro lado, Díez-PICAZO (8) apunta: «¿Qué significa la enigmática frase “cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios”? Interpretada literalmente, no sólo que el tercero que se relaciona con la sociedad conozca o pueda conocer su existencia, sino también todos los pactos del contrato social. Pero, el Código Civil no impone ni organiza ningún Registro público donde pueda inscribirse una sociedad civil, por lo que el conocimiento de los

(6) FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, obra antes citada.

(7) ANGEL BADÍA SALILLAS, obra antes citada, págs. 325 y 326.

(8) LUIS Díez-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, obra antes citada.

pactos sociales por esa vía normal está cerrado. No cabe más que la publicidad que le quiera dar el propio socio al contratar. En esta línea interpretativa creemos que la exigencia legal está cumplida si se le da a conocer la existencia de la sociedad al que se relaciona con ella, pues se supone que ha investigado o debido investigar su trama interna (patrimonio, socios...) si le interesa contratar con ella».

Una última cuestión que debe aclararse, dado que suele aparecer mezclada con el problema de la personalidad jurídica de la sociedad civil, es el encuadre del artículo 1.670 del Código Civil. Vuelve aquí la doctrina mayoritaria a coincidir en el sentido de que este precepto ha de interpretarse separadamente del 1.669, puesto que se refieren a casos distintos. Sintéticamente, se considera que, en la medida en que en nuestro ordenamiento el criterio distintivo esencial entre las sociedades civiles y las mercantiles (dejando a salvo el caso de las anónimas y de las limitadas) es el objeto a que se consagren, una sociedad con objeto civil y, por tanto, de este carácter, puede someterse a las formas civiles, con lo que la normativa aplicable para su válida constitución como ente autónomo son los artículos 1.667 a 1.669 del Código Civil o, por el contrario, a la luz del 1.670, mantener su naturaleza civil, pero acogién dose a las formas del Código de Comercio, es decir, la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. En este sentido puede verse el tratamiento separado del precepto que hacen la mayoría de los tratadistas, tanto civilistas como mercantilistas [por todos ellos pueden consultarse CASTÁN (9) y URÍA (10)], o la clasificación que realiza HERNÁNDEZ MANCHA (11) que trata como casos separados y distintos las sociedades con objeto civil y sujetas a las formas del Código Civil, y las que tienen también objeto civil, pero se revisten de alguna de las formas previstas en el Código de Comercio, y que algunos autores denominan *mixtas*.

Precisamente en esta línea argumental CAPILLA RONCERO (12), desmintiendo a aquéllos que opinan que ambos preceptos han de interpretarse de forma conjunta y unitaria y que, por tanto, sólo las sociedades civiles que adoptan alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio y se inscriben en el Registro Mercantil tienen personalidad jurídica, afirma que: «...No sería extraño que la verdadera intención de los redactores del Código fuera ésta. Pero, si así fue, la plasmaron tan defectuosamente que hacen inviable esa interpretación. Y ello, porque entonces carece de sentido la

(9) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, obra antes citada.

(10) RODRIGO URÍA, *Derecho Mercantil*, decimocuarta edición de 1987, págs. 138 y 139.

(11) MANUEL HERNÁNDEZ MANCHA, obra antes citada, pág. 1606.

(12) FRANCISCO CAPILLA RONCERO, «Estudio del artículo 1.669 del Código Civil» en la obra colectiva *Comentarios del Código Civil y las Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, pág. 53 del tomo dedicado a la sociedad civil.

exigencia de que los socios no contraten en su propio nombre con los terceros, que sobra desde la óptica de esa opinión, ya que la personalidad se reconocería por la publicidad legal que representa la inscripción en el Registro Mercantil con absoluta independencia del modo de actuar de los socios representantes».

Intentando resumir algunas conclusiones de lo expuesto hasta ahora cabe señalar que casi todos los autores en nuestro Derecho admiten estas tres:

- a) Los artículos 35, 36 y una interpretación del artículo 1.669 del Código Civil en sentido contrario permiten fundamentar con base legal suficiente el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles en el Derecho español.
- b) La publicidad que dicho precepto impone para que la sociedad adquiriera la personalidad jurídica es una publicidad de hecho, y no puede exigirse la inscripción en Registro público de clase alguna.
- c) El artículo 1.670 del Código Civil se refiere a casos distintos y ha de ser interpretado de forma separada.

Expuesta de forma resumida la posición que podríamos calificar como puramente clásica y mayoritaria en nuestra doctrina, tenemos que referirnos a dos posiciones que se separan en un sentido u otro de esta orientación.

En primer lugar hay que citar a CÁNDIDO PAZ-ARES (13), que comenta detenidamente el artículo 1.669 del Código Civil y plantea soluciones novedosas sobre el tema que nos ocupa. Muy sintéticamente podemos extraer de la extensa exposición que realiza este autor una serie de premisas necesarias para entender las conclusiones a las que luego llega. A saber: 1. Parte de la superación de la clásica distinción entre las sociedades regulares e irregulares para centrarse en el binomio *sociedad interna* versus *sociedad externa*. 2. El carácter de sociedad externa o interna lo da la voluntad negocial y no la forma o manera de intervenir en el tráfico. 3. La personalidad jurídica es el expediente técnico de que se sirve el ordenamiento español para dotar a la sociedad civil de capacidad para tener relaciones externas. En el Derecho español, sociedad personificada y sociedad externa son nociones que pueden considerarse equivalentes; y 4. No existen distintos grados de personificación, sino que hay un concepto general de personalidad jurídica (que es el de la sociedad civil del art. 1.669 del Código Civil), y conceptos especiales (así se explica que el actual art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas hable del requisito de la inscripción en el Registro Mercantil para que la sociedad anónima adquiriera «su» personalidad).

(13) CÁNDIDO PAZ-ARES, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, págs. 1299 y sigs.

Partiendo de estas premisas, PAZ-ARES estudia el artículo 1.669 del Código Civil y llega a la conclusión de que hay que desvincular la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad civil de su publicidad. Según el reseñado autor, si la voluntad negocial fue constituir una sociedad externa, tendrá personalidad jurídica. En su opinión, «mantener los pactos secretos entre los socios», significa que los socios han pactado en el contrato que los pactos sociales carecen de trascendencia hacia el exterior y frente a los terceros. El hecho «contratar cada socio en su propio nombre con los terceros» implica que se ha pactado que no pueda utilizarse el nombre del grupo en el tráfico. Afirma que el artículo 1.669 no hace referencia a una realidad fáctica de manifestación de la sociedad en el tráfico, sino a una realidad jurídica de configuración de la voluntad negocial. La personalidad jurídica es siempre un *prius* respecto de su exteriorización. Sólo en el ámbito de la oponibilidad frente a terceros del vínculo social adquiere relevancia el fenómeno publicitario en sus distintas manifestaciones (puramente fáctica o registral).

Finalmente, debemos hacer alusión a una opinión discrepante con la defendida por la doctrina tradicional (aunque, como veremos luego, asumida ahora por la Dirección General en la Resolución que motiva este comentario), representada por don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (14). El insigne jurista, tras calificar como «desgraciada» la redacción del artículo 1.669, hace una referencia a la introducción de este artículo y del 1.670 en el vigente Código Civil. Señala que estos dos preceptos se incorporan a la redacción del Código el 18 de noviembre de 1888, eliminando el artículo 5 del título dedicado a la sociedad en el Anteproyecto de 1888 que expresamente declaraba que «la sociedad civil no constituye una personalidad distinta de la de los asociados», ante el temor de que esta previsión y la influencia en la doctrina francesa que consideraba que la sociedad civil por su objeto incurría en nulidad absoluta si se revestía de formas mercantiles, privara de personalidad jurídica a gran número de sociedades de importante trascendencia económica en el tráfico. Partiendo de esta premisa, y haciendo una interpretación global de ambos preceptos, DE CASTRO pasa a delimitar el alcance de la expresión «pactos secretos entre los socios». En su opinión, ese secreto no queda superado con el simple otorgamiento de la escritura pública, dado el carácter reservado del protocolo que recoge nuestra Legislación Notarial, y afirma que «...lo que son los “pactos reservados”, lo había dicho y explicado claramente el Código de Comercio, bastante antes de la redacción del Código Civil: se mantienen secretos aquellos pactos que no han pasado a los libros del Registro Mercantil (art. 119 del Código de Comercio).

(14) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, de su trabajo *La persona jurídica*, recogido en la recopilación que, bajo este mismo título, publicó en 2.ª edición Civitas, en 1984, págs. 281 a 283.

No parece, por tanto, sin justificación pensar que las sociedades civiles que gozan de personalidad jurídica, las que no mantienen secretos sus pactos, son aquéllas a las que ha sido dado revestir una de las formas reconocidas por el Código de Comercio y que han sido inscritas consiguientemente en el Registro Mercantil. Interpretación concorde con la naturaleza de la persona jurídica que requiere publicidad, dada su eficacia *erga omnes*; opinión que resulta además avalada por alguna expresiva frase del Tribunal Supremo». En este último sentido, el autor cita dos sentencias del Alto Tribunal: la de 30 de diciembre de 1931, que niega la personalidad jurídica a una sociedad «por falta de publicidad de sus pactos *con relación a terceros*», y la de 10 de marzo de 1994, que declara inaplicable el artículo 1.699 porque «no se ha dado al pacto social la publicación de su inscripción».

B) EL CRITERIO SEGUIDO POR LA RESOLUCION DE 31 DE MARZO DE 1997 (BOE DE 26-4-1997)

Esta reciente Resolución plantea de manera muy directa el problema que hemos analizado con anterioridad. Muy sintéticamente podemos decir que se trata de un caso en el que una sociedad civil constituida en documento privado y cuyo objeto social es el montaje de instalaciones eléctricas de todo tipo, su reparación y cualquier otra actividad directa o indirectamente relacionada con las anteriores realiza una compra de un inmueble, siendo representada en la escritura por uno de los dos socios que invoca al efecto una certificación del acuerdo de la Junta General de la sociedad, expedida por el otro socio en calidad de secretario. El Registrador calificador, sin cuestionarse el carácter civil o mercantil del objeto social, opone como defecto la falta de personalidad jurídica de dicha sociedad puesto que no se hallaba inscrita en el Registro Mercantil, conforme a los artículos 1.669 y 1.670 del Código Civil, advirtiendo que, en caso de optar por la no inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil, sólo podría practicarse la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de los dos socios por mitades indivisas, siempre que se otorgase documento público por ambos socios y con constancia de todos sus datos, incluidos los de sus respectivos cónyuges.

El Notario autorizante interpuso recurso contra la referida calificación, utilizando como base de su argumentación los razonamientos de la doctrina clásica y mayoritaria que entiende que las sociedades que tienen objeto civil y forma civil adquieren la personalidad jurídica por la simple publicidad de hecho con arreglo al artículo 1.669 del Código Civil.

Por su parte el Registrador informó en defensa de la nota reiterando su criterio de que en nuestro Derecho no es concebible la atribución de personalidad jurídica sin el requisito de la publicidad registral y que las sociedades

civiles que mantienen secretos sus pactos son precisamente las que no se inscriben en el Registro Mercantil. También señala que el objeto de esta sociedad es mercantil y no civil, aunque como esta cuestión no se planteó en la nota no será tenida en cuenta por la Dirección General, como luego veremos.

El presidente del TSJ de la Comunidad Autónoma revoca la nota y estima el recurso por considerar que la sociedad en cuestión es claramente civil y, por tanto, sometida a la aplicación del artículo 1.669 del Código Civil, sin que la catalogación que en el Impuesto de Actividades Económicas se dé a la actividad objeto de la misma sociedad implique el necesario carácter mercantil del objeto social (es ilógico que se desmienta este argumento porque en la nota de calificación recurrida no se hacía alusión a él y fue sólo en el informe del Registrador cuando éste lo manejó); y, además, nuestro ordenamiento sólo exige la inscripción para otorgar la personalidad cuando se trata de entidades cuyos fines afectan al interés público o a la seguridad pública, pero no cuando se está en el ámbito de una actividad de carácter privado (también resulta peculiar la forma de entender la aplicación de los mecanismos de publicidad registral en el campo de las personas jurídicas, pues no se alcanza a comprender por qué existe un interés público, por ejemplo, en una sociedad comanditaria y no en una sociedad civil). Para completar esta extraña argumentación, el Auto del TS de Justicia de la Comunidad Autónoma señala que la inscripción del inmueble en el Registro favorecerá la seguridad jurídica de aquéllos que pudieran entrar en relaciones con la sociedad.

El Registrador recurre el citado Auto ante la Dirección General obteniendo un fallo estimatorio por parte de ésta y manteniendo con ello los criterios de su nota de calificación.

El Centro Directivo comienza reconociendo la complejidad de la cuestión planteada tanto por la oscuridad de los textos legales, como por la existencia de situaciones que, sin llegar a alcanzar la plena personalidad, sí que tienen cierta trascendencia hacia el exterior. A continuación estima desacertada la interpretación aislada del artículo 1.669 para atribuir personalidad jurídica a la sociedad civil, siendo más adecuado analizar el precepto sobre la base del principio de la unidad del ordenamiento jurídico y con arreglo a los criterios del artículo 3 del Código Civil. Sostiene que para que se reconozca dicha personalidad, considerada la trascendencia de ello, se requiere una norma legal que se la atribuya en términos directos y positivos (ello ocurre con las sociedades civiles que adoptan formas mercantiles: art. 1.670 del Código Civil y 116 y 119 del Código de Comercio), y no por una simple interpretación a contrario. Además sostiene que las sociedades que mantienen sus pactos secretos y que, en consecuencia, carecen de personalidad, son precisamente aquéllas que no se inscriben en el Registro Mercantil, alegando para ello razones y argumentos *sistemáticos* —no sería coherente que se exija la ins-

cripción registral para las sociedades mercantiles y no para las civiles, cuando tan similares son las consecuencias de la atribución de personalidad jurídica en uno y otro caso—; *lógicos* —la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad reclama que se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, y ello sólo se consigue, no con una mera publicidad de hecho, sino con la publicidad registral, es decir, la posibilidad legal de conocimiento por todos desde el momento inicial y al margen de la voluntad de los socios en cada caso—; y argumentos *históricos* —la introducción conjunta de los artículos 1.669 y 1.670, a la vez que se suprimía el artículo 5 del título dedicado a las sociedades en anteproyecto y que negaba explícitamente la personalidad de todas las sociedades civiles, implica claramente que lo que se quiso es sólo reconocer personalidad jurídica a las sociedades civiles que siguieran la vía del 1.670—. Finalmente, la Dirección General estima esta solución más acorde con las necesidades de la realidad social y con las tendencias de la moderna legislación —en este sentido cita el propio Código de Comercio, la Ley de Asociaciones de 1887, la de Libertad Religiosa de 1980, la de Cooperativas de 1987 o la de Agrupaciones de Interés Económico de 1991—. Además, el sometimiento de las sociedades de lucro, sean civiles o mercantiles, a una misma disciplina, está en consonancia con la tendencia hoy imperante a una cierta unificación del estatuto del empresario y de la empresa, sin distinguir entre las mercantiles y las no mercantiles.

Por último, vamos a transcribir literalmente el apartado final de los Fundamentos de Derecho que, aunque se refiere a una cuestión distinta del estricto problema de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, introduce afirmaciones novedosas que también serán objeto de comentario más adelante. En concreto, se parte de la base de que las sociedades civiles que con arreglo a los criterios sentados no tengan personalidad producen frente al exterior, en el aspecto activo, una cotitularidad de derechos sociales que se regirá por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes (arts. 1.669.2 y 392 del Código Civil) y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas en las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (arts. 1.669 y 1.697 del Código Civil). Como consecuencia de todas estas afirmaciones, concluye que «Respecto a la segunda parte de la nota, las anteriores consideraciones determinan que el bien adquirido por una sociedad civil no personificada jurídicamente deberá inscribirse a favor de todos los socios, si bien al tratarse, como se ha señalado, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, deberá recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del

derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, Sentencia de 12 de julio de 1996 y Resolución de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1993)».

Expuesto de forma resumida la doctrina que recoge esta Resolución hay que hacer algunas consideraciones críticas.

C) VALORACION CRITICA DE ESTA RESOLUCION

Comenzaremos haciendo una valoración global de la Resolución de 31 de marzo de 1997. Encontramos en sus Fundamentos de Derecho numerosos *aspectos que son dignos de alabanza*. Así, lo primero a destacar es su pulcritud y perfección en la construcción técnica, dedicando toda una serie de argumentos, debidamente encuadrados en los criterios clásicos de interpretación de las normas para desmentir la interpretación que hemos denominado tradicional del artículo 1.669 del Código Civil. Desde un punto de vista más sustantivo, la solución que consagra esta Resolución parece evidente que va a eliminar grandes puntos de inseguridad que en la práctica se nos plantean en la labor de calificación, dado que se evita el vidrioso problema de valorar si el objeto social es de carácter civil o mercantil que, como sabemos, es el criterio que hasta ahora ha seguido la misma DGRN en otras Resoluciones como las de **28 de junio de 1985**, o la más reciente de **1 de abril de 1997**, para saber si se aplicaban las normas del Código Civil o el de Comercio y, por tanto, si se debía o no pedir la previa inscripción en el Registro Mercantil. Esta solución generaba numerosos problemas porque, en la mayoría de los casos, la confusa redacción de las cláusulas estatutarias definidoras del objeto social impedía una fácil calificación como civil o mercantil del mismo. Además, este criterio parecía ser contradictorio con el que el Centro Directivo ha venido manteniendo en otras cuestiones en las que, sin embargo, consideraba muy complicada la valoración del contenido del objeto social. Estamos pensando, por un lado, en la aplicación del artículo 41 de la LSA y en la interpretación de la determinante expresión «operaciones ordinarias de la sociedad» contenida en su párrafo segundo con respecto a lo cual la **Resolución de 13 de diciembre de 1991** confirma la dificultad de calificar si un acto está o no comprendido en esas operaciones ordinarias; por otro lado, en resoluciones como la de **11 de noviembre de 1991** recalca que, a la hora de estimar si el administrador de una sociedad ostenta facultades para realizar un acto determinado, considerando el objeto social que tenga esa sociedad, no sencillo determinar *a priori* la conexión de ese acto con el objeto social.

También hay que destacar como otra consecuencia estimable de la solución seguida por nuestra Dirección General en esta resolución, el control que va a suponer sobre situaciones de fraude que a menudo se ocultan bajo la

apariciencia de unas sociedades civiles que, en verdad, son auténticas entidades dedicadas a actividades mercantiles y que, adoptando esta apariencia formal de sociedades civiles, tratan de eludir la aplicación de la legislación mercantil que es a la que, en sentido estricto, deben estar sujetas.

Por último, y como aspecto jurídico más digno de reseña, en los Fundamentos Jurídicos de esta resolución se aprecia una radical defensa del principio de publicidad registral y de la necesidad de que los efectos jurídicos que tienen una repercusión para los terceros gocen de la posibilidad legal de conocimiento por todos. Esta consideración resulta mucho más lógica y adecuada a las necesidades del tráfico jurídico actual. Además supone una adaptación al principio constitucional de seguridad jurídica.

En esta orientación de defensa y valoración crítica favorable de la **Resolución de 31 de marzo de 1997**, se movieron las tres brillantes exposiciones de los ponentes en la mesa redonda celebrada en el Colegio de Registradores el pasado día 26 de junio. Así, CARMEN DE GRADO SANZ hizo un resumen de la resolución y puso de manifiesto su acierto desde el punto de vista práctico, destacando que la aplicación de la norma con arreglo a las exigencias de la realidad social del tiempo presente haya sido quizá el criterio decisivo que ha movido al Centro Directivo a seguir este camino. LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO resaltó la importancia de esta nueva orientación de la Dirección General, en la medida en que va a suponer un fuerte ataque a situaciones fraudulentas que se dan con bastante frecuencia en el tráfico cuando se trata de eludir la disciplina mercantil con la adopción de las «formas» de la sociedad civil. Finalmente, MANUEL AMORÓS GUARDIOLA hizo también una defensa de la resolución desde la perspectiva de la plena consagración del principio de publicidad registral, sin dejar de reconocer la existencia de diferentes criterios doctrinales al respecto.

Siguiendo con la valoración global que estamos haciendo, tenemos que destacar ahora otros *aspectos que merecen una crítica más desfavorable*. En alguno de ellos insistieron en sus intervenciones en la referida mesa redonda del día 26 de junio, eminentes profesores como CÁNDIDO PAZ-ARES o FERNANDO PANTALEÓN PRIETO.

Lo primero que resulta chocante es observar, como ya hicimos en la primera parte de este comentario, que la práctica totalidad de la doctrina, tanto la más tradicional como la más moderna se separan, por distintos caminos y con diferentes argumentos, del criterio seguido en esta resolución sobre los requisitos que una sociedad civil ha de reunir para gozar de personalidad jurídica. Cuenta la Dirección General, eso sí, con el ilustre respaldo de don FEDERICO DE CASTRO, pero ello no es óbice para que nos sorprenda el paso dado por el Centro Directivo desmintiendo a esa gran mayoría de los autores, sobre todo las opiniones de aquéllos que, estando inmersos en la realidad

social del tiempo presente, siguen ateniéndose en su interpretación a la literalidad del artículo 1.669 del Código Civil.

Pero resulta todavía más problemático la falta de adecuación de la interpretación acogida por esta resolución con la que sigue el Tribunal Supremo en distintas sentencias. Entre las más recientes cabe citar la **Sentencia de 31 de mayo de 1994** (RA 3768) que, de una forma clara y rotunda sostiene que: «Es sabido que el ordenamiento jurídico español concibe las sociedades civiles y mercantiles regulares como personas jurídicas por sí, con independencia de las personas físicas de los socios que la integran; es contrato de creación de persona jurídica atribuida al ente social. *Así resulta sin duda alguna de los artículos 35, número 2, y 36 del Código Civil, y del artículo 1.669 del mismo Código, que considera excepcional que la sociedad no tenga personalidad jurídica*».

Por otro lado, los argumentos que de una manera tan brillante maneja el Centro Directivo no están exentos de fallos o grietas que atacan su misma línea de flotación. Así, el que a nuestro juicio constituye el criterio interpretativo determinante de la solución seguida por la Dirección General, la interpretación de las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, viene claramente matizado y recortado en su utilización por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la medida en que suponga una vulneración de la norma que está vigente. En este sentido encontramos sentencias como la de **26 de diciembre de 1990** (RA 10370) que afirma: «...que la realidad social haya de informar la interpretación de las leyes es exacto, y hasta que dicha realidad impone en ocasiones cambios legislativos, pero mientras éstos no se producen no puede llevar a interpretar un precepto conculcando su tenor literal...»; o también la de **10 de abril de 1995** (RA 3248), en la que se señala por el mismo Alto Tribunal que «...la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas no supone la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas, y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente...».

Otro argumento que puede contradecir el razonamiento que da sostén a la solución adoptada en esta resolución es el que aporta el criterio seguido por algunas recientes leyes que parecen presuponer la existencia de la sociedad civil como tal tipo autónomo, con plena personalidad jurídica, y sin que, para ello necesite adoptar alguna de las formas recogidas en el Código de Comercio. En concreto, podemos aludir a dos ejemplos claramente significativos. El primero de ellos lo encontramos en el **artículo 6 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias**, que al establecer las formas jurídicas de organización de las explotaciones prioritarias asociativas contraponen las sociedades civiles, las laborales y las mercantiles, lo que hace suponer que no tendría sentido citar expresamente a las sociedades civiles si éstas sólo tuvieran personalidad jurídica en el caso de que adoptasen alguna

de las formas previstas en el Código de Comercio. Todavía más clarificador es el régimen de transformación societario recogido en la **Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada**. En particular, el **artículo 87, apartado segundo**, prevé la posibilidad de que una sociedad limitada que tenga un objeto civil (cosa perfectamente posible dado el carácter que las sociedades limitadas tienen de mercantiles por su forma —ver art. 3 de la Ley—) se transforme en sociedad civil. Obviamente, y dejando aparte los problemas que esta operación pueda plantear en el plano puramente mercantilista, esta disposición legal es abiertamente contradictoria con la doctrina que ahora sienta la Dirección General en la resolución que estamos comentando, porque, si sólo cabe la existencia de una sociedad civil con personalidad cuando ésta se inscribe en el Registro Mercantil, sólo sería posible que la sociedad limitada transformada conservase su personalidad jurídica cuando se convirtiese en una colectiva, una comanditaria o una anónima, y, entonces, carecería de sentido este apartado segundo del artículo 87 de la LSRL. Incluso el **artículo 222.3.º del vigente Reglamento del Registro Mercantil** ha establecido que en estos casos se procederá a la cancelación de los asientos relativos a la sociedad limitada transformada, con lo que queda claro que la sociedad civil surgida de dicha transformación vivirá en lo sucesivo al margen del Registro Mercantil, sin que se vea la intención del legislador de privar por ello a la sociedad civil surgida de esta operación de personalidad jurídica. Es más, el **artículo 92.1.º de la misma Ley** establece expresamente que «La transformación de *sociedades civiles*, colectivas, comanditarias simples o por acciones, anónimas o de agrupaciones de interés económico en sociedades de responsabilidad limitada, NO AFECTARA A LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD TRANSFORMADA...» Esta afirmación, además de reincidir en la contraposición de las sociedades civiles frente a los tipos societarios mercantiles, supone un claro reconocimiento de que en la mente del legislador del año 1995, las sociedades civiles como tales entes plenamente diferenciados de las formas societarias previstas en el Código de Comercio pueden gozar de personalidad jurídica.

En la última parte de este trabajo hemos ya de plantearnos la formulación, a modo de resumen y conclusión, de un *juicio crítico personal* de la **Resolución de 31 de marzo de 1997**. A nuestro entender, la Dirección General se ha encontrado con un problema práctico evidente: la inseguridad que en la calificación registral genera la regulación de las sociedades civiles como personas jurídicas que carecen de una previsión legal de mecanismos de publicidad registral. La tesis tradicional de que la mera publicidad de hecho basta para adquirir la categoría de sujeto de derecho con aptitud para ostentar titularidades registrales de bienes inmuebles o derechos reales, encaja muy difícilmente en un sistema tan técnico y evolucionado como el sistema registral español, y hace que chirrien los mecanismos de calificación previstos

para el control de la legalidad en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. En efecto, con los medios puramente documentales y tabulares que este precepto atribuye al Registrador para llevar a cabo su tarea calificadora, es bastante complicado determinar si se da o no de forma adecuada la publicidad de hecho provocadora del surgimiento de la personalidad de una sociedad civil. Si a ello añadimos la finalidad fraudulenta que, como ya hemos comentado antes, existe en alguno de estos casos, todo se complica aún más.

Pues bien, ante esta innegable dificultad, el Centro Directivo ha querido dar una solución tajante. Ha reducido las sociedades que gozan de personalidad a aquéllas que se inscriben en el Registro Mercantil, es decir, a las que adoptan las formas prevenidas en el Código de Comercio. Sin duda, el problema queda resuelto, dado que muerto el perro...

Nosotros coincidimos en la apreciación del problema práctico, pero discrepamos del camino seguido. A nuestro entender, la DGRN ha suplantado en cierto modo la función del legislador y ha tratado, por medio de una interpretación más que forzada, de dar salida a la deficiencia de una normativa anclada en las circunstancias sociales de hace más de un siglo que, sólo a través de una reforma legal puede hallar correcta solución. En efecto, como ya se viene proponiendo por bastantes autores desde hace unos años, debería haberse aprovechado alguna de las modificaciones legales que en el campo societario se han producido en los últimos tiempos para crear un registro *ad hoc* para las sociedades civiles (como, por ejemplo, se ha hecho con las fundaciones), o abrir una sección especial para ellas en el Registro Mercantil. El camino seguido en esta resolución supone eliminar una de las categorías de personas jurídicas previstas en nuestro ordenamiento, sin que exista una base legal suficiente para ello. En consecuencia, la equivocación en el procedimiento ha motivado que también se yerre en la solución. No había que borrar a la sociedad civil como categoría autónoma, sino retocar su régimen normativo para que en su constitución y funcionamiento se adaptara a las exigencias de publicidad registral propias de un sistema jurídico moderno. Además, la **Resolución de 31 de marzo de 1997** ha dejado la puerta abierta a futuros problemas con las sociedades civiles que con anterioridad tengan inscritos a su favor inmuebles o derechos reales en el Registro de la Propiedad, puesto que se planteará la duda a la hora de calificar los títulos que en adelante otorguen en relación con los mismos. La solución más cómoda y práctica será despachar ese título basándose en la titularidad que el Registro publica, pero también podría cuestionarse si la legitimación registral abarca los extremos referentes a la capacidad jurídica del titular. Pensemos, por ejemplo, que si por error en la calificación se practica una inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de una sociedad anónima que no ha llegado a inscribirse en el Registro Mercantil, parece que esta circunstancia no impediría que en el futuro se exigiera para

los ulteriores actos realizados por dicha sociedad que previamente obtenga la pertinente inscripción en el Registro Mercantil.

Por todo ello nosotros estimamos que ahora sólo cabe esperar que el legislador asuma su función y, de una vez por todas, finalice el proceso de reorganización y actualización de la normativa societaria en España con la reforma del régimen de las sociedades civiles. Tanto desde el punto de vista del Derecho Tributario, como desde la perspectiva jurídico-privada, resulta insostenible que la desidia del legislador obligue a que deba ser el intérprete el que se vea forzado a suplir estas carencias con decisiones dudosamente encajables en la normativa vigente.

No podemos acabar este comentario sin hacer una breve alusión a la propuesta que se recoge en el último inciso de los Fundamentos de Derecho de la **Resolución de 31 de marzo de 1997**. Como ya señalábamos antes, negada la personalidad de la sociedad civil adquirente, el Centro Directivo propone que la finca objeto de la compra se inscriba a favor de todos los socios, pareciéndose deducir de sus palabras poco claras que esa inscripción se hará *sin necesidad de que se determinen las cuotas correspondientes a cada uno en esa cotitularidad, dado que no se está ante una comunidad romana, sino ante una cotitularidad específica*. Si es esta peculiar forma de interpretar el párrafo segundo del artículo 1.669 del Código Civil y la remisión que en éste se contiene al artículo 392.2.º del mismo Código, la que ha querido acoger la resolución, ello implicaría asimilar este caso a un supuesto de comunidad germánica, y, hasta cierto punto, expresaría una clara muestra de que la propia Dirección General en el fondo no está muy convencida de la despersonificación de la sociedad civil. Creemos que para reconocer la peculiaridad que el régimen de cotitularidad que nace en el seno de la llamada «sociedad civil irregular» tiene frente a una simple comunidad romana del 392 y siguientes del Código Civil, no era necesario llegar tan lejos. No había que acudir al tipo germánico de comunidad, tan extraño a la mentalidad de nuestro Código Civil y tan distorsionador del principio de especialidad registral. A la hora, por ejemplo, de trabar un embargo y pretender su anotación, o bien se dirige la demanda contra todos los socios y se embarga toda la finca (cosa que no va a ser fácil si se trata de una deuda personal de uno de los socios, dada la falta de legitimación pasiva de los demás), o bien habrá que acudir a ese expediente extraño y complicado en la práctica, que se ha utilizado por la misma DGRN en el ámbito de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, de embargar los derechos que al socio deudor le pudieran corresponder en la sociedad irregular sobre esa finca para el caso de que dicha sociedad irregular se disuelva y liquide. Creemos, por el contrario, que no es éste el entendimiento correcto del citado artículo 1.669.2.º del Código Civil. En este punto entendemos mucho más acertada y coherente con nuestro sistema jurídico y registral la brillante interpretación que de este precepto

realiza CÁNDIDO PAZ-ARES (15). Señala este autor, para explicar el contenido imperativo mínimo de esta remisión normativa al régimen de la comunidad de bienes, que «...La disciplina contenida en los artículos 392 y siguientes se agrupa en torno a tres núcleos principales: *la administración y disposición de la cosa común* (arts. 393, 394, 395, 397 y 398); *la configuración del derecho de cada comunero* (arts. 399, 403 y 405); y *la división y extinción de la comunidad* (arts. 400, 401, 402, 403 y 404). Pues bien, la remisión del artículo 1.669.2.º del Código Civil ha de entenderse hecha al segundo grupo de normas, que es el que estructura la titularidad sobre el patrimonio común, atribuyendo a cada socio/comunero un derecho real autónomo sobre una cuota del derecho común...» En definitiva, se mantiene la esencia de la comunidad de bienes, pero se admite su modalización interna con las normas y pactos propios de una sociedad irregular. A esta conclusión sería adecuado reconducir las no muy afortunadas expresiones recogidas en la resolución.

BASILIO JAVIER AGUIRRE FERNÁNDEZ
Registrador de la Propiedad de Castro del Río (Córdoba)

(15) CÁNDIDO PAZ-ARES, obra antes citada.

El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad

SUMARIO: 1. LAS COORDENADAS SOCIOECONOMICAS DE LA FIGURA.— 2. NORMATIVA REGULADORA: 2.1. DERECHO COMPARADO. 2.2. ESPAÑA.— 3. EL PROYECTO DE LEY DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES: 3.1. DENOMINACIÓN DE LA FIGURA. 3.2. CAUCE JURÍDICO POR EL QUE SE OPTA: 3.2.1. *¿Configuración plural o unitaria?* 3.2.2. *Figura concreta elegida.* 3.3. ELEMENTOS DEFINIDORES DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS. 3.4. NORMAS DE PROTECCIÓN AL ADQUIRENTE: 3.4.1. *De carácter general* 3.4.2 *Específicas.* 3.5. MEDIDAS QUE SE DEBEN ADOPTAR PARA GARANTIZAR EL DISFRUTE DEL DERECHO ADQUIRIDO: LA FIGURA DE LA SOCIEDAD DE SERVICIOS. 3.6. OTRAS CUESTIONES A TENER EN CUENTA: 3.6.1. *El Título II se dedica a establecer una serie de normas tributarias.* 3.6.2. *La Disposición Adicional 2.ª determina que la Ley aplicable a estos contratos sobre inmuebles, sitos en España, será la española.* 3.6.3. *Régimen de derecho transitorio.*

Estas líneas tienen por objeto presentar el derecho real de aprovechamiento por turnos: una nueva figura que irrumpe en el orbe jurídico con la finalidad de encauzar cualquier tipo de derecho que confiera el disfrute de un inmueble por períodos determinados de cada año. Es decir, se trata del nuevo cauce que se ofrece para amparar todas las hipótesis de lo que hasta ahora se venía conociendo como multipropiedad o tiempo compartido.

El discurso se articulará en tres grandes bloques: una primera parte en que se ofrecerán los perfiles socioeconómicos de esta forma de inversión, una segunda en la que se aludirá a la situación normativa de la institución en Derecho comparado y la que existe en España hasta la fecha y, finalmente, en el tercer bloque, de manera pormenorizada, se estudiarán algunos aspectos del Proyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno, para que el lector se pueda formar un cabal juicio sobre este nuevo derecho real limitado

1. LAS COORDENADAS SOCIOECONOMICAS DE LA FIGURA

El fenómeno tradicionalmente conocido como multipropiedad surge en Francia, más concretamente en la estación invernal de Super Dévoluy en 1965, a través de la iniciativa de LOUIS POUMIER de la Sociedad *Grands Travaux* de Marsella, que decide adoptar un nuevo sistema de alojamiento, ante la poca rentabilidad que producía la venta tradicional de los apartamentos del complejo. Se basa en la venta del derecho a usar una concreta habitación o apartamento durante una o dos semanas del año a una persona determinada, asegurándose la ocupación en los años sucesivos. De esta manera, se puede enajenar el conjunto de los apartamentos con mayor facilidad y a la vez se pueden conseguir unos importantes beneficios. La promoción publicitaria de la operación resultó ingeniosa: «No alquile la habitación, compre el hotel, le sale más barato». El 20 de abril de 1967 registra, en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Francia, la denominación que dio a la operación y que ha caracterizado la figura: *Multipropriété*.

Llega a España la multipropiedad en los años setenta, pero de una forma más bien modesta y limitada. Será en la década de los ochenta cuando conozca un espectacular incremento, originado por la inversión de capital extranjero. Así, la Dirección General de Inversiones Extranjeras, entre enero de 1986 y junio de 1987, autorizó inversiones por valor de 4.200 millones de pesetas para 545 inmuebles, siendo casi en su totalidad inversión británica. Según los datos de finales de 1987 de la Secretaría de Estado de Turismo, había 132 complejos en España, de los que 21 se encontraban en las Islas Baleares (1).

Según los últimos datos que se conocen, la situación del fenómeno en la actualidad se podría resumir en las siguientes cifras económicas (2):

- a) Existen en el mundo alrededor de 4.145 complejos, de los cuales 407 están ubicados en España, y en Baleares existen unos 30. La evolución en España es espectacular: desde 161 complejos en 1990 hasta los 407 en 1994.
- b) Los titulares de derechos en España son alrededor de 327.000 personas. Ahora bien, españoles adquirentes de derechos de tiempo compartido son sólo 51.000 personas, aunque con un importante incremento: de 720 en 1990, a 14.000 en 1992, hasta la cifra de 51.000 en 1994.

(1) Para tomar conocimiento de la evolución de la figura hasta 1991, cfr. MUNAR BERNAT, PEDRO A., *Presente y futuro de la multipropiedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 35 a 52.

(2) Cfr. RAGATZ ASSOCIATES, *El tiempo compartido en Europa* Informe patrocinado por Interval International. Agosto 1995.

- c) En España, esta industria no se presenta como una oferta orientada hacia el mercado nacional, sino que está pensada para extranjeros, británicos en su mayoría, y en menor medida escandinavos y alemanes, al concurrir en tales sujetos unas circunstancias muy concretas: nivel de vida bastante alto, porcentaje elevado de jubilados y mayor flexibilidad en el régimen laboral de distribución de los períodos de vacaciones. Curiosamente, en las Islas Baleares el 44 por 100 de los socios de los complejos afiliados a RCI, una de las compañías de intercambio (3), son adquirentes franceses.
- d) Las empresas que lideran el sector también son de procedencia foránea. Destacan las compañías inglesas sobre todo. Se ha acusado a algunas de ellas de intentar eludir la carga impositiva española al domiciliarse en paraísos fiscales.

2. NORMATIVA REGULADORA

2.1. DERECHO COMPARADO

En el ámbito del Derecho comparado, dejando al margen la legislación federal y de los Estados miembros de Estados Unidos y de la regulación de México y Bermudas (4), ciñéndonos a los países europeos de nuestro entorno, se debe aludir, por una parte, a la labor realizada por la Unión Europea y, derivada de ésta o bien independiente, la de algunos Estados.

En el seno de la Unión Europea y fruto de la preocupación por todos los aspectos relativos a la protección de los consumidores, se ha aprobado, el 26 de octubre de 1994, la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (5).

(3) Las últimas noticias que se conocen con relación al mundo del intercambio aluden a la fusión entre las dos grandes empresas del sector Resort Condominium International y Interval International. En realidad, se trata de la integración de las dos compañías «madre» de ambas: CUC, dedicada al servicio de venta telefónica, y HFS, especializada en franquicias hoteleras y negocios inmobiliarios. Al parecer, la integración en un mismo grupo no supondrá la pérdida de independencia de ambas compañías, según el presidente de la Asociación Nacional de Empresarios de Tiempo Compartido. Cfr. MORALES, MARIO: «Las principales compañías de multipropiedad se fusionan», *Diario de Mallorca*, 31 de agosto 1997.

(4) Información sobre esta legislación se puede encontrar en MUNAR BERNAT, PEDRO A., *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 25 a 55 y 77 a 81.

(5) Los avatares del iter legislativo y su contenido ya han sido objeto de algún análisis pormenorizado. Así, MUNAR BERNAT, PEDRO A., «La Directiva 94/47 sobre

En cuanto a la actividad estatal, y por orden cronológico, se debe aludir a las siguientes normas:

- a) Portugal. Decretos-ley número 355, de 31 de diciembre de 1981, y número 368, de 4 de octubre de 1983, que crean y desarrollan el derecho real de habitación periódica; normativa que fue modificada a través del Decreto Ley número 130/89, de 18 de abril, y posteriormente por el Decreto Ley número 275/93, de 5 de agosto de 1993 (6).
- b) Francia. Ley 1986-18, de 6 de enero, de Sociedades de Atribución de Inmuebles en Régimen de Disfrute a Tiempo Compartido.
- c) Grecia. Ley número 1652, de *timesharing* y regulación de cuestiones conexas, de 14 de octubre de 1986, desarrollada por la Orden Ministerial de 15 de diciembre de 1987, de atribución de las viviendas turísticas en régimen de arrendamiento a tiempo compartido (7).
- d) Gran Bretaña. *Timeshare Act*, de 16 de marzo de 1992, modificada por *Timeshare Regulations 1997*, que ha entrado en vigor el 29 de abril de 1997.
- e) República Federal de Alemania. Ley sobre la transmisión de derechos de disfrute de inmuebles a tiempo parcial, de 20 de diciembre de 1996.
- f) República de Irlanda. European Communities (contracts for time sharing of immovable property -protection of purchasers) Regulations 1997. Statutory Instruments number 204 of 1997, de 13 de mayo.
- g) República Federal de Austria. Ley federal 32/1997, de 27 de marzo, sobre la adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles.
- h) Suecia. Ley 218 de 1997, sobre protección a los consumidores en la adquisición de bienes a tiempo compartido.
- i) Países Bajos. Ley de 26 de marzo de 1997, que contiene el desarrollo del Título 7.1 (compra y permuta) del Código Civil, relativo a las

protección de los adquirentes de multipropiedad. Análisis de sus aspectos más relevantes», *Gaceta Jurídica de la C E y de la Competencia*. Boletín, noviembre-diciembre 1994, págs. 17-25, PERINET-MARQUET, HUGUES, «La Directive communautaire sur la jouissance a temps partagé», *Revue Droit Immobiliere*, 17 (1), janvier-mars 1995, págs. 63-77.

(6) Portugal entiende que la norma de 1993 da cumplida respuesta a los contenidos previstos por la Directiva. Efectivamente, parece ser así, por cuanto el artículo 13 alude a un documento complementario, pero que sólo se exige en el momento de la transmisión del derecho sin el carácter de documento informativo de carácter general, y el artículo 16 se refiere al derecho a desistir del contrato celebrado en un plazo de catorce días, pero sin reconocer expresamente el derecho de resolución por incumplimiento del deber de información.

(7) De todas estas normas se hace un análisis pormenorizado en MUNAR BERNAT, PEDRO A., *Regímenes jurídicos*, cit

disposiciones sobre la compra de derechos de uso a tiempo compartido de bienes inmuebles (8).

Así como en las normas anteriores a la llegada de la Directiva de Portugal, Francia y Grecia, se configura la institución con perfiles completamente divergentes: desde la constitución de un nuevo derecho real limitado en Portugal, pasando por la configuración societaria en Francia, siguiendo por la caracterización como contrato de arrendamiento especial por su duración y contenido en Grecia; a partir de la norma británica se produce una marcada falta de definición en torno a la naturaleza jurídica de la figura. Así, tanto las normas británica e irlandesa como la alemana, la austríaca, la sueca y la holandesa, más preocupadas por la protección al adquirente, establecen una cláusula abierta donde cabe cualquier estructura jurídica, autorizando su configuración como derecho real o como condición de miembro de una asociación o como participación en una sociedad.

Este fenómeno tiene dos posibles explicaciones. En primer lugar, se trata de normas que de forma más o menos apresurada han intentado cumplir la obligación de todos los Estados de la Unión de trasponer a sus ordenamientos internos la Directiva con lo que se han limitado a incorporar sus previsiones normativas. En segundo término, no se debe desdeñar un importante detalle que aparece recogido en la Memoria que acompaña el Proyecto de Ley español: son Estados que no son explotadores de este negocio, sino más bien exportadores de adquirentes, lo cual, evidentemente, les permite una despreocupación mayor por la configuración jurídica del derecho que se atribuye, conformándose con procurar proteger al máximo a los adquirentes que, probablemente, sí pueden ser adquirentes.

2.2. ESPAÑA

Nos hallamos frente a un vacío legal, pero con una manifestada voluntad política de llenar este hueco mediante la elaboración de una normativa específica. De ello dan cumplida muestra:

1. Borrador para un Anteproyecto de Ley de Multipropiedad, de febrero de 1988 (9).

(8) Publicada en el Diario Oficial, núm. 147, de 15 de abril. Posteriormente esta norma ha sido desarrollada por sendos Decretos de 25 de junio, el primero que fija la entrada en vigor de la Ley y el segundo que establece los datos que los vendedores deben mencionar en favor de los adquirentes en el contrato; y por el Decreto de 3 de julio, por el que se reenumeran las disposiciones de la Ley.

(9) Publicado como anexo en *Jornadas técnicas sobre multipropiedad de inmuebles en el tiempo (timesharing)*, Madrid, 1988, y en MUNAR BERNAT, PEDRO A., *Presente.*, cit., págs. 291-301.

2. Borrador para un Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, en sus versiones de octubre de 1989 y de diciembre de 1991, del Ministerio de Justicia (10).

3. Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (11).

4. Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Aprovechamientos por turno de bienes inmuebles, del Ministerio de Justicia e Interior, de 8 de noviembre 1994 (12).

Las Comunidades Autónomas, por su parte, han desarrollado actuaciones en el ámbito normativo. Concretamente, hay que poner de relieve la actividad de dos de ellas, seguramente aquéllas en las que el turismo tiene una mayor incidencia:

a) Islas Canarias. Orden de la Consejería de Turismo y Transportes, de 25 de agosto de 1988, que se ocupó de establecer reglamentaciones de carácter administrativo para solventar algunos de los muchos problemas que la institución plantea.

Posteriormente, la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de las Islas Canarias dedica su artículo 46 a la regulación de la promoción de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido. En este precepto ya se alude a la exigencia de constancia del derecho que se reconoce al adquirente de poder desistir en diez días o resolver el contrato si se incumplen algunas exigencias del folleto informativo.

b) Islas Baleares. Orden número 1843, de la Consejería de Turismo, de 15 de enero de 1990 (13). A partir de ella, las autoridades del Go-

(10) Publicada la primera versión en: MUNAR BERNAT, PEDRO A., *Presente...*, cit., págs. 301-316. La segunda en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1648, 25 de septiembre de 1992, y en «Multipropiedad (avances de su futura regulación legal)», en *Actualidad Civil Legislación*, 1992, núm. 17, Monografía, págs. 1577 a 1625, aunque se debe tener en cuenta que por una errata aparece con la rúbrica alterada: aludiendo a él como el de tiempo compartido.

(11) Publicado en «Multipropiedad (avances de su futura regulación legal)», en *Actualidad Civil Legislación...*, cit., aunque se debe tener en cuenta que por una errata aparece con la rúbrica alterada, apareciendo como el de conjuntos inmobiliarios.

(12) Aparece publicado en *Información Jurídica. Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 2, marzo 1995. Su origen se encuentra en el desglose que se hizo del Anteproyecto de la Comisión de Codificación de 1992, por indicación del Ministerio de Justicia, al considerar que era más urgente la regulación de este tipo de conjunto inmobiliario, pudiendo quedar apartada la nueva regulación de la propiedad horizontal y de las urbanizaciones privadas, que hacían mucho más complicada la consecución de un texto. Así lo refiere A. PAU PEDRÓN, «El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno: su configuración y protección en el anteproyecto de ley», en *La Ley*, 6 de marzo de 1996, págs. 1-5, en concreto, nota 5.

(13) El contenido de la Orden canaria y la balear es analizado con pormenor en MUNAR BERNAT, PEDRO A., *Presente...*, cit., págs. 57-62.

bierno balear han manifestado de forma reiterada su interés en legislar los perfiles sustantivos de la figura. El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, en su sesión de 6 de septiembre, ha aprobado el «Decreto por el que se regulan determinados aspectos del derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles en el ámbito de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears» (14).

De todas maneras, la pretensión de las autoridades turísticas balears se ha quedado en una simple manifestación de intenciones, puesto que, en virtud de su competencia en materia de promoción y ordenación del turismo, ha podido dictar una norma que viene a sustituir a la Orden de 1990, obligando a la edición del folleto informativo a que se refiere la Directiva comunitaria, pero sin entrar a regular ningún aspecto jurídico civil de la figura (15).

Desde la perspectiva jurisprudencial no se conoce hasta la fecha sentencia alguna del Tribunal Supremo que haya tratado la figura; pero existen resoluciones de Audiencias Provinciales y Juzgados de 1.^a Instancia que sí han analizado esta problemática, fijándose, sobre todo, en cuestiones relativas a la protección de los consumidores [SAP Madrid —S. 20.^a—, de 27 de mayo de 1994, SAP Barcelona —S. 14.^a— de 29 de abril de 1995 (16), SAP Lleida —S. 2.^a— de 5 de junio de 1995, SAP Málaga, S. de 7 de diciembre de 1995, SSAP Baleares —S. 3.^a— de 7 de marzo de 1996 y 9 octubre de 1997, SSAP Zaragoza, de 17 de febrero y 16 de septiembre de 1996] (17).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, por su parte, ha

(14) BOCAIB de 18 de septiembre de 1997, desarrollado por la Orden de 26 de septiembre —publicada en el BOCAIB de 2 de octubre—.

Es un texto de seis artículos, una disposición adicional, dos transitorias y una derogatoria, dedicado a definir las actividades de aprovechamiento por turnos, los empresarios turísticos de aprovechamiento por turnos, y los inmuebles dedicados a tales actividades. Fija las obligaciones de los empresarios, regula las actividades relativas a la promoción y crea un registro especial de aprovechamiento por turnos.

(15) En este sentido, en la versión de la norma que fue sometida al dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma, se aludía a la obligación de que se recogiera en el folleto informativo el derecho a desistir del contrato que otorga la Directiva. Fue rechazado este contenido por entenderse que se trataba de aspectos propios del Derecho civil que excedían la competencia de la Comunidad Autónoma y que es materia reservada a una norma con rango de ley.

(16) Sobre la misma, MUNAR BERNAT, PEDRO A., «Nuevas reflexiones sobre la multipropiedad. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de abril de 1995», en *La Ley*, 14 de marzo de 1996, núm. 3995, págs. 1-4.

(17) También se tiene noticia de una sentencia en materia penal en que, *obiter dicta*, se hace referencia a la multipropiedad: SAP Asturias (Sección 2.^a) de 13 de octubre de 1995, relativa a un delito continuado de estafa inmobiliaria, en que se produjo un fingimiento de dominio y atribución de falsas facultades de venta de multipropiedad.

tenido ocasión de pronunciarse sobre la figura en la Resolución de 4 de marzo de 1993 (18).

Entre tanto, se ha constituido la Asociación Nacional de Empresarios de Tiempo Compartido que aglutina al 70 por 100 del sector y que intenta erradicar a los advenedizos y especuladores, que cifra en un 10 por 100 de los empresarios dedicados al mismo (19).

3. EL PROYECTO DE LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES

En la sesión del Consejo de Ministros del 18 de julio, el Gobierno ha acordado remitir a las Cortes Generales este proyecto de Ley (20). Hay que resaltar, en este sentido, que nos hallamos ante la primera propuesta normativa que alcanza tal estadio, ya que las anteriormente citadas no habían llegado tan siquiera a ser tomadas en consideración por los diferentes gobiernos.

Es el fruto de los trabajos de una Comisión, creada bajo los auspicios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que llevó a cabo su tarea durante el segundo semestre del año 1996 (21).

(18) Sobre la misma, cfr GARCÍA MÁ, FRANCISCO JAVIER, «En torno a la multipropiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 623, págs. 1665-1684; LETE ACHIRICA, JAVIER, «La multipropiedad y la Resolución de 4 de marzo de 1993», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1995, págs. 523-537; MUNAR BERNAT, PEDRO A., «Comentario a la RDGRN de 4 de marzo de 1993», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 32, págs. 495-512; MUÑOZ DE DIOS, GERARDO, «Más sobre la multipropiedad A propósito de la RDGRN de 4 de marzo de 1993», en *La Ley*, núm. 3369, 14 de octubre de 1993, págs. 1-3. También alude a ella, PAU PEDRÓN, ANTONIO, *loc. cit.*, pág. 2.

(19) En este sentido, la última noticia que se ha conocido ha sido la imposición de una fianza de 100 millones de pesetas a los representantes legales de un complejo de Ibiza por un supuesto delito de fraude y alzamiento de bienes: se pidieron unos créditos hipotecarios sobre apartamentos que ya habían sido vendidos, y ante su impago fueron embargados por Hacienda, Seguridad Social y bancos, lo que supuso que los afectados, propietarios de algún período sobre los mismos, no podían disfrutar ni disponer de sus derechos sobre ellos. TUR, CRISTINA R., «Fianza de 100 millones por un supuesto fraude en multipropiedad», en *Diario de Mallorca*, 20 de agosto de 1997.

(20) El Proyecto aparece dividido en 24 artículos, dos disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y tres disposiciones finales.

Aparece estructurada en dos Títulos: Normas civiles y Mercantiles, y Normas tributarias. El Título I, a su vez, se divide en tres capítulos. Disposiciones generales, Régimen jurídico —que viene subdividido en dos secciones: constitución y condiciones de promoción y transmisión—, y prestación de servicios, que responden a las tres ideas fundamentales que presiden la intención del legislador: determinar la configuración jurídica del derecho que se atribuye, establecer normas de protección al adquirente y garantizar la viabilidad del derecho.

(21) Formada por don LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS, don MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, don JOSÉ M.^a CHICO ORTIZ (q.e.p.d), don ANTONIO PAU PEDRÓN, don EMILIO CAMPANY BERMEJO y yo mismo

Hasta alcanzar la condición de Proyecto de Ley, en su fase de anteproyecto ha conocido dos versiones, de 18 de diciembre y 7 de febrero (22) que, tras el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo, ha sufrido algunas modificaciones.

Con independencia de que fuera un clamor la necesidad de legislar sobre esta materia (y a fe que se había intentado a través de los diferentes borradores que se han enumerado), existe otra razón inmediata para hacerlo: La Directiva europea establece un plazo de trasposición a los ordenamientos de los Estados miembros de treinta meses, que ha concluido el 29 de abril de este año. De ahí que exista una necesidad política evidente de dar cumplimiento cuanto antes a esa exigencia (23).

3.1. DENOMINACIÓN DE LA FIGURA

Se trata de una cuestión que no resulta intrascendente, ya que en ocasiones la denominación hará más o menos atractiva la inversión. Precisamente por ello es importante decantarse por aquella manera de referirse a la figura que resulte comprensible y que no induzca a error. Seguramente, la discusión se centra en tres posibles maneras de denominar la figura: multipropiedad, tiempo compartido y derechos de aprovechamiento por turnos.

• *Multipropiedad*

El término multipropiedad tiene la gran ventaja de haber calado en la opinión pública hasta el punto de ser, con mucho, la forma más habitual de denominar a la institución. Evidentemente, desde la perspectiva empresarial puede resultar provechoso emitir un mensaje que lleve implícita la idea de propiedad, derecho real absoluto, por el atractivo que éste siempre tiene, con independencia de que se haya constituido como una forma de propiedad o como una forma de derecho personal. Precisamente ese carácter globalizador con el que normalmente se utiliza, el empleo indiscriminado

(22) Publicado en *Actualidad civil. Legislación*, núm. 11, 3-9 de marzo, ref. 74, págs. 314-329. Además del autorizado y profundo estudio que ha hecho PAU PEDRÓN, ANTONIO, *loc cit*, ya se hace eco del mismo O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Posibilidades actuales de la multipropiedad en España» (I y II), en *SEPIN*, abril 1997 y mayo 1997.

(23) En este sentido, hay que decir que otros Estados, además de España, han incumplido el plazo: Bélgica, Dinamarca, Grecia, Francia —estos dos últimos tienen las normas ya reseñadas que regulan la figura, pero sin incorporar las medidas de protección del consumidor de la Directiva—, Italia y Finlandia.

del mismo y el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad, hacen que se haya considerado un término inadecuado por engañoso (24).

• *Tiempo compartido*

Otra opción era utilizar la fórmula empleada en la Directiva «tiempo compartido». Sin embargo, esta denominación resulta también poco satisfactoria. En principio, parece un término más genérico que el de multipropiedad, pero hay que tener en cuenta que no es más que la traducción al español de la forma inglesa «time-sharing» (25). La Memoria Explicativa del Proyecto explica que «la expresión *time-sharing* en realidad presupone, como hacía el término multipropiedad, una de las posibles formas que puede adoptar la institución y que no es otra que el sistema de club-trustee (26), tan arraigado entre los británicos».

(24) No cabe olvidar, en este sentido, que el artículo 33, segundo párrafo de la Ley francesa que configura el derecho con carácter personal, atribuyendo la cualidad de miembro de una sociedad, prohíbe la utilización de expresiones que incluyan la palabra propiedad.

(25) Se trata de una expresión importada del mundo de la informática. Así, el Diccionario Oxford de Informática lo define como «técnica, primeramente propugnada por Christopher Strachey, para compartir el tiempo de un ordenador entre varios trabajos, conmutando entre ellos de forma tan rápida que cada trabajo aparenta tener el ordenador a su entera disposición».

(26) Resulta conveniente, aunque sea de forma somera, intentar explicar esta construcción: Este supuesto es el único entre los sistemas anglosajones de *right to use* en que no aparece un derecho sobre el inmueble en cabeza del adquirente. Efectivamente, en este caso, la operación de constitución sigue los siguientes pasos: en primer lugar, se crea una sociedad que adquiere o arrienda un inmueble; posteriormente, se constituye un club por parte de dicha sociedad; abriéndose, a continuación, una suscripción para que sujetos externos a él puedan entrar a formar parte del mismo. El adquirente recibirá un certificado de pertenencia y, con ello, adquirirá la cualidad de miembro. Esa cualidad será la que le otorgará el derecho a usar un apartamento del complejo durante un concreto período del año. Este período puede quedar determinado desde el principio y para todo el plazo de pertenencia al club, o bien puede ser un período flotante, o sea, que cada año se fijará a través del acuerdo entre el miembro del club y los órganos de éste, una vez el socio haya realizado la oportuna reserva. En el acuerdo de incorporación y en los reglamentos del club se determinan los derechos y deberes de sus miembros, incluyendo entre ellos, el disfrute de los elementos recreativos y de servicios que pone a disposición de sus miembros. La duración de esta relación no suele ser superior a diez o veinte años, transcurrida la cual, el certificado de pertenencia puede ser transmitido a un tercero que adquirirá los mismos derechos que poseía su antecesor, o puede ser renovado por el antiguo titular de dicho certificado. Como garante de toda la operación aparece el trustee, labor que desempeña normalmente una entidad bancaria y que ofrece un cierto marchamo de seguridad.

• *Derecho de aprovechamiento por turno*

Ante todas las evidencias expuestas, se optó por preferir la expresión «derecho de aprovechamiento por turno» (27), en primer lugar, porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y descriptiva y, en segundo lugar, porque se ajusta perfectamente a la regulación que del mismo se hace (28).

3.2. CAUCE JURÍDICO POR EL QUE SE OPTA

Se está seguramente frente a la piedra angular de toda la regulación española sobre la materia.

3.2.1. *¿Configuración plural o unitaria?*

La cuestión fundamental —que con seguridad se puede afirmar que ha sido decisiva para hacer imposible hasta la fecha alcanzar un consenso suficiente para poder promulgar una ley española desde 1988— ha sido la de determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar a una sola, dejando fuera de la Ley a las demás. Se ha optado por esta última posibilidad (29).

(27) El Decreto de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, citado también, acoge la misma denominación, razonando en su Preámbulo que tiene como fundamento el Proyecto que ahora se analiza, con la finalidad de estar en consonancia con el mismo.

(28) El Dictamen del Consejo de Estado se muestra favorable a la denominación, entendiendo que «responde a un criterio descriptivo que respeta la esencialidad que tiene el elemento temporal dentro de la materia a que se refiere la proyectada regulación, por lo que no existe objeción alguna que oponerle».

(29) La Memoria enumera hasta siete razones que han llevado a tal solución: 1.ª El hecho de que la ley admitiera todas o casi todas las fórmulas que actualmente se utilizan resultaría frustrante para las expectativas de los consumidores al ver éstos y sus organizaciones cómo con la Ley, el panorama, hasta cierto punto desolador, quedaría básicamente inalterado. 2.ª La ley tendería inevitablemente a la confusión al tener que establecer, por un lado, unas pocas normas comunes y, por otro, reglas específicas para cada una de las fórmulas reguladas. 3.ª La diversidad exigiría grandes esfuerzos legislativos para tratar que, en cada una de las fórmulas y por distintos caminos normativos, el consumidor tuviera el mismo grado de protección, en la medida de lo posible. 4.ª La pluralidad de normas llevaría a la confusión, y nada agradece más un ámbito donde los consumidores necesiten de protección legislativa, que la claridad. 5.ª Ocurre, además, que en algunas fórmulas de derecho personal, como son la societaria o la de «club-trustee», no es posible, con nuestro ordenamiento jurídico, dotar al adquirente del mismo grado de protección que obtiene el titular de un derecho real. 6.ª Una regulación abierta que permita varias fórmulas se corresponde con la situación vivida hasta ahora, aunque haya sido sin una ley específica. La experiencia ha sido más bien negativa. Por ello se ha preferido adoptar una solución restrictiva y decidirse por una sola fórmula aplicable a cualquier promoción de derechos de aprovechamiento por turno. 7.ª Todos los países de la Unión Europea que

Este es uno de los aspectos de la norma proyectada con el que manifiesta un profundo desacuerdo el Consejo de Estado en su Dictamen. En este sentido, entiende que resulta conveniente, «atendiendo a la vocación eminentemente turística y vacacional y a la muy relevante proyección del sector hacia no residentes, que la regulación *ex novo* de un especial régimen de aprovechamiento de bienes inmuebles por turno debería incluir la doble posibilidad de seguir esquemas jurídico-reales o fórmulas jurídico-personales». Al respecto y como medida de solución aunque sea momentánea, sugiere que en un primer momento se proceda a la trasposición estricta de la Directiva, aludiendo exclusivamente a los extremos que en ella se recogen, y dejar para más adelante la configuración jurídica concreta que se le deba dar a estos derechos de disfrute por períodos de un inmueble vacacional, barajando tanto soluciones reales como personales.

Es cierto que los legisladores europeos que han actuado con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva han preferido trasponer la norma comunitaria sin entrar en mayores honduras sobre la forma jurídica que debe adoptar. Pero como se ha apuntado líneas antes, no es una cuestión derivada de que pueda o no ser la mejor opción, sino que es consecuencia de la trascendencia menor que tiene en esos Estados la necesidad de articular jurídicamente la figura, cosa que no sucede —como también se ha dicho— en los otros Estados que han regulado, aunque sea tiempo atrás la figura, que siendo destinos turísticos de mayor importancia han preferido sujetar cualquier promoción a una única forma jurídica.

Por otra parte, no parece ser consciente el Consejo de Estado que si su Dictamen es vinculante sólo con respecto a aquellas cuestiones contenidas en la Directiva, no tiene sentido que afirme que «la reconsideración de la actual orientación del Anteproyecto tiene carácter de observación esencial», sobre todo cuando antes ha subrayado que respecto de aquellas múltiples previsiones del Anteproyecto que no responden a la regulación comunitaria emite un Dictamen con carácter meramente potestativo, por tanto, no vinculante; y ésta es una de ellas. Efectivamente se está frente a una opción de política legislativa que se ha adoptado después de sopesar y aquilatar las diferentes posibilidades, sin que quepa olvidar que en versiones anteriores de las propuestas normativas se habían barajado diferentes opciones a la vez. Pero tampoco cabe olvidar que en el seno de la Comisión redactora se acabó prefiriendo esta opción restrictiva en aras a dotar de mayor seguridad al sistema.

Los empresarios del sector han manifestado su disconformidad más absoluta con esta solución, y así lo refleja el Consejo de Estado cuando alude a

han regulado a la institución, han optado por una figura única, la que creían que mejor se ajustaba a su ordenamiento jurídico. Así, Portugal prefirió el derecho real limitado; Grecia optó por el derecho personal bajo la forma del multi-arriendo y, finalmente, Francia ha preferido la solución societaria.

la audiencia que concedió el 13 de marzo de 1997 al presidente de la Asociación Nacional de Empresarios de Tiempo Compartido. Entienden que irá en detrimento de los avances del sector, puesto que en la actualidad la mayoría de complejos o se comercializan con la fórmula multipropietaria o bien a través del sistema de club, pero casi ninguna con un sistema como el que se articula en la regulación proyectada.

Mi opinión, y así lo expresé en la Comisión, es que, dado que se ha optado por esta alternativa, cabe esperar que principalmente el atractivo de España como destino turístico pueda afianzar y hacer que triunfe la configuración que se ha dibujado. En este sentido, tiene capital importancia la postura que adopten las compañías de intercambio. Si éstas, como es lógico, pretenden que los complejos que estén adscritos a ellas cumplan con la normativa del país en que se encuentran, primarán sin duda aquéllos que queden sometidos a la normativa. Quiero decir con ello, que si bien es cierto y no puede ocultarse que cabe la posibilidad de que exista un cierto número de complejos que no se adapten a la normativa, caso de ser aprobada, también lo es que el éxito del negocio pasa necesariamente por la afiliación a una de las multinacionales del intercambio, puesto que es la manera de conseguir vender más períodos del propio inmueble. Si las compañías exigen esa adecuación a la normativa, se verán todos los complejos abocados a su adaptación.

3.2.2. *Figura concreta elegida*

Una vez solventado el primer dilema, la cuestión presentaba una segunda faz: la elección de una figura concreta, de entre las posibles, para encauzar la «multipropiedad» en nuestro Derecho.

La idea que orientaba el debate era que, sin duda, la elección debía recaer sobre aquélla que mejor protegiera los derechos del consumidor y que mejor se adaptara a nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, la opción de política legislativa resulta tan clara que el artículo 1.7 entiende celebrado en fraude de ley cualquier contrato por el que se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año (30), al margen de la Ley. La consecuencia jurídica, siguiendo la pauta del artículo 6.4 del Código Civil, será la aplicabilidad de la norma que se intenta defraudar. Pero incluso se prevé otra sanción en el

(30) Esta denominación que aparentemente resulta excesivamente pormenorizada y exhaustiva tiene su razón de ser: obedece a intentar evitar que pueda quedar fuera de su reglamentación cualquier posibilidad, y por ello precisamente se emplea la utilizada por la Directiva comunitaria.

supuesto de esos sedicentes contratos: Se faculta al adquirente para que pueda resolverlo con la correspondiente devolución de la contraprestación satisfecha, además de la indemnización de daños y perjuicios.

1. La primera opción era la de escoger la vía de los derechos personales

Dejando al margen la forma societaria o de club, se presentaba como posible la figura de un arrendamiento múltiple, para la que la LH proporciona una protección similar a la de los titulares de un derecho real, a través de la inscripción registral. Pero se optó por abandonar esta elección con el razonamiento siguiente: si lo que se quiere es que el titular de un derecho de aprovechamiento por turno esté protegido tanto como lo estaría si su derecho fuera de naturaleza real, el camino más rápido es, precisamente, dotar a ese derecho de naturaleza real, lo cual, de por sí, ya implica toda esa protección que, de otro modo, tendría que atribuirle la Ley de modo artificioso (31).

(31) La Memoria enumera dos importantes inconvenientes de las fórmulas de derecho personal que no cabe desdeñar: «El primero de ellos estriba en que permite al promotor imponer como cláusula de estilo en el contrato el pacto de sumisión a una legislación extranjera (cfr. art. 10.5 del Código Civil), cosa que no es posible hacer respecto de un derecho real sobre un inmueble situado en España (cfr. art. 10.1 del Código Civil). Esta sumisión a una Ley extranjera permite que tenga validez un “pacto comisorio” de “incautación” o “apropiación” del derecho del adquirente sin poder éste exigir, por supuesto, que se le devuelva nada de lo pagado si no satisface las cuotas de mantenimiento que, por otra parte, pueden ser objeto de subidas arbitrarias colocando al titular del derecho ante la alternativa de soportar tales subidas o perder su derecho y el derecho que pagó por él. La situación de indefensión en la que queda el titular es absoluta, independientemente del promotor que llegue a abusar o no de esa situación de predominio en la que ha tenido la precaución de colocarse. Naturalmente, como el pacto comisorio no es posible en nuestro ordenamiento (cfr. art. 1.859 del Código Civil) al promotor le interesa alejarse de su sometimiento.

El segundo estriba en que admiten la forma de derecho flotante. En estos casos, el adquirente no se convierte en titular de un derecho sobre un departamento concreto y para un período determinado, sino que el derecho “flota”, por así decirlo, unas veces respecto del período o turno, que se determinará cada año según unas reglas convenidas, pero, en realidad, impuestas por el promotor, otras veces “flota”, respecto del departamento del conjunto que queda, en principio, indeterminado, y otras “flota”, respecto de ambos. A nadie se le escapan las posibilidades de fraude que ofrece este sistema en el que es fácil que alguien compre pensando que va a veranear en agosto en un apartamento con vistas al mar a cien metros de la playa y termine teniendo que tomar las vacaciones en febrero para alojarse en un departamento con vistas al barranco, orientación a poniente y muy alejado de la playa. En algunos supuestos, el derecho “flotante” va más lejos y llega incluso a “flotar” respecto del conjunto inmobiliario sobre el que ha de recaer, de forma que el titular se convierte en una especie de socio de club de vacaciones donde se le ofrece, por pertenecer a él, cierta preferencia en orden a las reservas respecto de algunos conjuntos vacacionales. Esto, en realidad, ya existe en el ámbito hotelero, donde algunas cadenas de este tipo de establecimiento ofrecen descuentos a cambio de una pequeña cantidad alzada

Es cierto, no obstante, que el Proyecto contempla la sujeción de algunos contratos de arrendamiento a lo previsto en la Ley (32). Ahora bien, hay que subrayar, entiendo, que no se trata tanto que sea posible encauzar a través de ese tipo contractual el derecho relativo a la utilización de un inmueble durante un período determinado de años, cuanto que si se intenta eludir la aplicación de la norma mediante la apelación a esta estructura obligacional, se producirá el sometimiento a la norma (33).

En estas condiciones, una vez descartado en línea de principio, el derecho personal, se trataba de decidirse por alguno de los derechos reales.

2. La configuración como multipropiedad en sentido estricto

Si nos atenemos a la propia denominación originaria de la figura, la solución era la atribución al titular de un derecho de propiedad sobre el inmueble, de duración indefinida y que lleve aparejado el derecho a disfrutar en exclusiva del mismo durante un período determinado al año. No se consideró una opción satisfactoria por cuanto presenta inconvenientes (34). Es revela-

al año, que es del orden del 1 por 100 de lo que se cobra comúnmente por una "semana flotante". Si ya la fórmula anterior se prestaba fácilmente al fraude, no cuesta imaginar el sinfín de abusos a que puede llegarse cuando el derecho "flota" hasta el punto de ser indeterminado incluso el inmueble sobre el que se ha adquirido el derecho».

(32) En este sentido, el artículo 1.6 establece que «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas y menos de quince y en los que se anticipen las rentas correspondientes a tres temporadas anuales, como máximo, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos»

Resultan muy claras, y a la vez demoledoras, las consideraciones que al respecto del encauzamiento de la figura a través del derecho de arrendamiento realiza PAU PEDRÓN, ANTONIO, *loc cit*, pág. 2.

(33) Intenta explicarlo la Memoria del Proyecto de la manera siguiente: «Podría pensarse que, con ello, la ley establece o regula dos sistemas, uno de derecho real limitado, y otro de derecho personal o multiarriendo, contraviniendo con ello el espíritu de la Directiva. Más bien la idea es la de permitir regímenes de duración inferior a quince años, donde, precisamente por su corta duración, ya no estaría justificado que se constituyeran bajo la fórmula de derecho real. Para ellos es más propia la forma de derecho personal (arrendamiento de temporada por varias de ellas) con el anticipo de las rentas correspondientes a tres años tan sólo, pues, si se permitiera el anticipo de más rentas, ya no tendría sentido distinguir entre un derecho personal y real exclusivamente en base a la duración del régimen que es elemento, por sí solo, insuficiente. Al estar, en todo lo demás, estos derechos personales de arrendamiento de temporada por varias de ellas sometidos a las disposiciones de la Ley, no parece que la norma del artículo 1.6 permita llegar a la conclusión de que el texto admite dos sistemas diferentes y que se contraviene así el espíritu de la Directiva»

(34) La Memoria los resume en tres. 1) Al dividirse la propiedad del inmueble en un gran número de propietarios, habrían de funcionar mal las Juntas de Propietarios y se tardaría demasiado tiempo en adoptar las decisiones importantes de la Comunidad, si es

dor que ninguno de los Estados de la Unión Europea que se ha reglamentado una única figura haya seguido esta vía. En este sentido, no falta razón a quienes opinan que si bien la construcción propietaria puede resultar más acorde con la filosofía original de la institución, tampoco puede olvidarse que la idea de propiedad que existe en la sociedad española poco se acomoda a un derecho sobre un período de tiempo sobre un bien, y durante el cual no puede proceder a realizar modificación alguna sobre el inmueble.

3. La opción de un nuevo derecho real limitado

La otra posibilidad, que a la postre se ha considerado la fórmula mejor, es la crear un nuevo derecho real limitado sobre un inmueble propiedad de otro con una duración predeterminada de antemano (35).

La adopción de esta solución, eminentemente restrictiva, ha venido motivada por la creencia de que resulta ventajosa desde diferentes puntos de vista (36):

- Cualquier adquirente de un derecho de multipropiedad, de tiempo compartido o de aprovechamiento por turno, sea cual sea la denominación que se use, habrá adquirido un derecho que no es otro que el que regula la Ley.

que llega a hacerse. En este sentido, hay que darse cuenta que no están presentes en el complejo, a la vez, más que un pequeño porcentaje de propietarios (un 2 por 100, a lo sumo), y no es posible pensar que sean muchos los titulares que vayan a acudir a una Junta desde sus respectivos lugares de residencia habitual y que pueden estar a varios centenares de kilómetros de distancia; 2) Una subdivisión de la propiedad tan extensa plantea indudables problemas para la Administración que, en sus funciones de policía con respecto al inmueble, se vería obligada a entenderse con varios miles de propietarios que, además, no residen habitualmente en el inmueble, sino en otros términos municipales o, incluso, en otros países; 3) El carácter indefinido de la multipropiedad plantea el problema de la viabilidad del régimen a largo plazo.

(35) Se trata de una solución bastante similar a la que adoptó Portugal en 1989 cuando estableció el derecho real de habitación periódica. No se trataba de un derecho de habitación atípico, sino de una nueva clase de este derecho, con elementos definidores exclusivos.

(36) Por un lado, dota al adquirente de la máxima protección que el Derecho español pueda dar al titular de un derecho inmobiliario. Además, al seguir existiendo un único propietario del inmueble, todas las decisiones importantes que corresponden a la propiedad pueden ser adoptadas y llevadas a cabo con la debida agilidad. Si, además, se establecen reglas adecuadas para garantizar la administración del complejo, de la que, en último extremo, el responsable es el propietario, se harán innecesarias las Juntas de titulares, reconociendo así, de forma realista, la imposibilidad de que tales Juntas funcionen correctamente. En el fondo, se está haciendo una apuesta para eliminar la vertiente comunitaria. Es decir, se aleja de la opción legislativa que hasta ahora se había manejado, prefiriendo dotar de mayor protagonismo al único propietario y al encargado de la gestión del complejo.

- Incluso en el supuesto de que ignore la naturaleza del derecho adquirido, dispondrá de la máxima protección que en Derecho español pueda tener el titular de un derecho sobre un bien inmueble.
- Establecer que la duración del derecho sea limitada permite que el titular puede despreocuparse de las obligaciones que afectan al propietario, a la vez que éste asume la garantía de la prestación de los servicios.

3.3. ELEMENTOS DEFINIDORES DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS

Se configura como un derecho real limitado que otorga a su titular el derecho a disfrutar durante un período determinado de cada año un apartamento amueblado, sin posibilidad de modificar ni el inmueble ni el mobiliario.

Se trata, pues, de un nuevo derecho real limitado (37), transmisible, inter vivos y *mortis causa*, siempre con su limitación temporal, y susceptible también de gravamen.

Esos derechos deben recaer sobre la totalidad del edificio, del conjunto inmobiliario o bien de un sector arquitectónicamente diferenciado. Todos los departamentos que formen parte de ese edificio, conjunto o sector diferenciado, deben quedar sometidos al régimen y en todo caso deben ser, por lo menos, diez.

Hay que subrayar que en este aspecto se ha producido una importante variación entre el borrador inicial y el texto definitivo del proyecto. En aquél se establecía que «en todo caso, todos los departamentos deben quedar sometidos al régimen». En la actualidad, se admite que un mismo conjunto se sujete a las normas de la explotación hotelera y al régimen de derechos de aprovechamiento por turnos (38). Se trata de uno de los principales caballos de batalla planteados a los empresarios del sector con la finalidad indudable de hacer más apetecible la figura a las grandes compañías dedicadas al negocio hotelero, que pueden ver en esta forma de inversión inmobiliaria una manera de reorientar parte de sus inmuebles (39).

(37) ANTONIO PAU PEDRÓN, *loc. cit.*, pág. 2, se manifiesta en idéntico sentido, fundando su afirmación en que «no coincide exactamente con ninguno de los regulados en el Código Civil y de otro, que el prelegislador emplea términos que revelan la anterior atipicidad de la figura ... El derecho aparentemente más próximo es el de habitación, pero en la alternativa entre desnaturalizar este derecho u optar por un derecho nuevo, el legislador ha optado por lo segundo».

(38) La Memoria lo razona diciendo que «en este caso, las dos actividades, a efectos materiales de convivencia, son tan próximas que ningún perjuicio grave para los clientes y los titulares de los derechos puede derivarse de ello».

(39) Es revelador en este sentido, el artículo 3, párrafo 3, del Decreto de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuando afirma que será compatible el uso turístico para establecimiento hotelero y aprovechamiento por turno.

El turno debe ser de por lo menos siete días consecutivos, y todos los que se definan en el seno de un concreto régimen deben tener la misma duración. Se deben reservar por lo menos siete días para hacer limpieza, reparaciones, etc.

El régimen establecido tiene una duración entre quince y treinta años, momento a partir del cual esos derechos retornan al titular del derecho de propiedad sobre el inmueble, sin que los titulares de los derechos limitados tengan derecho a contraprestación alguna (40).

3.4. NORMAS PROTECTORAS DEL ADQUIRENTE

Como se desprende de todo lo hasta aquí expuesto, resulta evidente que una de las ideas motrices de toda la regulación normativa es la de amparar hasta donde sea posible al adquirente de un derecho de aprovechamiento por turnos.

Con este fin, a lo largo del Proyecto aparecen un conjunto de previsiones que deben ser analizadas con pormenor.

Sistemáticamente, habrá que realizar este examen diferenciando entre aquellas previstas como genéricas y aquellas otras que se plantean para su actuación en los diferentes momentos del iter de creación del derecho y que se hallan en el Capítulo II, dedicado al régimen jurídico.

3.4.1. *De carácter general*

Se pueden encontrar en el artículo 2, dos altamente significativas:

1. Nulidad de las cláusulas de renuncia anticipada a los derechos reconocidos por la ley.

Se pone de relieve que, en su caso, se podrá renunciar al ejercicio de la acción derivada de alguno de los derechos, una vez éste haya nacido, pero nunca cabrá una renuncia anterior a su existencia (41).

(40) Treinta años como plazo máximo parece un tiempo razonable para agotar las posibilidades reales de disfrute del adquirente, para evitar la tendencia natural del titular del derecho a no satisfacer la cuota de mantenimiento a la «sociedad de servicios». Se ha considerado que treinta años es el momento a partir del cual pueden empezar a surgir problemas generales de viabilidad. Se cuentan a partir de la inscripción del régimen (momento en el que se constituye) para evitar que los problemas a la hora de inscribir la escritura reguladora, si es que los hay, puedan perjudicar al promotor y resulte que el tiempo de vida del régimen ya ha empezado a correr aún antes de constituirse.

(41) Es de resaltar que en ocasiones se ha utilizado esta vía de forma no sólo abusiva sino incluso rayando los límites del mínimo respeto al derecho español. Así, en algún

2. Nulidad de las cláusulas de sumisión a arbitraje, salvo si se conciertan con posterioridad al surgimiento de la cuestión debatida o se someten a un arbitraje de consumo o a un tribunal arbitral especializado, siempre que en su composición participen en régimen de igualdad las organizaciones de consumidores (42).

La pretensión de ambas normas prohibitivas no es otra que la de evitar que en los contratos mediante los cuales se adquieren los derechos de aprovechamiento por turnos, normalmente de adhesión y con un clausulado de condiciones generales redactado unilateralmente por la entidad promotora y/o vendedora se puedan introducir elementos que de forma desmesurada vayan a favorecer a la parte predisponente que resulta ser la que suele tener mayor capacidad y recursos a la hora de entablar la negociación.

La sanción que se prevé es la de mayor intensidad del OJ: la nulidad radical de la cláusula, lo cual supondrá que se puede esgrimir tal defensa en cualquier momento sin que se establezca un plazo de caducidad. Ello, evidentemente, supone una medida protectora de la mayor trascendencia, y en cierto modo asegura que aquellos empresarios dedicados a la venta de tales derechos que hasta ahora se habían distinguido por una absoluta falta de respecto por la normativa y que hacían recaer sospechas, en ocasiones infundadas, sobre la generalidad de promotores, se vean abocados a un cambio de actitud radical, puesto que de no hacerlo voluntariamente se verán obligados —*manu militari*— a sujetarse a las pautas legales.

3.4.2. Específicas

En el Capítulo II del Título I se desgranar todo un conjunto de disposiciones que, siguiendo las previsiones de la Directiva de la Unión Europea, se preocupan de diseñar un marco al que habrán de sujetarse todos los inmuebles sobre los que se constituyan estos derechos y, por ende, todos los contratos que se celebren en torno a los mismos.

clausulado de un contrato relativo a un inmueble constituido en régimen de multipropiedad *stricto sensu*, se «pacta» la renuncia inicial a la posibilidad de solicitar la división de la cosa común, cuando se sabe que *ex* artículo 400 del Código Civil la *actio communi dividundo* no es disponible. Evidentemente se trata de una cláusula que debe ser considerada como nula de pleno derecho por ser contraria a una norma imperativa, *ex* artículo 6.3 del Código Civil. Esta circunstancia se plantea en la SAP Baleares, S. III, de 9 de octubre de 1997, ya citada.

(42) Ello no hace más que aplicar para este sector concreto la previsión que el Proyecto de Ley de condiciones generales de contratación realiza en la redacción que presenta del artículo 10 bis, 26.ª de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Se trata de una argucia empleada frecuentemente por algunos promotores, y que ha dado pie a que en ocasiones se haya anulado esta cláusula por considerarla abusiva. Así, por ejemplo, en la SAP Baleares, S. 3.ª, de 9 de octubre de 1997, ya citada.

Así, se pergeña un aparato protector que se desenvuelve hasta en cuatro momentos distintos y correlativos: en el momento inicial, antes de constituir el régimen de estos derechos sobre el inmueble; en el instante mismo de la constitución; en la fase anterior al inicio de la comercialización de tales derechos; en la etapa de promoción y transmisión de los derechos adquiridos.

a) *Fase previa a la constitución*

Antes de proceder a la constitución, el titular registral del derecho de propiedad sobre el inmueble (43), debe cumplir los siguientes trámites:

- Tener inscrita la conclusión de la obra o, si está en construcción, la declaración de obra nueva.
- Estar en posesión de las licencias siguientes: actividad turística, de apertura, la cédula de habitabilidad y las necesarias para la primera ocupación de los departamentos y zonas comunes. Si está en construcción, la licencia de obra y la que le permite llevar a cabo actividades turísticas (44).
- Haber concluido un contrato con la sociedad de servicios.
- Haber suscrito los seguros que exige la Ley en sus artículos 7 y 16.2.

El primero de ellos alude a un seguro de responsabilidad civil por actos de los que llevan a cabo la labor de promoción del complejo, otro también de la misma clase por los daños causados por los ocupantes; y a otros seguros—de incendio, de daños generales—. Puede llamar la atención la probable disfunción entre este artículo 4.d) y el artículo 7, por cuanto si en el primero se exige la suscripción de estos contratos de seguro con anterioridad a la constitución del régimen, el segundo lo refiere a «antes de celebrar el primer contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turnos». Seguramente se

(43) En la fase de Anteproyecto se exigía que el promotor fuera a su vez el propietario. El Consejo de Estado, en su Dictamen, se muestra crítico con esa exigencia de coincidencia en una persona de los caracteres de propietario y promotor, por entender que «se trata de una opción excesivamente rígida ... debería admitirse que esos especiales derechos reales pudiesen constituirse por quien no fuera el propietario del inmueble en cuestión, pero estuviese provisto de las oportunas facultades al efecto, escindiéndose, por tanto, las figuras de propietario y promotor».

Como se ve, en la redacción definitiva se admite la posible dualidad, pero se mantiene la exigencia de que quien constituya el régimen sea el propietario. En buena técnica jurídica no podría ser de otro modo si atendemos que quien tiene el poder de disposición es el propietario, por tanto el único que excepto en los supuestos de constitución *ex lege*, puede establecer derechos reales limitados sobre el objeto de su derecho pleno.

(44) Respecto de esta última licencia, se matiza que sólo será exigible en aquellas CC.AA. donde el desarrollo de esta actividad sea calificada como sometida a licencia

puede salvar la confusión diciendo que como la constitución del régimen siempre será previa a la conclusión del contrato, la referencia del artículo 7 debe ser entendida hecha a aquel momento muy anterior en el tiempo. De todas formas, es de esperar que la tramitación parlamentaria pueda subsanar esa posible incongruencia (45).

El segundo, de capital importancia entiendo, se refiere al seguro de caución que debe suscribir la sociedad de servicios por todo el tiempo que dure el contrato y cuyo objeto es la cobertura del riesgo de incumplimiento de sus obligaciones (46). Nótese que parece que la obligación de suscripción del contrato de seguro recae sobre el propietario del inmueble cuando esta obligación se predica de la sociedad de servicios. Habrá que entender nuevamente en una interpretación correctora, que lo que se pretende es que el propietario vele por el cumplimiento de esa obligación por la sociedad prestataria de los servicios.

- Si el inmueble está en construcción, el artículo 4.2 exige que el propietario constituya un aval o contrate un seguro de caución que cubra el valor de la obra y del mobiliario que debe incorporar a los departamentos. El riesgo asegurado es la terminación de la obra en la fecha señalada y la incorporación del mobiliario fijado al inmueble (47), siendo así que de no cumplirse alguno de esos extremos, se podrá ejecutar el aval o cobrar la indemnización garantizada, distribuyéndose la suma obtenida a partes iguales entre todos los titulares de derechos, por cabeza, no por número de derechos de que sean titulares. Esas cantidades cobradas se entenderán a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios que deberá satisfacer el propietario o el promotor con quien contrató el adquirente.

b) *Constitución del régimen*

Reuniendo todos estos requisitos, puede proceder a la constitución del régimen, formalizada en escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro.

(45) Lo mismo sucede con la persona a quien se exige la celebración de los contratos de seguro: mientras el artículo 1 lo refiere al propietario, el artículo 7 admite que sea el propietario o el promotor. Seguramente es otro *lapsus calami* que debe ser reconducido, en el sentido de establecer la obligación en cabeza del propietario, con independencia de que posteriormente pueda hacerse cargo del pago de las primas el promotor; al igual que se prevé en este artículo 7 *in fine* que pueda derivarse hacia la sociedad de servicios.

(46) La cantidad asegurada ha de ser el doble de la cantidad alzada que podrá percibir por la prestación de los servicios; y en caso de un incumplimiento de sus obligaciones, cualquier titular de un derecho de aprovechamiento podrá exigir el pago de la indemnización que le corresponda, conforme a la proporción que suponga su derecho, hasta cubrir los daños y perjuicios que haya sufrido.

(47) En este sentido, será el acta notarial donde conste el fin de la obra el que permitirá la liberación del aval o la extinción del seguro de caución.

La inscripción del régimen en el Registro, a diferencia de las adquisiciones de los derechos, cuya inscripción es voluntaria, es constitutiva para evitar que se puedan iniciar las ventas de derechos de aprovechamiento por turno antes de que el Registro publique el régimen. Así, los adquirentes, antes o después de su adquisición, podrán acudir al Registrador a recabar la información esencial sobre el régimen al que se encuentra sometida su adquisición.

Al otorgamiento de la escritura debe concurrir la sociedad de servicios con la que se ha suscrito el contrato.

En la escritura, por lo menos, deben constar los datos siguientes:

- Descripción de la finca sobre la que se constituye el régimen, del o los edificios que en ella existan, de los servicios comunes y del precio por su utilización.

- Descripción de todos los departamentos que integran la edificación, asignando a cada uno una numeración correlativa (48). En el supuesto de que se trate de un inmueble que también esté destinado a la explotación hotelera, habrá de determinarse qué departamentos se pueden dedicar a derechos de aprovechamiento por turnos y en qué períodos del año (49).

- La definición de los turnos que haya sobre cada departamento y su duración (50).

- Referencia al contrato suscrito con la sociedad de servicios, con especial incidencia en la cantidad que recibirá como contraprestación, señalando que la misma se actualizará anualmente conforme al IPC. Referencia, caso que existiera, al contrato celebrado con alguna sociedad de intercambio y las condiciones que deba cumplir el titular de un derecho para acceder a ella.

- Estatutos a que, en su caso, se somete el régimen. Como no podía ser de otro modo, de ellos no puede resultar para los titulares de derechos nin-

(48) Se omite en esta última redacción la exigencia de dejar un número de departamentos libres para cubrir eventualidades tales como un titular de derecho que se muestra renuente a abandonarlo a la hora fijada, que exista una avería que haga imposible la ocupación efectiva...

(49) Esta previsión de la coexistencia del régimen hotelero y de aprovechamiento por turnos, como antes ya se dijo, es una novedad de la última redacción. Como se ve en el precepto, ya no es que una parte del inmueble se dedique exclusivamente a la actividad hotelera y la otra a derechos de aprovechamiento, sino que literalmente se admite que sólo durante algunos períodos del año un departamento quede gravado con estos derechos.

Seguramente será una norma que agradará sobremanera a los empresarios hoteleros que habiendo siendo críticos con la figura al ver en ella una competencia desleal a su negocio, pueden ahora servirse de ella para aprovechar los períodos del año en que difícilmente puede funcionar la explotación en régimen hotelero.

(50) Debe señalarse también el mobiliario que tengan destinado y su valor, los días del año no configurados como turnos que quedan en reserva para reparaciones y mantenimiento.

guna limitación ni obligación suplementaria alguna contraria a la previsión legal dejando en manos de la labor de calificación registral el detectarlas y denegarles la inscripción de las mismas.

- Los datos registrales, urbanísticos, catastrales y turísticos del inmueble.
- Los gastos de comunidad y la retribución de la sociedad de servicios.
- La duración que se establece para el régimen.
- Se debe adjuntar, originales o por testimonio, el contrato celebrado con la sociedad de servicios y los seguros suscritos.
- Si el complejo está adscrito a un régimen de intercambio, debe acompañarse también el contrato con la sociedad de intercambio. Sociedad que debe tener sucursal abierta en España y estar inscrita en el Registro Mercantil español, si es persona jurídica.
- Si el inmueble sobre el que se define el régimen está en construcción, debe acreditarse la constitución del aval o del seguro de caución antes aludido. En tal caso, además se fija un plazo de tres meses para hacer constar en el Registro el final de la obra, para cuya prueba se deben aportar todas las licencias que se exigen para el caso de un inmueble ya terminado.

En la misma sede sistemática, el artículo 6 fija una serie de normas tendentes a garantizar la correcta inscripción del régimen para así facilitar la protección de los adquirentes.

1. Ordena que al constituirse el régimen se abra folio a cada departamento con independencia de que se haya procedido a la división horizontal del inmueble.

2. Se autoriza la inscripción de la subrogación en la parte proporcional del crédito hipotecario que grava todo el inmueble a cargo de cada uno de los adquirentes de los derechos de aprovechamiento, y ello sin necesidad de consentimiento del acreedor hipotecario siempre que, eso sí, se hubiera pactado al constituirse la hipoteca un sistema de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los titulares de los derechos de aprovechamiento resultantes de la constitución del régimen.

3. Se obliga al Registrador a archivar copia de los contratos que se incorporen a la escritura reguladora, debiendo hacer constar este extremo, tanto en la inscripción del régimen como en la publicidad que dé del inmueble y de los derechos, además de que viene obligado a acompañar copia de todos esos contratos archivados a las certificaciones que expida, siempre que se le haya solicitado.

4. Si tras la constitución del régimen se realiza un nuevo contrato con una sociedad de servicios, ya sea por extinción del plazo del inicial o por resolución de éste por incumplimiento y se presenta para su archivo en el Registro, o bien se aporta un contrato de intercambio celebrado con un tercero, o se presenta el documento informativo que debe confeccionarse como

conditio sine qua non para la promoción del régimen, el Registrador deberá proceder al examen de la documentación y suspenderá el archivo si se da alguna de las siguientes circunstancias:

- Si en el nuevo contrato con la sociedad de servicios, ésta no asume expresamente las condiciones establecidas en el anterior.
- Si en el contrato de intercambio no se expresan claramente las condiciones que deberá cumplir el titular del derecho de aprovechamiento para poder disfrutar de ese servicio.
- Si el documento informativo no contiene las menciones exigidas en el artículo 8.2.
- Si no están legitimadas notarialmente las firmas de quienes suscriben alguno de los contratos.

5. En todo caso, para que cualquier modificación de los contratos o documentos que deben aportarse al Registro sea válida deberá hacerse constar registralmente.

6. La modificación del régimen de aprovechamiento por turno sólo será posible si la realiza el propietario en escritura pública, contando con el consentimiento de la sociedad de servicios y de todos los titulares de los derechos enajenados.

c) *Fase previa al comienzo de la comercialización*

Una vez constituido el régimen, y antes de proceder al inicio de las ventas, el propietario o promotor se obliga a:

1. Suscribir un seguro de responsabilidad civil por las actividades durante la promoción. Será siempre a cargo del promotor.
2. Suscribir un seguro de responsabilidad civil por los daños causados por los ocupantes.
3. Suscribir un seguro de incendios y otros daños generales.

Estos dos últimos seguros pueden ser pagados por la sociedad de servicios con cargo a las cuotas que deben satisfacer anualmente los titulares de los derechos de aprovechamiento.

d) *Promoción y transmisión de los derechos*

Queda prohibido realizar una transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad.

• En la fase previa a la contratación, es decir, en el período promocional, se cuida de manera exquisita la información que se debe facilitar a los posibles futuros adquirentes. Con este fin, el legislador adopta toda una serie de previsiones:

1. Se hace eco de la exigencia de la Directiva y se obliga al propietario o promotor a editar un documento informativo al que se da el carácter de oferta vinculante, y que debe distribuir gratuitamente a cualquier persona que solicite información. Su contenido, francamente pormenorizado, viene recogido en el artículo 8.2 (51).

(51) a) Identidad y domicilio del propietario o promotor y de cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno.

b) La naturaleza jurídico-real de los derechos que van a ser objeto de transmisión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.6, con indicación de la fecha en que, según lo que resulte de la nota del Registro de la Propiedad al pie de la escritura reguladora, se ha de extinguir el régimen.

c) Si la obra está en construcción, indicación de la fecha límite para su terminación también según lo que resulte de la escritura reguladora e indicación de la fecha estimada de extinción del régimen, calculada sobre la fecha límite de terminación de la obra

d) Descripción precisa del inmueble sobre el que se ha constituido el régimen y de su situación, y si la obra está concluida o se encuentra en construcción.

e) Servicios comunes de los que podrá disfrutar el adquirente y las condiciones de este disfrute.

f) Instalaciones comunes a las que el adquirente podrá tener acceso y, si procede, condiciones para ese acceso con indicación expresa del importe que debe abonar por su utilización y si está sometido a actualización con arreglo al Índice de Precios al Consumo.

g) Indicación de que la sociedad de servicios se hará cargo de la administración con expresión de su denominación y sus datos de inscripción en el Registro Mercantil.

h) Precio medio de los derechos de aprovechamiento por turno y precio de los que lo tengan más alto. Asimismo, la cantidad alzada que habrá de satisfacerse a la sociedad de servicios y la cantidad anual media que pagarán como cuota los adquirentes de los derechos de aprovechamiento y la que deban satisfacer los que tengan la cuota más alta.

i) Información sobre el número de departamentos susceptibles de aprovechamiento por turno y del número de turnos por departamento.

j) Información sobre los derechos de desistimiento y de resolución unilateral que tendrá el adquirente, expresando el tiempo de que dispondrá, según esta Ley, para ejercitarlo, que no tendrá a su cargo ningún gasto por el ejercicio del mismo e indicación de la persona y domicilio a quien deberá comunicarse, si se ejercita. Si la obra está en construcción, indicación del aval o del seguro de caución constituido para garantizar la terminación de la misma.

k) Si existe o no la posibilidad de participar en un sistema de intercambio y, en caso positivo, el nombre, denominación o la razón social del tercero que se va a hacer cargo del servicio. Sólo podrá hacerse mención a esta posibilidad en el caso de que el contrato con la entidad que se haga cargo del intercambio haya sido ya celebrado y se haya incorporado a la escritura reguladora o se haya archivado una copia del mismo en el Registro de la Propiedad.

2. El propietario o promotor debe hacerse eco de la posibilidad que existe de recabar información gratuita, facilitando dirección y teléfono, por parte de organismos y profesionales oficiales.

3. En todo momento debe tener a disposición del sujeto a quien propone la celebración del contrato, un inventario de todo el mobiliario y ajuar del departamento y su valoración.

4. En cualquier publicidad que se haga, se exige que aparezcan reflejados los datos de inscripción del régimen, expresando la titularidad y cargas (52).

• El artículo 9, dando un paso más, enumera los elementos de contenido mínimo que debe tener todo contrato mediante el cual se venda un derecho de aprovechamiento por turno (53):

(52) En esa publicidad, además, se debe advertir que la consulta del Registro resulta necesaria para conocer la situación jurídica de la finca y el contenido íntegro del régimen de aprovechamiento por turno

(53) 1.º La fecha de celebración del contrato, los datos de la escritura reguladora del régimen, con indicación del día de otorgamiento, del Notario autorizante y del número de su protocolo, y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º Referencia expresa a que el derecho transmitido es un derecho real, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.6, haciendo constar la fecha en que el régimen se extinguirá de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

El contrato expresará la necesidad de otorgar escritura pública, conforme a los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, e inscribir el derecho adquirido en el Registro de la Propiedad para su plena protección.

3.º Descripción del edificio, de su situación y del departamento sobre el que recae el derecho con referencia expresa a sus datos registrales, y descripción precisa del turno que es objeto del contrato con indicación de los días y horas en que se inicia y termina.

4.º Expresión de que la obra está concluida o se encuentra en construcción. En este último caso habrá de indicarse:

a) Fase en la que se encuentra la construcción.

b) Plazo límite para la terminación del inmueble.

c) Referencia a la licencia de obra e indicación y domicilio del Ayuntamiento que la ha expedido.

d) Fase en que se encuentran los servicios comunes que permitan la utilización del inmueble.

e) Domicilio indicado por el adquirente donde habrá de notificársele la inscripción de la terminación de la obra y la fecha a partir de la cual se computará la duración del régimen.

f) Una detallada memoria de las calidades con que contará el departamento objeto del contrato.

g) Relación detallada del mobiliario y ajuar con que contará el departamento, así como el valor que se le ha atribuido a efectos del aval o del seguro al que se refiere el artículo 4.2.

h) Referencia expresa a dicho aval o seguro con indicación de la entidad donde se ha constituido o quien se ha contratado y que el mismo podrá ser ejecutado por el adquirente en el caso de que la obra no esté concluida en la fecha límite establecida al efecto o si no se incorpora al departamento el mobiliario establecido.

5.º El precio que deberá pagar el adquirente y la cantidad que, conforme a la escritura reguladora, deba satisfacer anualmente, una vez adquirido el derecho, a la socie-

1. Queda claro que el derecho adquirido es de naturaleza real, salvo que se haga al amparo del artículo 1.6; que su eficacia es independiente de su inscripción registral, pero en el apartado 2.º párrafo 2.º se hace hincapié en que, para su plena protección, debe inscribirse.

2. Se debe incluir también literalmente la previsión legal en torno a los derechos de desistimiento unilateral y resolución.

3. Con relación a la posibilidad de participar en intercambios, debe quedar patente que es un costo independiente de la adquisición del derecho de aprovechamiento por turno, y siempre conforme al contrato que se suscribió con la compañía de intercambio y que debe estar incorporado a la escritura reguladora.

dad de servicios, con expresión de que se actualizará con arreglo al Índice Anual de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística indicando, a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años. También se hará expresión del importe de los impuestos que lleva aparejada la adquisición y una indicación somera de los honorarios notariales y registrales para el caso de que el contrato se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.

6.º Inserción literal del texto de los artículos 10, 11 y 12, haciendo constar su carácter de normas legales aplicables al contrato.

7.º Servicios e instalaciones comunes que el adquirente tiene derecho a disfrutar y, en su caso, las condiciones para ese disfrute.

8.º Si existe o no la posibilidad de participar en servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento. Cuando exista esta posibilidad, se expresarán los eventuales costes y las condiciones esenciales del contrato que regule esa posibilidad incorporado a la escritura reguladora, sin que pueda incluirse ningún otro pago o condición que no esté previsto en aquél. Aparecerá de forma destacada el nombre o razón social del tercero que se haya hecho cargo de este servicio. Cualquier referencia a un sistema de intercambio, cuando el contrato no esté incluido en la escritura reguladora o se incluya alguna condición que se aparte de aquél, tendrá la consideración de infracción al deber de información a los efectos de que el adquirente pueda resolver el contrato unilateralmente de conformidad con lo establecido en el artículo 10.

9.º Expresión del nombre o razón social, con los datos de la inscripción en el Registro Mercantil, en el caso de que se trate de sociedades y el domicilio:

- a) Del propietario o promotor.
- b) Del transmitente, con indicación de su relación jurídica con el anterior.
- c) Del adquirente.
- d) De la sociedad de servicios.
- e) Del tercero que se hubiera hecho cargo del intercambio, en su caso.

10.º Duración del régimen, con referencia a la escritura reguladora y a la fecha de la inscripción de ésta. Si el inmueble está en construcción, con referencia a la fecha límite en que habrá de inscribirse el acta de terminación de la obra.

11.º Expresión del derecho que asiste al adquirente a:

a) Comprobar la titularidad y cargas del inmueble, solicitando la información al Registrador competente, cuyo domicilio y número de fax constará expresamente.

b) Exigir el otorgamiento de escritura pública.

c) Inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, conforme al párrafo 2.º del número 2 de este apartado.

12.º Lugar y firma del contrato.

4. Se debe acompañar de inventario del mobiliario previsto para el departamento.

- El artículo 10 recoge una de las principales bazas en orden a la protección del adquirente como consumidor y que resulta ser uno de los principales aspectos de la Directiva: el derecho a desistir del contrato en un plazo de diez días desde que se ha celebrado, sin necesidad de alegar causa alguna para ello.

Se trata de una facultad que se le reconoce como en otras normas que tienen relevancia para los consumidores: Ley de venta de bienes muebles a plazos, ley de ventas realizadas fuera del establecimiento, entre otras.

Por las peculiares condiciones en que se presta el consentimiento, existe una presunción de que puede no haberse prestado en condiciones óptimas de tranquilidad y libertad, quedando en cierta medida viciado. Este derecho cuya duración ha ido variando en la evolución de los proyectos de Directiva comunitaria ha sido una de las reclamaciones de mayor entidad que se han hecho por los consumidores y que se ha visto satisfecha.

- Además de la facultad de desistir, en el mismo artículo 10, se le reconoce al adquirente la posibilidad de resolver el contrato en el supuesto de que el promotor haya incumplido la obligación de incluir alguna de las cláusulas que exige el artículo 9 en el plazo de seis meses (54). Si se subsana ese incumplimiento se le dan entonces los diez días para desistir.

- Con el fin de que el adquirente no se encuentre en modo alguno presionado, se prohíbe la prestación de anticipo alguno antes de que haya transcurrido el plazo para ejercitar el desistimiento.

Evidentemente ello no empece a que se pueda establecer alguna medida aseguratoria del pago del precio, pero sin que en modo alguno pueda suponer contraprestación para el vendedor en el supuesto de ejercicio de la facultad de desistir (55).

- Si para realizar la compra se ha suscrito un préstamo, concedido por el vendedor o por un tercero, dicho contrato quedará resuelto cuando se ejercite la facultad de desistimiento; y en los contratos de préstamo no cabe incluir

(54) En la redacción última de la fase de Anteproyecto no se fijó plazo para ejercitar esa facultad resolutoria, por contra a lo que sí se hace en la Directiva que establece un plazo de tres meses. El Consejo de Estado estimó que tal norma no se ajustaba al equilibrio de posiciones que debe caracterizar los contratos ahora examinados, por lo que entendía necesaria la limitación temporal de esta facultad. De ahí que el Proyecto fije un plazo de seis meses, incrementando el mínimo dispuesto por la norma europea.

(55) En este sentido, la sanción legal resulta importante: si se ha producido algún anticipo, tiene derecho a exigir la devolución duplicada como indemnización, conjuntamente con la posibilidad de optar entre la resolución del contrato en el plazo general de seis meses o exigir el cumplimiento del mismo.

cláusula que penalice el ejercicio de ese desistimiento. Evidentemente si al adquirir se había subrogado en un préstamo suscrito por el vendedor, al desistir no se extingue el contrato de préstamo, sino que el deudor vuelve a ser el vendedor.

- Por su parte, y como contrapreso tras el abanico de normas tendentes a la protección de la parte débil del contrato, el artículo 13 contempla la posibilidad de incluir una cláusula de resolución del contrato, con la consecuente pérdida del derecho para el adquirente, si deja de pagar durante dos años consecutivos o tres alternos las cuotas debidas a la sociedad de servicios. Para su ejercicio, el promotor debe consignar la parte proporcional del precio que corresponda al tiempo que falta por disfrutar y el interés legal del dinero correspondiente al tiempo transcurrido desde la celebración del contrato que se resuelva (56).

Como complemento a la facultad de resolver, se prevé el *quantum* de la indemnización que podrá exigir el propietario o promotor: 30 por 100 de la cantidad que tiene que consignar, como máximo y siempre que se estipule expresamente.

A cambio de esa facultad que se le reconoce, se obliga al que ejercita esa facultad resolutoria a hacerse cargo de las deudas que hubiera dejado pendientes el sedicente adquirente con la sociedad de servicios.

- Como corolario a todo el conjunto de medidas tendentes a la protección de los adquirentes, el artículo 14 prevé la dinámica de la publicidad registral de los derechos de aprovechamiento por turno.

1. Para poder proceder a su inscripción, como no podía ser de otro modo conforme a las normas generales *ex* artículo 3 LH, el contrato debe celebrarse en documento público o elevarse a público una vez celebrado, en cuyo caso no podrá hacerse antes de que hayan transcurrido los diez días que se tienen para ejercitar el desistimiento. En todo caso, para poder elevarlo a público y para su inscripción será necesario que el contrato incluya todos los aspectos previstos como contenido mínimo del contrato.

- Concluye este Capítulo II, dedicado a la regulación de las condiciones de promoción y venta, con un novedoso artículo 15 que, bajo la rúbrica «facultades del titular de derechos de aprovechamiento por turno» (57), fija algunos aspectos que habían quedado ayunos de regulación.

(56) El Consejo de Estado entiende poco atendible la consignación de este último concepto por cuanto alude al rendimiento legal del precio que abonó por el lapso de tiempo que efectivamente ya ha disfrutado, lo cual supondrá un enriquecimiento injusto. Seguramente está en lo cierto cuando advierte que ese depósito de intereses legales tendría sentido si se trata de la parte proporcional del precio del derecho correspondiente al tiempo que restaba de duración del mismo.

(57) Efectivamente, a lo largo de todo el proceso de redacción de la norma no había aparecido una disposición de tal calado. Su sentido, sin duda, es dejar perfectamente

1. Se reconoce el derecho a la libre transmisión del derecho por parte de su titular, estableciéndose el carácter personal de las obligaciones derivadas del régimen, sin que podamos entender que se trate de obligaciones *propter rem*, sino que la responsabilidad por las obligaciones contraídas permanece en el ámbito patrimonial de su titular originario. Claro está, salvo que las partes pacten otra cosa en vía interna. Lo importante que habrá que subrayar es que el *accipiens* no se puede ver gravado por los actos llevados a cabo por su *tradens*, salvo previsión expresa al respecto.

2. Prevé que el titular de derechos de aprovechamiento pueda constituir, a su vez, derechos reales limitados sobre su titularidad (58). En tal supuesto, y en aras a la protección de los adquirentes de los mismos, se prevé que dichas transmisiones quedan sometidas a los artículos 2 y 8 a 12, es decir, a las normas que prevén las más relevantes medidas de protección al adquirente. Es importante subrayar que desde esa transmisión se predicen del nuevo adquirente todas las facultades que corresponden *ex lege* al titular del derecho de aprovechamiento. Sin duda, ello tendrá que ver con el hecho de que la posesión material del departamento corresponderá a este individuo, quedando el titular del derecho de aprovechamiento como poseedor de este mismo derecho. Se trata de una medida que tiene la virtualidad de hacer más ágil la satisfacción de los intereses del subadquirente, ya que éste no deberá actuar a través de aquél que le ha transmitido ese derecho real limitado.

3. En el supuesto de que lo que se constituya sobre el derecho real de aprovechamiento sea un derecho de índole personal, un arrendamiento, por ejemplo, se prevé que la renta o contraprestación deberá ser satisfecha por el titular de ese derecho personal en los primeros siete días del año, salvo pacto en contrario, sin que en ningún caso se autorice el abono por anticipado correspondiente a más de una anualidad. Tan es así, que de haberse pactado en tal sentido, el cesionario tiene la facultad de resolver el contrato en cualquier momento, pudiendo reclamar la devolución de las rentas satisfechas y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

4. Como mecanismo para incrementar la seguridad de esas operaciones de constitución de derechos reales o personales sobre el de aprovechamiento, se prevé que puedan emplear los titulares de aquéllos el procedimiento del artículo 312 RH en aras a conseguir que aparezca inscrito a nombre de su

atados todos los extremos relativos al disfrute del derecho. Quizá, por ello, su ubicación sistemática más adecuada podría ser inmediatamente después de conceptuar el derecho en el artículo 1.

(58) Podría ser el caso de crear un derecho de usufructo sobre su derecho de aprovechamiento, por ejemplo. Hay que entender que no es que se dedique a la comercialización o reventa de su derecho, puesto que este supuesto aparece ya regulado en el artículo 1.5

tradens el derecho de aprovechamiento y, de esta manera, poder acceder ellos, en su caso, a la protección registral.

5. Finalmente, y no menos importante, se prevé la posibilidad de constituir entre los titulares de derechos de aprovechamiento una comunidad para representar sus intereses (59). El régimen jurídico de esta comunidad viene dado por su funcionamiento en régimen de mayoría simple de partícipes, con independencia del número de derechos de aprovechamiento que ostente cada uno de esos partícipes. Nótese que no se trata de una comunidad de derechos conforme a las previsiones del Código Civil en sus artículos 392 y siguientes, en sede de comunidad de bienes, puesto que desaparece la cuota como elemento determinante para la adopción de decisiones.

3.5. MEDIDAS QUE SE DEBEN ADOPTAR PARA GARANTIZAR EL DISFRUTE DEL DERECHO ADQUIRIDO: LA FIGURA DE LA SOCIEDAD DE SERVICIOS

El derecho de aprovechamiento por turno —figura jurídica a través de la cual se ofrece legislativamente en España la posibilidad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado de cada año— exige, como uno de los principales detalles que harán que triunfe o fracase la regulación, una rigurosa y práctica reglamentación del sujeto que ha de dedicarse a garantizar el disfrute del derecho adquirido en las condiciones óptimas. Con este fin, se dedica el Capítulo III del Título I a la «prestación de los servicios».

Se regulan aquellos elementos de la sociedad de servicios que son esenciales para la viabilidad del régimen: las condiciones mínimas que deben reunir este tipo de sociedades, las obligaciones que deben cumplir para con los adquirentes, la retribución a la que tienen derecho y las consecuencias que tendrá el incumplimiento de sus obligaciones.

Ha de tratarse de una SA o SRL (60) domiciliada en España y cuyo capital social mínimo, que debe estar completamente desembolsado, son 10 millones, si administra un inmueble no superior a diez departamentos. A partir del décimo el capital social se deberá incrementar en 300.000 pesetas por cada apartamento más. Si su capital es superior a 100 millones no tiene limitada su capacidad de administrar. Su objeto social único debe ser el de atender los servicios de un inmueble sometido a este régimen.

(59) En anteriores propuestas normativas se había barajado la posibilidad de establecer una comunidad de aprovechamiento por turnos, idea que fue rechazada en la comisión que redactó el presente Proyecto, por entender que se debía intentar eliminar cualquier referencia comunitaria por las dificultades que entraña.

(60) Se ha incorporado esta posibilidad en la última redacción, si bien resulta tranquilizador que se exija como capital mínimo el de las sociedades anónimas —10 millones— y desde el primer momento completamente desembolsado.

Esta sociedad, tras firmar el contrato, siempre con antelación a la constitución del régimen, debe prestar un seguro de caución que debe cubrir el incumplimiento de las obligaciones que sitúa en cabeza suya la ley, en particular la prestación de los servicios comprometidos, fijándose que la indemnización de los daños patrimoniales sufridos habrá de ser un valor equivalente al doble de la cantidad alzada que percibe la sociedad (61).

El contrato de prestación de servicios debe tener una duración mínima de diez años, aunque ello significa que el propietario no deba tener contratado el servicio para la totalidad del período de tiempo para el cual se ha constituido el régimen.

La misión de la sociedad de servicios es mantener los departamentos en condiciones adecuadas para que cada titular pueda comenzar el disfrute de su derecho en el momento que le corresponda. El artículo 17.2 hace una detallada enumeración del contenido mínimo de esa obligación de prestación de servicios (62). Destaca entre ellas esa obligación de proporcionar un alojamiento equivalente para el supuesto de que alguna circunstancia haga imposible la ocupación del departamento sobre el que ostentan su derecho (63).

(61) Se muestra crítico el Consejo de Estado por entender que un seguro de caución no puede tener por objeto una prestación de hacer tal como la prestación efectiva de los servicios; sino que debiera ser el abono de su coste, aunque la considere una fórmula poco efectiva.

(62) — Velar por las cosas de aprovechamiento e intereses comunes, responder de los daños que éstas causen y realizar, a costa propia, las obras de conservación, reparación o reconstrucción, aunque sean extraordinarias, salvo que se trate de daños que, conforme a la legislación española, no sean asegurable.

— Asegurar la limpieza de los elementos de aprovechamiento común y el funcionamiento de las instalaciones y servicios.

— Entregar, al principio de cada período, relación detallada de los muebles, instalaciones y ajuar que se entreguen con el departamento.

— Previa provisión de fondos, encargarse de pagar los débitos propios de cada participación por contribuciones o exacciones fiscales, primas de seguros, amortizaciones o servicios privativos de teléfono, electricidad, agua y otros análogos medidos por contador individual. Dichos gastos deberán justificarse con los correspondientes recibos que, en todo caso, estarán a disposición de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno.

— Cuando los titulares del derecho no puedan, en su turno, ocupar el departamento correspondiente, deberán proporcionarles un alojamiento de igual o superior categoría con los mismos servicios y en la misma zona. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad del propietario frente a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno, según el artículo 19, y frente a la sociedad de servicios si nada se hubiera estipulado en el contrato celebrado con ella.

— Realizar las demás prestaciones previstas por la Ley o por el título constitutivo.

(63) En este sentido en anteriores redacciones, se exigía que el inmueble sobre el que se constituía el régimen tuviera por lo menos un departamento destinado a estas eventualidades. Con la actual, se puede dar el caso de que, al no existir norma expresa al respecto no se prevea ninguno específicamente y esta obligación que se predica de la sociedad de servicios resulte de imposible cumplimiento si los demás están ocupados por sus legítimos usuarios en aquel momento.

Además de esas obligaciones de prestación de servicios tienen otras obligaciones a resaltar:

- Exigir a cada titular el cumplimiento de sus deberes de convivencia, exigiendo el cese de actividades prohibidas por el título constitutivo, insalubres, peligrosas o contrarias a las buenas costumbres.
- Como defensora de la posesión de todo el conjunto y los departamentos se le reconoce la posibilidad de que, una vez concluido el plazo de disfrute, poder abrir el apartamento y retirar todos los objetos (64).

La retribución de la sociedad de servicios podrá pactarse que se haga en metálico o mediante la atribución de la explotación de locales, instalaciones o servicios (65).

Concluye este Capítulo III con la fijación de las consecuencias por el incumplimiento de los servicios.

Se trata de una circunstancia que puede poner en peligro el régimen. Precisamente por ello, se hace necesaria una regulación estricta:

- El propietario o el promotor quedan legitimados para ejercitar una acción de resolución para acabar con el contrato con la sociedad incumplidora que llevará aparejada la correspondiente indemnización. También se reconoce esa legitimación a cualquier titular de un derecho de aprovechamiento y, lógicamente, más aún podrá hacerlo esa comunidad de intereses que se haya constituido entre los titulares.
- A su vez se reconoce a cualquier titular de un derecho de aprovechamiento o a la comunidad de intereses la posibilidad de reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios y la indemnización por los perjuicios que sufran, siendo esta acción independiente del cobro de la parte proporcional de la indemnización que deberá abonar

(64) Con una expresión altamente clarificadora nos dice la norma que la sociedad «deberá dejar expedito el departamento para el goce de quien a continuación corresponda».

(65) Si se prefiere el pago en dinero, se establece una cantidad alzada, sólo revalorizable con arreglo al Índice de Precios al Consumo, para evitar fraudes que podrían darse en este campo si a la sociedad de servicios se le permite aumentar, más o menos arbitrariamente, la cuota que los titulares de los derechos han de satisfacerle en pago de sus servicios. La única excepción en cuanto al límite del incremento viene dado por el supuesto de que no se cubran los gastos de explotación, siempre y cuando se someta el aumento estimado a un arbitraje de consumo. Esta restricción queda compensada con la facultad que se otorga a la sociedad de servicios de impedir el disfrute de su derecho al titular que no haya satisfecho la cuota, pudiendo reintegrarse con lo que obtenga de dicho disfrute a través del arrendamiento de la semana a un tercero.

la aseguradora de la sociedad de servicios. En el fondo, la solución dada para garantizar la viabilidad es hacer responsable de que los servicios se sigan prestando al único propietario del inmueble quien, a fin de cuentas, es el que celebró el primer contrato cuando se constituyó el régimen y eligió, por tanto, a la sociedad que luego incumplió sus obligaciones.

- Una vez resuelto el contrato primitivo, se exige al propietario o promotor la concertación de un nuevo contrato con otra sociedad prestataria, siempre con las condiciones mínimas que se fijaban en la escritura reguladora. Tan es así que en el supuesto que exista algún elemento que perjudique a los titulares de derechos de aprovechamiento no se podrán ver afectados, debiendo soportar esos perjuicios el propietario o promotor, quedando privado de repercutirlo él o la sociedad a través de sus cuotas a los titulares.

3.6. OTRAS CUESTIONES A TENER EN CUENTA

3.6.1. *El Título II se dedica a establecer una serie de normas tributarias*

Tienen por finalidad no discriminar en el plano fiscal a los titulares de los derechos reales de aprovechamiento por turno en relación con los titulares de otras posibles fórmulas de utilización de inmuebles a tiempo parcial.

En efecto, de no introducirse esta regulación, los citados derechos reales seguirían el régimen previsto en las diferentes normas tributarias atinentes a los derechos de esta naturaleza y, como consecuencia de su carácter de derechos reales de disfrute sobre bienes inmuebles, darían lugar, en algunos supuestos, a la aplicación de tipos impositivos superiores a los previstos para la transmisión o adquisición de derechos de carácter personal.

En lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, *ex* artículo 21, quedan sujetos a la imputación de renta, si bien con una importante exención para los titulares de derechos de duración inferior a dos semanas por año, permitiendo que una parte importante de estos aprovechamientos queden excluidos de gravamen.

En el Impuesto sobre el Patrimonio, *ex* artículo 22, cualquiera que sea la naturaleza del derecho en cuestión, se unifica el criterio para su valoración a efectos de su integración en la base imponible de este Impuesto, determinando la valoración por el precio de la adquisición.

En el Impuesto sobre el Valor Añadido, *ex* artículo 23, se generaliza la aplicación del tipo reducido al 7 por 100 a las prestaciones de servicios consistentes en la cesión de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles como en otras formas de utilización de los bienes inmuebles

por período determinado o determinable del año con prestación de los servicios complementarios propios de la industria hotelera.

Finalmente, *ex* artículo 24, en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se establece la aplicación del tipo de gravamen del 4 por 100, propio de la transmisión de derechos de carácter personal.

3.6.2. *La Disposición Adicional 2.ª determina que la Ley aplicable a estos contratos sobre inmuebles, sitos en España, será la española*

Esta medida está justificada por la propia Directiva, que en su artículo 9 exige a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que, en cualquier caso, el adquirente no quede privado de la protección que la misma otorga. De nuevo, pues, una norma restrictiva de la autonomía de la voluntad para favorecer la protección del consumidor (66).

Se trata de una cuestión trascendente y del mayor calado. Está afirmando el legislador, al igual que hacen el alemán y el británico, la imperatividad de la norma nacional y no sólo esto, sino que la sumisión expresa a otra legislación debe reputarse como hecha en fraude de ley. Como se ha puesto de relieve ya, este precepto quedará en una mera declaración de intenciones en el supuesto que se realice un contrato en el extranjero que otorgue un derecho de crédito sobre un inmueble del tipo que en la norma se definen, dado que el Convenio de Roma permite el acuerdo de las partes con respecto a la ley aplicable (67).

(66) La Exposición de Motivos declara que esta previsión normativa «pretende precisamente eso, en cuanto se trate de derechos de aprovechamiento por turno sobre bienes inmuebles situados en España, soslayando la posibilidad de que el contrato se someta a la jurisdicción pactada por las partes. En definitiva, se trata de evitar los posibles fraudes de ley, los llamados “fraudes de ley internacionales”, que se pueden dar amparándose en la existencia, dentro de un espacio común, de Estados donde la Directiva comunitaria no haya sido traspuesta por no haberse sentido la necesidad de hacerlo al no comercializarse en sus territorios esta clase de derechos. Este mismo camino es el que está tratando de tomar la Unión Europea en lo que se refiere a Directivas comunitarias de protección a los consumidores para evitar precisamente que su falta de trasposición en algunos Estados sirva de medio para soslayar la aplicación de las normas dictadas por los otros para la integración en sus respectivos ordenamientos. Y así, en esta dirección, apunta la iniciativa comunitaria relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores».

(67) PAU PEDRÓN, ANTONIO, *loc cit.*, pág. 2. Es revelador, además, que en la tramitación de la Directiva en algún momento se intentara incluir un inciso por el que se sometía el régimen a la ley del lugar donde radicase el inmueble, pero sólo duró cinco meses .. Lo explica con profusión de datos ANTONIO PAU en su artículo citado.

3.6.3. *Régimen de derecho transitorio*

Desde que la ley entre en vigor, la promoción y venta de cualquier derecho sobre un inmueble sito en España que quede incurso en el marco de la Directiva, sea por tanto real o personal, se somete a las reglas que exige la ley.

Se establece un plazo de dos años para que todos los complejos existentes se adapten a la nueva norma (68); siendo requisito para ello el otorgamiento de la escritura reguladora del régimen con los requisitos del artículo 5 y su posterior inscripción. El otorgamiento queda a cargo del propietario del inmueble, si se trata de un régimen de derechos personales o del presidente de la comunidad de propietarios, si es un régimen que atribuye la propiedad de los períodos de disfrute, estableciéndose una multipropiedad sobre el apartamento o sobre el complejo.

Se establece un plazo máximo de duración de cincuenta años, salvo que tuviera un plazo inferior a los treinta que como máximo establece la Ley, o si en la escritura de adaptación se establece la continuidad por tiempo indefinido o un plazo cierto.

Espero que todas estas reflexiones sirvan para que se vaya conociendo esta nueva construcción jurídica, respuesta a una figura que ya empieza a tener una edad apreciable y que, sin duda, empezaba a necesitar una intervención legislativa para eliminar todas las sospechas y suspicacias que en algunos sectores ha levantado. Veremos si la voluntad de los técnicos y del Ministerio de Justicia que ha auspiciado la redacción tiene reflejo en una pronta aprobación como ley.

PEDRO A. MUNAR BERNAT
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

(68) Se incorpora en la última redacción la posibilidad de que si transcurridos esos dos años no se ha procedido a la adaptación, ésta podrá ser reclamada judicialmente por cualquier titular de un derecho que le permita la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año. Expresión ésta que es copia de la de la Directiva, con el fin de que no se pueda escapar ningún supuesto.

Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. IDEAS PRELIMINARES.—2. LAS DOS FORMAS DE SUBROGACION POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EXISTENTES EN DERECHO ESPAÑOL: 2.1. LA SUBROGACIÓN POR PAGO ESPECIALMENTE AUTORIZADO POR EL DEUDOR. 2.2. LA SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1.211. LA JUSTIFICACIÓN DE SUS REQUISITOS FORMALES.—3 LA COORDINACION ENTRE LOS DOS CASOS DE SUBROGACION CONSENTIDA POR EL DEUDOR.—4. CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

En este trabajo se presentan las dos formas de subrogación, por voluntad del deudor, existentes en nuestro Derecho. Se propone una explicación para ellas y se estudia el problema de cómo coordinarlas.

El trabajo está ordenado de la siguiente manera:

1. En primer lugar se recogen algunas ideas preliminares sobre el pago de un tercero y sus efectos, convenientes para seguir la exposición
2. Después, se explica el origen y funcionamiento de la subrogación por pago de tercero autorizado por el deudor para subrogarse (art. 1.210.2.º) y el origen y significado de la subrogación por préstamo (art. 1.211), así como las razones que llevaron al legislador a introducir en esta última unos determinados requisitos formales.
3. Se explican, por último, los problemas de coordinación entre estos dos tipos de subrogación y se propone una solución.

1. IDEAS PRELIMINARES

El punto de partida para estudiar los casos de subrogación por voluntad del deudor está en la noción de pago de tercero. Con esto no nos estamos

remontando demasiado lejos, ya que la subrogación por pago no es más que uno de los posibles efectos que puede desencadenar un pago de tercero.

En mi opinión, como ya he dejado escrito en otro lugar, estamos ante un pago de tercero en sentido estricto cuando el *solvens*, siendo consciente de la ajenidad de la deuda y ofreciendo una prestación conforme a la debida, no justifica su aparición en el acto del pago ni por referencia al hecho de ser parte en la obligación, ni por referencia a una legitimación específica que el deudor o la ley le hayan conferido (1). Desde este punto de vista, el pago de un tercero es perfectamente compatible con una relación interna entre el *solvens* y el deudor (2).

(1) Véase, DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998. Esta opinión se basa en ideas de DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bolonia-Roma, 1986, pág. 527. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milán, 1990, págs. 283-284. Igualmente, CARPINO, «Del pagamento con surrogazione», en *Commentario Scialoja-Branca* (arts. 1.201-1.205), Bolonia-Roma, 1988, pág. 47. Bajo el *Codice* anterior, MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Turín, 1924, pág. 124.

(2) En los casos de asunción simple de deuda estamos ante casos de pago de tercero. Véase, BIANCA, *Diritto*, IV, cit., pág. 283. CANNATA, «L'adempimento in generale», en *Trattato di diritto privato*, 9.º, 1.º, Turín, 1984 (reimpresión de 1991), pág. 82. CICALA, «Accollo», en *Enciclopedia del Diritto*, I, 1958, pág. 284. RESCIGNO, «Accollo», en *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1981, pág. 142. DI MAJO, *Le modalità*, cit., pág. 527. SCHLESSINGER, *El pago al tercero*, Madrid, 1971, pág. 46. RESCIGNO, «Delegazione» (diritto civile), en *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, pág. 945. Para una crítica de esta concepción del *accollo*, véase, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1974, pág. 182. En nuestra doctrina, ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996, págs. 246 y 247, entiende también que el asumente interno paga como tercero en nombre propio (sin embargo, expresa algunas dudas en pág. 269). Ideas similares, recientemente, en RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, Madrid, 1997, págs. 122 y sigs. En contra, BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 274, entre otros autores. También en contra, últimamente, TUR FAUNDEZ, *El derecho de reembolso*, Valencia, 1996, pág. 46. También el representante indirecto del deudor paga como tercero. Véase, entre otros, GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, 1957, pág. 330, o PESSOA JORGE, *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, 1975-76, pág. 351. Hay alguna duda más sobre si el delegado de pago paga como tercero o no. BARASSI (*La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948, pág. 142), y BIANCA (*Diritto*..., IV, cit., págs. 280 y 283) defienden una aproximación entre estas dos figuras. De forma similar, en nuestra doctrina, LAGUNA IBÁÑEZ, «La delegación en el Derecho Civil español», *Temis*, 1958, pág. 168. Véase también BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 136. Por el contrario, hay otros autores que entienden que la posición del delegado de pago se debe aproximar a la del representante directo; en este sentido, véase NATOLI, *L'attuazione*, I, cit., págs. 179-180 y 195. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 7.ª ed., Milán, 1986, pág. 413. MICCIO, «Delle obbligazioni in generale», en *Commentario del Codice Civile redatto a cura di magistrati e docenti*, Turín, 1982, pág. 91. RESCIGNO, «Delegazione», *Enc. Dir.*, XI, cit., pág. 945. GRECO, «Delegazione» (dir. civ.), *Noviss. Dig. It.*, V, 1957, pág. 347. Véase también, SCHLESSINGER, «Adempimento del terzo e delegazione di pagamento», *Temis*, 1958, 572 y sigs. En la doctrina portuguesa parece apuntar en esta dirección ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 5.ª ed., Coimbra, 1992, pág. 27, nota 1.

El pago de un tercero produce efectos que no son fáciles de establecer en nuestro Derecho porque los artículos que el Código Civil dedica a esta materia no son un ejemplo de claridad. Si leemos con detenimiento los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 podemos deducir que, para determinar esos efectos, hay que atender, en primer término, al interés del tercero en la obligación y, en segundo lugar, a las voluntades de los sujetos involucrados. De esa manera, tendremos que:

- a) Cuando paga un tercero interesado se produce la subrogación del mismo en los derechos del acreedor pagado (art. 1.210.1.º y 3.º), independientemente de cuál sea la voluntad del acreedor y la del deudor.
- b) Cuando paga un tercero no interesado, los efectos dependerán de la voluntad del acreedor y de la actitud del deudor.
 - b 1) Si el tercero no interesado cuenta con la voluntad favorable del acreedor, podrá producirse lo que se denomina tradicionalmente subrogación convencional consentida por el acreedor (art. 1.209).
 - b.2) Cuando paga un tercero no interesado y no obtiene del acreedor la subrogación convencional, todo dependerá de la actitud del deudor: si éste se muestra conforme con la intervención de ese tercero, se puede producir hasta la subrogación, sea la prevista en el artículo 1.210.2.º, sea la prevista en el artículo 1.211.
 - b 3) Por último, en los casos en los que ni el deudor ni el acreedor están dispuestos a colaborar con la intención del tercero (recordemos, no interesado) de subrogarse, no se produce la subrogación y nos veremos obligados a movernos en el ámbito de los dos últimos párrafos del artículo 1.158 (3). Ese precepto, en mi opinión, establece una remisión a los supuestos de hecho y a las consecuencias jurídicas de las normas sobre mandato, sobre gestión de negocios y sobre el enriquecimiento sin causa (4).

También conviene aclarar la construcción de la subrogación por pago que se va a manejar en este trabajo. La mejor manera de explicar el funcionamien-

(3) Evidentemente, en los posibles efectos del pago de un tercero que se acaban de describir, también influye la voluntad del *solvens*: puede elegir no subrogarse aunque la calidad de su interés le permitiera la subrogación, puede renunciar a la misma una vez producida, puede ejercitar el derecho personal en vez del crédito adquirido por subrogación, etc.

(4) Para esta opinión, véase DEL OLMO, *Pago...*, cit. págs. 61 y sigs. Esta monografía está dedicada a estudiar los efectos del pago de un tercero, con y sin subrogación.

to de la subrogación por pago, en mi opinión, consiste en decir que la subrogación supone que el tercero (*solvens* o prestamista) adquiere el crédito originario *en garantía* del derecho personal subyacente que deriva de los pactos y circunstancias que rodearon su intervención (5). Es decir, que el tercero va a adquirir un derecho que le pertenece *iure proprio* por el hecho de haber pagado en determinadas circunstancias y que, para reforzar ese derecho personal, la ley le va a permitir ejercitar el crédito originario del acreedor satisfecho. La situación, entonces, se asemeja a una prenda de créditos: el derecho personal jugaría el papel de derecho *principal* y el crédito adquirido por subrogación jugaría el papel de *accesorio* (6).

En los casos de subrogación que se estudian en este trabajo, el crédito originario del acreedor subrogante se pondrá *en garantía* del derecho personal de mandato (art. 1.210.2.º) o de préstamo (art. 1.211) que corresponda al tercero, según los casos.

2. LAS DOS FORMAS DE SUBROGACION POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EXISTENTES EN DERECHO ESPAÑOL

Según el artículo 1.210.2.º: «Se presumirá que hay subrogación: ... 2.º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor».

Por su lado, el artículo 1.211 dice: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

Estos dos artículos son los que, en nuestro Derecho, regulan las formas que tiene el deudor de promover un cambio de acreedor a través de la subrogación. Los Códigos francés e italiano (tanto el actual como el de 1865) sólo recogieron la segunda figura, denominada tradicionalmente subrogación *ex mutuo*. En cambio, el Código argentino y los dos Códigos portugueses sí regulan estas dos formas de subrogación por voluntad del deudor, lo que los coloca en una situación similar a la de nuestro Derecho (7). En el Código

(5) Normalmente, el derecho personal subyacente deriva del hecho de haber pagado la deuda ajena por mandato del deudor, o del hecho de haber pagado en el desarrollo de una gestión de negocios, o del hecho de que, si así no fuese, se produciría un enriquecimiento injusto, o del hecho de haber prestado dinero para el pago. Hay otros dos derechos personales subyacentes típicos: el del fiador y el del codeudor solidario, sujetos que también se subrogan por el pago.

(6) Esta construcción, sus implicaciones y ventajas, en DEL OLMO, *Pago*., cit., págs. 280 y sigs.

(7) En Portugal, bajo el Código de 1867, véanse los artículos 778 y 780; bajo el Código actual, los artículos 590 y 591. En Argentina, los artículos 768.3.º y 770. Para

suizo de las Obligaciones no se regula la subrogación por préstamo (la que recoge nuestro art. 1.211), sino que sólo se regula la subrogación por pago de tercero especialmente autorizado por el deudor (la recogida en nuestro art. 1.210.2.º).

Estos artículos 1.210.2.º y 1.211 plantean algunos problemas. El primero de ellos es el de justificar cómo una intervención del deudor (que manda pagar o que toma dinero a préstamo con determinados requisitos) puede permitir a un tercero *no interesado* adquirir el crédito del acreedor sin que la voluntad de ese acreedor sea tenida en cuenta para nada. La subrogación transmite el crédito pagado al margen de la voluntad del acreedor y ello es justificable, en los casos de los números primero y tercero del artículo 1.210, por la especial posición del *solvens*, que es responsable personal o realmente de la obligación (art. 1.210.3.º), o bien porque ese tercero cuenta con el apoyo del legislador para superar la posición de *monopolio* que tiene el acreedor preferente (art. 1.210.1.º) (8). Pero en el 1.210.2.º la única justificación posible está en ese consentimiento del deudor: ¿puede un deudor disponer del crédito del que es titular el acreedor?

Este problema teórico ha sido señalado por casi todos los autores que se han ocupado de estas cuestiones (9). Es el mismo problema a que se enfrentan los autores que estudian la subrogación *ex mutuo* y que hace decir a DEMOLOMBE, como primera frase del capítulo que dedica a esta figura, «voici certainement l'une des plus grandes hardiesses de la subrogation» (10).

poder decir que la situación de nuestro Código es análoga a la de los Códigos citados, es necesario recordar que el artículo 1.210, pese a su tenor literal, no contiene auténticas presunciones. Nuestro artículo 1.210 contiene casos de subrogación que funcionan, por la fuerza de la ley y sin necesidad de presumir nada, al margen de la voluntad del acreedor. Sobre esto, véase, DEL OLMO, *Pago*, cit., págs. 161 y sigs.

(8) Sobre la *ratio* de la subrogación del acreedor que paga a otro acreedor preferente, las ideas más claras están en MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, II, 6.ª ed., París, 1863, pág. 705.

(9) Véase, por todos, VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 28. THARWAT, *Le paiement avec subrogation en droit français et en droit suisse*, Ginebra, 1963, pág. 56. VAZ SERRA, *Subrogação nos direitos do credor*, Lisboa, 1953, pág. 24. ALVES MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, Coimbra, 1911, pág. 216. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1928, pág. 554. RUIZ-RICO RUIZ, «Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código Civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios», en *RJN*, 1994-9.º, pág. 11, nota 8.

(10) Véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVII, París, 1872, pág. 334 y págs. 271 y sigs. TOULLIER, *Droit civil français*, VII, París, 1830, pág. 132. BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II, Milán, 1915, pág. 646. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVIII, 3.ª ed., Bruselas, 1878, pág. 55. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Civil*, V, 2.ª ed., París, 1883, pág. 351. Para Italia, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, Madrid, 1930, pág. 202. BORSARI, *Commentario del Codice Civile italiano*, III, 2.º, Turín, 1877, pág. 662. MAGINI, *La surrogazione...*, cit., pág. 185.

En efecto, tanto en la subrogación por pago de tercero autorizado por el deudor, como en la subrogación *ex mutuo*, se podría decir que, de alguna forma, el deudor *dispose* de un crédito que no es suyo. La justificación de que el deudor pueda promover un cambio de acreedor se suele colocar en ideas prácticas de utilidad: por un lado, el acreedor pagado recibe lo que se le debe y no puede verse perjudicado porque su situación es exactamente igual a la que se hubiera producido si el pago hubiese sido puramente extintivo (o, incluso, a la situación producida por el pago del mismo deudor) (11); por otro lado, el deudor consigue liberarse del concreto acreedor mediante el pago gracias a los fondos proporcionados por el tercero (que paga personalmente o presta), el cual está dispuesto a participar en semejante operación debido, precisamente, a que se le puede ofrecer a cambio la misma posición, con las mismas garantías, que ocupaba el acreedor pagado (12).

Desde este punto de vista, es muy interesante una observación de VON TUHR. En Derecho suizo basta una declaración del deudor al acreedor para que el *solvens* obtenga la subrogación (art. 110 del Código de las Obligaciones). Dice este autor que «esta eficacia de la declaración (del deudor) es fácil de comprender cuando se trata de las garantías reales vinculadas a cosas de propiedad del deudor, pero ya no es tan evidente respecto a las fianzas y garantías constituidas sobre cosas ajenas y que el deudor, con su declaración, impide que se extingan» (13). Pero, incluso para esta objeción, VON TUHR encuentra respuesta: si el deudor no pudiera mantener en vida las garantías reales y las fianzas, no encontraría quien se prestara a efectuar el cumplimiento de la deuda, con lo que éstas quedarían al descubierto y esos terceros garantes (o dueños de las cosas comprometidas) sufrirían la agresión del acreedor (14).

(11) Esta idea está muy extendida; se puede encontrar, entre otros muchos, en autores tan distintos como LAROMBIÈRE, *Theorie et pratique des obligations*, II, Bruselas, 1862, pág. 145. LAURENT, *Principes* ., XVII, cit., pág. 480. AUBRY y RAU por MARTIN, *Cours de droit civil français*, IV, 6.ª ed., París, pág. 223. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936 (reimpresión 1978), pág. 197. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padua, 1933, pág. 59. MOSCATI, «Indebito», en *Enc. Dir.*, XXI, 1971, pág. 91. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 255. HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil Derecho de obligaciones*, III, Madrid, 1958, pág. 137. VON TUHR, *Tratado...*, II, cit., pág. 27, y ALVES MOREIRA, *Instituições* ., II, cit., pág. 243.

(12) Véase, entre otros, DEMOLOMBE, *Cours* ., XXVII, cit., págs. 339-340. BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE, *Trattato*..., II, cit., pág. 647. LAURENT, *Principes* ., XVIII, cit., pág. 57. Para Italia, GIORGI, *Teoría* ., VII, cit., págs. 202-203. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, 2.ª ed., Turín, 1925, pág. 93. MERLO, *La surrogazione*..., cit., págs. 303-305. En Portugal, por todos, VAZ SERRA, *Sub-rogação* ., cit., pág. 24, y ALVES MOREIRA, *Instituições*..., II, cit., pág. 216.

(13) VON TUHR, *Tratado* ., II, cit., pág. 28. Sobre los intereses de esos terceros, véase también, DEMOLOMBE, *Cours* ., XXVII, cit., págs. 383-385.

(14) Los problemas ahí señalados son tradicionales en la subrogación. Así, DURANTON (*Cours de droit civil suivant le Code français*, VII, 4.ª ed., Bruselas, 1841, págs. 77-

A continuación vamos a estudiar el significado de estos dos cauces para que el deudor pueda hacer la subrogación y, más tarde, se estudiará la manera de coordinarlos.

2.1. LA SUBROGACIÓN POR PAGO ESPECIALMENTE AUTORIZADO POR EL DEUDOR

Decía GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1.117.2.º de su Proyecto (similar al actual art. 1.210.2.º) que «este caso, *omitido* en el Código francés y demás modernos, envuelve mandato expreso o tácito de parte del deudor» (15).

Se trata, pues, como ponen de manifiesto las palabras de GARCÍA GOYENA, de una norma que sí existía en la tradición jurídica anterior al *Code* (16). En este sentido, cabe destacar la presencia de una norma similar a la nuestra en algunos textos anteriores al *Code*, como las Leyes Civiles de Cerdeña y en la *Constitución* del Piamonte, seguidores en este punto de la tradición del Derecho Común (17). Por su parte, MIRABELLI también destaca esos extremos, al tiempo que recuerda que el Código austríaco sigue también la tradición del Derecho Común y observa que el legislador italiano de 1865 adoptó el sistema que se acogió en el *Code* y que es contrario a esa tradición (18). En efecto, en Derecho Común se concedía el beneficio de cesión de acciones al fiador y al *mandatario* (19). En la doctrina francesa, MESTRE señala que la

78) estudia si era necesario contar con la voluntad del fiador para que éste quedara obligado frente al prestamista. Es una cuestión en la que se refleja una discusión tradicional sobre los efectos de la subrogación frente a los fiadores y que los Códigos *modernos*, enfrentándose a DUMOULIN, vienen a resolver afirmando que la subrogación produce siempre los mismos efectos. Para información sobre esa disputa, véase, por ejemplo, RENUSSON, *Trattato della surroga*, Siena, 1864, págs. 191 y sigs., Cap. XIII. Sobre la solución definitiva de los Códigos modernos, por todos, MERLO, *La surrogazione*, cit., pág. 323. Nuestro artículo 1.212, que menciona al fiador expresamente, al igual que el artículo 1.252 del *Code*, está en la misma línea de solución de este debate. Véase, por ejemplo, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato*, II, cit., pág. 692.

(15) Véase, GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 596 (las cursivas son mías).

(16) En contra, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pág. 198, nota 321, donde dice que el artículo 1.210.2.º es una creación «exclusiva» de GARCÍA GOYENA. La misma idea, que está muy extendida, en CANIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Madrid, 1996, pág. 89.

(17) Véase, MERLO, *La surrogazione...*, cit., págs. 25 y 114. MAGINI, *La surrogazione...*, cit., págs. 50-51. Estos autores dan copiosa información histórica sobre la subrogación (véase, págs. 11-64 de MAGINI, y págs. 1-67 de MERLO).

(18) Véase, MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo el Codice Civile italiano*, II, Turín, 1891, págs. 25-26.

(19) Lo explica BIANCA (*Diritto*, IV, cit., pág. 347) con toda claridad. Recordemos, por otro lado, que las Partidas de nuestro Alfonso X regulan el mandato en el mismo Título que la fianza: la Ley 20, Título 12, Partida 5, dice que el mandato «es otra manera de obligación, que es semejante de la fiadura».

subrogación por pago de mandatario del deudor sí se encuentra en la obra de POTHIER y RENUSSEON (20). Incluso en los comentaristas del Código francés se puede encontrar ecos de esas ideas anteriores a la codificación y, acaso, alguna confusión sobre esto (21).

Desde la concepción de la subrogación que me parece preferible, la explicación de esta figura de subrogación es muy clara: el *solvens* que está autorizado para subrogarse por el deudor adquiere el crédito pagado en garantía del derecho personal subyacente derivado de la relación de mandato que le une a ese deudor (22).

(20) Véase, MESTRE, *La subrogation personnelle*, París, 1979, pág. 31, nota 36. Se puede ver, en efecto, RENUSSEON, *Trattato*..., cit., págs. 129 y sigs (Cap. X). MESTRE cita a POTHIER en *Coutume d'Orléans*, núm. 78.

(21) Véase, por ejemplo, DEMOLOMBE, *Cours*..., XXVII, cit., pág. 301, donde da por buenas ideas de RENUSSEON que, sin embargo, no fueron recogidas por el *Code*. También, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato*..., II, cit., pág. 684, donde admiten que se subroga (y por el art. 1.250.3.º, que es análogo a nuestro art. 1.210.3.º) el mandatario del deudor que acepta pagar con dinero propio, sin condicionar el efecto, como sí hace DEMOLOMBE (*Cours*..., XXVII, cit., pág. 527), al dato de que el acreedor hubiese aceptado el compromiso personal de ese mandatario.

Para ilustrar esas dudas y confusiones, también se puede ver la polémica sobre si puede un tercero no interesado presentarse en casa del acreedor, acompañado por el deudor, y obtener la subrogación contra la voluntad de ese acreedor. El caso, como es obvio, se resolvería afirmativamente en España con el artículo 1.210.2.º En la doctrina francesa del siglo XIX se discute. Por un lado, se dice, esa subrogación no podría ser sino una subrogación convencional consentida por el acreedor (pues la especie no encajaría en ningún otro artículo del *Code*) y para esa figura se necesita, por definición, la voluntad favorable de ese acreedor. Además, se dice, el tercero no actuaría sino como mandatario del deudor allí presente, por lo que no tendría más derecho que el que tenga el deudor/mandante, y entre esos derechos del deudor/mandante no está el promover la subrogación más que por el cauce del artículo 1.252 (subrogación por préstamo). Para defender la postura contraria, se dice que la imposibilidad de que el tercero no interesado imponga la subrogación al acreedor es una exigencia que se pone en beneficio del deudor (para evitar que un tercero «malicioso o vengativo», decía GARCÍA GOYENA, se interponga para vejar al deudor), con lo que, si ese deudor consiente, la operación debería permitirse. Además, si el acreedor se niega a que el tercero que viene acompañado por el deudor se subroge, estará imponiendo abusivamente la necesidad de que recurran a la subrogación *ex mutuo*, que implica demoras y gastos notariales. En cualquier caso, lo cierto es que la mayor parte de los exégetas defendieron la primera postura, pero creo que en esta polémica (en la que citan, por ejemplo, a RENUSSEON, que es una de las mayores autoridades sobre la subrogación en los tiempos anteriores a la codificación) se deja ver esa tradición del Derecho Común que permitía la subrogación de un mandatario del deudor y a la que se vino a enfrentar el derecho codificado. Véase, para todo esto, la buena recensión de opiniones de DEMOLOMBE, *Cours*..., XXVII, cit., págs. 311-313. Estas cuestiones tuvieron su reflejo, igualmente, en Italia; por todos, GIORGI, *Teoría*..., VII, cit., pág. 192.

(22) Que el derecho personal del *solvens* del artículo 1.210.2.º deriva del mandato, ya lo tenía claro GARCÍA GOYENA (*Concordancias*..., cit., pág. 596). Al hablar de un *solvens* que paga por mandato del deudor es tradicional advertir que el caso del pago de un representante del deudor no es un supuesto de pago de tercero: en esos casos, es como si el mismo deudor hubiese pagado. No es necesario advertir que, para que se pueda

Sin embargo, el comentario de este precepto por parte de nuestra doctrina no está muy desarrollado. La generalidad de nuestros autores se limita a señalar que este precepto viene a confirmar la interpretación *a contrario* que cabe hacer del artículo 1.159, de forma que ambos artículos vendrían a decir lo mismo, y se centran en el estudio de cuándo se subroga un tercero no interesado (23). Al realizar esa observación, se discute si la «ignorancia» a que se refiere el artículo 1.159 (que, entendiéndolo *a contrario*, significará «conocimiento») equivale a la «aprobación» del artículo 1.210.2.º o si existe una «zona gris» de actitudes del deudor que el Código no resuelve con claridad (los casos en que el deudor conoce el proyecto de pago, pero guarda silencio sobre el mismo) (24). En mi opinión, lo que el deudor tiene que aprobar para que el *solvens* se subrogue al amparo del artículo 1.210.2.º no es sólo el proyecto de pago sino, especialmente, el hecho concreto de que el *solvens* se va a subrogar. Es decir, que cuando un tercero paga por mandato del deudor, lo normal es que no se subrogue en el crédito pagado: ese tercero sólo se subrogará si el deudor le autorizó especialmente para ello (25).

Aparte de esas observaciones generales sobre que un tercero no interesado se subroga cuando paga con aprobación del deudor, poco más se ha dicho. Sólo HERNÁNDEZ MORENO ha investigado un poco más sobre el significado del artículo 1.210.2.º Este autor se centra en estudiar qué relación puede haber entre el precepto en cuestión y el contrato de mandato, y llega a la conclusión de que la aprobación a que alude el artículo 1.210.2.º es «una autorización atípica distinta del contrato de mandato y del negocio de apoderamiento» y la de que «podría decirse que sería una institución absolutamente ineficaz e

hablar de subrogación por pago en el artículo 1.210.2.º, es necesario que se trate de un mandato *sin* provisión de fondos.

(23) Véase, CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, III, 15.ª ed., Madrid, 1988, pág. 400, nota 1. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 830. SANCHEZ REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 784, y *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, págs. 313-314. VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», en *RDP*, 1985, pág. 512, y «Pago por subrogación», en *NEJS*, XVIII, pág. 834. CAMPUZANO TOMÉ, «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, 1989-III, pág. 3516. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sujetos del pago», en *BIMJ*, 1985, pág. 14. BONDÍA ROMÁN, «La subrogación en el crédito», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor doctor Lacruz*, II, pág. 1008. Para la doctrina más reciente, TUR FAUNDEZ, *El derecho...*, cit., págs. 35-36.

(24) Véase, por todos, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones. Obras completas*, III, Madrid, 1988, págs. 212-213, y LACRUZ y cols., *Elementos de Derecho Civil*, II, 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 233, frente a BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 33.

(25) Estas ideas, más desarrolladas, en DEL OLMO, *El pago...*, cit., págs. 132 y sigs. Son ideas que están especialmente claras en SANCHEZ REBULLIDA, *Comentarios*, XVI, 1.º, cit., págs. 785-786, y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, cit., pág. 485.

injustificada de no ser porque la ley "crea" dicha posibilidad» (26). El camino que emprende está bien elegido ya que el artículo 1.210.2.º recoge el número segundo del artículo 1.117 del Proyecto de 1851, y ya GARCÍA GOYENA lo ponía en relación con el mandato (27). Pero el resultado que HERNÁNDEZ MORENO propone no me parece convincente.

El argumento fundamental que este autor emplea para afirmar la incompatibilidad entre mandato y el supuesto del artículo 1.210.2.º se basa en la necesidad de que el mandatario gestione el interés ajeno (28). El mandatario ha de gestionar el interés del deudor y ese interés del deudor consiste (parece que *necesariamente*) en ver extinguida la deuda, lo cual es justamente lo contrario de pagar con subrogación (29). Según este autor, «lo que no puede darse es que el mandatario reciba el encargo de pagar la deuda del mandante,

(26) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago* ., cit., pág. 212.

(27) Ese artículo 1.117.2.º del proyecto de 1851 era del siguiente tenor literal: «La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor: 2.º Del tercero no interesado que pague, consintiéndolo espresa ó tácitamente el deudor». El comentario que GARCÍA GOYENA (*Concordancias* ., cit., pág. 596) coloca a este precepto es el siguiente: «Este caso, omitido en el Código francés y demás modernos, envuelve *mandato espreso ó tácito* de parte del deudor; y debe presumirse que este por librarse de un acreedor más incómodo quiso que su favorecedor quedase subrogado en lugar de aquel; y que igual fué la intención del tercero que hizo el pago: se presume, en una palabra, un *pacto tácito* sobre la subrogación: vé el párrafo 2 del artículo 1.099» (las cursivas son mías). El artículo 1.099 del Proyecto, relativo a la legitimación para realizar el pago, dice en su segundo párrafo que. «Puede hacerse también (se refiere al pago) por un tercero, no interesado, que obre consintiéndolo espresa ó tácitamente el deudor».

(28) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago* ., cit., pág. 207. Este autor aporta dos argumentos más que tampoco me parecen convincentes. Por un lado (en págs. 206-207), la idea de que si el artículo 1.210.2.º «se estuviera refiriendo al mandatario, configurando a éste como tal obligado, la norma legal no tendría por qué requerir para un pago de tal tenor el consentimiento (...) del deudor (...) ya que en tales circunstancias, este último habría conferido el encargo (aceptado) de pagar con subrogación y, consiguientemente, el mandatario estaría obligado a pagar de la misma manera, por lo que no tiene que aprobar el primero aquello a lo que se ha obligado el segundo». En realidad, hay muchos menos problemas si entendemos que esa «aprobación» se refiere a un mandato de «pagar», de forma que la primera sería lo que convierte al simple mandato de pago en un «mandato de pago con subrogación». Por otro lado, HERNÁNDEZ MORENO (en págs. 210-212) se pregunta si cabría imaginar un «mandato atípico» y también lo descarta diciendo que «nadie puede obligarse a autoprocursarse un beneficio», que el artículo 1.210.2.º habla de un «mero autorizado por el deudor y no de un obligado a cumplir» y que el mandato como fuente de legitimación tampoco es capaz de explicar la figura. Hay que advertir que si, efectivamente, el mandato da lugar a que el *solvens* pague en nombre del deudor, como representante directo suyo, estaremos ante una imposibilidad casi física de subrogación, ya que cuando paga un representante directo del deudor es como si ese mismo deudor hubiese pagado. Sobre diferencias entre pago de un tercero y pago de un representante, ideas muy claras en DI MAJO, *Le modalità* ., cit., págs. 528-529. NATOLI, *L'attuazione* ., I, cit., pág. 196. BIANCA, *Diritto* ., IV, cit., pág. 279.

(29) Cfr. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago*..., cit., págs. 140-142, entre otras. En página 28 este autor dice: «el pago efectuado en interés del deudor es de todo punto contradictorio con la subrogación, en cuya obtención se centra el interés del que paga».

en exclusivo interés del primero, que es lo que inevitablemente sucedería si el mandatario pudiera obtener la subrogación» (30); también dice que «la ajenidad del interés del mandatario viene impuesta, por lo tanto, por la naturaleza del negocio de mandato, que no faculta al pagador sino para pagar con efectos extintivos» (31).

Esta idea de que el único interés del deudor es ver extinguida la deuda y de que el interés del tercero que se subroga es un interés propio e incompatible con el interés del deudor no lleva a buenos resultados. Además, sólo es defendible con una concepción de la subrogación que implique que el tercero adquiere el crédito pagado por su importe nominal en cualquier caso y que haga prescindir a los terceros de los derechos personales que les corresponden, ideas ambas que llevan a desdibujar el contenido más propio de la subrogación (32).

En mi opinión, no hay ningún obstáculo insalvable en que el deudor tenga interés en cambiar de acreedor y que encauce ese interés a través de una subrogación. Es más, la subrogación *ex mutuo* del artículo 1.211 parece obedecer a ese mismo interés del deudor en cambiar de acreedor. Si el deudor se preocupa de buscar un prestamista que le anticipe las cantidades necesarias para pagar será porque le interesa el cambio de acreedor.

El deudor preferiría, lógicamente, ver extinguida su deuda (y, si es posible, con espíritu de liberalidad: miel sobre hojuelas), pero no hay ningún obstáculo dogmático que le impida encargar a un tercero que gestione su interés en cambiar de acreedor. El interés del deudor sobre el que se basa el mandato puede perfectamente consistir en acometer una operación distinta a un pago extintivo. No hay nada que se oponga a la idea de un mandato de pagar con subrogación, cuando el interés que el mandante quiere ver gestio-

(30) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago*..., cit., pág. 150.

(31) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago*..., cit., pág. 153. Hay que advertir que este autor no parece estar diciendo que un mandato de pago, por sí mismo, sólo implica un encargo de pagar y extinguir y no un «mandato de pago con subrogación» (esta idea es perfectamente asumible). Lo que está diciendo es que es *imposible* que el deudor dé un mandato de pago con subrogación, pues «en ese caso el mandante estaría legitimando al mandatario para pagar en el único y exclusivo interés de éste y, por tanto, para intervenir en el pago de deuda ajena de una manera heteroeficaz adquiriendo el crédito del acreedor a quien paga, le estaría recomendando, en suma, que adquiriera el crédito a cambio de un pago, lo que no creemos que en absoluto pueda distinguirse (...) de una cesión de crédito» (véase la pág. 151 de la obra citada). Sin embargo, sí parece posible encontrar una diferencia: si el deudor recomienda a un tercero que adquiriera un crédito por cesión, este tercero tendría que convencer al acreedor de que se lo vendiese. por el contrario, la figura del artículo 1.210.2.º opera al margen de la voluntad del acreedor.

(32) La idea de que en la subrogación el tercero adquiere siempre el crédito original por su importe nominal está muy extendida en nuestra doctrina. Sin embargo, en el resto de los ordenamientos de nuestro entorno, la idea contraria y más fundada (la de que el crédito original se adquiere por subrogación sólo en la medida del pago efectivo) es unánime.

nado es compatible con la idea de transmisión del crédito (por ejemplo, evitar la ejecución de una hipoteca con que amenazara el acreedor originario). Un deudor podría, incluso, encargar a un mandatario que hiciese las gestiones necesarias para *comprar* para el mandante el crédito del acreedor; pero para poder alcanzar el resultado apetecido, sería necesario que el mandatario lograra convencer al acreedor, «dueño» del crédito. La especialidad del artículo 1.210.2.º es la de facultar al deudor a promover una transmisión del crédito sin contar con la voluntad del acreedor.

Desde ese punto de vista, se puede encontrar una explicación de la figura del artículo 1.210.2.º: la transmisión del crédito por subrogación puede derivar de la voluntad del acreedor (que, como titular del mismo, podría consentir hasta una cesión) o de la voluntad del tercero interesado (art. 1.210.1.º y 3.º), cuyo interés justifica el desplazamiento del crédito al margen de la voluntad del acreedor. Un tercero sin interés no puede compeler al acreedor a otorgarle la subrogación, puesto que, en palabras de GARCÍA GOYENA, «tampoco puede permitir la ley que un tercero malicioso o vengativo tenga derecho para subrogarse en los privilegios, hipotecas y facultad del acreedor para el apremio personal: la ley fomenta los sentimientos generosos, no los ruines y rencorosos» (33). Si, por el contrario, es el deudor el que apoya la intención subrogatoria del tercero no interesado, el problema que señalan las palabras de GARCÍA GOYENA no se presentará: esa es la explicación del artículo 1.210.2.º (34).

En este orden de ideas, me parecen muy acertadas las palabras de LACRUZ, según el cual, el legislador «ante una contraposición de intereses así, ha tratado de equilibrarlos exigiendo un *plus* a la posible voluntad del tercero que paga para suceder en la deuda: sea la voluntad del acreedor a quien va a sustituir (...), sea la del deudor, sea un cualificado interés en el cumplimiento de la obligación» (35).

2.2. LA SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1.211. LA JUSTIFICACIÓN DE SUS REQUISITOS FORMALES

El origen histórico de la subrogación *ex mutuo* que recoge nuestro artículo 1.211 es bien conocido en la doctrina. En 1575, un Edicto de Carlos IX

(33) Véase, García Goyena, *Concordancias...*, cit., pág. 590.

(34) Una idea parecida a ésta la podemos encontrar en DEMOLOMBE (*Cours...*, XXVII, cit., pág. 301), pese a que el Código francés no recogió el supuesto de nuestro artículo 1.210.2.º, cuando explica que el tercero no interesado no puede compeler al acreedor a una subrogación convencional debido a que ese acreedor es el titular del crédito y el *solvens* es un extraño. Añade este autor, citando a RENUSSON cuyas enseñanzas sí recogían un supuesto similar a nuestro 1.210.2.º, que para vencer esa resistencia del acreedor sería necesario el consentimiento del deudor.

(35) Véase, LACRUZ y cols, *Elementos...*, II, 1.º, cit., pág. 233.

de Francia había elevado el tipo de interés para lo que hoy sería un préstamo hasta alcanzar el 8,33 por 100 (*denier douce*) (36). En 1601, el crédito se había estabilizado a resultas de un período de paz, por lo que un Edicto de Enrique IV bajó el tipo aplicable hasta el 6,25 por 100 (*denier seize*). A raíz de aquello, los deudores de rentas nacidas bajo el Edicto de 1575 estaban interesados en acogerse a las nuevas condiciones, más ventajosas para ellos. Les convenía tomar dinero prestado al 6,25 por 100 para extinguir sus deudas que devengaban el 8,33 por 100. Pero los «prestamistas» no estaban dispuestos a entrar en semejante operación, excepto si tenían asegurada la deuda. Se acude por ello, según los distintos territorios de Francia, bien a la vieja figura del derecho romano similar a la actual subrogación *ex mutuo*, bien a la figura de la subrogación consentida por el acreedor, conservada en el derecho consuetudinario.

En aquellos territorios en los que sólo podían acogerse a la subrogación consentida por el acreedor, los deudores de rentas al 8,33 por 100 se encontraron con el problema de que eran esos acreedores, precisamente, los que se oponían a liberarlos de sus dudas al viejo interés. En efecto, a los que gozaban de la posición acreedora en negocios que devengaban el 8,33 por 100 no les convenía dejar extinguir sus créditos porque sabían que después del Edicto de 1601, sólo iban a poder pactar el 6,25 por 100.

Para hacer frente a este problema, Enrique IV da en 1609 el célebre Edicto por el que los prestamistas que presten su dinero a deudores de rentas constituidas al 8,33 por 100, al efecto de extinguirlas, se pueden subrogar en los derechos del antiguo acreedor, «sans autre cession ni transport» (37). Esta disposición es completada, en cuanto a requisitos de forma, por un *Arrêt de Règlement* del Parlamento de París de 1690, en el que ya aparece la necesidad de documentar la operación con una doble intervención de un notario (en el préstamo y en el pago), igual a la que exige el artículo 1.250.2.º del Código de Napoleón (38).

(36) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato*, II, cit., pág. 347, advierten que el préstamo con interés estaba prohibido en aquella época. Según SANCHO REBULLIDA, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pág. 788, la figura equivaldría al actual censo cosignativo. Señala que en aquella época todavía estaba mal visto el prestar dinero con intereses y esa figura era la que se empleaba para desempeñar las funciones que hoy cumple el préstamo con interés. Hay exhaustiva información histórica en LUCAS FERNÁNDEZ, «La subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *ADC*, 1994-IV, págs. 23-29.

(37) DEMOLOMBE recoge el texto de ese Edicto en *Cours.*, XXVII, cit., pág. 388. Más accesible en LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, págs. 23-25, nota 1.

(38) El Proyecto de GARCÍA GOYENA recogía unos requisitos formales para la subrogación *ex mutuo* similares a los exigidos por el *Code*. Después de que el artículo 1.119 estableciese la posibilidad de subrogación para el que prestase su dinero al deudor a los efectos de pagar su deuda, el artículo 1.120 decía: «Para que la subrogación surta efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, se requiere además:

1.º Que el préstamo y pago consten de escritura pública.

Lo que interesa destacar ahora de esta figura que en Derecho francés se denomina *subrogación convencional por voluntad del deudor* es justamente la idea de que para obtenerla es necesario que concurren determinados requisitos formales. La exigencia de estos requisitos formales se justifica con el argumento de que son necesarios para evitar posibilidades de fraude (39). Las posibilidades de fraude contra las que se advierte son, básicamente, de dos tipos.

- a) El primer tipo de fraude, contra el que ya RENUSON había advertido, consiste en la posibilidad de que los derechos del prestamista sean defraudados. Ese prestamista corría peligro si préstamo y pago no se hacían en el mismo momento: si el prestamista entregaba el dinero al deudor (bajo condición de obtener subrogación) en un momento anterior al pago, la garantía que ese prestamista esperaba obtener de la tal subrogación para su crédito dependía de que el deudor efectivamente llegara a pagar la deuda y, además, de que no lo hiciera de manera meramente extintiva sino que lo hiciera con subrogación (40). El mismo DEMOLOMBE desaconseja semejante operación por insegura (41).

Sobre estas posibilidades de fraude a los intereses del prestamista, es habitual en la doctrina reconocer que el préstamo y el pago se puedan hacer en el mismo acto y recomendar que sea el prestamista el que, por mandato del deudor, haga personalmente ese pago (42). Estas mismas ideas parecen haber sido acogidas por nuestro legislador de 1994 cuando, en el artículo 2 de la Ley 2/94, de 30 de marzo, establece que el pago sea realizado por la entidad subrogada (43).

2.º Que en la escritura de préstamo conste haberse tomado este para hacerse el pago, y en la de pago, que este se ha hecho con el dinero tomado á préstamo».

(39) Véase, DURANTON, *Cours.*, VII, cit., pág. 76. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pág. 649. LAURENT, *Principes.*, XVIII, cit., pág. 62, y COLMET DE SANTERRE, *Cours.*, V, cit., pág. 351. Para Italia, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pág. 212. BORSARI, *Commentario.*, III, 2.º, cit., pág. 666. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, 5.ª ed., Florencia, 1925, pág. 554. MERLO, *La surrogazione.*, cit., pág. 321. MAGINI, *La surrogazione...*, cit., pág. 189, y CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pág. 60. En Portugal, por todos, ALVES MOREIRA, *instituições.*, II, cit., pág. 218.

(40) Véase, RENUSON, *Trattato...*, cit., págs. 152-153 (Cap. XI, núm. 2). Entre todos los exégetas del *Code* se siguen recogiendo discusiones sobre el plazo que debe mediar entre el préstamo y el pago.

(41) Véase, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pág. 308.

(42) Véase, por todos, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato.*, II, cit., pág. 650. GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pág. 209, y PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni...*, IV, cit., pág. 556. En nuestra doctrina, LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, pág. 39.

(43) Para esto, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 119, nota 24, y RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA, «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *AC*, 1994-4, pág. 794.

- b) Además del problema de fraude a las expectativas del prestamista, problema que no parece grave dejar encomendado al cuidado del propio prestamista, surgía el problema de fraude a los acreedores intermedios e, incluso, a los intereses de terceros garantes.

Ya TOULLIER señala que el problema de la subrogación *ex mutuo* está en hacer pasar al nuevo acreedor subrogado (el prestamista) por delante de los acreedores intermedios (44). Tratando el caso de que hubiese varios acreedores hipotecarios, dice que los acreedores siguientes al pagado tenían la esperanza de estar por delante de cualquier acreedor que apareciera con posterioridad. ¿Puede el deudor —dice TOULLIER— frustrar esa esperanza, «invirtiendo el orden natural», dando preferencia al nuevo acreedor?

Un poco más adelante, ese mismo autor dice que los requisitos formales del artículo 1.250.2 del Código francés se exigen no sólo para asegurar la fecha de la operación, sino también para comprobar que el destino previsto para la cantidad prestada (hacer el pago de determinada deuda) y el efectivo cumplimiento de ese destino se hacen cuando todavía está intacto el crédito del acreedor originario y para evitar un fraude en perjuicio de los acreedores intermedios (45).

También DEMOLOMBE maneja esas ideas, aunque las desarrolla con mayor profundidad (46). Dice este autor que los requisitos formales tratan de evitar que, a través de postdatar y antedatar operaciones, se haga revivir un crédito ya extinguido en perjuicio de otros acreedores del mismo deudor. Pone el ejemplo de un inmueble gravado con dos hipotecas a favor de dos acreedores distintos. En el momento del pago puro y simple al primer acreedor, el segundo pasa a ocupar el puesto preferente. Si luego el deudor necesita pedir más dinero a préstamo y el prestamista sólo está dispuesto a darlo si le ofrece como garantía una primera hipoteca, el deudor podría hacer un documento de préstamo con fecha anterior al pago que se hizo al primer acreedor, colocando así al prestamista en la posición (ya inexistente, en realidad) del primer acreedor hipotecario. Con este simple juego de fechas se podría hacer revivir el crédito extinguido del primer acreedor en perjuicio de los acreedores siguientes. El campo de posibilidades de fraude contra las que hay que prevenirse queda completo con la observación de que, en otros casos, el deudor puede convencer al acreedor pagado de que le dé un nuevo recibo de fecha posterior al préstamo. En estos dos ejemplos se deja sentir la necesidad de que, tanto el préstamo como el pago, tengan fecha cierta.

(44) Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., pág. 132.

(45) Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., págs. 164 y 210.

(46) Véase, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., págs. 353-356. Ideas igualmente profundizadas por LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., págs. 62-64, y COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., págs. 354-356.

Esta misma justificación de los requisitos formales que se exigen para la subrogación *ex mutuo* se encuentran en los comentarios que hace GARCÍA GOYENA a los artículos 1.119 y 1.120 del Proyecto de 1851, antecedentes del actual artículo 1.211 (47). En la actualidad, Díez-PICAZO también recoge estas ideas, de alguna manera, cuando afirma que al deudor «no se le permite alterar unilateralmente la persona de su acreedor, más que con la concurrencia estricta de las condiciones establecidas por el artículo 1.211. Esta idea es importante en el caso de que existan acreedores intermedios, pues sólo frente a éstos la regla tiene verdadera transcendencia» (48).

En cambio, RUIZ-RICO RUIZ cree que la *ratio* de la exigencia de los requisitos formales del artículo 1.211 no está en la necesidad de evitar fraudes (49). Este autor cree, contra toda la tradición histórica, que se trata de requisitos formales no sustanciales y, además, que vienen justificados por la necesidad de que conste claramente el *iter* de la operación subrogatoria (realización de préstamo para el pago, entrega del dinero al deudor y pago con un recibo especial). Sin embargo, como veremos luego, su explicación sobre el motivo de que sea necesario que ese *iter* quede especialmente claro no resulta muy convincente. En cualquier caso, hay que destacar —como hace el mismo RUIZ-RICO— que el legislador español de 1994 ha entendido las cosas a la manera tradicional, exigiendo escritura pública (art. 2.º de la Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

(47) Véase, GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., pág. 598. Esos comentarios de GARCÍA GOYENA dicen así: «La subrogación es favorable al deudor, que por este medio puede encontrar un acreedor menos riguroso; justo es, pues, reconocerle la facultad de encontrarlo. Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudieran hacerse en perjuicio de terceros que tuvieran privilegios o hipotecas posteriores; y éste es el objeto de los requisitos que se exigen por el artículo 1.120. Podría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero tomado de otro para ese objeto, y hacer la subrogación para defraudar a los acreedores posteriores: los requisitos de haber de constar el préstamo y el pago en escritura pública y de expresarse en ambos casos lo que previene el artículo, bastan para tranquilizar y poner a cubierto el derecho de los acreedores posteriores, así no podrán éstos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habría tenido el mismo acreedor».

(48) Véase, Díez-PICAZO, *Fundamentos* ., II, cit., pág. 831. La idea estaba ya en MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 1.º, Madrid, 1967, pág. 925. En sentido similar y con más claridad, VATTIER FUENZALIDA, en AC, 1994-3, pág. 604, y LUCAS FERNÁNDEZ, en ADC, 1994-IV, pág. 38. Este último autor (págs. 32-33) recoge con exhaustividad distintos casos posibles de fraude. SANCHO REBULLIDA (*Comentarios* ., XVI, 1.º, cit., pág. 789), en el mismo orden de ideas da un paso más al afirmar que el artículo 1.211 beneficia exclusivamente al prestamista, que pasa por delante de los acreedores intermedios sin que haya una justificación clara para ello.

(49) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en RJN, 1994-9.º, págs. 126-134. También, RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA, en AC, 1994-4, págs. 793 y 803.

3. LA COORDINACION ENTRE LOS DOS CASOS DE SUBROGACION CONSENTIDA POR EL DEUDOR

Además del problema de que el deudor disponga de un derecho que pertenece al acreedor, en nuestro ordenamiento se plantean problemas adicionales sobre la subrogación por voluntad del deudor. En concreto, se plantea el problema de coordinar los artículos 1.210.2.º y 1.211 (50). Ambos permiten al deudor operar un cambio en la titularidad activa del crédito y con los mismos efectos (adquisición del crédito pagado en garantía del derecho personal subyacente, derivado del mandato o del mutuo, que corresponde al tercero). Si el efecto es el mismo, ¿por qué el artículo 1.211 exige ciertas formalidades que no vienen exigidas por el artículo 1.210.2.º?

Cierto que el supuesto de hecho es *físicamente* distinto, dado que en el artículo 1.210.2.º es el tercero el que realiza el pago, mientras que en el artículo 1.211 es el mismo deudor el que paga aunque, eso sí, con dinero tomado en préstamo del tercero. Sin embargo, esa diferencia del supuesto de hecho no parece bastante para justificar la exigencia de unos requisitos formales tan estrictos como los que aparecen en el artículo 1.211, especialmente cuando tras esos supuestos de hecho parece subyacer la misma realidad económica consistente en que la deuda se satisfaga con cargo al patrimonio de un tercero no interesado que paga o presta (51).

Para tratar de solucionar el problema planteado, creo que es fundamental tener claros los siguientes extremos:

- a) La norma del artículo 1.210.2.º proviene de una tradición jurídica anterior a la codificación francesa y que ésta no recogió. Desde este punto de vista, se puede decir que es explicable que, en cierta medida, su lógica escape al modelo francés de subrogación al que responde fundamentalmente nuestro Código.

(50) Nuestra doctrina es consciente de la existencia del problema. Véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago*, cit., pág. 199, nota 321. BONDÍA ROMÁN, «La subrogación...», *Estudios*, II, cit., págs. 1004 y 1009. RUIZ-RICO RUIZ, en *RJN*, 1994-9.º, pág. 116, entre otras. BADOSA COLL, *Dret.*, cit., pág. 237.

(51) RUIZ-RICO RUIZ (*RDN*, 1994-9.º, pág. 121) opina que las diferencias entre los distintos supuestos de hecho son decisivas. Sin llegar a tanto, en la doctrina portuguesa también se insiste en las diferencias entre los supuestos de hecho. Véase, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, V, Coimbra, 1931, págs. 43-45. GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, 1989, págs. 276-277. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., págs. 340-341. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, 1979, págs. 566-567. RODRIGUES BASTOS, *Das obrigações em geral*, III, Viseu, 1972, págs. 163-168. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 2.º, Lisboa, 1980, págs. 102-103. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, 3.ª ed., Coimbra, 1986, págs. 606-607. Conviene destacar que el actual Código portugués ha suavizado bastante los requisitos formales de la subrogación por préstamo.

- b) Los requisitos formales que se exigen para la subrogación por préstamo vienen justificados, tradicional y unánimemente, por la necesidad de evitar operaciones fraudulentas consistentes en hacer *revivir* créditos ya extinguidos por el pago, en perjuicio de acreedores intermedios y/o terceros garantes (52). Sin embargo, ahí tenemos sistemas como el argentino o el suizo que prescinden de formalidades especiales (53). Además, el Código portugués actual ha suavizado esos requisitos formales de la subrogación *ex mutuo* y se contenta con una simple declaración expresa en el documento (forma escrita) de préstamo (art. 591).
- c) La operación económica que subyace a las dos figuras de subrogación por voluntad del deudor que conoce nuestro derecho es la misma. En ambas se trata de que el deudor promueva un cambio en la titularidad del crédito a través de un pago realizado a expensas del patrimonio de un tercero. Desde este punto de vista, se puede decir que también un mandatario que, especialmente autorizado por el deudor, paga con sus propios fondos la deuda de su mandante está *prestando* a ese deudor (54). La opinión de que ambas operaciones sirven a los mis-

(52) RUIZ-RICO RUIZ (*RJN*, 1994-9.º, págs. 126-134), en una opinión aislada, mantiene que los requisitos del artículo 1.211 son requisitos de forma no sustancial. Sus argumentos se apoyan en que los demás tipos de subrogación no requieren formalidades especiales y que, de igual manera, podrían servir como instrumentos de fraude. Esta observación no me parece decisiva. La intervención del acreedor que da un recibo (en el que consta su voluntad favorable a una subrogación convencional, o en el que consta que le paga un tercero que, en el momento o más tarde, prueba haber estado incluido en el artículo 1.210.1.º ó 1.210.3.º cuando realizó el pago) hace estos casos distintos a los de subrogación promovida por voluntad del deudor. En estos casos de subrogación promovidos por el deudor, el tercero que se va a subrogar ha sido elegido por ese deudor y, además, en el momento mismo en que se plantea su interés en cambiar de acreedor. Por ello, las posibilidades de fraude parecen algo mayores en estos casos de subrogación promovidos por el deudor, aunque sólo sea desde el punto de vista de los menores *costes de transacción* entre deudor y subrogado y la no necesidad de participación del acreedor (que subroga o que permitió que el tercero se convirtiera, previamente, en fiador, por ejemplo).

(53) Este dato no debe exagerarse. Por un lado, es cierto que el artículo 770 del Código argentino *no* contiene requisitos formales similares a los que contiene, conforme a la tradición, nuestro artículo 1.211. Sin embargo, SALVAT (*Tratado* ..., cit., pág. 555) dice que, a pesar de todo, los «principios generales» hacen que en esta subrogación *ex mutuo* haya que exigir determinados requisitos formales. Por otro lado, THARWAT (*Le paiement...*, cit., pág. 60) explica que el sistema hipotecario suizo es distinto del francés en el hecho de que un acreedor hipotecario no puede avanzar puestos ante otros acreedores hipotecarios y que, por ello, esa relativa desprotección de los acreedores intermedios derivada de la no exigencia de requisitos formales es menos grave.

(54) La similitud entre estas dos formas de subrogación era ya evidente para DEMOLOMBE, cuando dice: «Le mandant, en effet, qui charge un mandataire d'avancer pour lui une somme d'argent, est, à cet égard, un véritable *emprunteur*...», (las cursivas son mías). Véase, DEMOLOMBE, *Cours* ..., XXX, cit., pág. 147.

mos fines está claramente establecida en la doctrina portuguesa y en la argentina (55). En la doctrina suiza —cuyo Código desconoce la modalidad de subrogación *ex mutuo*— se manejan, para comentar la subrogación por pago del mandatario, ideas similares a las que están presentes entre los exégetas del *Code* que comentan la subrogación por préstamo. En este sentido, es destacable el estudio de THARWAT, que comparte este planteamiento de que ambas figuras sirven a los mismos fines cuando compara el sistema suizo con el francés (56). Incluso MAGINI, incidentalmente, destaca que las normas de otros textos distintos al *Codice* que autorizan la subrogación del mandatario del deudor suponen un «allargamento» de la subrogación *ex mutuo* (57).

Una vez sentadas las premisas anteriores, se puede avanzar en dos frentes distintos para tratar de coordinar la subrogación por pago del mandatario del deudor que, especialmente autorizado por éste, paga la deuda con fondos propios y, de otro lado, la subrogación del prestamista que proporciona al deudor los fondos necesarios para pagar: se puede tratar de solucionar la cuestión trabajando sobre la consecuencia jurídica o trabajando sobre el supuesto de hecho.

1. La primera vía consiste en afirmar que los efectos jurídicos de cada uno de los dos preceptos no son los mismos. Desde ese punto de partida se podría intentar un argumento según el cual, si los requisitos formales del artículo 1.211 se exigen para prevenir fraudes a los derechos de terceros (otros acreedores del mismo deudor o garantes), la vía del artículo 1.210.2.º quedaría reservada para operaciones en las que tales terceros no existiesen o que, de existir, los efectos logrados a través del artículo 1.210.2.º no les serían oponibles. Así, la única forma de obtener una subrogación *plena* promovida por el deudor quedaría reducida a la prevista en el artículo 1.211. Por la vía del artículo 1.210.2.º, por el contrario, se obtendría una subrogación de efecto más limitado que no sería oponible a tercero (por no estar dotada de los requisitos de forma necesarios para ello): ni a los demás acreedores del mismo deudor ni a los terceros que hubiesen prestado garantía (se requeriría

(55) Véase, por todos, VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., págs. 24-25, y COLMO, *De las obligaciones en general*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1961, pág. 457.

(56) Véase, THARWAT, *Le paiement...*, cit., pág. 59, entre otras.

(57) Véase, MAGINI, *La surrogazione...*, cit., pág. 50. Que ambas operaciones son económicamente iguales también podría deducirse del hecho de que bajo el Código de Napoleón se admite, y aun se recomienda, que el deudor se sirva del prestamista como mandatario suyo para efectuar el pago. Véase, por ejemplo, DURANTON, *Cours...*, VII, cit., pág. 77. No hay que olvidar que, en este caso, a pesar de que físicamente se parece más al de nuestro artículo 1.210.2.º (el *mandatario* se subroga), se deben cumplir las formalidades prescritas para la subrogación *ex mutuo*.

su consentimiento para que la *subrogación* del mandatario, así entendida, les fuera oponible).

También por este primer camino de tratar de diferenciar los efectos jurídicos, se podría tratar de desarrollar las ideas del sector de nuestra doctrina que entiende que el artículo 1.210 contiene presunciones *iuris tantum* de subrogación (58). Desde ese punto de vista, se diría que la subrogación del artículo 1.211 es una subrogación que se puede obtener incluso contra la voluntad del acreedor, mientras que la subrogación del artículo 1.210.2.º sería, en realidad, una presunción *iuris tantum* de subrogación convencional consentida por el acreedor. El principal inconveniente de esta vía consistiría en que también los números primero y tercero de ese artículo 1.210 parece que deberían quedar reducidos a simples presunciones *iuris tantum* de subrogación por voluntad del acreedor, lo cual, además de ir contra todos los antecedentes conocidos de la subrogación *moderna*, no parece deseable debido a la conveniencia de que esos terceros especialmente interesados (en sentido amplio) puedan esperar una subrogación sin necesidad de la voluntad favorable del acreedor (59).

Estas dos vías posibles abren el paso a caminos nuevos. La segunda creo que debe quedar descartada por sus negativas implicaciones respecto de los terceros interesados. La primera, que parece más sugestiva, también supondría la necesidad de argumentar que el número segundo del artículo 1.210 es distinto a los números primero y tercero y, por otro lado, reduciría ese artículo 1.210.2.º a un caso de novación (respecto de las garantías) o de acción contraria de mandato con régimen especial. En cualquier caso, resulta un poco artificiosa (60).

(58) Defienden la idea de que el artículo 1.210 contiene sólo presunciones de subrogación DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 829. VALPUESTA FERNÁNDEZ y cols., *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, pág. 293. CAÑIZARES LASO, *El pago*, cit., págs. 91-92 y 103-105, entre otros.

(59) Estas ideas, más en profundidad, en DEL OLMO, *Pago*, cit., págs. 161 y sigs.

(60) Todavía desde el punto de vista de distinguir los efectos de cada una de las dos figuras de subrogación por voluntad del deudor, se puede encontrar otra vía para diferenciarlas partiendo de una observación de HERNÁNDEZ MORENO (*El pago*, cit., pág. 152, texto y nota 236). Explica este autor que el artículo 1.210.2.º proviene del artículo 1.117.2.º del Proyecto de 1851 y que, en ese Proyecto (art. 1.602), el mandato era *esencialmente* gratuito. De ahí que se excluya toda posibilidad de que el mandatario pueda beneficiarse de su intervención, pues «la noción de gratuidad es incompatible de todo punto con un tipo u otro de interés en el mandatario pagador, siempre que dicho interés se entienda como un interés, no en cumplir la deuda ajena del mandante (a lo cual viene obligado) sino como un interés distinto a éste y propio y contradictorio con el interés del mandante mismo». Teniendo esto presente, la diferencia se podría poner en que en el artículo 1.210.2.º implica un mandato y, como para GARCÍA GOYENA el mandato era necesariamente gratuito, el tercero no podría obtener ninguna remuneración por su participación en la operación. El artículo 1.211, en cambio, serviría de cauce para operaciones en que la intervención del tercero/prestamista viene movida por el deseo de

RUIZ-RICO RUIZ ha sugerido otra idea que también supone distinguir las dos figuras de subrogación por voluntad del deudor atribuyéndoles efectos distintos. La idea consiste en decir que el artículo 1.211 permite hacer un cambio de acreedor al que se acompañen otros cambios en la obligación (tipo de interés, plazos de amortización, etc.), mientras que en el artículo 1.210.2.º hay un puro y simple cambio de acreedor (61). Este argumento no es muy convincente. Por un lado, RUIZ-RICO parece estar dando por supuesto, quizá movido por la reciente promulgación de la Ley 2/94, que en la subrogación *ex mutuo* estamos ante una obligación original también derivada de un préstamo, cosa que no tiene por qué ser así. Por otro lado, este autor concibe los efectos de la subrogación y las posibilidades de modificación que se abren a las partes de una forma un tanto exagerada (62).

En efecto, RUIZ-RICO RUIZ parece creer que deudor y prestamista, de común acuerdo, pueden modificar el régimen de la obligación original de la forma que deseen. En mi opinión, el deudor y el subrogado pueden configurar a su gusto el derecho personal subyacente del tercero (mutuo o mandato o lo que sea, pero sólo con efectos *inter partes*), pero las posibilidades de que alteren el régimen de la obligación original no son tantas, pues en ello se estarán jugando los intereses de otros acreedores del deudor y de los terceros garantes que no tienen participación en la operación.

2. El camino alternativo para tratar de coordinar los artículos 1.210.2.º y 1.211 consiste en trabajar sobre el supuesto de hecho. Desde este punto de partida, se puede destacar una idea que, incluso, parece contar con el apoyo de nuestro legislador de 1994. Esta idea consiste en afirmar que el supuesto de hecho del artículo 1.210.2.º presupone una obligación vencida y exigible, mientras que el artículo 1.211 será aplicable, además, a obligaciones en las que estuviera previsto un plazo no vencido. La especialidad del

obtener una ganancia, perfectamente compatible, ahora sí, con el contrato de préstamo sobre el que se apoya. Esta idea, sin embargo, tampoco parece servir de mucho. Por un lado está la cuestión de que en la actualidad el mandato es sólo *naturalmente* gratuito (art. 1.711). Por otro lado, y ahí radica el inconveniente principal, la idea de que el mandato sea gratuito no supone negar que el patrimonio del mandatario deba quedar indemne después de realizada la gestión.

(61) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 116.

(62) Dice este autor que en la subrogación por préstamo «es lícito cambiar tanto el tipo de interés, remuneratorio o moratorio, simple o compuesto, como los plazos de amortización, la cuantía de cada plazo, el momento de vencimiento de cada plazo, la forma de pago de los mismos, las garantías, las causas posibles de resolución o de vencimiento anticipado, etc.». Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, págs. 168-169. Cfr., también, págs. 113, nota 13 y 116. Más información en RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA, en *AC*, 1994-4, pág. 804, y LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, págs. 70-71. En contra, GARCÍA MÁS, «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, 1994, pág. 1954. Véase también, CAÑIZARES LASO, *El pago* ., cit., págs. 132-133.

artículo 1.211 radicaría, desde este punto de vista, en el hecho de que el deudor y el prestamista sean capaces de superar el beneficio del plazo establecido también (art. 1.127) en interés del acreedor. La vía del artículo 1.211 permitiría, de esta manera, los pagos anticipados sin contar con la voluntad del acreedor (63).

Así lo ha entendido el legislador en el artículo 1.º-2.º de la Ley 2/94, que establece que la subrogación también es posible en contratos de préstamo hipotecario en los que no constase la posibilidad de amortización anticipada. En ese artículo 1.º-2.º se está dando una solución radicalmente contraria a la que derivaría de la aplicación del artículo 1.127 del Código (64). Si fuese necesario esperar al vencimiento de la obligación, la operación perdería su interés porque quedaría condicionada a la voluntad del acreedor (65). Si recordamos, por otro lado, que al artículo 1.211 del Código Civil es el apoyo que el legislador utilizó para esa Ley 2/94, podremos afirmar que el propio legislador ha entendido que la vía del artículo 1.211 permite superar el beneficio del plazo previsto en interés del acreedor o en interés conjunto de acreedor y deudor (66).

Esta idea podría apoyarse, además, aludiendo a los orígenes históricos de la subrogación *ex mutuo*. Como vimos, en la Francia del siglo xvii, en la que nace esta figura, se trataba, precisamente, de obtener un cambio en la titularidad de un crédito *productivo* cuando el acreedor todavía tenía la posibilidad de seguir disfrutando del mismo durante un período de tiempo mayor.

Sin embargo, estas ideas plantean sus propios problemas. Puede ser más o menos justificable —incluso, desde un juicio de constitucionalidad (art. 33 de la Constitución)— que el legislador de 1994 disponga que el deudor y el tercero puedan, de mutuo acuerdo, privar al acreedor del beneficio del plazo, como medida *coyuntural* de política económica; pero es mucho más discutible que se pueda entender que el artículo 1.211 permite superar, en forma general y abstracta, cualquier beneficio de plazo y en cualquier tipo de crédito, cuando el plazo es lo decisivo del derecho del acreedor en muchas ocasiones. Además, conviene destacar que esta subrogación por préstamo se origina históricamente para casos en los que el crédito del acreedor inicial era, probablemente, redimi-

(63) Esta idea la defienden en la actualidad VATTIER FUENZALIDA, en AC, 1994-3, y CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., págs. 117-118.

(64) Así, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en RJN, 1994-9.º, pág. 79.

(65) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en RJN, 1994-9.º, págs. 166-167. Por su parte, GARCÍA MÁS, en RCDI, 1994, pág. 1953, señala también que el interés social y la necesidad de soslayar ciertas cláusulas abusivas justifican la posibilidad de superar el beneficio del plazo prevista en la Ley 2/94.

(66) RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA (AC, 1994-4, págs. 806-807) predicen que en los nuevos préstamos hipotecarios se hará constar claramente que el plazo beneficia al acreedor para tratar de escapar a estas normas.

ble a voluntad (67). No se presentaba, pues, el problema de superar un beneficio de plazo. Cuando esta modalidad de subrogación se incorpora al *Code*, en el que —recordémoslo— no se recogió una figura similar a la de nuestro artículo 1.210.2.º, los intérpretes están de acuerdo en que el pago realizado con los fondos prestados ha de cumplir, como siempre, los requisitos de regularidad del pago (entre ellos, el relativo al plazo) (68): una de las grandes bases de la subrogación, que se origina en un pago de tercero, es el no perjuicio para nadie; en este caso y especialmente, no perjuicio para el acreedor, cosa que se obtiene con la exigencia de que el pago del tercero cumpla —como siempre— los requisitos de regularidad del pago.

También en la vía de estudiar las diferencias entre los supuestos de hecho de los artículos 1.210.2.º y 1.211, RUIZ-RICO RUIZ opina que las dos figuras de subrogación promovidas por el deudor que estamos estudiando se diferencian en que el artículo 1.211 requiere *necesariamente* que el pago haya sido realizado por el deudor, mientras que el artículo 1.210.2.º es el cauce para pagos realizados personalmente por el tercero. Para este autor, el motivo que hace que ese dato sea fundamental parece estar en las siguientes consideraciones: cuando paga un deudor lo normal es que la deuda se extinga, por lo que, si del pago del deudor se espera lograr una subrogación (*ex mutuo*), es necesario que esa intención conste claramente; de ahí, las exigencias formales de ese artículo 1.211. Por el contrario, cuando paga un tercero, si bien también se puede producir la extinción de la obligación (art. 1.158), «sería más probable imaginar una intención suya de preservar el crédito para subrogarse en él» (69).

En realidad, distinguir de esa manera las operaciones reguladas en los artículos 1.210.2.º y 1.211 no supone más que insistir en las diferencias *físicas* entre sus supuestos de hecho. Además, el planteamiento se tambalea cuando el mismo RUIZ-RICO RUIZ admite que el deudor, en el artículo 1.211, se sirva de mandatario para pagar y admite, incluso, que ese mandatario sea el mismo prestamista (70).

(67) Véase, LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, pág. 26, nota 23

(68) Véase, entre otros muchos, LAURENT, *Principes*, XVIII, cit., pág. 82 (y el tomo XVII, pág. 473). DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., págs. 360 y 378-380. GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pág. 152. VON TUHR, *Tratado*, II, cit., pág. 25, nota 5, y THARWAT, *Le paiement*, cit., pág. 57

(69) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 121.

(70) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 121, nota 25. Por otro lado, habría que aclarar otra idea que también ronda por aquí. RUIZ-RICO tiene razón en que la voluntad del deudor ha de constar claramente respecto del concreto efecto subrogatorio que se va a desencadenar. Esa voluntad ha de quedar clara en la subrogación del artículo 1.210.2.º, ya que la voluntad favorable al pago del deudor no implica el deseo de que el *solvens* se subroge, excepto cuando se haga constar expresamente. Esto ya lo había visto así RENUSSON, *Trattato...*, cit., pág. 132, (núm. 4, Cap. X), entre otras. Esa necesidad de claridad en la voluntad del deudor también se puede predicar de la subrogación *ex mutuo*. Lo que ocurre es que en esta última figura los requisitos formales

En esta vía de estudiar el supuesto de hecho de los artículos 1.210.2.º y 1.211, encontramos ideas nuevas en la doctrina portuguesa (71). Partiendo de que la realidad económica subyacente a ambas figuras de subrogación es la misma, se construye el siguiente argumento: si los requisitos formales de la subrogación *ex mutuo* se justifican por la necesidad de proteger los intereses de los terceros frente al fraude, habrá que extenderlos a los supuestos de subrogación por pago de tercero especialmente autorizado por el deudor, ya que en esos casos también existe el riesgo de fraude de los derechos de esos terceros (acreedores posteriores al pago) a través de la artimaña de hacer revivir un crédito ya extinguido (72).

Pese a todo, creo que la cuestión no está decidida. Desde un punto de vista dogmático o sistemático parece clara la necesidad de que los artículos 1.210.2.º y 1.211 queden convenientemente coordinados. Ante este problema, y teniendo en cuenta todas las posibilidades apuntadas, me inclinaría, más bien, por tratar de extender los requisitos formales del artículo 1.211 a los casos del artículo 1.210.2.º, a la manera en que lo hacían ALVÉS MOREIRA y VAZ SERRA: la operación económica que subyace en ambas figuras es igual y los problemas de fraude también son idénticos.

Sin embargo, con criterios de *lege ferenda*, el problema que plantea la coordinación de esta figura, al que estamos queriendo dar solución, creo que queda un tanto desdibujado si tenemos en cuenta que hay sistemas que prescinden de requisitos formales para otorgar la subrogación promovida por el deudor (el argentino y el suizo) y que el Código portugués vigente ha suavizado los requisitos formales de la subrogación por préstamo (73).

despejan toda sombra de duda sobre el efecto querido. También lo ve de esta manera DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pág. 361. Si un deudor cumple los requisitos del artículo 1.211 no va a ser por casualidad o por descuido sino porque pretende la subrogación del prestamista. Recordemos que una de las funciones que cumplen los requisitos formales es, entre otras, evitar decisiones poco meditadas. Para esta idea, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, págs. 249-250.

(71) Véase, ALVÉS MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., págs. 216-219, y VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., págs. 8, 24 y sigs.

(72) Estas propuestas de VAZ SERRA fueron acogidas en el Código actual sólo en parte. En el Código portugués vigente los textos fundamentales son los artículos 590 y 591. Este último recoge la subrogación *ex mutuo* y sólo exige, como requisito formal, la necesidad de que conste en el documento (forma escrita) de préstamo el destino que se quiere dar a los fondos recibidos y la voluntad subrogatoria expresa. Con esta suavización relativa de requisitos formales se quiso dotar de mayor agilidad a la figura. Así, por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pág. 341, nota 1. Por su lado, el artículo 590 recoge una subrogación por pago autorizado por el deudor (similar a nuestro art. 1.210.2.º) y, como novedad, exige que la voluntad del deudor sea expresamente manifestada. Para esto, VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., pág. 32.

(73) Por otro lado, se puede argumentar diciendo que el artículo 1.526 es perfectamente aplicable a la subrogación, debido a que esta operación también implica una transmisión del crédito pagado (aunque no sea una cesión *plena* sino sólo una cesión *en*

4. CONCLUSIONES

1. La subrogación por pago de tercero autorizado por el deudor para subrogarse (art. 1.210.2.º) es una figura que proviene del Derecho anterior a la codificación y que supone que el *solvens* adquiere el crédito pagado en garantía del derecho personal subyacente derivado de la relación de mandato que le une con el deudor.

2. Las exigencias formales del artículo 1.211 se justifican por la necesidad de prevenir operaciones en fraude de los derechos de otros acreedores del mismo deudor.

3. Por otro lado, la operación *económica* que subyace en estas operaciones es la misma, tanto en la subrogación *ex mutuo*, como en la subrogación del artículo 1.210.2.º, ya que un mandatario que paga de sus propios fondos también está, en cierta manera, *prestando*. Por ello, teniendo en cuenta que las posibilidades de fraude son también iguales en ambas figuras, creo que debe extenderse al supuesto del artículo 1.210.2.º la exigencia de los mismos requisitos formales del artículo 1.211.

PEDRO DEL OLMO GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

garantía). Si esto es así, las posibilidades de fraude para terceros a través del artículo 1.210.2.º no son tantas como para escandalizarse. Para esto, las mejores ideas están en BIANCA, *Diritto* ., IV, cit., pág. 359. En contra, defendiendo los efectos *erga omnes* de la subrogación desde el momento del pago, MAGINI, *La surrogazione* , cit , pág. 230. Para el significado del artículo 1.526, PANTALEÓN PRIETO, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, pág. 1024.

DICTAMENES Y NOTAS

El despertar registral en Hispanoamérica. Crónica del XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral

SUMARIO: 1. ESTUDIOS TEORICO-PRACTICOS COMPARADOS.—2. DESPERTAR REGISTRAL EN HISPANOAMERICA: LA TECNICA.—3. DESARROLLO DEL XII ENCUENTRO.—4. DECLARACION Y ACUERDOS.—5. PRESENCIA DE ESPAÑA.—6. ANEXO (RESUMEN DE LA PONENCIA).

1. ESTUDIOS TEORICO-PRACTICOS COMPARADOS

En la ciudad de Lima (Perú) ha tenido lugar en octubre de 1997 el «XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral». Asistieron los representantes de los países fundadores —Argentina, Brasil, Costa Rica, México, Perú, Puerto Rico, Uruguay— con los adheridos posteriormente —Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay—, y los incorporados en ese año —Venezuela y Estados Unidos—. Por parte de España, como representantes del Colegio de Registradores, participaron José SIMEÓN RODRÍGUEZ y EDUARDO MARTÍNEZ. Nosotros lo hicimos como invitado especial del presidente del XII Encuentro, doctor CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, superintendente nacional de los Registros Públicos. Como secretario-coordinador actuó el argentino ALBERTO F. RUIZ DE ERENCHUN. La representación la componían, primordialmente, registradores de aquellos países, aunque no faltaron algunos que actúan de notarios, magistrados de Cortes Supremas, y profesionales, como el letrado de la Cámara de Comercio de Madrid, MANUEL L. MEDEL Y BÁSCONES. En total, alrededor de unos doscientos (1).

(1) En el XII Encuentro se distribuyeron unos documentos básicos y actas declarativas sobre los anteriores encuentros que tuvieron lugar en Río de Janeiro, San José de Costa Rica, Cartagena, La Plata, México, Viña del Mar, Pinápolis, Cartagena de Indias,

Una vez hecha esta introducción informativa, y dejando al margen los actos sociales y organizativos —de verdadera altura y seriedad, con asistencia de altos dignatarios de Perú— creemos que merece la pena hacemos eco del *XII Encuentro*, que se desarrolló —como reiteradamente se ponía de manifiesto en algunas intervenciones— como tal, es decir, no como *Congreso*, ni con estilo de Academia. Nosotros que asistíamos por vez primera, lo veíamos como un gran Seminario de Estudios Prácticos Comparados, para los que el conocimiento de la realidad registral es sustancial.

Nos acoplamos desde el principio bien, aunque nuestra intervención —al margen de una prelección en la Agencia Tributaria Central-Registral de Lima-Callao—, sobre *El sistema registral español*. Fue más bien una reflexión filosófico-registral acerca de la *informatización-información*, dentro de una organización funcional de los Registros. Parece ser que este tipo de «Encuentros» nacieron como efecto emanación del CINDER, en el sentido de buscar un acoplamiento más directo, más específico, y acaso más práctico. Desde el punto de vista geográfico, más económico. Hay que situarse a la altura de la problemática general —desde el ángulo político, histórico, social o cultural-jurídico— de estas naciones hermanas para comprender bien el sentido y los efectos de ese tipo de reuniones. Como profesor visitante de más de catorce países hispanoamericanos, nos damos perfecta cuenta del papel que representan aquellos contactos por la experiencia propia y la de los demás.

2. DESPERTAR REGISTRAL EN HISPANOAMERICA: LA TECNICA

Se observa una cosa común: el deseo de alcanzar una registración de los actos y negocios jurídicos referidos a inmuebles, a sociedades mercantiles, a otros Registros Públicos —a veces con yuxtaposición no delimitada—. Junto a la problemática común acerca de la situación económica, jurídica y política de cada país, se advierte en todos ellos un deseo de avanzar. Cada vez la titulación jurídica, patrimonial o mercantil es más exigida para el propio desarrollo social, técnico, y en especial del afianzamiento del crédito, tanto personal como familiar e institucional. Aunque algunos de estos pueblos pasaron o intentaron ciertas reformas agrarias o estructurales, la verdad es que «el fervor» para contar con un Registro Público fehaciente, auténtico, responsable y creador de riqueza es muy grande.

Con frecuencia, esa anotación anterior se traducía en que el participante, en diálogo con otros asistentes, al exponer distintos supuestos problemáticos,

Porto Alegre y Buenos Aires. En este último se firmaron varios convenios, uno de ellos con España, publicado por JOSÉ LUIS BENAVIDES, registrador español, sobre cesión de datos de actos sociales en el Registro Mercantil, aunque luego no ha tenido efectividad.

razona, al tiempo, con argumentos generales, buscando soluciones o apelando a ellas con un carácter más bien doctrinal o teórico, pero que se consideraba fundamental para alcanzar un sentido práctico.

Y otra nota común fue la búsqueda de *soluciones técnicas* en la «llevanza» de los libros o... de los «discos ópticos». Y, curiosamente, en ocasiones dando saltos —que nos parecen bruscos o atrevidos. Por ejemplo, en Honduras, la transición de los Registros, llevados por jueces, para pasar a dejarlos en manos de «registradores» se motiva, precisamente, por una mecanización e informatización a ultranza, seguramente sin haber existido un poso, una cristalización doctrinal-práctica de la institución registral. Puede parecer incluso —dicho objetivamente y sin ánimo de polémica— que en algunos casos los planteamientos técnicos de algunos Registros —no de todos los Registros de un país— parece como si se quisiera edificar la casa por el tejado. Porque el sentido de la modernidad registral y la «adecuación» puede caer —y en algunos casos se cae— en el gigantismo, celeridad, brillantez o deslumbramiento que da la informatización. Esta última, incluso, opera a través de canales distintos —«empresas de servicios»— de los que es función registral en el sentido europeo-continental del término.

Y por último, indicar, como orientación general, que el sistema registral español, que se sitúa entre los moderados-progresistas en Europa, y muy acreditado internacionalmente, se presenta siempre como una referencia o punto de arranque. No ya por la permeabilidad ya existente, de colaboración o engranaje —50 «alumnos-registradores de Perú estuvieron en España en 1996 haciendo un intenso curso en el Colegio de Registradores»— sino también por el tronco común, tanto del Derecho civil como del mercantil y aún administrativo o procesal. Ya no digamos por la aproximación que da el idioma, la sangre, la cultura, la espiritualidad y hasta el folklore.

3. DESARROLLO DEL XII ENCUENTRO

Los temas centrales fueron los siguientes:

I. Informatización del sistema registral: Organización funcional de los Registros. Prospectiva con medios informáticos. Interconexión nacional o internacional. Acuerdo. Actividades de capacitación.

Intervinieron —entre otros— por este orden: LÓPEZ MEDEL y MARTÍNEZ GARCÍA (España); ROJAS GARCÍA (Chile); RUIZ DE ERENCHUN (Argentina); CAYRO y CEBALLOS (Perú); GREGORIO y MAINO (Argentina); RODRÍGUEZ LÓPEZ (Panamá), RAMOS (Uruguay).

Las intervenciones reflejaron:

- a) Una variabilidad de sistemas —incluso en España— en cuanto a empleo de medios electrónicos y según etapas de los procesos en las tareas registrales.
- b) Persisten aún inscripciones manuales, y en pocos países se dispone de sistemas eficaces de computerización o de transformación.
- c) Se empieza el empleo de medios electrónicos y aún de discos ópticos.
- d) «Se evidencia una acentuada preocupación por el debido respeto del derecho a la intimidad de los titulares de derechos inscritos» —fue el tema central de nuestra ponencia con el apartado e) que fue seguida con verdadero interés a lo largo del *Encuentro*.
- e) «No puede dejarse de lado el interrogante sobre dónde se va con esa informatización, para qué y a qué velocidad se debe ir, ya que la seguridad jurídica debe presidir toda evolución y las consecuentes resoluciones, apoyando la calificación del Registrador como dato ineludible, debiendo contemplarse el horizonte que ofrecen en nuestros días los derechos humanos y los derechos económicos vinculados a los derechos del individuo».

II. Registro Mercantil. Circulación internacional de sujetos y documentos mercantiles. Actos aislados y continuos. Publicidad del Registro Mercantil. Mecanismos de coordinación.

Intervinieron DUBOIS, VÁZQUEZ GUIJO, VÁZQUEZ PONCE, GOUNTI, por Argentina; DEL CARPIO, GONZÁLEZ BARRÓN, HUARIPATA, BALAREZO (Perú), entre otros.

La problemática versaba sobre la variabilidad de sistemas sobre el «mandato» y la representación, así como los controles de «hominias» y semejanzas. La solución sería intentar una *conexión registral* entre los diversos países.

III. Registro de la Propiedad/Inmueble/Hipotecas y otras garantías. Anotación de medidas cautelares. Modalidades y sistemas en cada país y en los espacios regionales. Circulación de modelos jurídicos.

Entre otros, participaron LÓPEZ DE ZABALIA, RUIZ DE ERENCHUN (Argentina); PORTUGAL FLORES, GONZÁLEZ LOLI, TINAGEROS, QUISQUE, BEDOYA, HUERTA, LINA HERCILLA, BUTRÓN, TAPIA, DELGADO SCHELJE.

Se estudió las tendencias o parámetros similares de las formas de garantía hipotecaria y la posibilidad o no del *Amerhipotecaria* o *hipoteca unilateral*, y en su caso la de *propietario*, orientándose —con participación importante

de la representación española— sobre las fomras de anotaciones preventivas, sus prórogas y efectos previos a la ejecución, singularmente respecto a los embargos o cautelas ante bienes de los *esposos* o de la *sociedad conyugal*. También sobre el ámbito de la *calificación registral* respecto a los *mandatos judiciales*.

IV. Registro de la Propiedad automotor. Sistemas de inscripción. Efectos derivados de la interconexión informática de los registros. La inscripción registral como medio de prevenir el robo y la comercialización ilegal de los automotores. Sistemas de identificación de los automotores. Mecanismos de seguridad de los documentos y de los títulos, cédulas, placas.

Dado que este Registro de la Propiedad automotor escapa al sistema hipotecario español, al ser un registro meramente administrativo, no entramos en el detalle, ya que la problemática jurídica, técnica y administrativa es de otra índole.

V. Documentos. Requisitos registrales para la inscripción del documento extendido en el extranjero.

Enviaron trabajos JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ (España); ROCHA BRITO (Brasil); SACCHI (Uruguay); GUARDIOLA (Argentina); RODRÍGUEZ LÓPEZ (Panamá).

Se concluyó en que:

- a) No existe todavía —a no ser una apostilla por el convenio de La Haya, 1961— un mecanismo diferente del clásico.
- b) Hay cuestiones formales de «legalización» —bien expuestas por la representación española— de protocolización, de aranceles fiscales. En definitiva, de cumplimiento o relación con el orden *público interno*, al propio tiene que de seguridad jurídica.
- c) Hay que completar los sistemas desde los profesionales del Derecho, los notarios, los registradores y aún el propio Estado.

4. DECLARACION Y ACUERDOS

En el Acta final, firmada el 21 de octubre de 1997, hay una Declaración [propuesta por ERPEN (Brasil)], en el sentido de que los registradores *pongan su saber, servicios y el prestigio de sus altas funciones para la creación de una conciencia nacional en el sentido de que los excluidos y no tuvieran*

acceso de sus derechos al Registro, lo tengan, del mismo modo que se procuren los cambios legislativos en este sentido. (Las estadísticas de América Latina son alarmantes cuando se advierte que en algunos países hay porcentajes de hasta un 40 por 100 de ocupantes de tierras con falta de titulación, observación que vale para lo urbano y rural.)

Otro Acuerdo —a propuesta de ROSALES ARGUELLO (Nicaragua), versa sobre la necesidad de una coordinación o codificación (2). Y la preparación de un proyecto marco para la conexión de los Registros, a semejanza de los convenios particulares que se vienen haciendo entre países, proyecto que parece habría de desenvolverse en el XIII Encuentro, cuyas cuestiones, dentro de los cinco temarios, se prefiguró ya en aquella acta final.

Se fijó para el próximo Encuentro, 1998, la ciudad de Panamá.

5. PRESENCIA DE ESPAÑA

Situado el ámbito y alcance de dichos «Encuentros», con lo que, efectivamente, tiene de relación y de aporte de experiencias y problemas, nuestra opinión —cualesquiera hayan sido los antecedentes y origen— es que se trata de una reunión de registradores, algunos notarios y profesionales registrales con un interés singular por el logro de esa «*conciencia nacional* para el logro de la *desinscripción*». A mí me recuerda —no sólo de las aportaciones escritas sino del diálogo y asistencia regular— aquella etapa en que nosotros preparamos nuestra tesis doctoral —*Teoría del Registro de la Propiedad como Servicio Público*, 1958— (luego vendrían las ediciones facsímil II, 1959; III, 1990) dentro de una corriente desinscribitoria que había sido ya endémica, y que llevaba a la celebración de oposiciones para Registros cada seis años, y a una espera entre los aspirantes ingresados de varios años.

El fervor inscribitorio, prácticamente en todos los países, viene impuesto por la *democratización progresiva* de los respectivos países, un mayor nivel cultural y jurídico, un desarrollismo económico —en la competitividad entre el área europea continental y la anglo-americana— y una revalorización de recursos, tanto materiales como financieros y crediticios.

Ocurre, sin embargo, que el problematismo registral surge —como en el área económica ha podido ocurrir con el paso de la azada a la ultraperforadora— a consecuencia de la mecanización-informatización que se agolpa a

(2) Sobre la codificación o publicación sistemática de Normas Registrales hubo varias propuestas como una necesidad urgente, dada la inmediatez de fronteras. Incluso se presentó la sugerencia —por un representante de Brasil— de llegar a una *codificación* de todos los Ordenamientos Registrales. Como un ejemplo modélico puedo citar el reciente «Compendio de Legislación Registral-Notarial». Edición oficial. *Gaceta Jurídica-Editores*. Ministerio de Justicia, 1.ª ed., 1997, 720 págs. Lima (Perú).

las puertas de las oficinas registrales, a veces sin haber pasado, o por una fundamentación civil-hipotecaria sustancial, o al margen de un pensamiento creador, por una filosofía y ciencia registral, para que la *apertura a la sociedad* —la máxima información— sea acompañada de una *profesionalización* y una *responsabilización*, no sólo ético-moral, sino económica, directa, sin corruptelas ni intermediarios.

No me atreveré a decir que estos países hermanos pasen por un *sarampión de crecimiento registral* de signo positivo y esperanzador. Pero esa es la experiencia de este XII Encuentro, en donde por la atención del doctor CÁRDENAS QUIRÓS, tuve la oportunidad —como ponente del mismo— de prestar atención y de prestarme a orientar —a las «puertas de mi jubileo profesional»— en distintos momentos y a diferentes representaciones.

España no puede quedarse en mero observador o a una asistencia de cortesía. Es necesario que se vaya a través del Colegio de Registradores y que éste preste atención para formar parte como *adherido* al acto fundacional con trabajos y colaboraciones que merezcan la pena, e incluso intentando una relación con el CINDER, en donde España tiene mucha fuerza. Nosotros —personalmente— también hemos aprendido de ese XII Encuentro. Y no sólo en lo técnico-registral, sino en algo más importante: la amistad entre profesionales, allende los mares, como un nuevo «descubrimiento» de compañerismo científico, jurídico, cultural y humano en el área de lo registral.

JESÚS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la Propiedad

6. ANEXO

Resumen de nuestra ponencia:

«ORGANIZACION FUNCIONAL DE LOS REGISTROS INFORMATIZACION/INFORMACION», tal como fue distribuida en el XII ENCUESTRO LATINOAMERICANO DE CONSULTA REGISTRAL

*«El Registro de la Propiedad es institución jurídica de seguridad, instrumentado por un servicio público, abierto a la sociedad» (V n.Ob., *Teoría del Registro de la Propiedad como Servicio público*, 3.^a ed., 1990).*

Puede hablarse de una tendencia a la globación del hecho informático registral ante el que caben dos actitudes, una apocalíptica y otra apologética. Estudiar la informática como técnica instrumental es una reflexión esencial, permanente y rigurosa, como ya expusimos en nuestra obra *Propiedad inmo-*

biliaria y seguridad jurídica. Hay que evitar el riesgo de cierto determinismo registral, sustitutivo o erosionando la calificación o neutralizando, y aun sustituyendo, los principios hipotecarios.

*De otro lado, hay aspectos éticos y profesionales que pudieran deformar el marco de atención personal y de asesoramiento a terceros (V. R.ob., MEZQUITA DEL CACHO, **El Notariado y los Registros, orientación vocacional**, Madrid, 1986).*

Siempre al organizar funcionalmente un Registro había que atender a la realidad de cada país, tanto geográfica como cultural, y humanamente procurar la simplicidad del interno, la adecuación de la demarcación territorial, su descentralización y una apoyativa estatal o autonómica en determinados impuestos.

VICENTE SENDRA, magistrado del Tribunal Constitucional español, recientemente (V. **La Ley**, junio de 1997, y **Boletín del Colegio de Registradores**, agosto de 1997), ha centrado el tema ante el riesgo de que la informatización desmedida invade el principio del interés conocido (art. 601 del Código Civil y 221 de la Ley Hipotecaria) como exigencia de la publicidad en la colisión entre preceptos constitucionales, tales como la libertad de información y el derecho a la intimidad. **El registrador es el guardián de la seguridad jurídica y de los derechos fundamentales.**

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho de la Unión Europea

1. *Directiva en materia de telecomunicaciones*.—El *DOCE* de 30 de enero pasado publica la Directiva 97/66 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 17 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Viene a completar la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995. La nueva Directiva establece la armonización de las disposiciones de los Estados miembros en esta materia. Su texto íntegro puede verse en el Diario Oficial citado y se reproduce en el número de abril del Boletín de Información Jurídica del Colegio de Registradores.

2. *Convenio de cooperación con Uruguay*.—El *BOE* del día 30 de abril publica el Instrumento de ratificación del Convenio de Cooperación Jurídica entre España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de diciembre de 1987.

3. *Convenio sobre televisión*.—En el *BOE* del 22 de abril se publica el Instrumento de ratificación del Convenio europeo sobre televisión transfronteriza, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989.

B) Leyes nacionales

— Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el régimen del suelo y valoraciones (*BOE* de 14 de abril).

— Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (*BOE* de 14 de abril).

— Ley 8/1998, de 14 de abril, de ampliación del concepto de familia numerosa (*BOE* de 15 de abril).

— Ley 9/1998, de 21 de abril, por la que se modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (*BOE* de 22 de abril).

— Ley 11/1998, de 25 de abril, General de Telecomunicaciones (*BOE* de 27 de abril).

C) Comunidades Autónomas

Aragón.—Ley 1/1998, de 16 de febrero de 1998. Reclamaciones tributarias en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 2/1998, de 12 de marzo de 1998. Colegios Profesionales de Aragón.

Baleares.—Ley 1/1998, de 10 de marzo de 1998. Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Canarias.—Ley 2/1998, de 6 de abril de 1998. Fundaciones canarias.

Cantabria.—Ley 3/1998, de 2 de marzo de 1998. Cámara Agraria de Cantabria.

La Rioja.—Ley 4/1998, de 18 de marzo de 1998. Del Menor.

Madrid.—Ley 1/1998, de 2 de marzo de 1998. Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

— Ley 3/1998, de 17 de marzo de 1998. Modifica la Disposición Adicional 4.^a de la Ley 20/1997, de 15 de julio de 1997, de Medidas Urgentes en materia de Suelo y Urbanismo.

Navarra.—D.F.L. 54/1998, de 16 de febrero de 1998. Aprueba el Texto Refundido de las disposiciones de rango legal sobre financiación agraria.

— L.F. 4/1998, de 6 de abril de 1998. Cámara Agraria de Navarra.

País Vasco.—Ley 2/1998, de 20 de febrero de 1998. Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Ley 4/1998, de 6 de marzo de 1998. Modificación de la Ley 3/1989, de 30 de mayo de 1989, de armonización, coordinación y colaboración fiscal.

— Ley 5/1998, de 6 de marzo de 1998. Medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana.

II. Información de actividades

1. *Academia Matritense del Notariado.*—Ha concluido el ciclo de conferencias del año académico 1997-1998, habiéndose desarrollado las dos que quedaban:

— Día 16 de abril. «Documento y título», por don MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, Catedrático de Derecho Procesal.

— Día 7 de mayo. «Unidad de jurisprudencia, igualdad y seguridad jurídica», por don MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Consejero Permanente de Estado.

2. *Jornada sobre urbanismo en la Universidad Carlos III.*—Se ha celebrado el día 8 de mayo pasado para estudiar la nueva Ley de Régimen del Suelo

y Valoraciones y el ordenamiento urbanístico, bajo la moderación del profesor AGUSTÍN DE ASÍS ROIG, habiéndose desarrollado las siguientes ponencias:

— «La filosofía de la nueva legislación». Ponente: don LUIS ORTIZ GONZÁLEZ, Portavoz de la Comisión de Infraestructuras del Partido Popular.

— «Planteamiento, contenido y alcance de la legislación estatal y su incidencia en la estructura y desarrollo de la ordenación territorial y urbanística». Ponente: Profesor Doctor ANGEL MENÉNDEZ REXACH, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

— «Clasificación del suelo y estatuto de la propiedad». Ponente: Profesor Doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

— «Expropiación, valoraciones e indemnizaciones». Ponente: Profesor Doctor ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén.

— «Evolución de la estructura excepcional del urbanismo español en el contexto europeo». Ponente: don JAVIER GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, Arquitecto-urbanista.

— Recapitulación, conclusiones y clausura. Profesor doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO.

I Mesa Redonda: Los actores del proceso de ejecución urbanística ante la nueva Ley

— Ilmo. señor don IGNACIO DEL RÍO GARCÍA SOLA, segundo Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

— Don JOSÉ IGNACIO GARCÍA CAMPÁ. Luis Batalla, S. A.

— JORDI NONELL GALINDO, Abogado.

II Mesa Redonda: El nuevo ordenamiento del Estado y las políticas urbanísticas de las Comunidades Autónomas

Moderador: Profesor Doctor LUCIANO PAREJO ALFONSO.

— Doña BEATRIZ LOBÓN CERVIA, Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional de la Comunidad de Madrid.

— Ilmo. señor don TIRSO LUMBRERAS VÁZQUEZ, Director General de Urbanismo y Vivienda de la Junta de Castilla-La Mancha.

— Ilmo. señor don JOAN ANTONI SOLANS HUGUET, Director General de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Generalidad de Cataluña.

— Ilmo. señor don JUAN IGNACIO IZETA BERAETXE, Director General de Ordenación del Territorio del Gobierno Vasco.

— Ilmo. señor don JUAN CÉSAR MUÑOZ SOSA, Director General de Urbanismo del Gobierno de Canarias.

3. *Jornadas sobre competitividad agraria y fiscalidad.*—Se han celebrado en el Instituto de Estudios Fiscales, en Madrid, los días 6 y 7 de mayo, bajo la presidencia de la Excm. Sra. Ministra de Agricultura, Pesca y Alimentación, que abrió la sesión exponiendo los proyectos para el año 2000.

Le siguieron diversas ponencias:

— «Modernización de la agricultura y aspectos fiscales», por don JAIME LAMO DE ESPINOSA, Catedrático Jean Monnet de Economía Agraria.

— «La tributación de la agricultura», por don JAIME GARCÍA AÑOVEROS, Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad de Sevilla.

— «Reflexiones sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y la modernización de la agricultura», por don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario jubilado y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

— «Algunas reflexiones sobre el IBI de naturaleza rústica y el IVA agrícola», por don LUIS AMAT ESCANDELL, Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Valencia.

— «Régimen fiscal de la agricultura asociativa», por don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad.

— «Función del Catastro de Rústica», por don ALBERTO CAMPANERO GARCÍA, Subdirector General.

4. *Colegio de Registradores de la Propiedad.*—Se han desarrollado las siguientes actividades:

a) *Ciclo de conferencias sobre el 98.*—En los días 21, 22 y 23 de abril tuvo lugar un ciclo de conferencias bajo el título general de «Sociedad y Derecho en el 98. La superación del pesimismo», exponiéndose las siguientes:

— «La España de la restauración». Excmo. señor don ANTONIO RUMEU DE ARMAS, Presidente de la Real Academia de la Historia.

— «Los movimientos jurídicos reformadores». Excmo. señor don JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES, Catedrático de Historia del Derecho.

— «Problemas, proyectos y esperanzas de entresiglos». Excmo. señor don OLEGARIO GONZÁLEZ DE CARDEDAL, Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

b) *Jornada sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.*—Tuvo lugar el 7 de mayo, debatiéndose en dos mesas redondas:

1.^a *Ejecución sobre bienes inmuebles: aspectos procesal y registral.* MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, Catedrático de Derecho Procesal. JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

2.^a *Ejecución hipotecaria: aspectos procesal y registral.* JUAN MONTERO AROCA, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Catedrático de Derecho Procesal. FERNANDO CANALS BRAGE, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

c) *Mesa redonda sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.*—Tuvo lugar también en el Colegio de Registradores, el día 27 de mayo, para estudiar el alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo que declara la inconstitucionalidad de este procedimiento, declarando nulos el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo y los artículos concordantes del Reglamento Hipotecario. Bajo la moderación de don FERNANDO CURIEL LORENTE, Director del Centro de Estudios Registrales. Fueron ponentes:

— Don JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Procesal.

— Don FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO, Notario, Registrador de la Propiedad.

— Don JAVIER ANGULO RODRÍGUEZ, Registrador de la Propiedad.

5. *Jornada Municipal sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.*—Se ha celebrado en Madrid, organizada por el Area de Salud y Consumo de su Ayuntamiento, teniendo lugar el día 26 de mayo pasado.

El programa se compuso de cuatro ponencias: «Las condiciones generales de la contratación». «Las cláusulas abusivas». «La protección notarial de los consumidores» y «La protección extrajudicial de los consumidores», y de una mesa redonda sobre «Los consumidores y la Ley de Condiciones Generales de Contratación».

Fueron ponentes: don LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia; don LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Colegio de Abogados de Madrid; don ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Decano del Colegio Notarial, y don ANTONIO PAU PEDRÓN, Decano-presidente del Colegio de Registradores. Asimismo participan en la mesa redonda representantes de las principales asociaciones de consumidores.

6. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—En los días 28 y 29 de mayo han tenido lugar unas Jornadas sobre el proceso con elementos

extranjeros, con la colaboración de la Asociación de Jueces y Magistrados «Francisco de Vitoria», con el siguiente programa:

Tema general: *El proceso penal con elementos extranjeros.*

Moderadora: Ilma. señora doña MARÍA TARDÓN, Magistrada. Portavoz nacional de la AJFV.

Ponentes: Ilmo. señor don ENRIQUE BACIGALUPO, Catedrático de Derecho Penal. Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo. Tema monográfico: «Competencia penal extraterritorial de los Tribunales españoles».

Ilmo. señor don JOSÉ MARÍA ESPINAR, Catedrático de Derecho Internacional Privado. Tema monográfico: «La cooperación judicial internacional en materia penal».

Excmo. señor don RAFAEL DE MENDIZÁBAL, Magistrado del Tribunal Constitucional. Tema monográfico: «Garantías jurídicas de los extranjeros en el proceso penal».

Tema general: *El proceso civil con elementos extranjeros.*

Moderadora: Excma. señora doña ELISA PÉREZ VERA, Catedrática de Derecho Internacional Privado. Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía.

Ponentes: Excmo. señor don JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, Catedrático de Derecho Internacional Privado. Magistrado del Tribunal Constitucional. Tema monográfico: «La obtención de pruebas en el extranjero».

Ilmo. señor don JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, Catedrático de Derecho Internacional Privado. Tema monográfico: «El régimen de notificaciones en el extranjero en el espacio judicial europeo».

Excmo. señor don FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, Profesor emérito de Derecho Civil. Ex-teniente fiscal del Tribunal Supremo. Tema monográfico: «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso con elementos extranjeros».

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 18 de marzo de 1998—ALIMENTOS ENTRE PARIENTES.— El derecho del hijo extramatrimonial está también protegido penalmente.— Pleno.—Ponente: Sr. García Manzano. Voto particular del señor Jiménez de Parga. Otro de los señores Mendizábal Allende y Gabaldón López.

Antecedentes.—2. La demanda de amparo se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) Con fecha 20 de julio de 1993, la recurrente en amparo presentó denuncia contra don José Caballero Carmona por un supuesto delito de abandono de familia tipificado en el artículo 487 bis del anterior Código Penal, al no abonar a la recurrente los alimentos correspondientes a la hija menor de ambos. Tramitada dicha denuncia en el Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, se incoó el procedimiento abreviado número 3.710/93, en el que, tras la celebración del juicio oral, recayó sentencia del Juzgado de lo Penal número 15 de los de Madrid, de 19 de julio de 1994, por la que se absolvía libremente al acusado del delito imputado por no ser los hechos subsumibles en el tipo penal, que exige que la obligación económica esté establecida en procedimiento judicial de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y no haber existido nunca vínculo matrimonial ni siquiera convivencia entre las partes.

b) Recurrida en apelación dicha sentencia, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, de fecha 1 de diciembre de 1994, por la que desestimó el recurso y confirmó la de instancia, abundando en las mismas razones expresadas en ella.

3. La recurrente en amparo entiende que las sentencias impugnadas han vulnerado sus derechos consagrados en los artículos 14 y 24 CE. La actora mantiene que el bien jurídico protegido por el artículo 487 bis CP es el interés del hijo, por lo que, cuando ambos progenitores han reconocido al hijo y existe una resolución judicial que fija a su favor una determinada cantidad en concepto de alimentos, el incumplimiento de esta obligación debe dar lugar a la aplicación del tipo penal, con independencia de que haya habido o no un matrimonio anterior entre los padres, pues lo contrario supone una discriminación por razón de la filiación contraria al derecho de igualdad del artículo 14 CE. La inaplicación del tipo penal por las sentencias impugnadas ha

creado asimismo, a juicio de la recurrente, una situación de indefensión para ella y su hija, que no han obtenido la tutela judicial efectiva en su pretensión, por lo que también se habría lesionado el derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE.

Por todo ello, se solicita de este Tribunal que otorgue el amparo y declare la nulidad de la resolución judicial impugnada.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido otorgar parcialmente el amparo solicitado por doña Paloma Martín García y, en consecuencia, declarar que ha sido vulnerado el derecho de su hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento.

La sentencia se basa en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. La cuestión que el presente recurso de amparo plantea es la relativa a si el pronunciamiento absolutorio que la jurisdicción penal ha efectuado mediante las Sentencias del Juzgado de lo Penal número 15 de los de Madrid, de 19 de julio de 1994, y de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de diciembre de 1994, recaída en apelación, al declarar que la conducta del acusado, señor Caballero Carmona, no integraba la infracción penal de abandono de familia tipificada en el artículo 487 bis del entonces Código Penal vigente, comporta o no la vulneración del derecho fundamental de la recurrente a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, esencialmente, del derecho fundamental de su hija menor de edad a no ser discriminada por razón de nacimiento (art. 14 CE), dada su filiación extramatrimonial.

El soporte fáctico de las vulneraciones de derechos aducidas se contrae, según se desprende de los antecedentes, a la finalización, sin condena, del proceso penal, en el que la ahora recurrente, doña Paloma Martín García, madre de la menor, se constituyó como acusación particular, imputando la modalidad del delito de abandono de familia por impago de la prestación económica de alimentos en favor de su hija, al padre de ésta, nacida de una unión no matrimonial.

Examinemos, pues, por el mismo orden de enunciación, cada una de las quejas que configuran la presente demanda de amparo.

2. Debe rechazarse, en primer lugar, la denunciada lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se habría producido para la demandante, doña Paloma Martín García, como consecuencia del pronunciamiento absolutorio contenido, sucesivamente, en cada una de las sentencias penales recaídas en la vía judicial previa a este proceso constitucional. Tanto el Juzgado de lo Penal como la Sala de apelación ofrecieron a la actora una respuesta judicial motivada, sin que exista, como se declaró en las SSTC 199/1996 y 41/1997, un pretendido derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona ni, por lo tanto, sea posible instrumentalizar la acción constitucional del amparo, remedio ideado para la defensa de los derechos fundamentales, con el fin de prolongar procesalmente el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

3. El problema cardinal que este amparo suscita es el atinente a la violación del artículo 14 CE, en cuanto prohíbe el tratamiento discriminatorio por razón de nacimiento. El artículo 487 bis del Código Penal vigente en la fecha de los hechos enjuiciados por la jurisdicción penal, únicamente tipificaba como punible el impago de prestaciones económicas nacidas de convenio

judicial o resolución judicial derivados de situaciones de crisis o extinción de uniones matrimoniales, dejando desprovistos de protección penal a los hijos extramatrimoniales.

A estos efectos, no es ocioso recordar que en la aplicación del tipo penal indicado, introducido en el Código Penal de 1973 mediante la Ley Orgánica 3/1989, cobra especial significación la reparación civil *ex delicto*, mediante la condena al pago de las mensualidades no abonadas; reparación que vino a admitir como procedente la Circular 2/1990, de la Fiscalía General del Estado, y que hoy aparece explícitamente prevista en el artículo 227.3 del actual Código Penal.

Es claro, pues, que mediante el artículo 487 bis del entonces vigente Código Penal, se pretendía proteger el derecho de los hijos a ser asistidos por sus padres y que, sin embargo, esa protección, atendida la dicción literal de dicho precepto, se otorgó exclusivamente a los hijos matrimoniales (en origen o por ulterior matrimonio de sus progenitores), con exclusión de los no matrimoniales.

4. Así delimitada la queja de amparo, es evidente que la presente demanda guarda, en su estricta dimensión constitucional, una identidad sustancial con la planteada en el recurso de amparo número 1.589/92, resuelto por la STC 74/1997, dictada por la Sala Segunda.

En esta sentencia, tras reconocerse que el artículo 487 bis del hoy derogado Código Penal de 1973, colisionaba frontalmente con el artículo 14 CE se añadió que, sin embargo, ello no conducía necesariamente a otorgar el amparo, puesto que «a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, cuyo contenido se halla materialmente predeterminado, el principio de igualdad se fija por relación, de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al artículo 14 CE no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales» (fundamento jurídico 5).

A partir de esta premisa, y aun reconociendo inequívocamente la incompatibilidad del entonces vigente artículo 487 bis del Código Penal con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), la Sala acordó desestimar la demanda porque «la absolución pronunciada por la Audiencia Provincial en modo alguno puede haber vulnerado el derecho fundamental que a cualquier hijo en relación con los de su misma condición, reconoce el artículo 14 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor» (fundamento jurídico 5).

5. La razón por la que el presente recurso de amparo fue avocado al Pleno del Tribunal no ha de buscarse, por ello, en una eventual discrepancia con la doctrina de la STC 74/1997, en punto a la naturaleza discriminatoria de la norma penal examinada sino, mucho más concretamente en sí, atendidas las particularidades del caso, debió, pese a todo, haberse otorgado el amparo solicitado.

En efecto, no es dudoso que el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede utilizar el Derecho Penal como instrumento mediante el cual dar cumplimiento al mandato constitucional de «protección integral de los hijos» (art. 39.2 CE), y con el que mejor asegurar el deber de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» (art. 39.3 CE).

Ahora bien, esa opción legislativa, así como cualquier otra que se encamine hacia ese mismo fin protector, no puede desconocer que, con arreglo al

artículo 39 de la Constitución, la filiación no admite categorías jurídicas intermedias y que, por lo tanto, los hijos son «iguales ante la Ley con independencia de su filiación» (apartado 2.º), mientras que el deber de asistencia de los padres, previsto en el apartado 3.º de ese mismo artículo, se proyecta sobre los hijos «habidos dentro o fuera del matrimonio». Precisamente por ello, cualquier opción legislativa de protección de los hijos y, más en general de la infancia (repárese en la protección adicional que supone la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que quebrante, por sus contenidos, esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento, expresamente prohibida por el artículo 14 de la Constitución.

Como se declaró en la STC 74/1997, «el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución» (fundamento jurídico 4). Por este motivo puede decirse que, en cierto modo, el objeto de la presente demanda de amparo es fundamentalmente la omisión del legislador, ya que no es la regla expresamente contenida en el artículo 487 bis del entonces vigente Código Penal, la que, por sí misma y aisladamente considerada, pueda estimarse contraria al derecho de igualdad, sino su imperfección, por no contemplar aquello que debiendo ser necesariamente incluido por el legislador fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad del hijo de la ahora recurrente en amparo.

6. Esta particular circunstancia resulta fundamental para comprender la actuación de los órganos judiciales intervinientes en el proceso penal del que trae causa este recurso de amparo.

Mientras que en otros supuestos de discriminación por defecto, pueden los órganos judiciales corregir y reparar esa vulneración de la igualdad en la norma, ora mediante una interpretación de la misma conforme a la Constitución, ora declarando su nulidad o planteando la cuestión de inconstitucionalidad si aquélla tuviese valor de Ley (art. 163 CE y 27 LOTC), cuando se trata de preceptos penales, esas posibilidades de actuación judicial resultan, en muchos casos, jurídicamente inviables. De un lado, porque el derecho fundamental al principio de legalidad penal que reconoce el artículo 25.1 CE, proscribía las interpretaciones analógicas *in malam partem* de los tipos penales, así como su aplicación extensiva a conductas no previstas expresamente en aquéllos, al tiempo de ser cometidas (por todas, STC 34/1996). De otra parte, porque si se hubiese planteado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el entonces vigente artículo 487 bis del Código Penal, ésta habría sido inadmitida *ex* artículo 37 LOTC, pues el fallo de la causa no dependía de la validez constitucional de dicho precepto, ya que, por imperativo del artículo 25.1 CE, la sentencia sería, igualmente, absolutoria.

Se infiere así, que los órganos judiciales, sometidos al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) y, con especial rigor, al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), se limitaron a constatar que la conducta denunciada no se encontraba dentro del tipo regulado en el mencionado precepto del Código Penal, dictan-

do consecuentemente, la correspondiente sentencia absolutoria. Por esta razón, las resoluciones judiciales únicamente fueron el presupuesto necesario para individualizar *ad causam* la discriminación producida por el legislador, de modo que, sólo instrumentalmente, a través del fallo absolutorio, se produjo una lesión actual y efectiva del derecho a la igualdad del hijo de la demandante de amparo.

7. Constatada, pues, la lesión del mencionado derecho fundamental y procediendo, conforme a lo previsto en el artículo 55.2 LOTC, la estimación del recurso de amparo, de ello no se sigue en este caso, necesariamente, la consecuencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que tal precepto establece.

En efecto, en supuestos como el presente, de discriminación normativa por defecto, no es descartable que la estimación de la demanda de amparo no obligue, siempre y en todo caso, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, *ex* artículo 55.2 LOTC.

Así, ha de apreciarse en el presente proceso constitucional, atendidas las siguientes circunstancias:

A) En primer lugar, el hecho de que el artículo 487 bis CP ya ha sido derogado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Código Penal vigente, por lo que la posible declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración *erga omnes* de normas inconstitucionales.

De otra parte, el planteamiento de la cuestión por este Tribunal, y en caso de resolverse aquélla en sentido positivo, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto, produciría un efecto equivalente al que resultase de la libre opción del legislador penal para configurar o no una figura delictiva que extendiese la protección jurídico-penal a todos los hijos, sin distinción entre los matrimoniales y los no matrimoniales, y siendo así que, en uso de su libertad de configuración normativa, el legislador ya ha ejercitado la opción en un determinado sentido, incorporando al vigente Código Penal el artículo 227, no es procedente en el presente caso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 487 bis del Código Penal.

B) Y, en segundo lugar, porque aun en la hipótesis de declararse la inconstitucionalidad del citado artículo 487 bis del anterior Código Penal, las personas por él discriminadas nunca podrían obtener un pronunciamiento condenatorio, por así impedirlo el derecho fundamental al principio de legalidad penal que garantiza el artículo 25.1 CE.

Por cuanto llevamos expuesto, y atendidas las particularidades del caso en examen, esta sentencia no puede otorgar el amparo en los términos solicitados por la demandante de anular las resoluciones judiciales impugnadas, porque éstas, como razonan en sus fundamentos jurídicos, no podían subsumir los hechos en el tipo penal del artículo 487 bis CP y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado. En consecuencia, nuestro pronunciamiento no puede ser el previsto en el artículo 55.1.a) LOTC. No obstante, y dada la patente discriminación por filiación que contenía el citado precepto del CP, tampoco debe este Tribunal desconocer en la sentencia tal circunstancia, dictando un fallo desestimatorio del recurso de amparo que, como tal, no reflejaría la vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 39.2 de la Constitución en la que incidió. De ahí que, conforme autoriza el artículo 55.1.b) LOTC, nuestro pronunciamiento haya de limitarse al otorgamiento del amparo en los términos estrictamente declarativos que

señala dicho artículo: «Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado».

Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en la sentencia de Pleno recaída en el recurso de amparo número 109/95

Estoy de acuerdo con el otorgamiento de este amparo, pero considero que debió completarse la parte dispositiva de la sentencia con un auto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 487 bis del Código Penal vigente en el momento de suceder los hechos enjuiciados. Además, el restablecimiento del derecho vulnerado debió llevarse a cabo, en mi opinión, con la declaración de nulidad de las sentencias impugnadas.

1. La sentencia de la mayoría no precisa en su fallo quién fue el causante de la conculcación del derecho —dice— «a no ser discriminado por razón de nacimiento». De los fundamentos jurídicos se desprende, sin embargo, que el origen de la lesión no se encuentra en las sentencias recurridas. Fue la norma aplicada (art. 487 bis CP, introducido por la Ley Orgánica 3/1989) la que contenía una violación del artículo 14 CE.

2. La sentencia de la mayoría no declara la nulidad de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia, dado que éstas «no podían subsumir —se razona— los hechos en el tipo penal del artículo 487 bis CP y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado» (fundamento jurídico 7, *in fine*).

Discrepo, con el máximo respeto, de esta argumentación. Es cierto que aquellas resoluciones judiciales son legales, dictadas conforme a lo establecido entonces en el Código Penal, pero esto no es un motivo suficiente para que el Tribunal Constitucional deje de pronunciarse sobre su validez constitucional. En la STC 245/1991, al resolver un recurso de amparo también avocado al Pleno, se dijo: «Aunque no sea imputable directamente a la sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada, la violación del derecho a un proceso público con todas las garantías, ni la del derecho a la tutela judicial efectiva, la reparación de aquella lesión y el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados requiere que al mismo tiempo anulémos dicha sentencia» (fundamento jurídico 5). O sea, que en determinados supuestos, el Tribunal Constitucional debe anular sentencias que, en cuanto tales (o «en sí mismas»), no hayan conculcado derechos fundamentales, siempre que esa decisión sea necesaria para el restablecimiento de uno de esos derechos.

En esta línea de nuestra jurisprudencia debieron anularse las sentencias del Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid y de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid.

3. El auto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del citado artículo 487 bis CP era inevitable, a mi entender, en el presente caso.

No me convencen las razones de la mayoría del Pleno, por lo siguiente:

A) Estimo irrelevante que el precepto aplicado haya sido objeto de derogación. Precisamente porque era aplicable al supuesto enjuiciado (algo que no se pone en duda en la sentencia de la mayoría) la derogación posterior de la norma resulta un dato intrascendente. Importante, en cambio, es la diferencia

que media entre los efectos de la derogación (*ex nunc*) y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (*ex tunc*).

B) No ha de esgrimirse, en este momento procesal, el argumento según el cual la autocuestión sería inadmitida por el Pleno debido a que en todo caso —esto es, incluso si se declara la inconstitucionalidad de la norma— el pronunciamiento judicial tendría que ser absolutorio. Pienso que se confunden aquí la cuestión de inconstitucionalidad propiamente dicha y la autocuestión del artículo 55.2 LOTC.

En la autocuestión, la resolución de la misma es siempre posterior a la estimación de la demanda de amparo. En la cuestión de inconstitucionalidad, por el contrario, cabe la duda sobre su admisión cuando resulta evidente que la nulidad del precepto cuestionado no puede producir un efecto distinto del que generaría la declaración de su conformidad con la Constitución.

Veamos. Si el Juzgado, primero, o la Audiencia, después, hubieran planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 487 bis CP, podría haberse estimado que las alternativas en presencia, aparentemente dos, se reducan a una: La absolución. El órgano judicial debería absolver si la norma fuese declarada conforme con la Constitución (pues la norma misma impediría la condena); también debería absolver si el precepto fuese declarado inconstitucional, ya que, por imperativo del artículo 25.1 CE, no podría condenarse a quien en su momento ajustó su conducta a la legalidad penal entonces vigente.

El hecho, empero, de que el efecto absolutorio sea inevitable en los dos supuestos no significa que la cuestión de inconstitucionalidad sea *per se* inadmisibile: a) Porque si de este modo se procediera, sería imposible el control de inconstitucionalidad de buena parte de las normas penales, reducido en la práctica a la vía del recurso directo; el juicio de relevancia no puede llevarse tan lejos: Ha de bastar con que la norma cuestionada sea aplicable y que de su validez dependa el fallo (y, como se verá, en cierto modo también, la fundamentación del fallo); b) porque el efecto —siempre absolutorio— no dejaría de ser distinto en uno y otro caso.

En el primer supuesto, la absolución sería consecuencia de la aplicación de una norma constitucionalmente conforme; en el segundo, sería resultado de la lógica del artículo 25.1 CE. Los fallos, absolutorios, se fundamentarían en razones jurídicamente diversas, lo que implica ya una diferencia lo suficientemente cualificada como para excluir que el pronunciamiento del Tribunal sobre el fondo de la cuestión sea intrascendente.

C) Tampoco comparto la idea de que resulte improcedente la declaración de inconstitucionalidad del precepto por la razón de que su causa es una discriminación *ex silentio*. Aquí cabe replicar con la idea de que la diferencia entre la inconstitucionalidad por comisión y la inconstitucionalidad por omisión se reduce a una cuestión de perspectiva. Es exactamente lo mismo, para lo que ahora importa, que la norma sea inconstitucional por excluir a unos hijos o lo sea por incluir a otros. Lo ajustado a Derecho es declarar la nulidad del precepto, no la ampliación de sus destinatarios, correspondiendo al legislador, posteriormente, realizar tal ampliación o, sencillamente, excluir a todos y, en consecuencia, no dictar norma alguna.

4. A mi entender, debiera haberse estimado el recurso de amparo con los siguientes pronunciamientos:

- a) Declaración de vulneración del artículo 14 CE.
- b) Nulidad de las sentencias impugnadas.
- c) Planteamiento de autocuestión *ex* artículo 55.2 LOTC.

En un procedimiento de amparo, en definitiva, no me parece acertado concluir que la norma legal aplicada es contraria a la Constitución y estimar la demanda con un pronunciamiento que, como el que contiene la sentencia de la mayoría, no identifica el origen de la lesión ni cuestiona ante el Pleno la norma legal que, sin embargo, en los fundamentos jurídicos se identifica como origen de la lesión. En este tipo de asuntos, identificado el precepto origen de la violación, el Pleno debe autoplantearse la cuestión. Los problemas que luego se susciten al resolverla no pueden anticiparse en el proceso de amparo ni, menos aún, erigirlos en motivo o causa de una negativa a actuar según lo establecido en el artículo 55.2 LOTC.

En la STC 245/1991, antes invocada, se hace la siguiente precisión: «La función del recurso de amparo no es otra que proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 CE, dando efectividad a esos derechos permitiendo restablecerlos o, en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC), teniendo en cuenta, además, que los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos objetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual para adquirir una dimensión objetiva» (fundamento jurídico 5). Desde esta perspectiva —se concluía allí— «resulta intolerable el mantenimiento en prisión de unas personas cuya condena no ha sido impuesta con las garantías constitucionalmente exigibles». Desde la misma perspectiva —concluyo yo— resulta raro que el Tribunal Constitucional deje de someter a juicio de inconstitucionalidad un precepto legal introducido el año 1989 en el Código Penal; precepto que, como admite la sentencia de la mayoría, conculca el artículo 14 CE. Los efectos de la derogación, según hemos indicado, no son idénticos a los efectos de la inconstitucionalidad (en la STC 55/1996, fundamento jurídico 2, se efectúan unas consideraciones al respecto que doy aquí por reproducidas).

Firmo este Voto particular expresando, una vez más, la estimación que siento por la opinión de la mayoría de los Magistrados, lamentando no poder suscribir tan autorizado parecer en el presente caso.

Madrid, a veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho.—
Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado, a la sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal Constitucional en el recurso de amparo número 109/95, al cual se adhiere don José Gabaldón López, vicepresidente

Aunque no haya dos casos idénticos, en el trance actual coinciden parcialmente los supuestos de hecho que han dado lugar sucesivamente a dos sentencias de este Tribunal Constitucional, una de su Sala Primera, la 74/1997, y otra del Pleno, iguales en la sustancia pero diversas en su escorzo. A pesar de que la diferencia que las separa parece ser mínima, es sin embargo, en mi opinión, trascendente en la más pura acepción de la palabra, ya que la variación introducida ahora conlleva un riesgo de tergiversación de la vía de amparo con olvido de cual sea la misión del Juez, constitucional o no, consistente en poner paz en conflictos reales y concretos con soluciones concretas y reales. Por ello me siento incapaz de aceptar en silencio la opinión de la

mayoría, no obstante, el respeto imponente, teñido de admiración y afecto, que en mí despiertan mis colegas. Siempre me ha parecido inútil e indeseable, como regla, el disenso público y, por ello, he procurado exteriorizarlo el menor número de veces y en ocasiones que merecieran la pena, pero en ésta por lo dicho me veo obligado a hacerlo y ofrecer las razones que me impulsan a ello. Si es cierto que, como dijo un gran juez, los casos difíciles hacen mal Derecho, no lo es menos que los fáciles pueden producir alguna vez el mismo resultado.

1. Pues bien, empezando por el principio como es uso sensato, conviene recordar que cada tipo de proceso se identifica por su objeto y en éste del amparo sólo puede serlo un acto singular de un poder público cuya nulidad se pretenda por infligir un agravio a un derecho fundamental, anverso y reverso, acto y pretensión, incluida la razón de pedir o *ratio petendi*. Desde otra perspectiva, para perfilar este elemento objetivo con mayor precisión, no estará de más dejar aquí y ahora bien claro que han de quedar excluidas por definición de tal vía jurisdiccional las normas con rango de Ley cuyo enjuiciamiento, a la luz de la Constitución, con el fin de averiguar si la respetan o no, si se mueven en su órbita, o no, es el ámbito propio de otros dos procesos, el recurso de inconstitucionalidad para la impugnación directa, y la «cuestión» para la indirecta.

En el proceso de amparo ese objeto ha de ser diseñado en la súplica de la demanda, que es su sede propia y única, determinando a su vez —por la necesaria congruencia— el contenido del fallo o parte dispositiva de la sentencia. Allí, y en este caso, se pide el amparo contra una Sentencia que dictó el 1 de diciembre de 1994 la Audiencia Provincial de Madrid, donde resulta absuelto quien fuera acusado como autor del delito de impago de prestaciones económicas familiares tipificado en el artículo 487 bis del Código Penal, tal y como a la sazón estaba configurado por la potentísima razón de no estar incluido el padre extramatrimonial en la conducta allí incriminada, conclusión evidente y que nadie discute en esta sede. El meollo de la pretensión es, por tanto, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley que, si bien se imputa a la sentencia, tiene su origen en la Ley, el artículo 487 bis del Código Penal de 1973, hoy derogado, según el cual quien «dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas». En la demanda se nos dice que tal precepto legal y la sentencia que lo ha aplicado infringen el artículo 14 de la Constitución por discriminar peyorativamente al hijo extramatrimonial respecto de los nacidos dentro del matrimonio. En definitiva, se pretende que, dando lugar al amparo, se anule la sentencia impugnada.

Vaya por delante, una vez más, que no siendo el proceso de amparo la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes, la eventual inconstitucionalidad de alguna de ellas sólo podrá plantearse a su través cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se dice contrario a la Constitución (STC 206/1990); es decir, para que este Tribunal, en el cauce de un recurso de amparo, pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal, previamente tiene que constatar que, mediante la aplicación del mismo, se ha producido una concreta lesión de derechos

y libertades susceptibles de amparo (SSTC 113/1987 y 153/1988). Nuestro enjuiciamiento, pues, debe constreñirse a comprobar si la sentencia de la Audiencia por haber aplicado el artículo 487 bis del Código Penal, hoy derogado, discriminó a una hija por relación con los habidos en el matrimonio.

Para ello debemos comenzar indagando cuál sea el bien jurídico que se pretendía proteger con la tipificación contenida en el mencionado precepto legal. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, que introdujo el precepto polémico en el Código Penal de 1973, se justificaba el nuevo tipo en la necesidad de dar protección a «los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos (...) intentando así dar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase». Es indudable que a través del artículo 487 bis del Código Penal se pretendía amparar el derecho que asiste, entre otros, a los hijos de ser sostenidos por sus padres y que esta protección, dada la dicción del precepto y el reconocimiento explícito que el legislador hacía en su justificación, se daba única y exclusivamente a los hijos matrimoniales, en origen o por ulterior matrimonio de sus progenitores, excluyendo a los extramatrimoniales, pues no otro sentido puede darse a la referencia que se hacía en el precepto a los procesos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio y al confeso propósito del legislador de proteger a quienes en las «crisis matrimoniales» son víctimas de la insolidaridad de los protagonistas y causantes de las mismas.

2. Así las cosas, conviene precisar que a través de la controversia en debate no se trata de determinar si existe un derecho a ser protegido de forma igual por la ley penal, sino si, una vez decidido proteger penalmente un bien jurídico, determinados titulares del mismo pueden quedar excluidos y, más en concreto, si hecha la opción de dar protección en los momentos de crisis a los miembros de la familia económicamente más desamparados frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por parte de los obligados, pueden quedar excluidos aquellos hijos que tienen la condición de extramatrimoniales.

En este punto conviene recordar que cuando nuestra Constitución, en su artículo 39.1, proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia no constriñe este concepto, en términos exclusivos y excluyentes, a la fundada en el matrimonio, debiendo subsumirse también en el mismo a familias de origen no matrimonial (STC 222/1992). Sentado ello, es cierto que esta igualdad entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (STC 184/1990) y que, por consiguiente, toda distinción entre unas y otras no puede decirse sea incompatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14. Por lo tanto, si el artículo 487 bis del Código Penal pretendía proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar en momento de crisis, en principio cabría afirmar que la limitación de la protección a los miembros de unidades familiares de origen matrimonial, con exclusión de los miembros de las extramatrimoniales, necesariamente no tenía por qué ser contraria al artículo 14 de la Constitución.

Pero la anterior conclusión, que tiene su fundamento en el hecho de que la decisión de vivir en matrimonio o convivir *more uxorio* es libremente adop-

tada por los sujetos de una y otra clase de unión, no es válida para el caso de los hijos, a quienes la Constitución obliga a dispensar una protección integral con independencia de su filiación y respecto de quienes los padres deben prestar asistencia con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial (art. 39.2 y 3 CE), en otras palabras, de su nacimiento, y cuyo desvalimiento motiva incluso una intensa protección internacional (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990), pues su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos (STC 184/1990). En definitiva, el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución.

3. Ahora bien, que el artículo 487 bis del hoy derogado Código Penal de 1973 colisionara frontalmente con el artículo 14 CE, no lleva necesariamente a otorgar el amparo. A diferencia de lo que ocurre con otros derechos, cuyo contenido constitucional se halla materialmente predeterminado, el principio de igualdad se fija por relación, de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al artículo 14 CE no queda, sólo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales.

La Audiencia Provincial de Madrid, al aplicar el mencionado precepto legal no ha vulnerado derecho fundamental alguno de esa hija extramatrimonial. Recientemente (STC 41/1997) hemos tenido ocasión de afirmar que por sí solo no existe un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona y, recordando pronunciamientos anteriores (SSTC 147/1985, 83/1989, 157/1990, 31, 177 y 199/1996), que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales. No existe, pues, hoy en día un derecho de la víctima a obtener la condena penal de otro, y, por ello, no puede pretender en esta sede la anulación de una sentencia con un pronunciamiento absolutorio.

Siendo así y si la sentencia de la Audiencia Provincial absolvió al denunciado porque la conducta que realizó estaba fuera del tipo penal, no puede sostenerse que tal pronunciamiento judicial haya podido, efectivamente, vulnerar el derecho fundamental invocado. Es más, dicho Tribunal no podía hacer otra cosa por vedárselo el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), que impide la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SSTC 111/1993 y 34/1996). En definitiva, la absolución pronunciada por la Audiencia Provincial en modo alguno puede haber vulnerado el derecho fundamental que a cualquier hijo en relación con los de su misma condición, reconoce el artículo 14 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor. El amparo ha de ser desestimado, sin que sea necesario suscitar ante el Pleno de este Tribunal cuestión sobre la constitucionalidad del reiterado precepto penal derogado.

4. Hasta aquí, en lo que aquí interesa, el tenor de la STC 74/1997. La aportación de esta novísima consiste en extraer un párrafo del razonamiento jurídico y colocarlo donde no le corresponde, el fallo, cambio de sitio, obra del puro voluntarismo. En verdad y en sustancia, este amparo no es sino un

recurso indirecto de inconstitucionalidad de la Ley, abocado al fracaso, con ocasión de una sentencia que la aplica. Un recurso de tal índole puede sentarse en el razonamiento, como premisa, o vale decir como conclusión intelectual que una norma sea inconstitucional, pero en ningún caso nos es dado declararlo así en el fallo. Tan cierto es lo dicho que cuando se pueda anular el acto singular por creer inconstitucional la Ley, el paso siguiente e inevitable consistirá en plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno, el llamado «autoplanteamiento», mecanismo que —instaurado por nuestra Ley Orgánica— respeta la pureza de cada proceso, interconectándolos pero sin mezclarlos ni menos confundirlos.

No faltan en la vía de amparo los fallos declarativos. Más de una vez se han hecho en los casos de dilaciones indebidas, cuando éstas han desaparecido a la sazón y el procedimiento judicial está de nuevo en marcha, declaración cuya utilidad es innegable por convertirse en presupuesto o título de una eventual indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, este fallo de hoy no es declarativo como se pretende, sino abstracto o platónico en su acepción coloquial. Decir que ha sido vulnerado —por el Código Penal— el derecho de un hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento no hace sino transcribir parcial e innecesariamente el artículo 14 de la Constitución, que ahí está y sigue estando. Se intenta enmascarar de tal guisa una declaración de inconstitucionalidad del artículo 487 CP, autor directo de haber discriminado como grupo social a todos los hijos extramatrimoniales, pronunciamiento propio de una «cuestión» *per saltum* sin haberla planteado. Por otra parte, esas tres líneas desplazadas de su lugar idóneo, el razonamiento jurídico, no sirven para nada y esa su inutilidad e inoperancia las convierte en un brindis al sol. Como la sentencia impugnada es intangible, intocada se queda, viciando así de incongruencia tal fallo que, en definitiva, no ampara ni restituye ni repara. Es una palmadita en la espalda de la denunciante para su consuelo.

Por otra parte, la raíz de esta incoherencia no es otra, insisto, sino la inexistencia de un derecho fundamental vulnerado por la Audiencia Provincial. Nada puede el principio de igualdad, por mucha que fuere su fuerza en sus dimensiones ética y constitucional, contra el principio de legalidad en el ámbito penal, garantía máxima de la libertad de los ciudadanos y freno de los poderes públicos. No hay tampoco un derecho de la víctima a la condena penal de su agresor. Por ello, en el razonamiento jurídico y en el fallo de la sentencia se elude cuidadosamente cualquier indicación de quién haya vulnerado ese derecho fundamental fantasmagórico y cómo se haya cometido el desafío.

Más bien se reconoce, como no podía ser menos, que la actuación del Juez no fue en absoluto reproachable, sino encomiable de todo punto y, en suma, la única que le impone la propia Constitución.

La mayoría que respalda la sentencia sabe que estamos en presencia de un caso penal cuyas características maniatan al Juez y le imponen una decisión unívoca. La limitación del tipo delictivo no permitía en este ámbito una aplicación analógica ni su interpretación extensiva y, por otra parte, hacía inservible el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto allí como autoplanteada aquí, ya que en el supuesto de prosperar, la nulidad del artículo 487 bis CP no ampliaría la protección a los desprotegidos sino que la suprimiría para todos con un resultado socialmente negativo. Es más, la opción del legislador por completar ese tipo e incluir en él a quienes estaban

entonces fuera de su ámbito, como ha hecho ya espontáneamente, resultaría irrelevante e inócua en este caso por no poder tener nunca la nueva norma penal eficacia retroactiva *in peius* respecto de los hechos anteriores a su vigencia

En definitiva, lo sobredicho pone de manifiesto, a quien haya leído la sentencia de la cual disiento, que en ella se produce una ostensible desviación procesal con el resultado de una incongruencia manifiesta entre lo pedido en la demanda y lo dado en el fallo, con un razonamiento en espiral, como un bolero de Ravel, donde se transforma un proceso de amparo en un proceso de control abstracto de normas. No es bueno que así se haga, deformando la configuración de nuestra justicia constitucional con una incidencia negativa y, en cierto modo, desmoralizadora sobre el sistema judicial, por sugerir la censura de un juez que actuó con el máximo escrúpulo constitucional, aun cuando se haga inadvertida e involuntariamente.

Como consecuencia de cuanto va escrito, el fallo en este caso hubiera debido ser idéntico al que lleva la STC 74/1997, desestimando totalmente la pretensión de amparo, sin más.

Madrid, veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho.—Rafael de Mendizábal Allende.—José Gabaldón López —Firmados y rubricados.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

Resolución de 17 de diciembre de 1997
(*BOE 17-2-98*)

ESCRITURA OTORGADA POR ADMINISTRADOR UNICO NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL

Suprimida en el actual Reglamento del Registro Mercantil la norma del artículo 68 del anterior que declaraba obligatoria tal inscripción previa, son válidas las actuaciones jurídicas que en nombre de la SA realice el administrador desde la aceptación del cargo válidamente conferido (art. 25 de la Ley SA), por lo que el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad.

Resoluciones de 5 y 7 de enero de 1998
(*BOE 27 y 29-1-98*)

DIVISIBILIDAD DE HIPOTECA QUE GRAVA UNA PLANTA DE GARAJE CUANDO SE VENDE UNA CUOTA INDIVISA

Cuando se trata de la venta de una cuota indivisa de una planta de garaje que no se delimita, al señalarse únicamente el uso exclusivo de una plaza que sólo se identifica por un número, no se puede distribuir la hipoteca que grava la totalidad del garaje porque no se dan los supuestos del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, ya que no se produce una verdadera división material de la finca gravada. Esas plazas no pueden ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal; al no existir, por tanto, verdadera división del local, no cabe la distribución de la hipoteca que lo grava.

Resolución de 8 de enero de 1998
(BOE 11-2-98)

DISTRIBUCION DE HIPOTECA ENTRE VIVIENDA Y CAMAROTE

Aunque ambos elementos puedan estar unidos físicamente, si aparecen inscritos en el Registro como fincas independientes, es preciso distribuir la responsabilidad hipotecaria. Para corregir el error que existía en el asiento en que se describían juntos los dos elementos dichos, a pesar de ser distintos y con cuotas diferenciadas en la división horizontal, se procedió por el Registrador a segregar el camarote en virtud de la escritura de compra que sirvió de antetítulo a la hipoteca. Una vez realizada la segregación, es preciso atender a la presunción de exactitud del Registro y por ello ha de entenderse que estamos ante dos fincas independientes, de modo que para la inscripción de la hipoteca constituida sobre ellas se precisa la distribución entre ambas del crédito hipotecario por imperativo de los artículos 110 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento.

Resolución de 13 de enero de 1998
(BOE 11-2-98)

URBANISMO. INSCRIPCION DE PROYECTO DE COMPENSACION. CALIFICACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

No es inscribible el proyecto de compensación que se ha tramitado como si toda la unidad de actuación perteneciera a un propietario único, cuando una de las fincas registrales aparece inscrita a favor de otra persona distinta, por lo que debió constituirse la Junta de Compensación para respetar los derechos de ese titular registral, amparado tanto por la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como por el tracto sucesivo (art. 20). El Ayuntamiento aprobó el proyecto alegando que asumía la representación de los interesados en la finca cuestionada, basándose en el inaplicable artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, que sólo se refiere al procedimiento de cooperación.

El Registrador tiene facultad para calificar, pues no se cuestiona la validez intrínseca del acto administrativo, sino la congruencia de dicha resolución con el procedimiento seguido y el desconocimiento de los pronunciamientos registrales, aspectos claramente recogidos en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento.

Resolución de 11 de febrero de 1998
(BOE 3-3-98)

HIPOTECA. EJECUCION EXTRAJUDICIAL. INTERESES REMUNERATORIOS Y DE DEMORA

Cuando el préstamo garantizado no devenga intereses remuneratorios, pero sí moratorios aunque éstos no son objeto de la cobertura hipotecaria, sólo puede ejercitarse la acción para el cobro de la cantidad garantizada, sin in-

cluir los intereses de demora. Es inscribible la enajenación realizada, pero no se pueden cancelar los asientos posteriores si no consta el depósito del exceso del precio a disposición de los titulares de dichos asientos.

Resolución de 12 de febrero de 1998
(BOE 3-3-98)

ANOTACION DE PROHIBICION DE DISPONER

No se puede practicar cuando la finca esté inscrita a favor de persona distinta de aquéllos que figuran en el mandamiento. Calificación de documentos judiciales.

Resolución de 24 de febrero de 1998
(BOE 14-3-98)

CONDICION RESOLUTORIA SOBRE PARTE INDIVISA. EFECTOS CANCELATORIOS

Dividida la finca posteriormente y fijada la pendencia resolutoria sólo sobre una de las nuevas fincas resultantes, el gravamen sólo recae sobre la señalada; no se pueden cancelar los asientos posteriores si no se ha demandado a todos los titulares interesados.

Registro Mercantil

Resolución de 9 de diciembre de 1997
(BOE 12-2-98)

SA. DERECHO DE VOTO NO ES ADMISIBLE SU CESION

No puede reconocerse frente a la sociedad la cesión de los derechos políticos de la acción si se tiene en cuenta: a) Que los preceptos que regulan los derechos de asistencia y voto a las juntas generales tienen siempre al accionista como sujeto de referencia; b) Los evidentes inconvenientes que para el normal funcionamiento de la sociedad se derivarían del desmembramiento de los derechos políticos en favor de personas distintas de los socios; y c) Que en los casos legalmente previstos de disgregación de esos derechos y la cualidad de socio, se requiere de forma categórica previsión estatutaria que así lo reconozca

Resolución de 16 de diciembre de 1997
(BOE 12-2-98)

SA ANUNCIOS DE SU ESCISION

Aunque la literalidad de los artículos 242 y 254 de la LSA no presente la claridad que sería deseable, el Centro Directivo los interpreta en el sentido de

que, aparte los tres anuncios del Boletín Oficial del Registro Mercantil, la publicación de un anuncio en cada uno de los periódicos garantiza suficientemente el derecho de los acreedores sociales; otras soluciones, aunque puedan encajar en la literalidad de la norma, resultarían claramente desproporcionadas y excesivas para el interés que tratan de proteger.

Resolución de 9 de enero de 1998
(BOE 27-1-98)

SA. REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL MEDIANTE AMORTIZACION DE ACCIONES

Los riesgos que pueden implicarse en la adquisición por una sociedad de sus propias acciones justifican las cautelas a que ha sido sometida esta operación por el legislador y que constan en la Sección 4ª del Capítulo IV de la Ley de Sociedades Anónimas. Por esto, y con mayor razón, no se pueden omitir determinadas exigencias formales en la convocatoria que garantizan el derecho de información de los accionistas y que se contienen en el artículo 144. En el caso contemplado en el recurso se confirman los defectos señalados de falta del informe justificativo de la propuesta de modificación de los estatutos que dicho artículo 144 1.a) exige imperativamente como uno de los requisitos que han de concurrir para la válida adopción del acuerdo y además el no tener los anuncios de convocatoria de la junta la advertencia exigida en el apartado c) del mismo párrafo 1 del artículo 144

Resolución de 23 de enero de 1998
(BOE 14-2-98)

SOCIEDAD CON HOJA REGISTRAL CERRADA

No es posible inscribir en el Registro Mercantil una escritura de elevación a público del acuerdo de transformación de una SA en Sociedad de Responsabilidad Limitada cuando su hoja registral se encuentra cerrada por haber causado la misma sociedad baja provisional en el Índice de Entidades Jurídicas del Ministerio de Hacienda, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Impuesto de Sociedades, según consta, al efecto, por nota marginal existente en la hoja registral correspondiente (art. 96 del Reglamento del Registro Mercantil).

Resolución de 13 de febrero de 1998
(BOE 6-3-98)

SA ACUERDO DE CESE Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES

No es inscribible el acta de la junta referente a dicho acuerdo por hallarse cerrada la hoja registral por falta de depósito de cuentas y porque existen dos

Libros-Registro de acciones nominativas, contradictorios entre sí, que ponen en duda la validez del acuerdo.

Resolución de 16 de febrero de 1998
(BOE 5-3-98)

**SA LABORAL DEFECTUOSA. FALTA DE CLARIDAD DEL RECURSO.
CONCURRENCIA DE TODOS LOS INTERESADOS PARA RECTIFICAR**

Debe desestimarse el recurso cuando, tanto en el escrito de interposición inicial como en el de alzada, el recurrente se limita a una serie de vagas consideraciones, sin concretar los motivos del recurso.

Resolución de 17 de febrero de 1998
(BOE 12-3-98)

SA. DESISTIMIENTO DE RECURSO GUBERNATIVO

Interpuesto por el Presidente del Consejo y desistido en trámite de alzada por el Secretario que fue designado por el Liquidador, procede anular la resolución que lo declaraba desistido, para nuevo examen, al surgir contienda sobre la validez del nombramiento del Liquidador.

Resolución de 18 de febrero de 1998
(BOE 12-3-98)

**SA. MODIFICACION DE ESTATUTOS. SUSTITUCION DE TITULOS
UNITARIOS POR TITULOS MULTIPLES**

El derecho de información que concede a los socios el artículo 144 exige que éstos puedan conocer el informe de los administradores antes de celebrar la junta. En la certificación debe constar el lugar donde se celebró dicha junta y la fecha del informe del Consejo para modificar los estatutos.

Resolución de 19 de febrero de 1998
(BOE 12-3-98)

**SRL. USUFRUCTO DE PARTICIPACIONES. RETRIBUCION
DE ADMINISTRADORES. SUMISION PREVIA
A ARBITRAJES PRIVADOS**

El usufructo debe registrarse por lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Son admisibles diversos medios de retribución de administradores, aunque sean cumulativos. Es inscribible la cláusula de arbitraje privado contenida en los estatutos.

Resolución de 23 de febrero de 1998
(BOE 14-3-98)

**SRL. CONSTITUCION APORTANDOSE COMUNIDAD DE BIENES
SIN PERSONALIDAD. DESCRIPCION DE LOS BIENES APORTADOS**

Cuando los aportantes son condueños de los bienes aportados, sin que esa comunidad tenga personalidad jurídica, son ellos, los actuantes en su condición de personas físicas, los que constituyen la sociedad y reciben como tales las participaciones que a cada uno corresponden. Si se aportan bienes o derechos registrables deben describirse individualmente en la escritura.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
y LEONOR RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

LAS SOCIEDADES CIVILES POR EL OBJETO A QUE SE CONSAGREN, CUYOS PACTOS SE MANTIENEN RESERVADOS ENTRE LOS SOCIOS, ES DECIR, LAS NO COMPRENDIDAS EN EL ARTICULO 1.670 DEL CODIGO CIVIL, CARECEN DE PERSONALIDAD JURIDICA —QUE PUEDEN GANAR CUMPLIENDO LA EXIGENCIA DE FORMA RECONOCIDA EN EL CODIGO DE COMERCIO, ESCRITURA PUBLICA E INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL— POR LO QUE EL BIEN ADQUIRIDO EN EL PRESENTE CASO DEBERA INSCRIBIRSE A FAVOR DE LOS SOCIOS RECOGIENDO EN EL ASIENTO, AL TRATARSE DE UNA COTITULARIDAD ESPECIFICA, LOS PACTOS SOCIALES DE MODO QUE QUEDE CONSIGNADA LA TITULARIDAD, NATURALEZA Y EXTENSION DEL DERECHO QUE SE INSCRIBE (RESOLUCIONES DE 11 DE DICIEMBRE DE 1997, 31 DE MARZO Y 1 DE ABRIL DE 1997. BOE DE 14 DE ENERO DE 1998 Y 26 DE ABRIL DE 1997.)

RESOLUCION de 11 de diciembre de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Luisa Feliu Bauzá, en nombre de la sociedad civil Ripoll-Feliu, contra la negativa de don Ramón G. Sánchez de Frutos, Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 6, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Luisa Feliu Bauzá, en nombre de la sociedad civil Ripoll-Feliu, contra la negativa de don Ramón G. Sánchez de Frutos, Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 6, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. El día 10 de mayo de 1991, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don Salvador Balle Oliver, los cónyuges don Ignacio Javier López de Armentía y Churruca y doña Liliana

Andrea de Feo Nara, venden a la sociedad civil Ripoll-Feliu que compra y adquiere para su objeto social una finca urbana (apartamento del bloque A-B del edificio «Palma Beach»), sita en el lugar de San Agustín, de la que son dueños los vendedores con carácter ganancial. Ambas partes intervienen con los mismos apoderados. El objeto de la citada sociedad, según la escritura de compraventa, es la compra, tenencia, disfrute y disposición de pisos y viviendas.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 6, fue calificada: «Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 6. Presentado el documento que precede el 17 de febrero de 1993 (asiento número 199 del diario 22), informado el presentante de las causas que impiden la inscripción, lo retira el día 2 de marzo y devuelve el 18 de marzo, en unión del poder de 26 de abril de 1991, autorizado por el Notario de Palma de Mallorca, don José María Feliu Bauzá, solicitando, en caso de no poder ser inscrito, sea extendida nota de calificación, se emite ésta seguidamente. Nota de calificación. No practicada la inscripción por observarse los siguientes defectos: 1.º Las mismas personas físicas actúan en representación de ambas partes, vendedora y compradora, incidiendo así en una situación similar a la de autocontratación al no acreditar mediante la documentación aportada hallarse las comparecientes autorizadas al efecto. Defecto subsanable. 2.º No se acredita la personalidad jurídica, independiente de la de cada uno de los socios, de la pretendida sociedad civil Ripoll-Feliu, porque: Sus pactos se mantienen secretos entre los socios (art. 1.669 del Código Civil); en el título presentado sólo se transcriben parcialmente alguno de ellos, y, además, tampoco se acredita se trate de una asociación civil de interés particular a la que, de conformidad con el artículo 35.2.º del Código Civil, la Ley haya concedido la personalidad propia e independiente. No ha sido presentada la escritura de constitución de la citada sociedad civil, a pesar de haber sido expresamente solicitada. Defecto subsanable, sin perjuicio de ulterior calificación de tal escritura de constitución de sociedad civil 3.º De la parte transcrita del objeto social resultan indicios de ser la compradora una verdadera "sociedad mercantil con forma civil", incompatible con la normativa de sociedades mercantiles (arts. 16 y 119 del Código de Comercio; 7 del Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989, para las sociedades anónimas; 5 de la Ley de 17 de julio de 1953, para las de responsabilidad limitada; 81 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, relativo al Reglamento del Registro Mercantil). Defecto subsanable. 4.º Imprecisión del destino de la adquisición que, según el título calificado es "compra... para su objeto social", lo que induce a dudar si adquiere la sociedad civil, o ese extraño ente: el "objeto social" de la sociedad. Defecto subsanable. No se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en plazo de cuatro meses, a contar de hoy, por el procedimiento regulado en los artículos 112 y siguientes del vigente Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de acudir por los interesados a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender acerca de la validez o nulidad de los títulos. Palma de Mallorca, a 1 de abril de 1993.—El Registrador de la Propiedad.—Firma ilegible.—Firmado: Ramón G. Sánchez de Frutos».

III. Doña María Luisa Feliu Bauzá, en representación de la sociedad civil Ripoll-Feliu, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y

alegó: 1.º Que el señor Registrador no señala cuál es la norma atacada. Se supone que se refiere a los artículos 1.459.2.º del Código Civil y 267 del Código de Comercio. De estos preceptos se deriva la conclusión de que ni el mandatario ni el comisionista pueden comprar para sí aquello que tienen encargo de vender. Que se considera que este caso no es un supuesto de autocontratación prohibida por la Ley, sino, como dice un sector de la doctrina, se trata de un «cúmulo de mandatos opuestos», y no es aplicación el artículo 1.459.2.º del Código Civil. Que las personas que comparecen en la escritura representan a los vendedores, en virtud de la escritura de poder que el señor Feliu autorizó el día 26 de abril de 1991 y, al mismo tiempo, representaban a la sociedad Ripoll-Feliu, en virtud de su representación orgánica, pero ellas no adquieren nada para sí mismas. Que el fundamento de la prohibición estriba en que la Ley quiere evitar en cuanto sea posible toda ocasión de fraude y, por ello, examinados los supuestos por los que podrían quedar perjudicadas, tales extremos fueron excluidos; así en la escritura de poder se tomaron dos precauciones, se limitó con un plazo de caducidad la duración del poder (sólo durante quince días), y se estableció que el precio máximo de la venta no sería superior a 2.000.000 de pesetas. 2.º Que la personalidad de una sociedad no se ha de acreditar, pues es una consecuencia legal de la constitución que no se cuestiona. Que hay que señalar lo que dice el Código Civil sobre este tipo de sociedades en los artículos 35.2.º, 36, 38, 1.663, 1.666, 1.667, y a la vista de estos preceptos es necesario llegar a la conclusión de que se otorgó una escritura pública de contrato de sociedad civil, que con dicha escritura se han completado las exigencias que la Ley establece para otorgar la personalidad jurídica a una sociedad. Que el señor Registrador considera que hay ocultación de pactos por no haberse presentado la escritura de constitución en el Registro de la Propiedad y, por tanto, hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 1.669 del Código Civil. Es cierto que la inscripción en un Registro, sea el de la Propiedad o Mercantil, daría publicidad a los pactos de constitución, pero la publicidad que exige el Código Civil es de no ocultación de los pactos, y en el caso que se trata, los pactos no son secretos, ya que se solicita la inscripción de una escritura en el Registro de la Propiedad. Que en este caso también hay que señalar que no son los socios quienes contratan con terceros, es la propia sociedad, por medio de sus propios órganos de representación, la que contrata. Que no es necesario acreditar que se trata de una asociación de interés particular a la que, de conformidad con el artículo 5.2.º del Código Civil, la Ley le ha concedido personalidad propia e independiente, pues no hace falta acreditarse lo que es obvio y, además, la presentación de la escritura de constitución de la sociedad es innecesaria e improcedente. 3.º Que lo que el señor Registrador dice en el defecto tercero es incompatible con la normativa de las sociedades mercantiles. Que, conforme al Código Civil, las sociedades son civiles o mercantiles, según cuál sea el objeto, y según el Código de Comercio son de una clase u otra, según la forma con que se han constituido. Pero el género de sociedades civiles en la forma que tiene el objeto mercantil es desconocido. Que se niega el objeto de la sociedad Ripoll-Feliu sea mercantil, ya que es claramente civil. Que, por otra parte, si la sociedad en cuestión nada tiene que ver con las sociedades mercantiles, no se puede presentar conflicto alguno por su regulación legal. 4.º Que en lo referente al defecto cuarto, parece que es claro que quien compra y adquiere es la sociedad Ripoll-Feliu, la que realiza esta operación por medio de sus administradores orgánicos que actúan dentro del objeto social.

IV. El Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2, e interino del número 6 de dicha capital, en defensa de su nota, informó: 1.º En cuanto al defecto primero (autocontratación). Que la figura de la autocontratación está suficientemente elaborada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. La autocontratación se funda en el supuesto de incompatibilidad de intereses. Que se produce la autocontratación cuando una misma persona tiene facultades, emanadas de la Ley o de la voluntad contractual normalmente vía poder, para vincular los patrimonios de dos personas, ocasionando un conflicto de intereses y, consiguiente, perjuicio para uno de los patrimonios afectados, de forma que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de las voluntades emitidas, como se dijo en las Resoluciones de 20 de septiembre de 1989 y 21 de mayo de 1993, resume la doctrina de la Dirección General y de las sentencias del Tribunal Supremo. 2.º Que el referido defecto se refiere a la personalidad de la sociedad civil y habilidad para el tráfico de bienes. Que la pretendida sociedad civil Ripoll-Feliu no puede alcanzar personalidad jurídica en base al número 1.º del artículo 35 del Código Civil. Para que tenga tal personalidad jurídica, conforme al número 2 de este mismo precepto, han de cumplirse las reglas del contrato de sociedad, según las cuales carecen de personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios (art. 1.669), y demás reglas que se establecen en los artículos 1.666, 1.671 a 1.774 y 1.778 del Código Civil, y en la Resolución de 28 de junio de 1985. Que para calificar todos éstos y otros extremos de interés es por lo que se ha solicitado la presentación de la escritura de constitución como complemento indispensable. Que en la realidad social y económica de hoy puede tener utilidad la sociedad civil como entidad de gestión. En el tráfico de bienes en general, y en el inmobiliario en particular, si se abriera el resquicio de la sociedad civil, con su secuela de pactos secretos entre los socios, se puede pronosticar que muy rara sería la sociedad mercantil hoy existente que operara de otra forma distinta a la sociedad civil, abriéndose así una puerta para el fraude. El Tribunal Supremo ha acogido la doctrina de fraude a la Ley en las Sentencias de 6 y 13 de julio de 1957, 1 de abril de 1965, 25 de febrero de 1966, 27 de enero y 26 de mayo de 1987 y 4 de marzo y 12 de noviembre de 1988. Que hay que señalar lo que declara la Resolución de 21 de abril de 1991, y el artículo 6.4 del Código Civil. Que los preceptos de dicho Código para la sociedad civil se dictaron para otros tiempos y para otras necesidades que las derivadas del tráfico inmobiliario. Que resulta justificada la solicitud de la escritura de constitución de la sociedad civil Ripoll-Feliu que ha hecho el Registrador. 3.º Que el tercer defecto se ha extendido sólo por indicios al negarse los interesados a presentar la escritura de constitución de la sociedad civil, pues de lo transcrito en la escritura de compraventa resulta la posibilidad de que sea mercantil. Que el Registrador de la Propiedad tiene la obligación de hacer esta valoración, ya que se deduce: Primero, de la propia función calificadoras, y segundo, porque así lo estableció la Resolución de 28 de junio de 1985. Que la sociedad mercantil con forma civil no es desconocida ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (Resoluciones de 28 de junio de 1985 y 25 de abril de 1991). Que precisamente por la dificultad de determinar si el objeto es civil o mercantil es por lo que se necesita conocerlo en su integridad mediante la escritura de constitución y, de ser mercantil, será necesario acreditar su previa inscripción en el Registro Mercantil. 4.º Que

en lo que concierne al cuarto defecto (destino de los bienes comprados). La legislación hipotecaria impone se exprese en la inscripción la persona a cuyo favor se hace la inscripción, constando así nítidamente en el asiento, para lo que es forzoso se exprese asimismo claramente en el título. Que se echa de menos la escritura de constitución de la sociedad civil para valorar si el destino de los bienes comprados para el objeto social tiene relevancia o carece de ella.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares confirmó la nota del Registrador, fundándose en los argumentos expuestos por éste en su informe.

VI. La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: A) Que al haberse fijado por los poderdantes un precio máximo para la venta y un plazo de caducidad, debe desaparecer prácticamente el conflicto de intereses. B) Que en el caso objeto de este recurso no hay pactos secretos entre los socios y el hecho de presentar o no la escritura de constitución en el Registro de la Propiedad no implica que haya nuevos contratos. C) Que es poco afortunada la afirmación de que se ha transcrito parcialmente el objeto social, pues en la escritura de constitución se dice que su objeto será la compra, tenencia, disfrute y disposición de bienes y viviendas; y en la escritura de compra también se señala el objeto social. Que en realidad se señala cuál es el objeto social de manera íntegra. D) Que en lo que respecta a la imprecisión del destino, hay que señalar que lo propio sería que gozara de una presunción de licitud.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 163, 221.1, 1.459, 1.665 a 1.670, 1.718 y 1.727 del Código Civil; 2, 116 y 267 del Código de Comercio; 1 y 9.4.º de la Ley Hipotecaria; 51, 9 y 383 del Reglamento Hipotecario; 81 del Reglamento del Registro Mercantil, y Resoluciones de 28 de junio de 1985, 20 de septiembre de 1989, 25 de abril de 1991, 21 de mayo de 1993 y 31 de marzo de 1997.

1. Dos son los problemas que plantea este recurso. El primero de ellos (autocontratación) ya fue abordado por este Centro Directivo (*vide*, Resolución de 21 de mayo de 1993). Unas mismas personas reúnen el doble carácter de apoderados de los dueños de los bienes y de administradores de una sociedad para comprarlos. No hay duda de que el fenómeno de la autocontratación tiene una de sus manifestaciones en el caso de que una misma persona en la que concurra tal doble carácter, de apoderado de los dueños para vender y de administrador de una sociedad con facultades para comprar, decidiera con la sola declaración de su voluntad expresada en nombre de los dueños y de la sociedad, la operación de compraventa (cfr. arts. 221 2.º del Código Civil, y 267 del Código de Comercio). Para estos supuestos es doctrina sentada que en la atribución genérica de esos poderes o facultades (por muy precisas que sean) no está comprendido el caso en que en la compraventa haya autocontratación y precisamente porque en la operación están en oposición de intereses de una y otra parte. Como la persona que tiene este doble cometido —vender, comprar— debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla (que tiene su confirmación en el art. 267 del Código de Comercio), que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado en nombre de los dueños y al tiempo de la sociedad sería considerado como acto nulo por falta de poder (cfr. art. 1.259 del

Código Civil) Y como en los demás casos en que el contrato sea nulo por insuficiencia de poder, cabe la ratificación de las personas en cuyo nombre se otorgó. En el presente caso parece obligada la ratificación de ambas.

2. El segundo de los defectos, objeto de la impugnación, plantea idéntica cuestión que la decidida por este Centro Directivo en su Resolución de 31 de marzo de 1997, conforme a la cual las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil carecen de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en el aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se registrará por las disposiciones estipuladas en el contrato social, por las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes (cfr. arts. 1.669 en relación al 392.2, ambos del Código Civil), y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas en las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (cfr. arts. 1.669 y 1.692 del Código Civil), de manera que el bien adquirido por una sociedad civil no personificada jurídicamente deberá inscribirse en favor de todos los socios, si bien, al tratarse, como se ha señalado, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad espífrica, deberán recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 del Reglamento Hipotecario, Sentencias de 12 de julio de 1996 y Resolución de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1993).

3. Con relación al tercero de los defectos de la nota, que no se apunta como tal, sino como mero indicio, toda vez que no se ha aportado el título constitutivo de la sociedad adquiriente y no ha podido, por ende, valorarse debidamente la naturaleza de su objeto social, debe reiterarse la doctrina de este Centro Directivo (*vide*, Resoluciones de 28 de junio de 1985 y 1 y 30 de abril de 1997), conforme a la cual todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio tiene la consideración de acto de comercio, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio, y del mismo artículo 1.670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50, y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades, sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo, por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el Estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de los actos de comercio, quiebra, etc.).

De las consideraciones anteriores se desprende la no necesidad de abordar ahora el cuarto de los defectos de la nota impugnada.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado.

Madrid, 11 de diciembre de 1997 —El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

RESOLUCION de 31 de marzo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Santander, don Javier Asín Zurita, contra la negativa de don Rafael Arozarena Poves, Registrador de la Propiedad, número 1, de dicha capital, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Santander, don Javier Asín Zurita, contra la negativa de don Rafael Arozarena Poves, Registrador de la Propiedad, número 1, de dicha capital, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. Por escritura autorizada por el Notario de Santander, don Javier Asín Zurita, el 24 de marzo de 1993, por la que «Electricidad Divalux, Sociedad Civil» (código de identificación fiscal G-38091491), constituida en documento privado el 19 de mayo de 1988, en Santander, representada por don Francisco Varela Villa, Presidente de la sociedad, adquirió por compra el pleno dominio de un local comercial sito en La Albericia, en Pueblo de Monte, término de Santander. Según el artículo 4 de los Estatutos de la citada compañía: «El objeto de la precedente sociedad es el montaje de instalaciones eléctricas de todo tipo, tanto urbanas como industriales, y, en particular, de baja tensión, así como las reparaciones que sean necesarias en las mismas, y cualquier otra actividad directa o indirectamente relacionada con alguna de las anteriores».

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, número 1, de Santander (a la que se incorpora el certificado de la Junta General de la citada compañía celebrada el 23 de marzo de 1993, firmado por el secretario de la misma, en la que se acuerda autorizar a don Francisco Varela Villa a realizar la compra) fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «No inscrito el precedente documento por no acreditarse la previa inscripción en el Registro Mercantil de "Electricidad Divalux, Sociedad Civil", conforme al artículo 1.670 del Código Civil, no gozando la citada entidad, hasta el cumplimiento de dicho requisito, de personalidad jurídica a tenor del artículo 1.669 del mismo Código. Si se opta por la no inscripción de la sociedad civil en el Registro Mercantil, la inscripción de la adquisición realizada en el Registro de la Propiedad exigiría que se otorgase un documento notarial por don Luis Francisco Varela Violla y don Alberto Nazario de Dios Ansotegui, documento en el cual los dos citados deberán mencionar los datos personales de sus respectivos cónyuges y hacer constar que la adquisición, contenida en esta escritura, se entiende realizada por ellos dos, como personas físicas, por mita y pro indiviso. El documento notarial expresado contendrá la "fe de conocimiento" de los intervinientes en él y deberá presentarse en la Oficina de Transmisiones Patrimoniales.—Santander, 14 de junio de 1993.—El Registrador.—Firmado: Rafael Arozarena Poves».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. La nota es insuficiente por cuanto se limita a afirmar que no se inscribe el documento, por lo que no se sabe si el Registrador suspende la inscripción por considerar subsanable el defecto o se deniega por considerarlo insubsanable al no poder acceder las sociedades civiles al Registro Mercantil, y aunque podría desprenderse que el defecto es subsanable (por la expresión «si se opta»), la exigencia posterior parece que evidencia que el Registrador no cree que una sociedad civil pueda inscribirse

en el Registro Mercantil. II. Dando por sentado que se trata de una suspensión, el Registrador la hace depender del hecho de no estar inscrita la sociedad civil en el Registro Mercantil, razón por lo que, a tenor del artículo 1.669 del Código Civil, en su opinión, no goza de personalidad jurídica. Pero en puridad, dicha falta de personalidad jurídica deriva del artículo 1.670 del Código Civil en relación al 116 y 119 del Código de Comercio y no del 1.669, que se refiere a las denominadas por la doctrina sociedades ocultas. III. La nota es técnicamente infundada porque: a) Es pacífica la opinión de que hay sociedades civiles y mercantiles y que dentro de las primeras las hay con forma mercantil, con objeto mercantil y sociedades civiles en sentido estricto o propiamente dichas. b) El artículo 1.670, en que el Registrador basa su calificación, se refiere a las sociedades civiles con forma mercantil. En efecto, según el artículo citado, las sociedades civiles pueden revestir o no las formas reconocidas en el Código de Comercio y sólo en el caso de que la sociedad civil, por el objeto a que se consagre, revista forma mercantil, le serán de aplicación las normas del Código de Comercio, y más concretamente el artículo 199 del mismo, que es el que exige que la constitución, pactos y condiciones consten en la escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil. En el caso que se estudia, los socios fundadores de la sociedad civil, al amparo de la libertad de pacto y del carácter potestativo del artículo 1.670 del Código Civil, optaron porque la sociedad no revistiera ninguna de las formas de sociedad mercantil. c) Según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 28 de junio de 1985), las sociedades civiles con objeto mercantil están sujetas a su inscripción en el Registro Mercantil, pero la sociedad que nos ocupa no tiene objeto mercantil. d) Dado que la sociedad de que se trata no tiene ni forma ni objeto mercantil, es una sociedad civil en sentido estricto que se constituye con las formalidades prevenidas en el Código Civil y se rige por lo pactado por los socios y, en su defecto, por las disposiciones del Código. Como se desprende de la escritura calificada, el objeto no es mercantil; en cuanto a los requisitos formales, al no haberse aportado inmuebles se ha cumplido lo dispuesto en los artículos 1.280 y 1.667 del Código Civil; por lo tanto, puede tener personalidad jurídica independiente de la de los socios si se ha cumplido el requisito de publicidad exigido legalmente. e) Finalmente, resta por dilucidar si se trata de una sociedad oculta, como parece desprenderse de la nota de calificación al referirse al artículo 1.669, a lo que se opone el notario autorizante basándose en el artículo 162 del Código de Comercio y 383 del Reglamento Hipotecario, pues en ambos se recoge la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil exclusivamente para las sociedades mercantiles y, según el primero de los artículos citados, para las civiles, siempre que así lo disponga alguna Ley, disposición que, al menos con carácter general, no existe en la actualidad. La mayoría de la doctrina entiende que la publicidad exigida por la Ley, ante la inexistencia de un Registro *ad hoc*, es la puramente de hecho o material que se extiende, de una parte, a los pactos integrantes del contrato de sociedad en cuya medida podrán ser utilizados por o en contra de terceros y, de otra, a la existencia del vínculo social entre los socios, en cuyo caso los terceros quedan vinculados por el régimen legalmente configurado de sociedad civil. En resumidas cuentas, se trataría de que los socios pusieran de manifiesto, al entrar en relaciones con terceros, que no contratan solamente para sí, sino que lo hacen por cuenta de la sociedad, con lo que se pone de manifiesto la existencia del vínculo social, aunque no los concretos pactos.

Por último, se solicita se admita el recurso ordenando la inscripción de la escritura calificada.

IV. El Registrador de la Propiedad informó en el sentido de que debía desestimarse el recurso por los siguientes argumentos: A) Que aun cuando no se hiciese constar expresamente en la nota de calificación si los defectos alegados se consideraban subsanables o insubsanables, de la misma se desprendería que si se optaba por la inscripción en el Registro Mercantil el defecto sería meramente subsanable, mientras que en otro caso sería insubsanable, ya que se exigiría el otorgamiento de un nuevo documento, que alteraría sustancialmente el otorgado, al entenderse realizada la adquisición, no por la sociedad, sino por las propias personas físicas en pro indiviso. B) Que aun admitiendo la postura del notario recurrente en el sentido de que la diferencia entre sociedad civil y mercantil está en el objeto a que se dedica, hay que entender que en el presente caso el objeto es mercantil o industrial, ya que, aunque se considere, con el notario, como una profesión u oficio, lo cierto es que estuvo incluida, a efectos fiscales, dentro de la «Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales» y no dentro de la «Licencia Fiscal de Actividades Profesionales o Artísticas», como estableció el Real Decreto 1024/1989, de 21 de julio, al incluirla en el epígrafe 504-1 de tales actividades industriales y comerciales, lo que vino a reiterar el Decreto legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, regulador del Impuesto de Actividades Económicas. C) Que no se conoce en la legislación española ningún supuesto de entes sociales cuyo nacimiento a la vida jurídica no dependa de su inscripción en un Registro público o de su reconocimiento por un órgano administrativo, siendo la inscripción en esos Registros públicos lo que garantiza la «publicidad o no secretismo»; que el artículo 1.669 del Código Civil determina la no adquisición de personalidad jurídica, negándose la no sólo a aquellas sociedades civiles en que cada socio contrate en su propio nombre, sino también aquéllos «cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios» D) Que es reiterada la jurisprudencia que declara que una sociedad civil que no se inscriba en el Registro Mercantil ha de calificarse como sociedad «irregular» o «de hecho», válida en la esfera interna pero no en sus relaciones con terceros y, por tanto, no dotada de personalidad jurídica (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1952 y 7 de febrero de 1964).

V. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en auto de 1 de octubre de 1993, estimó el recurso, basándose en que no se puede fijar la atribución de personalidad jurídica con la publicación en un Registro u oficina pública. Si se tratara de una sociedad con forma mercantil o con objeto mercantil sería necesaria la existencia de publicidad registral; pero el objeto de la sociedad que nos ocupa viene determinado por el artículo 4 de sus Estatutos y no puede ser desvirtuado convirtiéndolo en mercantil o industrial por la consideración tributaria que pueda dársele a efectos del Impuesto de Actividades Económicas, ya que las razones de política tributaria no pueden servir para dejar sin efecto la voluntad de las partes ni las normas de los Códigos Civil y de Comercio. Que tampoco resultan afortunados, a juicio del Tribunal Superior, la tesis de que el nacimiento de los entes sociales a la vida jurídica depende siempre de la inscripción en un Registro público o de su reconocimiento por un órgano administrativo, ya que en los casos en que esa inscripción se impone es porque los fines afectan al interés público o a la seguridad pública, por lo que se hace necesario que el Estado tenga unos mecanismos

de control no exigibles, por el contrario, en una actividad de índole privada. Por otra parte, la inscripción del bien inmueble de favorecer la publicidad y seguridad en el tráfico sería siempre más garantizadora de aquéllos que pudieran entrar en relaciones jurídicas con la referida sociedad.

VI. El Registrador de la Propiedad interpuso recurso de apelación contra el anterior auto, basándose en los siguientes argumentos: I. Las disposiciones del Código Civil (arts. 1.667 y 1.668) que establecen que el contrato de sociedad civil puede constituirse en cualquier forma, salvo que se aporten inmuebles o derechos reales, caso en el cual se precisa escritura pública, con inventario de los mismos, formado por las partes, hacen referencia sólo a la validez del contrato de sociedad entre las partes, ya que, en cuanto a terceros, la sociedad sólo goza de personalidad jurídica si sus pactos pueden ser conocidos por terceros, como demuestra el artículo 1.669 al negar personalidad jurídica a las sociedades civiles cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios. A juicio del Registrador, como no existe un Registro específico para este tipo de sociedades, habrá que poner en relación los artículos 1.669 y 1.670 del Código, e interpretando ambos preceptos en forma conjunta se llega a la conclusión de que o la sociedad civil se constituye en cualquiera de las formas reconocidas en la legislación mercantil y adquiere personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de aquella clase o no adopta ninguna de dichas formas, en cuyo caso al no poder ser inscritas, ni por ende, exteriorizan sus pactos internos, será plenamente válida en su esfera interior pero quedará privada de personalidad jurídica en sus relaciones con terceros. II. Aunque la sociedad se desenvuelve en la esfera privada no puede sostenerse que carezca de interés para terceras personas el conocimiento de sus pactos internos mediante la consignación de éstos en un Registro público, pues también son de carácter privado las sociedades mercantiles y sin embargo se someten a inscripción con un control cada vez más intenso. III. Se hace remisión a los demás argumentos alegados y, en especial, sobre estar incluidos los montajes e instalaciones eléctricos, a efectos del Impuesto sobre Actividades Económicas, dentro de las actividades no profesionales.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.665 a 1.670 del Código Civil; 2, 116 y 119 del Código de Comercio; 81 del Reglamento del Registro Mercantil; 383 del Reglamento Hipotecario; Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996; Resoluciones de 28 de junio de 1985, 25 de abril de 1991 y 25 de marzo de 1993.

1. En el presente recurso se debate sobre si determinada sociedad, cuyo objeto civil no cuestiona el Registrador en la nota, tiene personalidad jurídica independiente de la de sus socios y si puede, en consecuencia, adquirir como sujeto de derechos un inmueble y figurar en la inscripción de la adquisición como titular registral, cuando resulta: 1.º La sociedad fue constituida en documento privado. 2.º En la adquisición (por compra) que se trata de inscribir en el Registro de la Propiedad es uno de los dos socios el que contrata en nombre de la sociedad con el tercero (el vendedor) e invoca, al efecto, la certificación de la autorización de la Junta general de esta sociedad civil expedida por el otro socio en calidad de secretario.

2. Se trata de una cuestión cuya solución dista de ser sencilla, y ello no sólo por la propia oscuridad de los textos legales aplicables, sino también por la existencia de situaciones jurídicas intermedias (comunidades que

recaen sobre conjuntos de bienes, comunidades representadas por órganos propios, patrimonios separados colectivos, aptitud de los grupos colectivos sin personalidad para la defensa procesal de derechos e intereses legítimos) que, aun cuando no dan lugar a la aparición de un nuevo y único sujeto de derecho con todas las características que le son inherentes (propia capacidad jurídica y propia capacidad de obrar a través de sus órganos, denominación, domicilio, nacionalidad y patrimonio personal propios), presentan algunas semejanzas —a veces importantes— con el fenómeno de la personificación jurídica.

Con base en una interpretación aislada —y como tal improcedente— del artículo 1.669 del Código Civil, se ha afirmado que la sociedad civil tiene personalidad jurídica, cualquiera que sea la forma en que se ha constituido, y sin precisar para ello ni de la escritura notarial ni de la inscripción en un Registro público. Tal conclusión, sin embargo, no puede admitirse; la unidad del ordenamiento jurídico impone la interpretación de este precepto en conjunción con el resto de las normas jurídicas referentes a esta materia (arts. 35 y 1.670 del Código Civil, 116 y 119 del Código de Comercio, etc.) y la de todas ellas en relación con sus antecedentes históricos, su espíritu, finalidad, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (cfr. art. 3 del Código Civil), y al hacerlo así se observará lo infundado de tal afirmación.

Una primera consideración a tener en cuenta es la de la trascendencia *erga omnes* de la atribución de la personalidad jurídica, en tanto que cuestión que no se circunscribe a la esfera meramente interna de los constituyentes del nuevo ente, sino que afecta principalmente a los terceros, al tráfico jurídico, al orden social en definitiva. Ello, unido a la categórica formulación del número 2 del artículo 35 del Código Civil, impone una primera e inequívoca premisa: Para que la sociedad civil tenga personalidad jurídica es preciso que una disposición legal formulada en términos positivos así se la conceda.

Se produce esa concesión legal, de manera directa y positiva, respecto de las sociedades civiles que adopten alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio, y se ajustan al rigor que este Código establece para la constitución legal de las sociedades mercantiles (la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil); la aplicación, por imperativo del artículo 1.670 del Código Civil, del párrafo segundo del artículo 116 y 119 del Código de Comercio, en tanto que normas de este Código que no contrarían lo dispuesto en el Código Civil así lo evidencian.

Para las restantes sociedades civiles, en cambio, ni hay una previsión legal que de modo preciso y directo les atribuya la personalidad jurídica, ni tal conclusión puede deducirse del artículo 1.669 del Código Civil. Pretender derivar de este artículo la personalidad jurídica de la sociedad civil, supondría, por una parte, aceptar que existe un *tertium genus* entre las sociedades civiles a las que se refiere el artículo 1.670 del Código Civil (esto es, las sociedades civiles inscritas en el Registro Mercantil) y las sociedades cuyos pactos se mantienen reservados entre los socios; y, por otra, que la sola negación de la personalidad jurídica de estas últimas implica el reconocimiento de la personalidad de todas las demás. Ahora bien, ninguna de estas premisas es aceptable; esta última, porque los categóricos términos del artículo 35.2 del Código Civil difícilmente armonizan con la derivación de la personalidad jurídica de la sociedad civil a partir de un precepto formulado en términos negativos y de carácter fragmentario; y la primera, por cuanto existen importantes argumentos para entender que las sociedades cu-

yos pactos se mantienen reservados entre los socios son precisamente las sociedades civiles que no se inscriban en el Registro Mercantil; pueden señalarse en este sentido los siguientes: 1. El argumento sistemático, pues, sobre no ser coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro público y prescindir de tal exigencia para la personificación de las sociedades civiles sin forma mercantil, cuando tan similares son las repercusiones que para el tráfico tiene la personificación de unas y otras, el artículo 119 del Código de Comercio, aplicable por remisión a determinadas sociedades civiles, al precisar que los pactos dejan de ser reservados entre los socios cuando se consignan en escritura pública y se inscriben en el Registro Mercantil, está indicando ya que las sociedades contempladas en el artículo 1.669 del Código Civil no pueden ser sino todas las que no se inscriban en el Registro Mercantil (no deja de ser significativa, a este respecto, la dicción del párrafo tercero del artículo 119 del Código de Comercio, así como los términos de la Exposición de Motivos de este Código cuando, refiriéndose a las sociedades, señala que «el Registro Mercantil constituye la “única” prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil»). 2. El elemento lógico, por cuanto siendo evidente que la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, en la medida en que esa personificación de la sociedad civil dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no ha de bastar la simple «publicidad» de hecho, esto es, la simple posibilidad de hechos que unos u otros terceros puedan haber tenido, con más o menos trabas, para conocer —quizá de modo fragmentario y casual— los pactos sociales y sus modificaciones —acceso a la información que siempre sería problemática en el futuro—, sino la posibilidad legal de conocimiento por todos, desde el momento inicial y al margen, ya, de la voluntad de los socios, y ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido al efecto por la Ley, el cual dará fe tanto de la existencia como del completo régimen normativo aplicable al nuevo ente (advuértase, en este sentido, que el art. 1.669 del Código Civil no se conforma únicamente con la publicidad del hecho societario, sino que precisaría la de los concretos pactos sociales que estructuran la sociedad y regulan su funcionamiento). 3. El propio argumento histórico, pues admitiendo que los artículos 1.669 y 1.670 son preceptos complementarios que abarcan todas las sociedades civiles (éste para las que son inscribibles en el Registro Mercantil por razón de la forma adoptada, y aquél para las restantes sociedades civiles que por quedar excluidas del Registro Mercantil mantendrán sus pactos reservados entre los socios), encuentra plena coherencia su introducción conjunta en el texto del Código Civil, al mismo tiempo que se suprimía el artículo 5 del título dedicado a las sociedades en el anteproyecto del Código Civil, que de modo absoluto negaba la personalidad jurídica de la sociedad civil (no se trataría de cambiar radicalmente este criterio contrario a la personalidad jurídica de la sociedad civil, sino únicamente de excepcionarlo para las sociedades civiles inscribibles en el Registro Mercantil, confirmándolo para las restantes, a la vez que recalcabán las consecuencias jurídicas generales de la negación de personalidad, de ahí la proximidad del contenido entre el artículo 1.669 vigente y el artículo 55 del título dedicado a la sociedad en el anteproyecto del Código Civil de 1882-1888). Ha de concluirse, pues, que las sociedades

civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil carecerán de personalidad jurídica, produciéndose frente al exterior, en aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se registrará por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes (cfr. arts. 1.669 en relación con el 392.2, ambos del Código Civil); y en el aspecto pasivo, la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento (cfr. arts. 1.669 y 1.697 del Código Civil)

Esta solución responde, además, a las necesidades de la realidad social y coordina con las tendencias de la nueva legislación. Con la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil para que las sociedades civiles por el objeto a que se consagren puedan ganar personalidad jurídica, se contribuye a dar seguridad, también en el ámbito civil, a las relaciones jurídicas a través del control de legalidad que esos requisitos comportan y, en particular, a través de la publicidad registral. Por otra parte, la exigencia en los fenómenos de personificación jurídica del requisito de la publicidad entendida como constancia oficial en un Registro público constituye una constante de nuestro ordenamiento ya desde la propia época de la codificación (cfr. arts. 22, 25 a 31 del Código de Comercio de 1829; 119 del Código de Comercio de 1885; arts. 4 y siguientes de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887; 5 de la Ley de 24 de diciembre de 1964; 2 de la Ley 54/1978), e incluso después del propio texto constitucional (cfr. arts. 5 de la Ley 7/1980, de Libertad Religiosa; 6 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas; 7 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico). En fin, el sometimiento de las sociedades de lucro, sea su objeto civil o mercantil, a una misma disciplina en cuanto a exigencias de constitución para tener personalidad jurídica, coordina con la tendencia, manifiesta en múltiples leyes, hacia la consecución de una cierta unificación del Estatuto del empresario y de la empresa, sin distinguir entre empresas mercantiles y no mercantiles (así en el régimen de inscripción en el Registro Mercantil, en la legislación sobre contabilidad, defensa de la competencia, publicidad de los productos o servicios, competencia desleal, agrupaciones de interés económico, arrendamientos urbanos para uso distinto de vivienda, etc.)

Respecto a la segunda parte de la nota, las anteriores consideraciones determinan que el bien adquirido por una sociedad civil no personificada jurídicamente deberá inscribirse en favor de todos los socios, si bien al tratarse, como se ha señalado, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, deberá recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, sentencias de 12 de julio de 1996 y Resolución de este centro directivo de 25 de marzo de 1993).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado en los términos de los anteriores considerandos.

Madrid, 31 de marzo de 1997.—El Director general, Luis Marfá Cabello de los Cobos y Mancha. Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

RESOLUCION de 1 de abril de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Torroella de Montgrí, don Leopoldo de Urquía y Gómez, contra la negativa de doña Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa, Registradora de la Propiedad de La Bisbal d'Empordá, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación de la señora Registradora.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Torroella de Montgrí, don Leopoldo de Urquía y Gómez, contra la negativa de doña Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa, Registradora de la Propiedad de La Bisbal d'Empordá, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación de la señora Registradora.

Hechos.—I. El día 1 de febrero de 1995, mediante escritura pública autorizada por don Leopoldo de Urquía y Gómez, Notario de Torroella de Montgrí, doña Fuensanta Pascual Fernández vende a la sociedad civil «Esglesia 26 S.C.P.» una finca urbana, finca registral número 5.990 del Registro de la Propiedad de La Bisbal d'Empordá. La citada sociedad civil fue constituida en escritura autorizada por don Enrique Hernández Gajate, Notario de Barcelona, el día 20 de enero de 1995, de duración indefinida, y tiene por objeto «la compraventa de inmuebles, promoción, construcción de edificaciones y viviendas y cualquier otro relacionado con los señalados anteriormente».

II. Presentada la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad de La Bisbal d'Empordá, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, conforme a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 1985, porque al ser la adquirente una sociedad civil con objeto mercantil, es preciso, para poder realizar la inscripción de la compraventa a su favor, la previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, conforme al artículo 383 del Reglamento Hipotecario. Esta nota se extiende a solicitud del notario autorizante de la escritura, y contra ella cabe el recurso gubernativo previsto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. La Bisbal d'Empordá, a 24 de marzo de 1995.—La Registradora: Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la nota de la Registradora carece de toda base legal por los siguientes fundamentos de derecho: A) Porque atribuye a la entidad compradora carácter mercantil, lo que es inexacto; ya que se trata de una sociedad civil con plena personalidad jurídica reconocida por el artículo 35 del Código Civil, número dos. B) Lo establecido en los artículos 1.665 y 1.667 del Código Civil. C) Que las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren podrán revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. Es decir, la sociedad civil se distingue de la mercantil por el objeto, con dos excepciones, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada en donde cualquiera que sea su objeto tienen carácter mercantil. «Esglesia 26 S.G.P.» tiene por objeto fundamental la compraventa de inmuebles (objeto civil) y al no revestir la forma de anónima o de responsabilidad limitada conserva su carácter de sociedad civil y no puede ser inscrita en el Registro Mercantil. Que para que la compraventa tenga carácter mercantil ha de recaer sobre bienes muebles o mercaderías, requisito imprescindible, según el artículo 325 del Código de Comercio. D) Que es imposible

jurídicamente el acceso al Registro Mercantil de esta sociedad civil por no tener cabida su inscripción ni dentro del artículo 16 del Código de Comercio, ni tampoco en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil. E) Que la Resolución de 28 de junio de 1985 no puede ser aplicada a este caso, puesto que en el supuesto contemplado en la misma se trataba de una sociedad en que su objeto sí tiene el carácter de bienes muebles o mercaderías y están dentro del artículo 325 del Código de Comercio. F) Que al haberse constituido «Esglesia 26 S.G.P.» en escritura pública tampoco puede considerarse el supuesto de fraude de ley, que podría tener lugar si se hubiera constituido en documento privado, sin aportación inmobiliaria, y a continuación adquirir la finca por compraventa. G) Que la nota de calificación comprende la regla general de que la sociedad es civil o mercantil por su objeto, con las excepciones de que las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas son mercantiles por su forma.

IV. La Registradora, en defensa de su nota, informó: Que hay que constatar que la sociedad civil, en nuestros días, es un fenómeno excepcional por infrecuente. Que aun cuando se realiza un contrato de sociedad, conforme al artículo 1.665 del Código Civil, lo normal es que se acuda a alguna de las formas sociales previstas por la legislación mercantil. Que la sociedad civil tiene personalidad jurídica, siempre que sus pactos no sean secretos, como lo manifiesta el Código Civil en su artículo 1.669 *a contrario sensu*. La doctrina, sin embargo, se ha planteado dudas. El Tribunal Supremo es claro al respecto, como declara en la Sentencia de 12 de julio de 1929 y 30 de abril de 1982. Que en este recurso no se discute tal cuestión, sino si la sociedad compradora, que es una sociedad civil por su constitución, tiene un objeto civil, como aduce el recurrente o por el contrario su objeto es mercantil, como defiende la informante. Que si la sociedad compradora tiene objeto mercantil, la primera norma a tener en cuenta al calificar es la contenida en el artículo 383 del Reglamento Hipotecario. Que, por lo tanto, hay que analizar el problema de las diferencias que existen entre las sociedades civiles y las mercantiles. El problema, que es complejo, deriva del artículo 1.670 del Código Civil. Que el criterio diferenciador objetivo que adopta el Código Civil nos lleva al círculo vicioso de los actos de comercio y la consiguiente dificultad de determinar en cada caso concreto si estamos o no ante un acto mercantil. Que hay que tener en cuenta la Resolución, de fecha 28 de junio de 1985, que trata este tema. Que centrándose en la escritura, objeto de este recurso, y en lo que se refiere al aspecto de la publicidad de la sociedad compradora, no se puede alegar como argumento en favor de la existencia de tal publicidad, el hecho de que la sociedad compradora se haya constituido en escritura pública, pues la adecuada publicidad sólo se logra a través de la inscripción en un Registro Público, como es el Mercantil. Que tampoco cabe alegar, como hace el recurrente, que para que exista en la compraventa el carácter mercantil, la misma debe recaer sobre bienes muebles o mercaderías, según el artículo 325 del Código de Comercio, pero este artículo no excluye que la compraventa de otros bienes diferentes de los muebles pueda también reputarse mercantil. Que del contenido de la escritura de compraventa (ya que la de constitución de «Esglesia 26, S.C.P.» nunca ha sido aportada) resulta que el objeto social es la «compraventa de inmuebles, promoción, construcción de edificaciones y viviendas y cualquier otro relacionado con los señalados anteriormente»; por tanto el objeto es mercantil ya que en lo que consiste éste son actos de comercio. Como argumento a favor de esta tesis hay que señalar la legislación

que en materia fiscal existe para este objeto social: Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (art. 7) y Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 4). Que de dichos artículos se deduce claramente que la promoción y construcción de edificios para su venta es una actividad empresarial sujeta a Impuesto sobre el Valor Añadido, y los que la realizan son empresarios, pues concurren en ellos las exigencias de los artículos 1 y 116 del Código de Comercio. Que si conectamos estos artículos con los 16 y 19 del mismo Código resulta que la inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro Mercantil es obligatoria, y ello porque aunque la sociedad se ha constituido como civil, es mercantil por su objeto, pues así lo considera la legislación fiscal. Que es de interés tener en cuenta la Resolución de 25 de abril de 1991, que no hace más que recoger la doctrina reiterada del Tribunal Supremo de que «los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean», y pone de relieve la intención de los socios de acudir a esta forma social para eludir el control que la legalidad vigente trata de ejercer sobre las sociedades en materia de publicidad, tanto en el aspecto jurídico como en el económico. Que, en definitiva, si los socios efectivamente deseaban que sus pactos no fueran secretos y no trataban de evitar el control legislativo en materia de sociedades, bastaba que hubieran acudido a cualquiera de las formas sociales cuya inscripción en el Registro Mercantil no ofrece dudas para lograr la publicidad correspondiente, tanto en lo que se refiere a la constitución de la sociedad como en lo referente a su posterior actividad, en lugar de elegir una sociedad como la civil que ha planteado y sigue planteando innumerables controversias.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la nota de la Registradora, fundándose en que la distinción entre sociedades civiles y mercantiles viene resuelta por la doctrina moderna sobre el criterio finalista, dependiendo que se encaminen a realizar o no actos de comercio, a excepción de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, y en cuanto a la posibilidad de calificar mercantiles la compraventa de inmuebles parece que la doctrina actual se inclina por la solución afirmativa, y que en el caso presente, se trata de una sociedad que ha adoptado la forma civil y que, sin embargo, su objeto social es mercantil; ahora bien, tal sociedad no es inscribible pues a ello se opone la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado contenida en la Resolución de 25 de abril de 1991.

VI. La señora Registradora apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. 1. Que el auto reconoce la existencia del defecto señalado en el sentido de que la adquirente es una sociedad civil con objeto mercantil; 2. Que en la nota se ha limitado a cumplir con la exigencia del artículo 383 del Reglamento Mercantil; 3. Que el defecto está en el origen, estando su causa en el diferente origen temporal de las normas que regulan las sociedades contenidas en el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma social y adaptación de la legislación mercantil a las doctrinas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades. Que esta diferente regulación ha provocado que los artículos del Código Civil que regulan el contrato de sociedad y especialmente la sociedad civil, hayan devenido inaplicables, y 4. Que admitir la inscripción en el Registro de la Propiedad de adquisiciones realizadas por sociedades civiles con objeto mercantil es tanto como abrir una vía a que se sigan constituyendo este tipo de personas jurídicas, con el consiguiente fraude a la legislación mercantil.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 2, 50, 116 a 120, 124, 325, 326 del Código de Comercio; 35, 36, 1.669, 1.670 del Código Civil; 383 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 28 de junio de 1985.

1. La cuestión planteada en el presente recurso es la de si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada en nombre de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil que, según pretende el recurrente, es de carácter civil por su constitución, pero cuyo objeto es «la compraventa de inmuebles, promoción, construcción de edificaciones y viviendas y cualquier otro relacionado con los señalados anteriormente».

2. La actividad así definida presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente, a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo, de genuinos actos de comercio. La compraventa de bienes inmuebles ha dejado de ser en el Código de Comercio vigente un acto específicamente excluido de la esfera mercantil (a diferencia de lo que ocurría en el Código de Comercio de 1829), y la consideración de que puede ser, en hipótesis determinadas, acto de comercio resulta de que no se exija para la calificación de un acto como de comercio que exactamente responda a un tipo de acto especificado en la Ley como mercantil (vid. art. 2, párrafo 1º del Código de Comercio), del explícito papel reconocido a la analogía en la apreciación de tal calificación (art. 2, párrafo 2.º del Código de Comercio) y, en fin, de la necesaria interpretación de las normas en relación con la realidad social del tiempo de aplicación (cfr. art. 3 del Código Civil). Otra cosa es que la naturaleza especial de las transmisiones inmobiliarias pueda impedir que a ellas se extienda la aplicación de normas que el Código de Comercio tiene establecidas para la compraventa mercantil más característica, la de cosas muebles (cfr. Resoluciones de 13 de diciembre de 1985 y 20 de marzo de 1986).

3. Por otra parte, y como ya se declaró en la Resolución de 28 de junio de 1985, todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio tiene la consideración de acto de comercio, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1.670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el Estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de los actos de comercio, quiebra, etc.).

4. Conforme a las disposiciones del Código de Comercio, la sociedad mercantil, si bien, en cuanto contrato, es válido y obligatorio entre las partes contratantes, cualquiera que sea la forma de celebración (cfr. art. 117 del Código de Comercio), sólo alcanzará plenitud de efectos frente a terceros

cuando se cumplen los requisitos de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, como resulta: Primero.—De los antecedentes inmediatos del Código de Comercio; pues según la Exposición de Motivos del proyecto, el legislador procuró combinar el principio de libertad de formas con la necesidad de dar publicidad a la constitución de la sociedad para que pueda afectar plenamente a terceros, y en dicha Exposición de Motivos la inscripción de la sociedad es considerada como «la única prueba de su existencia y de su verdadero estado civil». Segundo.—Del sistema jurídico general, pues la inscripción en un Registro público, a la vez que proclama oficialmente la legalidad de la constitución de la nueva entidad jurídica, proporciona la exigida publicidad a los pactos sociales, de acuerdo con el criterio de nuestro Derecho que exige, para el pleno reconocimiento de la entidad social como sujeto independiente, que los pactos de la sociedad no se mantengan secretos entre los socios (cfr. arts. 1.669 del Código Civil y 119-III del Código de Comercio y, también, 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Tercero.—De la normativa específicamente aplicable: *a)* La inscripción de la sociedad mercantil se impone con carácter obligatorio (cfr. arts. 19 y 119 del Código de Comercio y 4 del Reglamento del Registro Mercantil); *b)* Los administradores sociales que infrinjan el deber de procurar la inscripción incurren en responsabilidad cuando, sin la previa inscripción de la sociedad, contratan en nombre de la misma (cfr. art. 120 del Código de Comercio); *c)* La sociedad mercantil constituida sólo alcanza carácter regular y plenitud de personalidad frente a terceros cuando se cumple con los requisitos de escritura e inscripción (cfr. arts. 118 y 119 del Código de Comercio). De acuerdo con la doctrina expuesta, el artículo 383 del Reglamento Hipotecario, de modo indubitado, establece que no podrá practicarse a favor de la sociedad mercantil ninguna inscripción de adquisición por cualquier título de bienes inmuebles «sin que previamente conste haberse extendido la que corresponde en el Registro Mercantil».

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

Madrid, 1 de abril de 1997.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 31 DE MARZO, 1 DE ABRIL Y 11 DE DICIEMBRE DE 1997 (BOE de 26 de abril de 1997 y 14 de enero de 1998)

Al concluir el comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 1991 (1), afirmábamos, con indisoluble optimismo, que con ella el Centro Directivo sentaba una doctrina impecable, al decir de PAZ-ARES (2), y liquidaba las dudas y equívocos que desde 1985 se habían venido suscitando sobre la posible inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles con objeto mercantil. Al mismo tiempo, seguíamos diciendo, la Dirección parecía cimentar sobre bases sólidas

(1) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1994, núm. 620.

(2) *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

la doctrina relativa a la personalidad de las sociedades civiles y la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adquisiciones llevadas a cabo por ellas.

La publicación de dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo y 1 de abril de 1997, y de otra de 11 de diciembre del mismo año, ha venido a sembrar el desconcierto entre los comentaristas. Si ya la cuestión relativa a la personalidad jurídica de las sociedades civiles —y la interpretación del complejo artículo 1.669 del Código Civil— es de por sí polémica, la irrupción del Centro Directivo en esta cuestión, tomando decidido partido por una de las muchas teorías que sobre ella se han formulado, lejos de clarificar las cosas, las ha enturbiado y hasta envenenado sin necesidad aparente. Basta con leer los títulos de dos de los trabajos hasta ahora publicados sobre la cuestión («La vuelta a la caverna» y «Contra la Resolución de 31 de marzo de 1997»), para hacerse cargo del cariz que ha tomado el asunto.

Lo primero que llama la atención en estas dos Resoluciones —de la de 11 de diciembre no hablamos, por el momento—, es la escasa, casi nula, coordinación que se advierte entre ellas pese a la mínima diferencia cronológica que las separa. La Resolución de 1 de abril de 1997 cita sólo, entre los antecedentes examinados, la de 28 de junio de 1985, de la que pretende ser una versión actualizada, sin mencionar siquiera la Resolución de 25 de abril de 1991. La Resolución de 31 de marzo cita, en cambio, ambas Resoluciones, y añade entre los antecedentes la de 25 de marzo de 1993, cuyo alcance precisaremos después.

Para centrar la cuestión lo mejor posible, empezaremos por la menos novedosa de las dos Resoluciones, que es la de 1 de abril de 1997.

El supuesto de hecho es el siguiente: Una sociedad autodenominada civil, constituida mediante escritura pública y que tiene por objeto «la compraventa de inmuebles, promoción, construcción de edificaciones y viviendas», adquirir un inmueble y presenta en el Registro de la Propiedad correspondiente la escritura de compraventa. La Registradora suspende la inscripción porque, según la doctrina de la Resolución de la Dirección General de 28 de junio de 1995, al ser la adquirente una sociedad civil con objeto mercantil, es preciso, para realizar la inscripción a su favor, la previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, conforme al artículo 383 del Reglamento Hipotecario.

Estamos, por tanto, ante un supuesto no muy diferente del resuelto por las Resoluciones de 28 de junio de 1985 y 25 de abril de 1991. Hay, no obstante, algunos matices que no conviene perder de vista. En la Resolución de 1985, el objeto de la sociedad era netamente mercantil («la comercialización, compra, venta y reventa de productos congelados»), cosa que también sucedía en la de 25 de abril de 1991 («la obtención de ganancias mediante operaciones de giro y otras actividades lucrativas»). Esta vez, el Notario autorizante del documento quiso hacer valer el carácter civil de la sociedad constituida, y para ello destacó que al ser su objeto la compraventa de inmuebles, la aplicación del artículo 325 del Código de Comercio bastaba para negarle carácter mercantil. Se trataba, para el autorizante de la escritura, de una sociedad civil con personalidad jurídica indubitada —al menos según la doctrina dominante hasta la fecha— conforme a lo dispuesto en el artículo 1.669 del Código Civil, a diferencia de la sociedad examinada en la Resolución citada del año 1985, que era una sociedad mercantil por su objeto y con forma pretendidamente civil.

La Registradora de la Propiedad no discutió la personalidad jurídica de las sociedades civiles —aunque, advertía, la doctrina se ha planteado du-

das— sino si la sociedad compradora tenía objeto civil, como sostenía el Notario recurrente, o mercantil. Después de evocar asuntos tan vidriosos como el del criterio diferenciador del artículo 1.670 del Código Civil, la doctrina de los actos de comercio y el de la publicidad exigida por el artículo 1.669 del mismo Código —con una alusión ocasional a la teoría esgrimida por la Resolución de 31 de marzo de 1997, a la que luego aludiremos— señaló que para negar al objeto de esta sociedad carácter mercantil no bastaba con invocar el tan manido artículo 325 del Código de Comercio, y dijo que como dicho objeto consistía en la realización de actos de comercio, la sociedad realizaba una actividad empresarial (lo que corroboran algunas normas fiscales), por lo que quienes ejecutan tal objeto tienen la condición de empresarios.

Con estos apoyos, y con una referencia a la Resolución de 25 de abril de 1991, la Registradora, en su informe y en las conclusiones finales, venía a advertir algo sobre lo que ya llamamos la atención en nuestro comentario al fallo mencionado. La elección de la sociedad civil para la realización de determinados objetos puede ser una forma de eludir el cumplimiento de la legalidad vigente y el control que el ordenamiento jurídico trata de imponer sobre las sociedades, tanto en el aspecto jurídico como en el económico (3). Por tanto, lo que los socios debían haber hecho era recurrir a una de las formas sociales cuya inscripción en el Registro Mercantil no ofrece dudas para lograr la publicidad correspondiente, tanto en lo referente a la constitución de la sociedad como a su actividad posterior.

Es interesante hacer un examen comparativo de los Fundamentos de Derecho de las tres Resoluciones que venimos citando. En nuestro comentario a la Resolución de 25 de abril de 1991, llamábamos la atención sobre el hecho de que los argumentos esgrimidos por el fallo de 1985 habían servido de base para que se sustentara una teoría que, equivocadamente a nuestro juicio, propugnaba la inscripción de las pretendidas sociedades civiles con objeto mercantil en el Registro Mercantil. Contra esta interpretación publicamos, en su día, unas breves notas en el *Boletín del Colegio de Registradores* de septiembre de 1989, que deben complementarse con el más meditado comentario a la Resolución mencionada, publicado en el número 620 de la *RCDI* (enero-febrero de 1994) al que al comienzo de este artículo hicimos referencia. Lo admirable del caso es que, si bien la Dirección General parece que quiso, en nuestra opinión, rectificar esa equivocada exégesis en la Resolución de 1991, y dijo rotundamente que si una sociedad es mercantil por su objeto y pretende conceptuarse como sociedad civil «esta conceptualización está equivocada», por lo que —seguimos parafraseando— si el objeto de la sociedad es la realización de actos de comercio, el contrato de constitución es en sí acto de comercio, y la sociedad constituida está sujeta a las prescripciones mercantiles; en esta ocasión, en lugar de utilizar los argumentos de la impecable —PAZ-ARES *dixit*— Resolución mencionada, olvida lo dicho en 1991, echa mano de la plantilla del

(3) Con razón dice TENA PLAZUELO (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 643, noviembre-diciembre de 1997) que «la sociedad civil es algo vivo, cada vez más vivo, una institución que aunque haya languidecido de manera progresiva a partir de una época todavía no muy lejana, a consecuencia de la pujanza de las sociedades mercantiles, está experimentando una gradual reviviscencia que es concorde con las dificultades que el excesivo formalismo de las sociedades mercantiles crea para que los particulares encuentren cauces jurídicos para la expresión de sus necesidades en el tráfico».

fallo de 1985, y solamente añade unos párrafos dedicados a poner en evidencia el carácter mercantil del objeto social.

Es novedad, así, el Fundamento de Derecho segundo, que examina el objeto social, y señala que la actividad consistente en la compraventa de inmuebles, promoción y construcción de edificaciones merece el calificativo de mercantil tanto desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) como desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente, a través de una organización estable y con ánimo lucrativo, de genuinos actos de comercio. Según el criterio seguido por el Centro Directivo en esta ocasión, la compraventa de inmuebles ha dejado de ser en el Código de Comercio —no obstante la literalidad de su art. 325— un acto específicamente excluido de la esfera mercantil, y en determinadas hipótesis, como en ésta, puede ser un acto de comercio.

Aparte de este párrafo completo, de obligada introducción dada la diferencia de objeto entre las sociedades encausadas en los dos recursos, la Dirección General ha modificado algo el curso de sus razonamientos, como consecuencia de la desaparición en el vigente Reglamento del Registro Mercantil de la norma contenida en el antiguo artículo 95 (inadmisión de los documentos no inscritos) y de la supresión de los artículos 24 y 26 del Código de Comercio sobre la eficacia de las escrituras de sociedad no registradas.

Es ocioso buscar, en esta Resolución, algún pronunciamiento relativo a la personalidad jurídica de la sociedad civil, pues, como ya defendimos en nuestra primera aproximación a esta materia, en esta ocasión la Dirección General se está refiriendo, desde el primer argumento del cuarto Fundamento de Derecho hasta el último, a una sociedad a la que conceptúa como mercantil.

Donde sí aparece tratado, y resuelto de manera nada tranquilizadora, el mencionado problema de la personalidad jurídica de la sociedad civil es en la Resolución de 31 de marzo de 1997, que pasamos a estudiar, sin detenernos en la Resolución de 30 de abril de 1997, idéntica en sus fundamentos de derecho y en su fallo (no así en el supuesto de hecho, ya que el objeto era más descaradamente mercantil, pese a recaer sobre bienes inmuebles) a la que acabamos de estudiar.

Una sociedad civil constituida en documento privado adquiere, en escritura pública, un local comercial, y pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad. Presentada la escritura en el Registro correspondiente, se devuelve con nota en la que, sin indicar si se suspende o deniega la inscripción, se afirma simplemente que el documento no se inscribe porque no se acredita la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, sin cuyo requisito la sociedad carece de personalidad jurídica. En la nota se añade que si se opta por no inscribir la sociedad en el Registro Mercantil deberá entenderse que la adquisición la realizan los integrantes de la presunta sociedad, por mitad y pro indiviso.

Parece oportuno pasar por alto por ahora los argumentos encontrados de Notario y Registrador para centrarnos en el estudio de la Resolución. La Dirección General señala que el problema es determinar si una sociedad cuyo objeto civil no cuestiona el Registrador, tiene personalidad jurídica independiente de la de sus socios y si puede, en consecuencia, adquirir un inmueble y figurar en una inscripción como titular registral.

Señala la Dirección que la cuestión dista de ser sencilla, tanto por la imprecisión o por la oscuridad de los textos legales como por la existencia de

situaciones jurídicas intermedias próximas o semejantes al fenómeno de la personificación jurídica. Después de este cauto preámbulo, la Resolución abre fuego decididamente y señala que con base en una interpretación aislada —y como tal improcedente— del artículo 1.669 del Código Civil se ha afirmado que la sociedad civil tiene personalidad jurídica cualquiera que sea la forma en que se ha constituido, y sin precisar para ello de escritura pública ni de inscripción en un Registro público. Esta afirmación, añade la Dirección, es infundada si se lleva a cabo una interpretación conjunta de las normas jurídicas referentes a esta materia.

Estas aseveraciones resultan, cuando menos, sorprendentes, porque la interpretación del artículo 1.669 del Código Civil a la que hace referencia crítica es cualquier cosa menos aislada, y por ello resulta aventurado tildarla de improcedente. Pero sigamos con el análisis de la Resolución.

La concesión o atribución de personalidad jurídica, dice la Dirección, afecta, más allá de los socios constituyentes, a los terceros, al tráfico jurídico, al orden social en definitiva. Y sentada esta premisa salta, con cita, más que con ayuda del artículo 35 del Código Civil, a la siguiente conclusión: para que la sociedad civil tenga personalidad jurídica es preciso que una disposición legal formulada en términos positivos así se la conceda. Esta concesión se produce respecto de las sociedades civiles que adoptan alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio, pero no respecto de las restantes. Pretender derivar, dice la Dirección, esta personalidad del artículo 1.669 del Código Civil supone reconocer la existencia de un *tertium genus* entre las sociedades civiles a que se refiere el artículo 1.670 del Código Civil (las que por adoptar alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio se inscriben en el Registro Mercantil) y las sociedades cuyos pactos se mantienen reservados entre los socios. En la doctrina sentada por esta Resolución, las sociedades civiles cuyos pactos se mantienen reservados entre los socios son precisamente las sociedades civiles que no se inscriben en el Registro Mercantil, que carecen por ello de personalidad jurídica.

Esta Resolución refuerza sus razonamientos con tres argumentos: 1) el argumento sistemático, según el cual no resulta coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro público y prescindir de esa exigencia para las sociedades civiles; 2) el argumento lógico, pues la trascendencia *erga omnes* de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, lo cual sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad; y 3) el argumento histórico, pues la introducción de los artículos 1.669 y 1.670 del Código Civil coincide con la supresión del artículo 5 que negaba la personalidad de las sociedades civiles, lo que revela que la intención del legislador fue exceptuar para ese principio para las sociedades civiles inscribibles en el Registro Mercantil. Para reforzar estos argumentos utiliza la Dirección el consabido recurso a las necesidades de la realidad social y a las tendencias de la nueva legislación, y los remata con la invocación a la seguridad jurídica basada en la inscripción y en la publicidad del Registro Mercantil.

Estas sociedades civiles carentes de personalidad jurídica, según la Dirección, generan, frente al exterior, en el aspecto activo una cotitularidad en los derechos sociales que se rige por lo pactado en el contrato social, las disposiciones especiales sobre la sociedad, y subsidiariamente por las normas de la comunidad de bienes; y en el pasivo la imputación a los socios de las obliga-

ciones nacidas de las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento.

¿Qué decir de esta toma de partido de la Dirección General? Es obvio que el Centro Directivo es muy libre de optar, a la hora de declarar inscribible o no inscribible un determinado documento, por una construcción doctrinal o por otra, o incluso de configurar la suya propia. No parece tan digerible que califique de «interpretación aislada» (y como tal, según un extraño silogismo, improcedente) la que afirma que la sociedad civil tiene personalidad jurídica cualquiera que sea la forma en que se haya constituido y ello sin necesidad de escritura pública ni de inscripción en el Registro Mercantil. CAPILLA RONCERO (4), en su comentario al artículo 1.669 del Código Civil, explica la génesis de la atribución de personalidad jurídica a las sociedades civiles, y hace referencia a la opinión según la cual la publicidad que sirve de presupuesto para que la personalidad jurídica les sea reconocida es la publicidad legal que conseguiría la sociedad civil mediante su inscripción en el Registro Mercantil, lo cual sólo es posible respecto de las sociedades civiles por su objeto que revistan alguna de las formas sociales reguladas por el Código de Comercio. El autor de esta teoría, FEDERICO DE CASTRO (5), llegaba a la conclusión de que sólo tenían personalidad jurídica las sociedades mixtas (civiles por su objeto, mercantiles por su forma) inscritas en el Registro Mercantil.

DE CASTRO basaba esta tesis en la interpretación conjunta de los artículos 1.669 y 1.670 del Código Civil, y en el entendimiento de que la expresión «pactos secretos» equivale a pactos reservados, que son los que no constan en el Registro, como se desprende del artículo 119 del Código de Comercio. Pero esta opinión del profesor, como ha señalado con acierto PANTALEÓN PRIETO (6), fue sugerida, más que decididamente defendida por él, en una de sus obras menores, y no había tenido hasta la fecha ningún seguidor autorizado, ni entre los civilistas de primera fila ni entre los especialistas en Derecho de Sociedades. DE CASTRO, según este autor, se equivocó en su opinión sobre la personalidad jurídica de las sociedades civiles, aunque ignoró la dimensión de su error, pues nunca aclaró si reconocía a las sociedades externas no inscritas en el Registro Mercantil, algún grado de personalidad o subjetividad jurídica.

CAPILLA RONCERO dice que si tal fue la intención de los redactores del Código Civil, la plasmaron tan defectuosamente como para hacer inviable esa interpretación. Y ello, señala, porque entonces carece de sentido la exigencia de que los socios no contraten en su propio nombre con terceros, exigencia que deviene superflua, pues la personalidad se reconocería por la publicidad legal que representa la inscripción en el Registro Mercantil, con absoluta independencia del modo de actuar de los socios representantes.

Señala PAZ-ARES en su comentario al artículo 1.669 del Código Civil que dejando aparte alguna opinión aislada —y cita nominalmente la de DE CASTRO— la doctrina, con rara unanimidad de criterio, suele entender que el surgimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil se vincula a la publicación de la sociedad en el tráfico, estableciendo así la ecuación publi-

(4) CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1.º, EDESA, 1986.

(5) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

(6) PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles», en *La Ley*, núm. 4.348 de 8 de septiembre de 1997, y *Lunes* 4,30, núm. 222, primera quincena de noviembre de 1997.

ciudad-personalidad. Pero esta publicidad es, para los tratadistas (la larga cita incluye a SCAEVOLA-CASTÁN, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, LACRUZ BERDEJO, PUIG BRUTAU, PÉREZ y ALGUER, CÁMARA y GIRÓN TENA) una publicidad de hecho, aunque, naturalmente, la unanimidad es menor cuando se trata de precisar en qué consiste esa publicidad de hecho. La idea más difundida, nos dice, es que la publicidad de hecho existe desde el momento en que comienzan las operaciones sociales y la sociedad se manifiesta como tal en el tráfico mediante el ejercicio de la actividad *nomine societatis*.

PAZ-ARES rechaza este criterio, y sostiene que la personalidad jurídica, como resultado de la eficacia organizativa del contrato, ha de contemplarse como un atributo natural que surge en el momento mismo en que queda perfeccionado el contrato de sociedad. No es este el momento de transcribir ni de reproducir sus argumentos, desarrollados en el mencionado comentario, al que nos remitimos. Simplemente nos parece oportuno resaltar que en nuestra opinión está en lo cierto PAZ-ARES cuando dice que el artículo 1.669, al otorgar personalidad jurídica a las sociedades civiles, lo que está haciendo es presumir que la voluntad de los fundadores es crear una sociedad externa, dotada de personalidad jurídica, lo que nos lleva a la distinción, crucial para la comprensión de ese precepto, entre sociedad externa y sociedad interna.

La sociedad externa, explica, es el tipo normal de sociedad civil que registra la realidad del tráfico. No es otra cosa que la sociedad que se estructura como organización para que sea sujeto de derechos, para tener relaciones. Esta sociedad necesita una cierta subjetivación, y por eso el ordenamiento le concede el atributo de la personalidad jurídica. Sociedad interna, en cambio, es la que se estructura como un vínculo, y en la que la voluntad de los socios es la de no participar conjuntamente en el tráfico, por lo que excluyen la relevancia *ad extra* de la sociedad. En esta sociedad interna los socios sólo pretenden reglamentar sus relaciones (comunicación de ganancias, reparto de costes, regulación del uso de un bien...), por lo que no solamente están ocultando lo que el artículo 1.669 del Código Civil denomina los pactos sociales, sino que incluso están ocultando el hecho societario en sí, y por ello, como dice ese mismo precepto, en esas sociedades «cada uno de éstos —de los socios— contrata en su propio nombre con los terceros».

Por eso, siguiendo la argumentación de PAZ-ARES, la sociedad civil sin personalidad jurídica, aquélla cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios, es aquella sociedad que contiene una cláusula contractual (normal e impropriamente denominada «de ocultación») en virtud de la cual se acuerda que los pactos sociales carecen de trascendencia frente a terceros, es decir, aquélla en la que los pactos no modifican la posición de los socios frente a terceros, y en la cual existe además otro pacto que impide la utilización del nombre del grupo en el tráfico. Esta irrelevancia de la sociedad en el tráfico no es sólo fáctica, como pretenden los defensores de la teoría de la publicidad de hecho, sino también jurídica.

Después de esta larga, aunque necesaria, digresión, es el momento de volver al comentario de la Resolución. Señalábamos antes que la Dirección General es muy dueña de optar, para fundamentar sus fallos, por una construcción doctrinal, por exótica que sea, y de calificar a las adversas de aisladas e inaceptables; pero que lo que no puede es pretender que sus tesis, por mucha autoridad que les confiera la letra impresa del Boletín Oficial del Estado, sean aceptadas por todos como verdad revelada.

Y, como es lógico, a pesar del escaso tiempo transcurrido desde la publicación de las Resoluciones, las opiniones negativas no se han hecho esperar. Señalan CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO (7), en un bien fundamentado estudio, que el régimen jurídico de la sociedad civil no va a cambiar por el hecho de que ahora la Dirección General se descuelgue con la inopinada negación de su personalidad jurídica, y que aquél sigue estando en unos preceptos del Código Civil que continúan diciendo lo mismo. Lo que sucede, señalan esos mismos autores, es que por el momento esta doctrina hace sucumbir la posibilidad de que la sociedad civil figure en el Registro de la Propiedad como titular registral de derechos sobre un inmueble. Y hay otro hecho, aún más grave, sobre el que llama la atención PANTALEÓN, y es el de que puede quedar congelada la vida jurídico-registral de todas las fincas inscritas hoy en el Registro de la Propiedad a nombre de sociedades civiles no inscritas en el Registro Mercantil (8).

No es nuestra intención alargar más estos comentarios con el resumen de estos dos estudios críticos. Pero no podemos dejar de citar algunas de las opiniones allí vertidas.

CABANAS y BONARDELL advierten que todo el peso de la argumentación de la Dirección estriba en la identificación entre sociedad con pactos reservados y sociedad no inscrita en el Registro Mercantil, con lo que llega a la conclusión —a contrario— de que todas las demás —las inscritas en el Registro— y sólo ellas gozan de personalidad jurídica. La Dirección prescinde así de la básica distinción entre sociedad externa y sociedad interna, a la que antes hicimos referencia, y que no es una reciente creación doctrinal, sino que, como señalan estos autores, estaba ya en las palabras de DANVILA (9) al Congreso el 21 de marzo de 1889: cuando se habla de sociedades secretas no se está aludiendo al hecho de que algunos pactos de la sociedad se mantengan reservados entre los socios —para eso ya está el artículo 119 del Código de Comercio—, sino que es la sociedad misma la que se mantiene secreta, la que no se hace visible.

Hay otros olvidos clamorosos en esta Resolución. Parece increíble, como advierten CABANAS y BONARDELL, que pueda hacerse referencia al problema de las sociedades irregulares sin aludir al artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, que dice, para el supuesto de sociedad irregular, que se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. Este precepto plantea varias interrogantes. La primera, la de la personalidad jurí-

(7) RICARDO CABANAS TREJO y RAFAEL BONARDELL LENZANO, «La vuelta a la caverna: la sociedad civil no tiene personalidad jurídica», en *La Notaría*, abril 4/1997, y *Lunes* 4,30, núm. 219, segunda quincena de septiembre de 1997.

(8) Es llamativo el hecho de que, hasta la fecha de estas Resoluciones, la tendencia dominante en el denominado sector registral —apelativo que aceptaremos, pese a la alergia que nos producen estos encasillamientos— era la de no negar la personalidad de las sociedades civiles y de convertir el Registro de la Propiedad en instrumento de publicidad de las sociedades civiles (véase GARCÍA GARCÍA, en el *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 280, año 1991, o HERNÁNDEZ MANCHA, en el mismo número del mismo año). Sobre la atribución de personalidad jurídica a las sociedades civiles, BADÍA SALILLAS señalaba, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, año 1986, que salvo que del contrato social resultara ser otra la voluntad de los otorgantes, la sociedad tiene *ab initio* personalidad jurídica.

(9) *El Código Civil Debates Parlamentarios*. Citado en el artículo de CABANAS y BONARDELL antes reseñado.

dica de las sociedades no inscritas, en la actualidad difícilmente discutible, sobre todo si se distingue entre una personalidad jurídica básica —que sería la definida por el art. 38 del Código Civil, capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como para contraer obligaciones y ejercer acciones civiles o criminales— que es la misma de la que gozan las sociedades en formación o irregulares (arts. 15 y 16 LSA, 153 del Código de Comercio, 11.2 de la Ley de Sociedades Limitadas, y 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico) y una personalidad jurídica específica que depende de la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil (10). La segunda, no menos interesante, es la del régimen jurídico aplicable a las sociedades irregulares, esto es, el problema de si las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil se aplican alternativamente en razón del objeto de la sociedad no inscrita, o cumulativamente, en virtud de la atribución a la sociedad civil de la condición de sociedad general. De aceptar los razonamientos de la Dirección, dicen CABANAS y BONARDELL, podríamos, llevando los argumentos a sus últimas consecuencias, concluir que existen sociedades colectivas sin personalidad jurídica, a menos que entendamos que la sociedad no inscrita, según el objeto que haya elegido, gozará de personalidad jurídica si se le aplica el régimen de la sociedad colectiva, o no gozará de ella si el objeto es civil, pues en tal caso se le aplicará el régimen de la sociedad civil.

Otro olvido inexplicable —e imperdonable— de la Dirección es la nueva redacción de la Ley de Sociedades Limitadas y del Reglamento del Registro Mercantil, que permiten la transformación de la sociedad civil en sociedad limitada, y también la operación inversa, sin que en ambos casos se vea afectada la personalidad jurídica de la sociedad transformada. No hay razones suficientes para pensar que la Ley de Limitadas está pensando en una sociedad civil con forma mercantil inscrita en el Registro Mercantil, pues el Reglamento claramente señala que cuando la sociedad limitada se transforme en sociedad civil, se cancelarán los asientos relativos a la sociedad transformada, actuación que no tendría sentido si la sociedad ya inscrita se transformara en otra sociedad también susceptible de inscripción en el Registro Mercantil. En tal caso no habría cancelación de asientos, sino sucesión de inscripciones, como en el supuesto de los artículos 217, 219, 220 y 221 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y el colofón con el que concluye la Resolución citada es especialmente lamentable. La Dirección, ante esta sociedad carente de personalidad jurídica, dice que en el aspecto exterior se produce una cotitularidad en los derechos sociales que se rige por las disposiciones estipuladas en el contrato social, las disposiciones —es la Dirección la que repite la palabra— especiales sobre la sociedad y subsidiariamente por las normas de la comunidad de bienes. Y en

(10) Sobre esta cuestión, véase la obra de EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular*, Aranzadi 1995 Señala EIZAGUIRRE («La personalidad jurídica de la sociedad civil», en *La Ley*, núm. 4446, 26 de diciembre de 1997) que el junsta formado —o deformado— bajo la cómoda égida del artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que de modo inequívoco vincula la adquisición de la personalidad jurídica específica de la sociedad anónima a la inscripción en el Registro Mercantil se encuentra incómodo a la hora de reconocer un cierto grado de personificación a la sociedad regulada en el Código Civil. Y recuerda que la publicidad registral no es precisa para la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades personalistas que se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio.

cuanto a la forma de practicar la inscripción, proclama que debe hacerse en favor de todos los socios, aunque advierte que no se trata de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, y que por ello deberán recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinen el régimen jurídico de dicha cotitularidad. Parece que para esta conclusión el Centro ha tenido en cuenta la Resolución de 25 de marzo de 1993, que, en un caso en que se pretendió la inscripción de una escritura de compraventa a favor de dos sociedades que habían constituido una Unión Temporal de Empresas (carente, según la legislación vigente, de personalidad jurídica) dijo que la comunidad que recae sobre un conjunto de bienes puede darse en casos de figuras asociativas carentes de personalidad jurídica, de manera que en el Registro proceda hacer constar la afectación social de los bienes adquiridos para la Unión, pese a que entre los socios no quede constituido un condominio por cuotas sobre cada uno de los bienes.

Para CABANAS y BONARDELL esta conclusión es reveladora de lo que FERRARA llama ateísmo teórico, empeñado en abstenerse de pronunciar la aterradora palabra «personalidad jurídica», pero al mismo tiempo deseoso de dejar a salvo la afectación real de los bienes sociales mediante la concepción del artículo 1.669 del Código Civil como una especie de disposición especial sobre la sociedad, aplicable con preferencia al régimen de la comunidad.

Lo lamentable en toda esta historia es que la Dirección se vio obligada a pronunciarse sobre una sociedad civil pura, por su objeto y por su forma, constituida en documento privado. Le hubiera sido fácil aferrarse a este defecto de forma, como han dicho estos autores, para cerrarle el acceso al Registro de la Propiedad, sin profundizar más, pero prefirió tirar por elevación y resolver —a su manera— definitivamente el problema de la personalidad de las sociedades civiles. Pero es que además, como señala PANTALEÓN, el desatino de la Resolución es sorprendente, pues si la sociedad civil careciera realmente de personalidad jurídica, no existiría como sujeto de derechos, y el contrato de compraventa no podría haber sido inscrito en forma alguna, pues le sería aplicable el 1.259 del Código Civil, de acuerdo con el cual sería nulo.

Lo que subyace, según este catedrático, en el fondo de la argumentación es la resistencia de la Dirección General a creerse sus propios postulados, o, acaso, el hecho de que su inconsciente jurídico no le permite aceptar las últimas consecuencias de la premisa que ha sentado. Si el contrato de compraventa hubiera sido perfectamente válido entre el vendedor y los integrantes de la presunta sociedad civil carente de personalidad jurídica, habría debido inscribirse, como sostuvo el Registrador de la Propiedad encausado, a nombre de los compradores por mitad y pro indiviso, por virtud de la remisión del párrafo segundo del artículo 1.669, que alude a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Pero la Dirección no siguió esta vía. Dijo, bien al contrario, que se trata de una cotitularidad específica, por lo que deben recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad. Tendremos así, en estas sociedades civiles externas pero no inscritas en el Registro Mercantil, un patrimonio separado, aunque al mismo tiempo se les esté negando personalidad jurídica.

Estas críticas han hecho escasa mella en la Dirección General, si nos atenemos a la recentísima Resolución de 11 de diciembre de 1997.

El supuesto de hecho fue el siguiente. Mediante escritura pública una sociedad civil adquiere para su objeto social (sic) una finca urbana. Hay un

supuesto de autocontratación no previsto expresamente, en el que no nos detendremos para no desviarnos de la cuestión primordial. El objeto de la sociedad era la compra, tenencia, disfrute y disposición de pisos y viviendas.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador suspendió la inscripción, aparte de por la apreciada autocontratación, por no acreditarse la personalidad jurídica de la sociedad civil, que mantenía los pactos secretos entre los socios, y porque tampoco se acreditaba que se tratase de una asociación civil de interés particular con personalidad propia e independiente, conforme al artículo 35 del Código Civil. Pero además el Registrador creyó apreciar que por la parte transcrita del objeto social existían indicios de que la compradora era una sociedad mercantil con forma civil, incompatible con la normativa de las sociedades mercantiles.

El representante de la sociedad civil dijo que no era necesario acreditar la personalidad jurídica de la sociedad civil, pues su personalidad era consecuencia legal de la constitución, y añadió que no había ocultación de pactos sociales. Ante esto, el Registrador dijo que la sociedad civil constituida no podía alcanzar personalidad jurídica mientras los pactos se mantuvieran reservados entre los socios. Hasta ese momento no había negado ni cuestionado la personalidad jurídica de la sociedad civil. Pero en el fondo de su actitud no era difícil adivinar los recelos que esta forma social le creaba. «En el tráfico de bienes en general y en el inmobiliario en particular, si se abría el resquicio de la sociedad civil, con su secuela de pactos secretos entre los socios, se puede pronosticar que muy rara sería la sociedad mercantil hoy existente que operara de otra forma distinta a la sociedad civil, abriéndose así una puerta para el fraude», empezaba diciendo, y concluía que «los preceptos del Código Civil para la sociedad civil se dictaron para otros tiempos para otras necesidades que las derivadas del tráfico inmobiliario».

Además, el Registrador manifestaba sus sospechas de que el objeto de la sociedad fuera mercantil, razón por la cual solicitaba la escritura de constitución.

Dejando aparte el caso de la autocontratación, la Dirección en este caso derivó la cuestión al supuesto resuelto por la Resolución de 31 de marzo de 1997, conforme al cual, según acabamos de ver, las sociedades civiles no contempladas en el artículo 1.670 del Código Civil —esto es, la que por no adoptar una de las formas reconocidas en la legislación mercantil no se inscriben en ese Registro— carecen de personalidad jurídica, generando frente al exterior, en el aspecto activo, una cotitularidad en los derechos sociales que se rige por las disposiciones estipuladas en el contrato social, por las disposiciones especiales sobre la sociedad, y, subsidiariamente, por las normas de la comunidad de bienes, y en el aspecto pasivo la imputación a los propios socios de las obligaciones nacidas en las relaciones con terceros, sin perjuicio de la especial afectación de los bienes sociales a su cumplimiento. Así, el bien adquirido por una sociedad civil sin personalidad jurídica deberá inscribirse a favor de todos los socios, si bien al tratarse —dice la Dirección— de una cotitularidad específica, deberán recogerse en el asiento las normas estipuladas que junto a las previsiones legales determinan el régimen de dicha cotitularidad, para que así quede bien definida la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe.

La Dirección confirmó, por otro lado, las sospechas del Registrador en cuanto a la naturaleza del objeto, y reiteró que era doctrina del Centro que todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto es la realiza-

ción de actos de comercio tiene la consideración de acto de comercio, y queda por ello sujeta a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, sin que para eludir la aplicación de las normas mercantiles de las empresas sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil.

Si realmente hay algo que merezca el calificativo de admirable es el aplomo con el que la Dirección General afronta y cree resolver un problema tan espinoso como el de la distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil. Sin haberse aportado el título constitutivo, y por tanto sin poder valorar debidamente la naturaleza del objeto social (¿para qué está el artículo 124 del Reglamento Hipotecario y las diligencias para mejor proveer?) la Dirección incurre en una clara petición de principio cuando asegura que todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto es la realización de actos de comercio tiene la consideración de acto de comercio, y queda sujeta a las disposiciones de la legislación mercantil. La calificación de los actos de comercio es cuestión de hecho, según ha declarado con frecuencia el Tribunal Supremo, y como tal reservada a la apreciación de los jueces. Y, como bien ha recordado TENA (11), el recurso a los actos de comercio para calificar de mercantil la función de quien los realiza tiene el inconveniente de la semejanza entre los términos del Código Civil (art. 1.665) y del Código de Comercio (art. 166), pues ambos caracterizan la sociedad con una finalidad lucrativa, de modo que, como dice GIRÓN, la nota especulativa, tradicionalmente atribuida a los actos de comercio, se difumina para las sociedades.

Es difícil calificar el empecinamiento del Centro Directivo de otro modo que de torpeza. Pues así como en la Resolución de 31 de marzo de 1997 podía haberse ceñido al aspecto formal —estar constituida la sociedad en documento privado—, en este caso podía haberse aferrado al objeto para reiterar la doctrina de las sociedades civiles con objeto mercantil, y no repetir unos argumentos polémicos y controvertidos sobre los que las críticas que están lloviendo acaban de empezar (12).

Es claro que no vivimos tiempos felices para la jurisprudencia ni para la legislación. Una Resolución inspirada por algún adepto a una cuestionable opinión doctrinal puede dejar en el limbo inmobiliario a un importante nú-

(11) TENA PLAZUELO, ISAAC, «Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1.670 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 643, noviembre-diciembre de 1997.

(12) En la misma línea, FRANCISCO VICENT CHULIÁ («Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles», en *Revista General de Derecho*, núm. 640-641, enero-febrero de 1998) dice que la doctrina de la resolución es tan insólita y disparatada que, si hubiese conducido por sí misma —y no por otros evidentes motivos legales—, a la denegación de la inscripción, tendría que ser recurrida mediante demanda de nulidad interpuesto ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la sociedad. Pero también añade —y no le falta razón— que hay que poner fin al sinnúmero de sociedades civiles publicadas de hecho y pretendidas «comunidades de bienes» que —fundamentalmente por motivos fiscales— navegan por ahí, como buques fantasmas de holandeses errantes, adquiriendo derechos y obligaciones. Y concluye diciendo que la mejor técnica jurídica que se ha inventado para ello es la personalidad jurídica plena, sobre todo debido a su publicidad frente al exterior, por lo que debe unificarse legislativamente el procedimiento de constitución de todas las sociedades en sentido amplísimo, y deben ser llevadas a un único Registro de Empresas o Registro Mercantil y de las Sociedades, como ocurre en Francia.

mero de derechos reales, de titularidades adquiridas conforme a las normas comúnmente admitidas del Derecho Civil. Una Disposición Adicional de una norma —la Ley 7/1996, de 15 de enero— destinada a regular la distribución comercial de los agentes del sector minorista, puede subvertir todos los principios de la institución registral mercantil, como lo demuestra la infausta Orden de 10 de junio de 1997, que la Dirección General ha preferido no tener en cuenta. ¿Habrà quien sea capaz de defender en el futuro la personalidad jurídica de las sociedades civiles inscritas, contra todo principio, en el Registro Mercantil, por la simple circunstancia económica de que el importe de las adquisiciones realizadas o intermediadas superen en un ejercicio el importe de cien millones de pesetas?

J. T. G. M.

PUESTO QUE LA REPRESENTACION DEL SOCIO UNICO EN LA JUNTA GENERAL DE LA S.A. CORRESPONDE AL PATRONATO Y NO A SUS MIEMBROS, ES PRECISO QUE LA CERTIFICACION DEL SECRETARIO DEL PATRONATO QUE RECOJA EL ACUERDO FACULTANDO AL PRESIDENTE PARA CESAR Y NOMBRAR NUEVO CONSEJO, CON DESIGNACION DE CARGOS POR ESTE ULTIMO, EXPRESE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA REUNION QUE PERMITAN AL REGISTRADOR MERCANTIL CALIFICAR LA VALIDEZ Y REGULARIDAD DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS. DEFECTO CONFIRMADO.

EL SEGUNDO DEFECTO RELATIVO A LA QUERELLA CONTRA EL PRESIDENTE (ART. 111 RRM ANTERIOR) PRESENTADA EN EL REGISTRO MERCANTIL, NO PUEDE SER CONFIRMADO AL SER EVIDENTE QUE EL CASO DEBATIDO ES DIFERENTE DEL SUPUESTO CONTEMPLADO POR LA NORMA, PUES EL NOMBRAMIENTO CUYA INSCRIPCION SE PRETENDE NO ACCEDE AL REGISTRO MERCANTIL POR LA CERTIFICACION DEL PROPIO NOMBRADO SINO QUE TAL DESIGNACION GOZA DE FE PUBLICA AL HABERSE EFECTUADO DIRECTAMENTE ANTE NOTARIO POR EL SOCIO UNICO DE LA SOCIEDAD EN CUESTION. (RESOLUCIÓN DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996. BOE DE 17 DE DICIEMBRE DE 1996.)

RESOLUCION de 26 de noviembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Enrique Benedicto Mamblona, en su propio nombre, y en representación de la Fundación Benéfico-Social «Hogar del Empleado», como Presidente de su Patronato, contra la negativa del Registrador Mercantil, número XV, a inscribir una escritura de formalización de acuerdos sociales

En el recurso gubernativo interpuesto por don Enrique Benedicto Mamblona, en su propio nombre, y en representación de la Fundación Benéfico-Social «Hogar del Empleado», como Presidente de su Patronato, contra la negativa del Registrador Mercantil, número XV, a inscribir una escritura de formalización de acuerdos sociales.

Hechos.—I. El día 31 de mayo de 1996, ante el Notario de Madrid, don José Manuel García Collantes, la Fundación Benéfico-Social «Hogar del Em-

pleado» (representada por su Presidente, que está especialmente facultado para este acto en virtud de los acuerdos adoptados en las reuniones del Patronato de la Fundación celebrada el 21 de mayo de 1996), otorgó escritura de formalización de acuerdos sociales, en la cual actuando en su condición de socio único de la sociedad mercantil «Inversiones Dos Castillas, Sociedad Anónima», se constituye en Junta Universal de accionistas de ésta con sujeción al siguiente orden del día: 1. Cese del Consejo de Administración, y 2. Nombramiento de nuevo Consejo de Administración y adopta los siguientes acuerdos: 1. Cesar a todos los miembros del Consejo de Administración. 2. Nombrar nuevos consejeros, los cuales, reuniéndose en Consejo de Administración, acuerdan nombrar Presidente, Secretario y Vicepresidente, delegar facultades y revocar poderes.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada 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: Para poder calificar la válida constitución de la Junta de socios en cuanto a la representación de su socio único, es necesario aportar certificado del Registro de Fundaciones comprensivo de los estatutos de la Fundación «Hogar del Empleado», patronos vigentes y requisitos de convocatoria, constitución y adopción de acuerdos de su reunión (arts. 58 y 97 RRM, art. 93 LSA, disposiciones concordantes). Con fecha 19 de junio de 1996, número de asiento 598/293, aparece presentada en este Registro querella criminal por el delito de falsedad en documento mercantil, interpuesta por doña María Jesús González Díez, Procuradora de los Tribunales (Col. núm. 334), en nombre y representación de la Fundación Benéfico-Social «Hogar del Empleado», así como de don Angel Martínez González Tablas, don Fernando Prats Palazuelo, don Julio Olea Díaz, doña María Teresa del Moral Sagarminaga y don Leonardo García de la Mora, contra don Enrique Benedicto Mamblona, don Eugenio Parajua Calleja, doña Isabel Navarrete Vega y doña Concepción Bedoya Amado, con el número de representación 6/5418 (art. 111 RRM) Dicha querella aparece registrada en el decanato juzgados (Madrid), oficina Registro y reparto penal con el número Registro General 197339/1996. En el plazo de dos 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, 26 de junio de 1996.—El Registrador: Juan Pablo Ruano Bordella».

III. Don Enrique Benedicto Mamblona, actuando en nombre propio y en representación de la Fundación «Hogar del Empleado», como Presidente de su Patronato, lo cual se acredita mediante certificación del Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, y alegó: Que en cuanto a los defectos apreciados en la nota, en primer lugar, se solicita la aportación de documentos complementarios para calificar la válida constitución de la Junta de socios, ante lo cual se aporta la documentación solicitada, a saber: La escritura de formalización de acuerdos sociales de 31 de mayo de 1996, autorizada por el Notario de Madrid, don José Manuel García Collantes; Certificado del Registro de Fundaciones comprensivo de los Estatutos de la Fundación, donde se reflejan los requisitos de convocatoria, constitución y adopción de acuerdos de las reuniones del Patronato; testimonio de las escrituras de constitución y modificación de

Estatutos de la Fundación y Certificado del Registro de Fundaciones comprensivo de los patronos vigentes en la actualidad. En segundo lugar, se refleja la presentación de una querrela criminal por el delito de falsedad en documento mercantil. Que la citada querrela pretende paralizar la inscripción amparándose en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Ahora bien, un análisis somero del texto de la querrela nos demuestra que la misma se refiere a un acto relativo al nombramiento de patronos de la Fundación «Hogar del Empleado» que es accionista único de la Sociedad «Inversiones Dos Castillas, Sociedad Anónima». Dicho acto está inscrito debidamente en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, con fecha 24 de abril de 1995, tal como consta en el certificado del Registro citado que se acompaña y en el propio certificado que se incluye en la documentación de la querrela como documento unido a la misma. Que se considera que el señor Registrador Mercantil hace una benévola interpretación del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, al admitir como causa para no practicar la inscripción la interposición de la citada querrela, favoreciendo una clara postura obstruccionista del Secretario cesado que la emprende de manera imprudente contra un acto perfectamente inscrito en el correspondiente Registro de Fundaciones y refrendado por el Protectorado correspondiente a la Fundación, tal como se acredita con el testimonio que se adjunta de la Orden 1767/1996, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales. Que, para mayor abundamiento, el Juzgado de Instrucción número 19 de los de Madrid, con fecha 8 de los corrientes, ha dictado auto (que se adjunta), desestimando y no admitiendo a trámite la referida querrela. Que se considera que el motivo de la querrela, amén de ser falso, no tiene nada que ver con el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil y, por ello, no es aplicable a este caso.

IV. El Registrador Mercantil de Madrid, número XV, acordó mantener la calificación del documento que motiva el presente recurso, e informó: 1. Que con este recurso gubernativo se presentan, entre otros documentos, certificación expedida por la encargada del Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid en la que constan los Estatutos y sus posteriores modificaciones de la Fundación Benéfico-Social «Hogar del Empleado». De su artículo 11 resulta que la misma estará regida por un Patronato compuesto de cinco miembros; y de su artículo 14 que el Patronato se reunirá en cuantas ocasiones sea convocado por su Presidente por propia iniciativa o a petición de un número de patronos no inferior a dos. También se presenta la Certificación expedida por la citada encargada en la que se dice el nombre de las personas que aparecen como patronos, y según certificación expedida por el Secretario de la Fundación, en la reunión del Patronato, en segunda convocatoria, y con asistencia personal de tres de sus patronos, se adopta, entre otros, el acuerdo de facultar al Presidente para que celebre Junta Universal de la Sociedad «Inversiones Dos Castillas, Sociedad Anónima». 2. Que la primera cuestión que se plantea es, por tanto, si la Junta de la Sociedad Mercantil citada está válidamente constituida en orden a los acuerdos en ella tomados. Para lo cual es necesario calificar si su único socio, la Fundación Benéfico-Social «Hogar del Empleado», se encuentra suficientemente representado. Dicha representación debe nacer del acuerdo tomado para ello, con el cumplimiento de los correspondientes requisitos legales y estatutarios por los Patronos, los cuales, según el artículo 14 de los estatutos de la Fundación, han de actuar, cuando se trate de segunda convocatoria, con asistencia de tres consejeros, adoptando las decisiones por mayoría de votos. Dice también que será convocado por su

Presidente, por propia iniciativa o a petición de un número de patronos no inferior a dos. Que es evidente la falta de una suficiente regulación estatutaria respecto al funcionamiento del Patronato, especialmente en cuanto a las reglas para convocarlo. Que a tenor con el artículo 58 del Reglamento del Registro Mercantil se considera es necesario calificar si la reunión del Patronato de 21 de mayo de 1996 estuvo válidamente convocada, pues de ella resulta el acuerdo de convocar la Junta Universal de la sociedad «Inversiones Dos Castillas, Sociedad Anónima», y tal convocatoria no aparece justificada.

3. Que además, se considera que de manera indisoluble aparece ligada a la validez del acuerdo antes referido, la querella presentada por presunto delito de falsedad en documento mercantil relativo a la designación de componentes del Patronato, entre otros extremos. Que en el Registro Mercantil de Madrid se tomó, con fecha de 1 de julio de 1996, la siguiente nota marginal: «Inversiones Dos Castillas, Sociedad Anónima», mediante acta autorizada el 19 de junio de 1996 por el Notario de Madrid, don Ignacio Paz-Ares Rodríguez, con el número 1081 de su protocolo, a requerimiento de don Leonardo García de la Mora, como Secretario del Consejo de Administración de la Sociedad de esta hoja, se solicita la no inscripción del nombramiento como nuevo Secretario del Consejo de Administración de la Sociedad de don Adolfo Núñez Astray, a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil; dicho nombramiento ha tenido lugar en reunión de Junta General Extraordinaria y Consejo de Administración, celebradas el día 31 de mayo de 1996. Se incorpora a la citada acta copia de la querella criminal que ha tenido entrada en el Decanato de los Juzgados de Madrid el día 19 de junio de 1996, con el número de Registro General 197339/1996, y cuyo reparto ha correspondido al Juzgado de Instrucción número 19. La repetida acta ha sido presentada en este Registro el día 19 de junio de 1996, con el número 5418, según asiento de presentación 193 del Diario 598. Madrid, a 1 de julio de 1996. Que por el recurrente se alega que la querella se refiere a un acto relativo al nombramiento de patronos de la Fundación «Hogar del Empleado». Esto es así, pero se considera que el supuesto entra de lleno en el espíritu del vigente artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil en el momento en que se plantea la cuestión. Que parece evidente que si dicha querella prosperase, la inválida constitución de la reunión del Patronato traería consigo la nulidad de la Junta y de la correspondiente certificación, adoleciendo éstas de los mismos vicios de origen. Que no hay que olvidar que el Registrador no tiene facultades juzgadoras, y que lo que ha pretendido el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil es que en estos litigios no se practique la inscripción hasta que el Juez resuelva de parte de quién está la razón.

V. El recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Respecto del primer motivo aducido por el señor Registrador Mercantil en su acuerdo de fecha 9 de agosto de 1996. Que se debe señalar que dado que ni la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, ni los Estatutos de la propia Fundación establecen requisitos formales especiales para la convocatoria del Patronato, se debe concluir que habiéndose cumplido plenamente los requisitos legales y estatutarios, la representación no encuentra obstáculo alguno a su nacimiento. Que admitir la causa de denegación aducida por el señor Registrador Mercantil vulnera los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica reconocidos en el artículo 93 de la Constitución Española. 2. Respecto al segundo motivo adu-

cido por el señor Registrador Mercantil en su acuerdo de fecha antes citada. Que la argumentación esgrimida por el señor Registrador confunde el preciso espíritu del artículo 111 del Registro Mercantil, en su redacción dada por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, vigente desde el 1 de agosto. Que hay que señalar que el Juzgado de Instrucción número 10 de Madrid, ya resolvió sobre el asunto, acordando desestimar la querella al no ser los hechos en que se fundaba constitutivos de delito mediante auto de fecha 8 de julio de 1996, que se adjunta. Que no se puede pasar por alto la taxativa enumeración que el artículo 111 contiene, en ambas redacciones de las causas de oposición del titular anterior a la práctica del asiento, y que ninguna de ellas resulta aplicable a este caso y sin que pueda acordarse la no práctica de la inscripción. Que a tenor de la Disposición Transitoria séptima del nuevo Reglamento es éste y no el anterior el aplicable a la resolución del recurso gubernativo, de la que deduce que *a sensu contrario*, los acuerdos sociales adoptados con posterioridad al 1 de enero de 1990, serían inscribibles con arreglo a la nueva normativa, y que en la resolución de recursos gubernativos que tengan su origen en escrituras de acuerdos posteriores al 1 de enero de 1990, que hayan sido presentadas a inscripción registral antes del 1 de agosto de 1996, procede la aplicación de la normativa vigente en ese momento, es decir, el Real Decreto 1784/1996, y por tanto resulta aplicable el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil en su nueva redacción.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 18 del Código Civil; 12, 13.1 y 16.5 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General; 6, 68 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En el párrafo primero de la nota extendida el 26 de junio de 1996, el Registrador se limita a exigir la aportación de determinados documentos para poder calificar uno de los aspectos que pueden incidir en la validez del acto que se pretende inscribir. Ello no constituye en sí mismo un defecto susceptible de impugnación, ni así lo estima el recurrente en su recurso de reforma en el que admite la necesidad de aportar la documentación solicitada. Será posteriormente, al presentarse esa documentación solicitada, cuando deberá el Registrador decidir si procede acordar o no la inscripción solicitada y, en caso negativo formular los concretos obstáculos que a su juicio lo impiden, los cuales serán desde ese momento susceptibles de recurso de reforma. En el caso debatido el Registrador, una vez que le fue presentada la documentación solicitada, afirma que no se ha justificado la convocatoria de la reunión de 21 de mayo de 1996 del Patronato de la Fundación que es socio único de la sociedad cuyo acuerdo social se pretende inscribir, pues, estima que de la validez de dicha reunión (de la que resulta el acuerdo de celebrar Junta General de la sociedad perteneciente a la fundación), dependerá la validez misma de esa Junta General. Contra este defecto lo que procede no es directamente el recurso de alzada, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, por más que aquél se manifestase en el propio acuerdo por el que se resuelve el anterior recurso de reforma (en el que solamente se impugnaba el único defecto recogido en la nota de 26 de junio de 1996), sino solicitar primero su reforma del propio Registrador (66 y 69 del Reglamento del Registro Mercantil), y contra la negativa de éste a reformar su posición, cabría ya el recurso de alzada. Ahora bien, por razones de economía procesal procede resolver ahora sobre esta cuestión.

En este sentido ha de tenerse en cuenta que en el caso debatido se califica una actuación jurídica (la decisión del socio único de una sociedad por la que designa nuevos administradores sociales, realizada en nombre del socio único por quien invoca su representación orgánica) y, como en todo supuesto de actuación por medio de representante, el Registrador debe calificar la existencia, validez y eficacia del poder o de la autorización de la que derivan las facultades invocadas por el representante (art. 18 del Código Civil y 6 del Reglamento del Registro Mercantil). Puesto que la representación legal de la Fundación (socio único de la sociedad cuyo acuerdo se pretende inscribir) corresponde colectivamente al Patronato y no a sus miembros individualmente, vid artículo 12 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, las facultades representativas del otorgante presuponen el acuerdo adoptado por el Patronato en el que se decide celebrar la Junta General de la sociedad participada al 100 por 100 por la Fundación y se encargue al otorgante, en cuanto miembro de dicho Patronato, la ejecución del mismo. En consecuencia, la existencia y validez de las facultades representativas invocadas por el ahora otorgante depende de la validez del acuerdo del Patronato.

Ciertamente, el Registrador, en su labor de comprobación de la realidad de todos los extremos que determinan la validez del cuestionado acuerdo del Patronato, deberá estar al contenido de la certificación que al respecto expida quien según el Registro de Fundaciones correspondiente, figure inscrito como Secretario del Patronato (vid. arts. 13.1, 16.5 de la Ley 30/1994), pero no es menos cierto que dicha certificación deberá expresar todas las circunstancias de la reunión que posibilitan al Registrador calificar la regularidad y validez de los acuerdos adoptados y en el caso debatido, no se expresa en ella, como alega el Registrador, la fecha y modo en que se hubiese convocado la reunión, aspectos estos que inciden inequívocamente en la validez del acuerdo, sin que sea suficiente la mera afirmación del Secretario de que la reunión se celebró válidamente en segunda convocatoria conforme a los estatutos.

2. En cuanto al defecto recogido en el párrafo segundo de la nota de calificación de 26 de junio de 1996 (aplicación del art. 111 del Reglamento del Registro Mercantil anterior a la reciente reforma del 19 de julio, que era el vigente al tiempo de plantearse la calificación recurrida), no puede ser confirmado. Dicho precepto tenía una finalidad evidente: Reforzar las garantías de la realidad y exactitud del cambio del titular del órgano al que corresponde la facultad de certificar los acuerdos sociales, cuando dicho cambio resulta de un acuerdo social que accede al Registro Mercantil en base a la simple aseveración del propio sustituto; ahora bien, es evidente que el caso debatido es diferente del supuesto contemplado en aquella norma, pues, el nombramiento cuya inscripción se pretende, no accede al Registro Mercantil en virtud de la sola certificación del acuerdo de nombramiento expedida por el propio nombrado, sino que tal designación goza de fe pública al haberse efectuado directamente ante notario por el socio único de la sociedad en cuestión, y ello no puede desconocerse por el hecho de que el nombramiento recaiga en la misma persona que en representación del socio único efectúa la designación, ello podrá generar otras cuestiones pero, en todo caso, ajenas al contenido sustantivo del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil y que no han de ser ahora resueltas, dada la concreción del recurso gubernativo a las directamente relacionadas con la nota del Registrador (art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en cuanto al segundo defecto impugnado confirmando el acuerdo del Registrador en cuanto al resto.

Madrid, 26 de noviembre de 1996.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Señor Registrador Mercantil de Madrid.

COMENTARIO A LA RDGRN DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996: DECISIONES DEL SOCIO UNICO. INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 111 DEL RRM

La Resolución de referencia incide en la materia de la sociedad unipersonal. A modo de introducción señalaremos que la nueva Ley 2/1995, de 23 de marzo, ha venido por vez primera a regular la unipersonalidad societaria, como consecuencia de la Duodécima Directiva Comunitaria en materia de Derecho de Sociedades (89/667, de 21 de diciembre de 1989), cerrando un ciclo evolutivo en el Derecho español, en el cual ha jugado un papel fundamental la doctrina de la DGRN, y en el que podemos distinguir cuatro etapas: una primera, de rechazo, como noción contradictoria sin encaje en nuestro Ordenamiento Jurídico (STS de 13 de junio de 1891 ó 3 de marzo de 1954); una segunda, a raíz de la interesante RDGRN de 11 de abril de 1945, de admisión limitada de la unipersonalidad societaria sobrevenida, como situación anómala y transitoria, dado que no estaba prevista entre las causas de disolución de la sociedad anónima, subsistiendo la sociedad siempre que fuera posible restablecer la normalidad o pluralidad de socios; una tercera etapa, a raíz de la importantísima RDGRN de 21 de junio de 1990, que revisó la doctrina anterior inspirándose en la citada Directiva Comunitaria, admitiendo la unipersonalidad sobrevenida con carácter no necesariamente transitorio en base a diversos argumentos jurídicos y prácticos; y, finalmente, la etapa abierta con la Ley 2/1995, que regula la sociedad unipersonal en sus artículos 125 a 129: El primero de ellos admite dos tipos de unipersonalidad, originaria (convirtiendo en regla general la excepción anteriormente reservada a las Administraciones Públicas) y sobrevenida; el artículo 126 regula su régimen de publicidad; el 127 atribuye al socio único las competencias de la Junta; el 128 se ocupa de la contratación entre la sociedad y el socio único, y el 129 contempla la sanción por incumplimiento de la obligación de dar publicidad registral a esta situación, obligación de la que también se ocupó su Disposición Transitoria 8.ª La Disposición Adicional 2.ª, por su parte, introdujo un nuevo capítulo, con el número XI, en la LSA, comprensivo de un solo artículo, el 311, que se limita a remitirse a lo dispuesto en el también capítulo XI de la LSRL, e introdujo también reformas obligadas en otros preceptos, como el artículo 34 de la LSA, relativo a las causas de disolución de la sociedad. Como complemento, el nuevo RRM, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, se ocupa de la materia en su Disposición Transitoria 4.ª, sobre inscripción de situaciones de unipersonalidad anteriores, en sus artículos 174 y 203, sobre constatación registral de estas situaciones, su modificación o cese; su artículo 97, sobre contenido de las actas que reflejen las decisiones del socio único; su artículo 108, sobre ejecución y formalización de las mismas; artículo 109, sobre facultad de certificar; artículos 117 y 175, sobre reflejo en el acta de inscripción del carácter unipersonal de la sociedad, además de la identidad del socio fundador en el cuerpo de la misma, y artículos 387 y

388, sobre datos a comunicar al Registro Mercantil Central por los Registradores Mercantiles.

En cualquier caso, nuestro legislador, con un amplio criterio, ha admitido la sociedad unipersonal, no sólo para la sociedad limitada, sino también para la sociedad anónima, lo que permite atender a la doble finalidad perseguida tradicionalmente por esta figura (fomentar la pequeña y mediana empresa de base individual, y encauzar la constitución de grupos de sociedades), y además es acorde con nuestro Derecho, que impone la forma de anónima para ciertas sociedades en atención a su objeto. Lógicamente, la unipersonalidad se limita al ámbito de las sociedades de capital, pero en cuanto a las características del socio único, del artículo 125 de la Ley 2/1995, se deduce que puede serlo cualquier persona natural o jurídica, sin ninguna limitación; puede parecer anómalo que una sociedad regular colectiva o comanditaria pueda ser socio único de una sociedad anónima o limitada, pero no cabe oponer ningún obstáculo, al menos desde el punto de vista legal, a esta posibilidad. También se ha discutido doctrinalmente si otro tipo de personas jurídicas, como asociaciones o fundaciones, puedan realizar una actividad económica o mercantil de la que obtengan beneficios o ganancias, como es la participación en sociedades mercantiles; por lo que se refiere a las Fundaciones, la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consagra la posibilidad de que ejerzan directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales, y su artículo 22, bajo la rúbrica «actividades mercantiles o industriales», se refiere a la participación en sociedades mercantiles, prohibiéndola en los casos en que exista responsabilidad personal por las deudas sociales, e imponiendo a la fundación en el caso de que formen parte de su dotación participaciones en aquel tipo de sociedades, la obligación de promover su transformación en sociedades con responsabilidad limitada, y consagrando la posibilidad de participación mayoritaria en sociedades no personalistas con obligación de dar cuenta de esta participación al Protectorado cuando se produzca. Lo cierto es que sólo se prevé la participación mayoritaria, que no total, pero nada impide esta participación total en una sociedad anónima o limitada, pues no se altera el beneficio de la limitación de responsabilidad si se hace constar oportunamente en el Registro Mercantil la identidad del socio único, y no tiene por qué alterar necesariamente la esencia de la fundación si los resultados obtenidos se aplican a los fines de interés general que persiga la misma.

Centrándonos ya en la Resolución comentada, la cuestión de mayor interés que se plantea es la relativa a la calificación registral de las decisiones del socio único. Debemos partir de la base de que el carácter unipersonal de la sociedad no altera su estructura orgánica; en la sociedad unipersonal, como en toda sociedad anónima o limitada, existen dos órganos: un órgano de gestión y gobierno interno de los intereses sociales, que realiza todas las actividades encaminadas a la consecución de los fines sociales, y representación externa frente a terceros, que es el órgano de administración, que podrá adoptar cualesquiera estructura de las admitidas en sus respectivas leyes reguladoras; y un órgano soberano y deliberante, el socio único que, lógicamente, hará las veces de Junta a través de sus «decisiones», que no «acuerdos» (de los que no cabe hablar, pues no concurre una pluralidad de voluntades). Según el artículo 127 de la Ley 2/1995, el socio único ejercerá las competencias de la Junta, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante (acta que deberán trasladar los administradores

al libro correspondiente). Ahora bien, en materia de formalización y ejecución de estas decisiones, sí hay una especialidad, pues frente a las reglas generales de los artículos 108 y 109 RRM, y al margen de la aplicación de éstas, puede el mismo socio único certificar y elevar a público sus propias decisiones, como consecuencia de tales preceptos reglamentarios y del artículo 127 de la LSRL. En consecuencia, tales decisiones podrá certificarlas el propio socio, o bien, según la estructura del órgano de administración, el administrador único, cualquiera de los solidarios, los mancomunados que ejerzan el poder de representación o el secretario (o en su defecto, vicesecretario) del Consejo de Administración, con el visto bueno del presidente (o en su caso, vicepresidente del mismo); y la elevación a público podrá hacerla el mismo socio, o el miembro del órgano de administración facultado para certificar, u otro miembro del mismo con cargo vigente e inscrito si está facultado en la misma escritura o por el socio único al adoptar la decisión para elevarla a público, o cualquier otra persona facultada en virtud de escritura de poder.

En todo caso estas facultades concedidas al socio único de certificar y formalizar notarialmente sus propias decisiones, como excepción a las reglas generales, deben circunscribirse a su ámbito estricto, desde un doble punto de vista: *a)* Desde el punto de vista subjetivo hay que limitarlas a las decisiones del mismo socio único; no podrá éste, en consecuencia, certificar y/o elevar a público las decisiones o acuerdos del órgano de administración, ni los acuerdos de la Junta anteriores a que la sociedad haya devenido unipersonal, ni las decisiones del socio único anterior. *b)* Y desde el punto de vista objetivo, a la órbita de las competencias de la Junta. Podrá así el socio único certificar y elevar a público su propia decisión de aumentar o disminuir el capital social, modificar los estatutos, nombrar o separar administradores, liquidadores o auditores, transformar, fusionar, escindir, disolver, liquidar o reactivar la sociedad, censurar la gestión social y aprobar las cuentas anuales y la aplicación del resultado; ahora bien, el socio único, en su estricta condición de tal, no podrá ejercitar tales facultades en materia de contratación con terceros, enajenación de bienes sociales, otorgamiento de poderes, aportación de rama de actividad a una sociedad, salvo que sea de gran importancia económica en relación con el valor global del patrimonio social..., lo cual es lógico pues todas estas actuaciones son competencia del órgano de administración.

Como sabemos, el socio único puede adoptar sus decisiones por sí o por su representante. Así:

— El socio persona física podrá, en consecuencia, actuar directamente o por representante legal (piénsese en el menor o incapacitado), o voluntario. En relación con el representante voluntario, afirma PEDRO AVILA NAVARRO que el representante del socio podrá ser cualquier persona, con abstracción de lo que digan los Estatutos o la ley sobre representación en Juntas, ya que no se trata de una Junta, y por idéntica razón, el poder se podrá conferir en cualquier forma, sin que sea aplicable el artículo 1.280 del Código Civil, ya que el destino del poder es un acta social, que no es un documento público, sino que sólo está destinada a recoger acuerdos sociales; ahora bien, el representante, al entregar el acta a los administradores para ejecutar o elevar público las decisiones contenidas en ella, deberá de justificarles su representación, y éstos podrán considerarla suficiente o no, en lo que deberán poner la mayor diligencia porque serán responsables de una defectuosa calificación. Pero si el representante va también a comparecer ante notario para la elevación a pú-

blico, sí necesitará poder en documento público, pues el citado artículo 1 280-5 lo exige para un acto redactado en escritura pública o que haya de perjudicar a terceros, lo que se derivará siempre de la inscripción en el Registro Mercantil por el juego de los principios registrales.

— El socio persona jurídica podrá, en la adopción de sus decisiones, actuar también por representante voluntario o por sí, lo que equivale a actuar a través de su órgano de representación, como se deduce de la Resolución comentada. Ciertamente, en el caso que ésta contempla, el socio único es una Fundación que carece de la base personalista de otro tipo de personas jurídicas, lo que difumina el esquema de separación de poderes entre órganos sociales que caracteriza a otro tipo de sociedades, especialmente a las de capital; indudablemente, la competencia para adoptar las decisiones del socio único corresponderá a su Patronato, configurado por los artículos 12 y 17 de la Ley 30/1994, como el órgano de gobierno y representación de toda fundación, al que corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar el patrimonio de la misma, de carácter «necesariamente colegiado» (art. 13), al margen de la posibilidad de delegación de facultades y otorgamiento de poderes, y sin que el Presidente del Patronato tenga atribuida legalmente la facultad de representación de aquélla; el Protectorado se configura como un mero órgano de asesoramiento, apoyo y control, para facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad en su constitución y funcionamiento, velando por el cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de interés general que debe perseguir (vid. arts. 32, 7, 23 y 19 de la Ley 30/1994 y STC 18/1988, de 22 de marzo, y 166/1994, de 29 de octubre).

Trasladando esta doctrina a las sociedades mercantiles de base capitalista, y partiendo de la base, desde el punto de vista de la sociedad-socio único, de que la adopción de sus decisiones en el ejercicio de las competencias de la Junta de la sociedad participada supone un acto de gestión de los intereses sociales propios, en cuanto implican el ejercicio de unos derechos inherentes a la titularidad de unas acciones o participaciones que se integran en su patrimonio social, y de un acto de representación en cuanto se proyectan hacia un tercero (la sociedad participada) tendremos que concluir que tales decisiones caen dentro de la órbita de las competencias de su órgano de administración, que no de la Junta de socios. Así, por ejemplo, en el caso de una fusión por absorción de la sociedad «B» por la sociedad «A», íntegramente participada aquélla por ésta, nos encontraremos ante un acuerdo de fusión adoptado por la Junta de la sociedad «A» y una decisión de la misma sociedad como socio único de la «B», adoptada por el órgano de administración también de la sociedad «A».

En consecuencia, en el marco de las sociedades anónimas y limitadas, la competencia para adoptar las decisiones del socio único corresponderá, según la estructura de su órgano de administración, al administrador único, a cualquiera de los solidarios, conjuntamente a los mancomunados, o colegiadamente, al Consejo de Administración o al consejero-delegado con facultades delegadas suficientes para ello; y la misma doctrina hay que entender aplicable a las sociedades comanditarias por acciones, pues aparte de la especialidad que supone la necesidad de que el administrador o administradores ostenten, por el hecho de serlo, la condición de socio colectivo, y que su separación requiera la modificación de los Estatutos, se aplican las reglas dictadas para la administración de la sociedad anónima (vid. arts. 152 y 155

del Código de Comercio, y 213 a 215 RRM). Sin embargo, en el marco de las sociedades mercantiles personalistas, esto es, la regular colectiva o la comanditaria simple, la cuestión es más complicada, pues cabe la disociación de las facultades de administración o gestión interna y de representación, aunque ordinariamente no sea así. Para la sociedad colectiva, si el artículo 129 del Código de Comercio establece una regla general de administración conjunta (todo socio no excluido es gestor), en sede de representación, el artículo 128 establece la regla opuesta (para que el socio pueda usar la firma social y obligar a la compañía deberá estar debidamente autorizado para ello). El artículo 209 del RRM exige, como circunstancia de la inscripción primera en el Registro, la determinación de los socios a quienes se encomiende la administración y representación de la sociedad, aunque el Código de Comercio prevé en relación con la administración el silencio de la escritura, y lo suple atribuyendo en su artículo 129 las facultades de gestión a todos los socios con exclusión de los industriales (art. 138), sin que quede muy claro si su régimen de administración será mancomunado o solidario (arts. 129 y 144); si hay nombramiento en la escritura de constitución de uno o varios gestores, los socios no administradores carecen de derecho de veto, y el régimen de actuación de aquéllos será el determinado en la escritura, y si se le ha conferido esta facultad como condición del contrato, no se podrá privar de ella al que la obtuvo, salva la facultad de solicitar judicialmente la rescisión del contrato o el nombramiento de un coadministrador caso de perjuicio (art. 132); pero en todo caso la facultad de usar la firma social corresponde exclusivamente a los socios autorizados para ello (art. 128), que normalmente, aunque no necesariamente, serán los mismos socios gestores. Las mismas reglas valen para la sociedad comanditaria simple, pues salvada la especialidad que supone conferir la administración social con carácter exclusivo a los socios colectivos, a todos o a algunos de ellos, y excluidos los comanditarios (art. 148 del Código de Comercio), la condición jurídica de los administradores y sus facultades, la organización de la administración y el régimen de representación se regirán por las reglas establecidas para la sociedad regular colectiva. Pues bien, la competencia para adoptar las decisiones del socio único, sociedad colectiva o comanditaria simple que participe íntegramente una sociedad anónima o limitada, parece que puede corresponder indistintamente al socio o socios gestores y al socio o socios representantes, aunque sean distintos, como acto de gestión de los propios intereses sociales, si bien, su formalización por el propio socio, de cara al Registro Mercantil, lógicamente sólo podrán llevarla a cabo los socios representantes autorizados para usar de la firma social.

Existe, además, otro tipo de sociedades en las que coexisten un órgano de gobierno y representación con otro de mera representación. Así, y sin ánimo exhaustivo, podemos citar: 1.º Para las sociedades agrarias de transformación, reguladas por Real Decreto de 3 de agosto de 1981, y Orden de 14 de septiembre de 1982, sin perjuicio de que los estatutos sociales puedan establecer otros órganos de gestión, asesoramiento o control determinando sus competencias, el artículo 10 del citado Real Decreto señala como «órganos de gobierno» a la *asamblea general* (órgano supremo de expresión de la voluntad de los socios cuyas facultades no se fijan con carácter general, sino sólo para casos concretos), la *junta rectora* (como órgano «de gobierno, representación y administración ordinaria», de carácter colegiado, elegido por la anterior, con la que se identifica si el número de socios es inferior a diez), y *el presi-*

dente (órgano unipersonal con las facultades estatutarias «que incluirán necesariamente la representación» de la sociedad, sin perjuicio de las conferidas a la junta rectora); habrá que concluir que la adopción de las decisiones de la sociedad agraria de transformación como socio único de otra sociedad puede corresponder, bien a su junta rectora, o bien a su presidente. 2.º En sede de cooperativas, y centrándonos en la legislación estatal, la Ley 3/1987, en su capítulo VI, regula los cuatro órganos sociales principales, esto es, la asamblea general, el consejo rector, los interventores y el comité de recursos, los tres primeros de carácter necesario, y el último, facultativo. *La asamblea*, integrable por los socios, y en su caso, asociados, es el órgano soberano y deliberante, que según el artículo 43 puede decidir y debatir sobre todos los asuntos propios de la cooperativa, «aunque sean competencia de otros órganos sociales»; el precepto no ha dejado de ser criticado por romper el equilibrio entre los órganos del ente social, y, de hecho, alguna ley autonómica ha impedido que la asamblea decida sobre asuntos de competencia exclusiva de otro órgano social. Pero el órgano de gobierno y representación es el *consejo rector* (art. 53), y tiene una competencia residual para todas las facultades no reservadas por la ley o los estatutos a otros órganos, sin perjuicio de la obligación de sujetarse a la ley, a los estatutos y la política general de la asamblea; la representación de este consejo se extiende en juicio y fuera de él, a todos los asuntos concernientes a la misma, y caso de que se pusieren limitaciones a sus facultades, no se podrán hacer valer frente a terceros. Por su parte, *el presidente del consejo rector* tiene la representación legal de la cooperativa (art. 54), y por lo tanto, no será necesario que actúe ejecutando un acuerdo del consejo, bastando con que manifieste que actúa en nombre de la cooperativa. En consecuencia, las decisiones de la cooperativa como socio único de una sociedad mercantil podrá corresponder, a salvo lo previsto en los estatutos, tanto a la asamblea, como al consejo rector, como a su presidente.

El vehículo formal para el acceso al Registro Mercantil de las decisiones del socio único será con carácter general la escritura de elevación a público otorgada por persona facultada para ello según las reglas expuestas, que tome como base la certificación de su contenido, el acta, libro de actas o testimonio notarial de su contenido (fuera de los casos en que se admite la inscripción directa de éstos, sin necesidad de su formalización en escritura pública, vid. arts. 95, 142 ó 154 RRM). Pero también puede, indudablemente, el socio único, comparecer directamente ante notario, acreditando su condición, y dictarle sus decisiones, dándole directamente forma pública; esta posibilidad fue ya admitida por la RDGRN de 5 de enero de 1993, que contemplaba un caso en el que comparecía ante el notario una sola persona en su doble condición de socio único para tomar una decisión, y de administrador único, para elevarla a público, pero aún así subsiste, como señaló la DG, la obligación de trasladar los acuerdos (mejor «decisiones») al libro de actas. Pues bien, en estos casos en los que es el socio único el que formaliza directamente sus decisiones está muy claro que el Registrador Mercantil debe calificar el proceso de formación de su voluntad. Así, en el supuesto de hecho que origina la Resolución comentada, el Registrador califica como defecto el no aportar los documentos que permitan al mismo examinar la identidad de los patronos y vigencia de sus cargos, y los requisitos de convocatoria, constitución y adopción de acuerdos por el Patronato, en relación con una escritura en la que comparecía el Presidente del Patronato de una fundación, y en ejecución de un acuerdo del mismo, como socia única de una sociedad anónima decidía

el cese y nombramiento de nuevos consejeros; estos documentos se acompañaron luego al escrito de interposición del recurso, aunque de ellos no resultaron acreditados todos los extremos necesarios para calificar la regularidad y validez del acuerdo del Patronato. El Registrador califica la cuestión en la resolución del recurso a la vista de los documentos aportados, y señala la DG que lo correcto sería intentar primero la reforma ante aquél, después la alzada ante la DG, pero en aras de la tan repetida economía procesal, entra directamente a resolver el fondo de la cuestión. El Centro Directivo declara que como en todo supuesto de actuación por medio de representante, el Registrador debe calificar la «existencia, validez y eficacia» del poder de representación invocado, siendo insuficiente que el secretario del Patronato certifique que la reunión se celebró válidamente en segunda convocatoria conforme a los estatutos, pues pese al silencio de éstos y de la ley sobre forma de convocatoria será necesaria la constancia de la fecha y modo en que se efectuó para calificar su validez. Esta doctrina de la DGRN, acorde con las normas que delimitan el ámbito de las facultades calificadoras (vid. arts. 18 del Código de Comercio, 6 y 58 RRM), y dictada para un caso en que es el socio único el que formaliza directamente su decisión, es discutible que sea aplicable a los casos en que esta decisión es certificada por el miembro del órgano de administración con facultades certificantes, y en su caso, elevada a público por el mismo o por otra persona con facultades para ello. Planteémosnos un caso muy sencillo: el de una sociedad pluripersonal, respecto de la cual el administrador único certifica y eleva a público un acuerdo inscribible adoptado por unanimidad en junta universal, a la que asistieron todos sus socios, los señores «A» y «B», y la sociedad «Y», debidamente representada, titulares aquellos de un 1 por 100 del capital social, y ésta, del 99 por 100; si el que actuó como presidente dio por válidamente constituida la junta, el acta de la reunión se aprobó unánimemente por los asistentes al final de la misma, y se firmó por el que hizo las veces de secretario con el visto bueno del presidente, y el administrador la trasladó al libro de actas y certifica de su contenido con todos los extremos exigidos por el RRM, el Registrador no entra, lógicamente, a calificar la representación del que asistió a la reunión en nombre de la sociedad «Y»; el RRM sólo exige que consten en acta el número de socios concurrentes con derecho a voto, los que asisten personalmente o por representante, y el porcentaje que unos y otros representan (art. 97), extremos que deberán trasladarse a la certificación (art. 112, con la especialidad, para la certificación por extracto de su párrafo 3-1.º), pero en ningún caso se reflejan, ni son objeto de calificación, los poderes de representación de los socios que no asistieron personalmente. En relación con el socio único, el artículo 97 RRM sólo exige que se consignen en acta la fecha y lugar de adopción y contenido de la decisión, y si se adopta personalmente o por medio de representante, que se extenderá o transcribirá en el libro de actas, pero no exige que consten las circunstancias relativas al poder de representación del representante del socio único, por lo que si su decisión constatada en acta, debidamente firmada, es certificada por el administrador a quien corresponde la facultad certificante, cuya firma legitima el Notario, y elevada a público por el mismo o por otra persona facultada para ello, parece que el Registrador Mercantil no debe entrar a calificar la existencia y suficiencia de ese poder de representación, quedando tales extremos salvaguardados con las garantías que derivan de las normas sobre formalización y ejecución de acuerdos sociales; sin embargo, cuando tal formalización y ejecución la realiza directamente

el socio único, por sí o por su representante, en uso de las facultades que con carácter especial tiene atribuidas por el hecho de ser socio único, tales garantías no entran en juego, y sí debe el Registrador Mercantil calificar tal extremo. No obstante, cabría alegar que si la calificación registral de los poderes para asistir y votar en las Juntas por parte del Registrador dificultaría enormemente el tráfico, estableciendo la ley una serie de mecanismos protectores de los intereses en juego (piénsese en las figuras del presidente y secretario de la Junta a quienes corresponde darla por constituida, firmar y visar el acta, en las reglas sobre aprobación del acta, en la obligación de legalizar y formalizar reglamentariamente los libros de actas, en las normas sobre responsabilidad de los administradores...), en el caso de la sociedad unipersonal, la calificación registral de tales extremos con independencia de quién realice la formalización documental de las decisiones, no sería tan entorpecedora, ni concurren las peculiaridades y dificultades derivadas del funcionamiento de un órgano colegiado, y es, en todo caso, una mayor garantía en pro de la legalidad.

Una última cuestión que plantea la RDGRN es la relativa a la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 111 RRM, en su redacción anterior a la reforma de 1996, concluyendo que el precepto será sólo de aplicación cuando la formalización del acuerdo inscribible tenga por base una certificación expedida por el nombrado nuevo titular con cargo que conlleve la facultad de certificar. La doctrina sentada por la DG no es nueva, pues en este sentido ya se había pronunciado en una anterior Resolución de 2 de enero de 1992 en que declaró que no era de aplicación el artículo 111 RRM en un caso en que el título inscribible era una escritura pública a la que servía de base la propia acta notarial de la Junta universal en la que se adoptó el acuerdo. Las cautelas que impone el referido precepto tienen por finalidad, según el Centro Directivo, «reforzar las garantías de realidad y exactitud del cambio del titular del órgano» con facultad para certificar los acuerdos sociales cuando el cambio resulte de un acuerdo que accede al Registro Mercantil en virtud de la mera aseveración del sustituto; pero no deben aplicarse cuando sea otra la base documental de acceso al Registro (como en el caso debatido, una escritura de formalización por el socio único de su decisión).

El artículo 111 del anterior RRM se limitaba a establecer lo siguiente:

«Certificación expedida por persona no inscrita. 1. La certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado, sólo tendrá efecto si se acompañare notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular.

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

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

En la reforma de 1996 la redacción del artículo ha sido completada, recogiendo algunas soluciones que ya se habían impuesto en la práctica anteriormente, y también reformada. Así: 1.º Se aclara que la notificación debe hacerse al anterior titular con cargo «inscrito», en su domicilio «según el Registro», y en las formas del artículo 202 del RN. 2.º Que no será de aplicación la

obligación de notificar si se acredita la incapacitación o defunción del anterior titular, su declaración de ausencia o fallecimiento, o su consentimiento mediante su firma legitimada en la misma certificación o en otro documento separado. 3.º Que el precepto será también de aplicación a la inscripción de nombramiento del cargo con facultad certificante, cuya elevación a público realizada por el nombrado se haga en virtud de acta, libro de actas o testimonio notarial de los mismos. 4.º Y que si el titular anterior acredita la interposición de querrela criminal por falsedad en la certificación, el Registrador lo hará constar por nota marginal, que no impedirá, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior a esta reforma, inscribir los acuerdos certificados. Precisamente por ello, el recurrente, con una interpretación *sui generis* de la Disposición Transitoria 7.ª del vigente RRM, solicita la aplicación del nuevo artículo 111, que no impone el cierre registral pese a que no estaba vigente al tiempo de extenderse la nota de calificación recurrida. La RDG, en el primer inciso de su segundo fundamento de derecho, confirma la aplicabilidad del artículo 111 en su versión anterior, aunque no entre a examinar el fondo de la cuestión al considerar que el caso debatido cae fuera del supuesto de hecho de la norma en atención al medio de formalización documental del acuerdo o decisión inscribible.

Para finalizar, destacar que la DG apunta que pueden generarse cuestiones problemáticas por el hecho de que el nombramiento recaiga en la misma persona que en representación del socio único realiza la designación (entendemos derivadas del conflicto de intereses), ajenas al contenido del artículo 111 del RRM, y en cuyo examen no entra, lógicamente, por no haber sido planteadas en la nota de calificación registral.

L. R. S.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MÚGICA ALCORTA

«ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO»: NO ES PRECISO DEMANDAR A TERCEROS QUE NO SEAN INTERESADOS DIRECTOS. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1996.)

Hechos.—*Actio communi dividundo* ejercitada sin traer a los autos a las personas con quienes los copropietarios tenían constituida la obligación de entregarles la mitad del precio que se obtuviera con la venta de la finca común.

Doctrina de la sentencia.—La justificación del litisconsorcio pasivo necesario ha de buscarse en la relación jurídico-material controvertida en el pleito, exigiendo la presencia de todos los interesados directos en ella, únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios. En el caso debatido, la sentencia que recaiga en el litigio, en el que sólo se ventila la división de la cosa común, no puede en ningún caso afectar a las personas con quienes los copropietarios tenían la obligación de entregarles la mitad del precio que se obtuviera con la venta de la finca común, pues esta obligación nace de otro título distinto, totalmente independiente y extraño a la relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración.

ACCESION: ARTIFICIAL O INDUSTRIAL. MALA FE DEL CONSTRUCTOR Y DEL DUEÑO DEL SUELO. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1996.)

La buena o mala fe es un hecho cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. Cuando se aprecia mala fe en el constructor y en el dueño del terreno y se aplican, según el artículo 364 del Código Civil, las mismas reglas que para el caso de buena fe de ambos propone el artículo 361, no cabe privar al dueño del suelo del derecho a adquirir la edificación previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil e imponerle la

solución de que venda el terreno al constructor, sino que debe aplicarse en sus propios términos dicho precepto del artículo 361.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. OBJETO. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1996.)

Cuando el pretendido dominio del actor es de fecha posterior a la existencia del embargo, en el contraste de los respectivos instrumentos jurídicos debe decaer la acción de tercería

El objetivo fundamental de las acciones de tercería de dominio es que, con base en una posición jurídica de carácter dominical del actor y si la misma es prevalente, se pueda alzar la medida del embargo trabada, sin que ello suponga una declaración *ad hoc* sobre el dominio en cuestión de la finca embargada.

RETRACTO DE COMUNEROS: COMPUTO DEL PLAZO. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1996.)

El artículo 1.524 del Código Civil fija el plazo de nueve días desde la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, pero el precepto no resulta cerrado, ya que también establece que dicho plazo de caducidad, al no haber inscripción registral, cuenta desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la enajenación; conocimiento que no se refiere a tener noticia o mera información, sino necesariamente a haber sabido y entendido todos los pactos y condiciones de la enajenación.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: SUSPENSION POR INTERPOSICION DE TERCERIA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La tercería de dominio no es idónea para impugnar la existencia de una hipoteca sobre el inmueble controvertido. Por naturaleza, la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba, y en su consecuencia atacar el embargo trabado y pedir su alzamiento.

La exigencia del artículo 132.2.º LH de aportar un título inscrito junto con la demanda de tercería de dominio es un requisito inexcusable de admisibilidad de la demanda para lograr la suspensión del procedimiento sumario. En caso de haberse aportado un documento privado, el procedimiento de tercería debe reputarse nulo.

COMENTARIO

Indica ROSA SASTRE que la tercería de dominio del artículo 132.2.º LH exige tantos requisitos, que difícilmente podrá producirse. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA considera que se trata de un supuesto excepcional, pues en casos normales

no es factible imaginar un título de propiedad inscrito con anterioridad a la hipoteca por un tercero, por lo que esta causa de suspensión del procedimiento judicial sumario no tiene lugar en la práctica y ninguna sentencia se refiere a ella.

Únicamente en el sentido de desestimar la tercería de dominio e inadmitir la suspensión, cabe citar las Sentencias de 4 de febrero de 1987 y 26 de septiembre de 1991. Como dijo la primera de ellas, el procedimiento judicial sumario obliga a extremar las precauciones sobre la admisión de tercerías, cuya primera medida a adoptar es la suspensión del procedimiento ejecutorio, razón por la que el artículo 132.2.º LH fuerza la investigación y examen de los títulos acompañados por el tercerista.

Sin embargo, la Sentencia de 22 de julio de 1994 recordó que el procedimiento judicial sumario no tiene carácter definitivo, pues en cualquier caso cabe el juicio declarativo correspondiente, y predicó igual naturaleza de un incidente de suspensión del artículo 132 LH, iniciado en el Juzgado de Primera Instancia como cuestión puramente incidental de otra principal, negando su acceso a la impugnación casacional.

ACCION REIVINDICATORIA: DIFERENCIAS CON LA ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1996.)

El éxito de la acción real reivindicatoria lleva consigo necesariamente la reintegración al vencedor de la posesión de cosa de su propiedad que indebidamente ostenta el vencido. No se trata, pues, de obtener una mera declaración de que al actor le corresponde la titularidad de la cosa, que es el objeto específico de la acción declarativa, protectora también como la reivindicatoria de la propiedad, pero distinta por sus efectos y consecuencias.

Procede la desestimación de la acción reivindicatoria por falta de identificación de lo reclamado.

EJECUCION HIPOTECARIA: CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO. AGREGACION DE UNA FINCA A OTRA HIPOTECADA: ARRASTRE DE CARGAS. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—El Banco Hipotecario de España como acreedor hipotecario cuenta con un procedimiento ejecutivo especial regulado en los artículos 91 a 94 de los Estatutos de dicho Banco, aprobados por Real Decreto de 3 de noviembre de 1928. Dichos preceptos recogen lo establecido por los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica de dicha entidad bancaria de 2 de diciembre de 1872.

Hay que tener en cuenta la viabilidad constitucional de la característica fundamental del procedimiento ejecutivo hipotecario especial de la Ley de 2 de diciembre de 1872, que constituye un verdadero proceso de ejecución, sin fase alguna de cognición y que relega toda reclamación u oposición a un juicio declarativo ordinario posterior, manifestado así por la STS 6/1992, de 16 de enero, que puede estimarse como epítome de otras anteriores, cuando proclama refiriéndose al procedimiento sumario del artículo 131 LH —de

absoluta similitud al que se contempla— que clara y taxativamente ha de reiterarse que su regulación y fundamento no afecta *per se* al derecho fundamental que se contiene en el artículo 24.1 CE.

La doctrina constante y pacífica del Tribunal Constitucional sobre la indefensión puede centrarse en tres puntos: a) Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso. b) La indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE no nace de la simple infracción de las normas procesales, sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. c) La Constitución Española no protege situaciones de simple indefensión formal sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio a alguna de las partes. En la litis enjuiciada no ha existido indefensión procesal formal, pues se cumplió la citación al deudor para la subasta por cédula y por edictos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de 2 de diciembre de 1872; ni tampoco ha existido indefensión material en el trato procesal sufrido por la parte ejecutada y ello por el dato del conocimiento extraprocesal que tuvo con anterioridad de la celebración de la subasta.

Que se haya extendido la finca, garantía de la hipoteca, con una nueva agregada que ha dado lugar a otra finca registral, no sólo no contradice para nada el artículo 110 LH, que sólo se refiere a la extensión de la hipoteca a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados, sino que no altera para nada el *sustratum* de la garantía hipotecaria, en todo caso, si así fuera, lo sería para aumentar la base de la misma. Y en este sentido es clarificadora la inscripción efectuada en el Registro de la Propiedad. Además, no tiene nada que ver, por lo menos en sus consecuencias, que la finca primigenia fuera la que figurara en la demanda, la anunciada en los edictos y la subastada y la adjudicada, para que la escritura pública derivada de la adjudicación en subasta se refiera a la resultante con la agregación, porque tanto en el fondo como en la forma la finca sujeta por la hipoteca aparecía en dicha escritura.

COMENTARIO

Permítasenos extender el comentario de esta sentencia a las siguientes materias: A) especialidades del proceso de ejecución hipotecaria en favor del Banco Hipotecario de España; B) conceptos de agrupación y agregación de fincas, y C) arrastre de cargas en la agrupación y agregación de fincas.

A) Respecto a las **especialidades del proceso de ejecución hipotecaria en favor del Banco Hipotecario de España**, la STC 4/1981, de 18 de diciembre, declaró que la ausencia de contradicción, característica común a este procedimiento y al del artículo 131 LH, no produce indefensión ni su inconstitucionalidad *ex* artículo 24 CE; pero no entró a analizar el privilegio del Banco Hipotecario, porque los demandantes del amparo utilizaron como término de comparación el juicio ejecutivo ordinario de los artículos 1.429 y siguientes LEC y no el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Con posterioridad, las especialidades de la ejecución hipotecaria en favor del Banco Hipotecario fueron declaradas aplicables en SSTs de 18 de junio de 1991 y 17 de junio de 1994, y en RDGRN de 13 de abril de 1982 (si bien en el comentario a la última de REY PORTOLÉS, en esta Revista, año 1983, núm. 558, pág. 1274, y en *Escritos varios sobre hipotecas y sobre anotaciones*

preventivas de embargo, se indicó que el art. 36, inciso 2.º de la Ley constitutiva del Banco pertenecía a una regulación procedimental ya superada).

La importante STC 128/1994, de 5 de mayo, declaró la nulidad de los artículos 33 a 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y 10 a 13 del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, aprobado por Real Decreto-ley 104/1928, de 4 de agosto, entendiendo que dichos preceptos son contrarios al artículo 14 de la Constitución, dado que no existe justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado en favor del Banco Hipotecario. Por ello la STC 166/1994, de 26 de mayo, entendió que no había lugar a pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad por haber sido ya declarada en la STC 128/1994 la inconstitucionalidad y nulidad de las normas legales cuestionadas, «siendo el efecto inmediato de la anulación de cualquier norma su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza». Ello no obsta a que, de conformidad con el artículo 40 LOTC y según recuerda el Fundamento Jurídico 6 de la STC 128/1994, «las consecuencias de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley no alcanzarán a los procesos ya fenecidos», como lo era el de la sentencia ahora reseñada, según resulta de sus antecedentes de hecho, y de ahí que en ella no se invoque la inconstitucionalidad del procedimiento.

Debe añadirse que la STC 128/1994 ha sido comentada por los procesalistas ROBLES GARZÓN y SENES MONTILLA (*La Ley*, 31 de enero de 1995), y por los hipotecaristas REY PORTOLÉS («Breve nota de alcance para acompañar el texto de la llamativa STC de 5 de mayo de 1994», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, año 1994, núm. 311; también incluida en *Estudios varios sobre hipotecas y anotaciones de embargo*, 1995); LÓPEZ MEDEL («Constitucionalismo y privilegios del Banco Hipotecario de España», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, 1995), y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, 1994). De ella hace aplicación la STS de 11 de noviembre de 1994 para declarar la nulidad del sistema de subrogación legal del adquirente; y es asimismo citada en la STS de 14 de noviembre de 1996, reseñada *infra*.

B) Otro aspecto a destacar, en relación con los últimos pronunciamientos recogidos, es la necesidad de diferenciar los **conceptos de agrupación**, reunión de dos o más fincas para formar una nueva; y **agregación**, que en sentido propio u ordinario se refiere a la agregación de parte de finca segregada a otra finca inscrita, aunque en sentido impropio o especial abarca una operación de sustitución de la agrupación, consistente en la agregación de una finca inscrita a otra. Esta última hipótesis de segregación fue preconizada por MORELL, LACRUZ y CAMY, admitida por la RDGRN de 14 de marzo de 1975 y recogida por el artículo 48 RH, redactado por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 (con rectificación de errores de 17 de diciembre de 1982).

Aunque la terminología de la sentencia que comentamos es equívoca, el Tribunal Supremo en otras ocasiones ha puntualizado que «la agrupación hipotecaria de fincas produce la extinción o cierre del folio registral correspondiente a cada una de las agrupadas, cuyas vicisitudes, por tanto, no pueden ser ya incorporadas al mismo, procediéndose a la apertura de otro nuevo para la finca resultante de dicha agrupación» (Sentencia de 4 de junio de 1993) y que «el simple hecho de la agrupación ya llevaba en sí una nueva finca que como tal constituía una entidad registral también nueva, independiente y

totalmente distinta de las que la componían, y que desde este momento quedaban extinguidas, surgiendo como consecuencia una titularidad única» (Sentencia de 12 de noviembre de 1978). Según la RDGRN de 13 de enero de 1995, lo que singulariza la agregación es el hecho de que con tal operación la finca principal, aquella a la que se agrega la superficie de otra u otras ya inscritas, conserva su propia individualidad y con ello su número de identificación registral y el Registrador no puede por sí solo sustituir un tipo de modificación de entidad registral por otra que siendo optativa para el interesado no fue la elegida por él.

La distinción tiene sus consecuencias, no sólo en cuanto a la mecánica registral, sino también en el campo fiscal, pues a efectos del gravamen gradual de actos jurídicos documentados, la base imponible en caso de agregación será el valor de la finca que se agrega, mientras que en caso de agrupación vendrá constituida por el valor de todas las fincas que se agrupen, y así lo explicó la Dirección General de Tributos en respuesta de 4 de mayo de 1995 a consulta formulada al efecto.

Sin embargo, es cierto que tras la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982 se ha producido una aproximación entre ambas operaciones y ha pasado a ser criterio de distinción el meramente cuantitativo del artículo 48 RH, que exige que en la agregación la extensión de la finca a la que se agregue otra, otras, una o varias partes que se segreguen, represente, por lo menos el quíntuplo de la suma de las que se agreguen. Quizá por ello el Arancel de los Registradores de la Propiedad, aprobado por Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, establece en su número 2, apartado 2.a), que en las agrupaciones y agregaciones se tomará como base el valor de la finca resultante (aplicado por la Junta Directiva del Colegio de Registradores en Resolución de 17 de abril de 1990, sobre impugnación de honorarios y, asimismo, por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 1 de junio de 1990).

C) Finalmente, conviene precisar otro aspecto no suficientemente aclarado en esta sentencia, como son las consecuencias de la agrupación o agregación de fincas, hallándose alguna o algunas de ellas hipotecadas. El **arrastre de cargas en la agrupación y agregación de fincas** puede considerarse un arrastre puramente tabular o librario (art. 48, párr. 2.º y art. 51, regla 7.ª RH) que por sí solo no significa que la hipoteca cambie de extensión objetiva respecto de la finca gravada (art. 110.1.º LH). La RDGRN de 11 de mayo de 1978 aplica esta regla en el supuesto en que una de las fincas agrupadas esté afecta a un derecho de reversión a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, afirmando que los titulares de derechos reales sobre las fincas no se verán afectados por la agrupación realizada, y que en este sentido el artículo 110.1.º RH presupone que cuando una finca hipotecada se agrupa con otra que no lo está, la hipoteca que grava a la primera no se extiende a la otra porción agrupada. ROCA SASTRE entiende que *la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada*, sin que la misma se extienda a las demás fincas o porciones; como la agrupación no afecta para nada al derecho del acreedor hipotecario, si éste procede a la ejecución y se enajena forzosamente la finca hipotecada que se agrupó, se producirá una desagrupación de la misma. Igualmente, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA sostiene que si se agrupa una finca o varias fincas hipotecadas con otra u otras que no lo están y se insta el procedimiento judicial sumario sobre la porción hipotecada, el correspondiente mandamiento de cancelación puede llevar consigo la desagrupación de la finca por ser una operación posterior a la hipoteca.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE FALTA DE TITULO DEL POSEEDOR. POSESION DE MALA FE. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1996.)

Para la eficacia de la acción reivindicatoria, además de la existencia de título por parte de quien reclama la propiedad y de la identificación de la cosa, se requiere la falta de título que permita la continuación de la posesión por parte del poseedor no propietario.

La buena o mala fe del poseedor es una cuestión de hecho cuya determinación compete al juzgador de instancia en la medida en que es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidos de unos hechos ampliamente examinados por la instancia. A partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, esa impugnación casacional sólo podrá hacerse alegando error de derecho en la valoración de la prueba por el cauce procesal del actual número 4.º del artículo 1.692 LEC y con invocación de las normas valorativas de prueba que se estimen infringidas.

DOBLE INMATRICULACION. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1996.)

Hechos.—El titular registral de una finca instó la declaración de nulidad del título por simulación absoluta y la cancelación de la inmatriculación practicada al amparo del artículo 205 LH de otra finca con diferente descripción registral, pero referida al mismo inmueble. El Juzgado de Primera Instancia declaró que la compraventa entre los demandados carecía de causa verdadera y conducía a la declaración de nulidad del negocio por falsedad de aquélla (arts. 1.261, 1.275 y 1.276 del Código Civil), quedando desvirtuada la presunción legal de su existencia (art. 1.277 del Código Civil). La Audiencia Provincial dedujo que la titulación estaba «prefabricada» para obtener el acceso al Registro de la Propiedad por la vía del artículo 205 LH y que no podía proclamarse su validez porque en su biología se infringieron los artículos 1.261.2.º y 3.º, 1.275, 1.276 y 1.300 del Código Civil y confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El fallo recoge los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial y añade que, por si fuera poco, la existencia de la causa es una cuestión de hecho y la determinación de su existencia es de orden fáctico; e incluso la existencia o no del contrato y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es una cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación, salvo que se impugne por vía adecuada.

TERCERO HIPOTECARIO: NO ESTA PROTEGIDO FRENTE A LA RETROACCION DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1996.)

La nulidad del artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio es absoluta o de pleno derecho y tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se han mostrado estrictos a la hora de su aplicación. Difícilmente puede aceptarse con una hermenéutica ajustada que los actos de enajenación o administración del quebrado, en cuanto negocios bilaterales realizados con otra parte contratante, no sean en todo caso afecta-

dos de nulidad radical, incluso en el supuesto de que el adquirente hubiera inscrito su derecho en el Registro Inmobiliario, pues el citado precepto contiene una presunción de fraudulencia *iuris et de iure* y es, sobre todo, una norma legal específica dictada para las quiebras que no admite excepciones en razón de la *pars conditio creditorum*. Problema distinto es el de considerar en los supuestos en que tal evento ocurra si el subadquirente se encuentra protegido por el artículo 34 LH, cuando concurran los requisitos en favor de tal aplicación a los negocios nulos. Mas la disputa sobre los derechos del tercer adquirente registral y de la protección otorgada por el artículo 34 LH resulta estéril y fuera del tema fáctico en el supuesto enjuiciado, ya que el objeto de lo que se debate no viene constituido por la propiedad de inmuebles, ni por derechos reales con acceso al Registro Inmobiliario, sino por derechos de arrendamiento y consiguientes derechos de traspaso sobre puestos de mercado.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1996.)

La notificación y requerimiento hechos en el domicilio señalado en la escritura de hipoteca son ajustados a derecho, cuando dicho domicilio no ha sido modificado utilizando la facultad de alteración que concede el artículo 130 LH (manifestación del cambio, conformidad del acreedor y constancia en el Registro de la Propiedad).

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACION PROCESAL DEL PRESIDENTE. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

Basta el válido acuerdo de la Junta de Propietarios autorizando al presidente para el ejercicio de la acción interdictal contra el propietario de un local que realizó obras de ahondamiento en el subsuelo. Si se desestimó aquélla por estar ya terminadas las obras, el declarativo era consecuencia lógica de la inicial contienda y la última posibilidad legal que restaba a la comunidad para hacer valer sus derechos frente a quien los vulneraba, para lo cual no era necesaria nueva convocatoria de la Junta, siempre que no cambiase el contenido de la pretensión autorizada.

No cabe duda de que suelo y subsuelo constituyen elementos comunes, de manera que excavar la arena del segundo, dándole al local una altura o profundidad adicional, constituye la realización de obras que afectan al título constitutivo y han de someterse al régimen del artículo 16.1 LPH.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

La ampliación de un local comercial sobre un terreno anejo al mismo, al contribuir a la configuración definitiva del edificio, afecta al título constitutivo y, consiguientemente lleva consigo una alteración en la estructura que precisa del consentimiento unánime de los demás miembros de la comunidad, consecuencias que dimanar de la aplicación de los artículos 5, 7, 11 y 16 LPH y de la constante doctrina jurisprudencial pronunciada sobre el particular.

PROPIEDAD: LIMITACIONES. RELACIONES DE VECINDAD. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—Vertidos de escombros procedentes de explotación minera a la propiedad colindante situada a una altura inferior

Doctrina de la sentencia.—La situación geográfica de la concesión le obligaba a tomar las medidas necesarias para que sus vertidos no fuesen a parar a la concesión colindante situada a una altura inferior y, no haciéndolo, incumplió el deber de previsión con infracción de los artículos 1.104 y 1.902 del Código Civil por el daño producido, o bien, con el mismo efecto jurídico, aunque se previesen las consecuencias, no se adoptaron aquellas medidas, dado que con las medidas de seguridad adecuadas los deslizamientos de escombros no se darían; como asimismo incumplió el artículo 348 del Código Civil en cuanto a invasión de la finca propiedad de otro. Los propietarios de la finca invadida tienen derecho de gozar de su propiedad como bien los pareciere, e impedir las inmisiones voluntarias en su recinto practicadas por otro contra su voluntad.

EJECUCION HIPOTECARIA: COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL PROCEDIMIENTO EN FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en su Disposición Final 1.ª, apartado 2, determina como Juez competente para conocer del procedimiento del artículo 131 LH, cualquiera que sea la cuantía de la obligación, el Juez de Primera Instancia del partido en que radique la finca, no teniendo aplicación las normas generales sobre sumisión expresa o tácita de la LEC (arts. 56, 57 y 58). El Tribunal Constitucional, en Sentencias de 5 y 26 de mayo de 1994 declaró la nulidad de los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y 10, 11, 12 y 13 del Real Decreto-ley 104/1928, de 4 de agosto del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, basándose en que el procedimiento de ejecución de dicha entidad supone un privilegio no justificado desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, utilizando como término de comparación el regulado en el artículo 131 LH

No existen normas específicas que predeterminen la competencia territorial para los procedimientos instados por el Banco Hipotecario que eliminen el fuero procesal de la LEC (arts. 62 y 63); por lo que ha de partirse de la concurrencia de la cláusula de sumisión expresa para determinar su eficacia y alcance respecto a la competencia de los Juzgados para conocer de estos procedimientos hipotecarios especiales.

En esta línea ha de tenerse en cuenta la más moderna doctrina jurisprudencial respecto a los pactos de sumisión que autoriza el artículo 57 de la Ley Procesal Civil, acomodada a la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, que encuadra dichas cláusulas de sumisión en el concepto de abusivas, pues los préstamos hipotecarios otorgados en el caso de autos se han de calificar como contratos de adhesión, en los que la negociación bilateral es mínima, imponiendo el Banco Hipotecario condiciones y privilegios, lo que hace aplicable

el fuero que establece el artículo 62.3.º LEC y por ello procede decretar la competencia a favor del Juzgado donde están situadas las fincas perseguidas.

COMENTARIO

Ya la STC 128/1994, de 5 de mayo, recogió dentro del cuadro jurídico en que se desenvuelve el proceso de ejecución en favor del Banco Hipotecario de España la Disposición Final 1.ª, apartado 2 de la Ley 10/1992, y aunque algunos órganos judiciales proponentes de las cuestiones de inconstitucionalidad invocaron el privilegio que en favor del Banco Hipotecario constituía la admisibilidad de cláusulas de sumisión expresa, el Tribunal Constitucional, al llegar a la conclusión de que el proceso en sí es contrario al artículo 24 CE, no entró a examinar las objeciones puntuales formuladas y, entre ellas, la de la competencia territorial.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACION DE ESTATUTOS. CONTRIBUCION A GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El artículo 16, norma 1.ª LPH exige el acuerdo de la Junta de propietarios por unanimidad para que sea válida la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos; y lo mismo ha de predicarse respecto a la sustitución del sistema de contribución a los gastos comunes.

INMATRICULACION POR CERTIFICACION DEL ARTICULO 206 LH A FAVOR DE LA IGLESIA CATOLICA. DOBLE INMATRICULACION. MONTES VECINALES EN MANO COMUN. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—Doble inmatriculación de ermitas ubicadas en montes vecinales en mano común en Galicia, inscritas a favor de la Iglesia católica y a favor de unas comunidades vecinales.

Doctrina de la sentencia.—Aunque el alegato de inconstitucionalidad del artículo 206 LH se integra en el suplico de la demanda sin otra finalidad que la instrumental de apoyo y de refuerzo a la petición principal y carece de intensidad casacional para apreciar vicio de incongruencia y la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha de entrar en su análisis, conviene hacer constar su opinión en la cuestión al darle ocasión casacional para ello. La inmatriculación de bienes de la Iglesia católica, cuando los mismos están desamparados de título inscribible, en principio puede suponer desajuste con el principio constitucional de aconfesionalidad del Estado español (art. 16.3 CE), no coincidente con la situación existente en el siglo pasado, concretamente referida a la Ley de Desamortización General de los Bienes del Estado y de la Iglesia católica de 1 de mayo de 1855 y al Convenio-Ley de 4 de abril de 1860, que propiciaron la inscripción registral de los bienes que quedaron en poder de la Iglesia y excluidos de la venta forzosa, arbitrándose una fórmula similar a la establecida para el acceso al Registro de la Propiedad de los bienes estatales y que consistía en la certificación eclesiástica, no de dominio sino de pose-

sión, y este título es el que en la actualidad tiene difícil encaje en el artículo 3 LH.

El precepto registral 206 se presenta poco conciliable con la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución, ya que puede representar un privilegio para la Iglesia católica, en cuanto no se aplica a las demás confesiones religiosas inscritas y reconocidas en España, dado que en la actualidad la Iglesia católica no se encuentra en ningún sitial especial o de preferencia que justifique objetivamente su posición registral y tratamiento desigual respecto de otras confesiones, consecuencia del principio de libertad religiosa establecida en el artículo 16.1 CE.

En el supuesto enjuiciado, la propiedad de la Iglesia tampoco encuentra amparo en la inmatriculación que de los bienes litigiosos fue practicada por la vía del artículo 206 LH en fecha posterior a la que figura a favor de las comunidades vecinales. La inscripción a favor de la Iglesia, sin perjuicio de la suspensión de efectos respecto a terceros por el plazo de dos años desde su fecha, conforme al artículo 207, expresa una presunción *iuris tantum* de legitimación que cede ante realidades extrarregistrales, como es la usucapión extraordinaria y en el caso del recurso la posesión inmemorial de los montes y carballeiras donde se ubican las ermitas a favor de las comunidades de vecinos, y sobre todo ante su titularidad inscrita anterior.

Es exigencia básica de nuestro ordenamiento registral, de conformidad con los principios de legitimación, tracto y salvaguarda judicial de los asientos, la improcedencia de toda inmatriculación cuando la finca que se pretende ingresar, perfectamente identificada, está ya inscrita a favor de otra persona, lo que no se puede obviar acudiendo a formar arbitrariamente enclaves y segregaciones carentes de toda justificación.

La vida jurídica de los montes comunales y vecinales en Galicia se desarrolló en el exclusivo campo del derecho consuetudinario, fijado por la jurisprudencia, que estructuró las características de esta peculiar institución jurídica. Esta doctrina jurisprudencial que fue en parte recogida en la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, su Reglamento de 22 de febrero de 1962, y artículos 88 y 89 de la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, derogada por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, y actualizada en el artículo 14 de la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, en la procura de una regulación y consolidación de las titularidades a favor de los vecinos de las respectivas demarcaciones territoriales, en régimen de comunidad germánica o de mano común, con las notas inseparables de ser indivisible, inalienable e imprescriptible y de no atribución de las titularidades ni a los municipios u otros entes locales, pues éstos si alguna intervención ostentan en los mismos sólo ha de entenderse como intervencionismo administrativo para el mayor disfrute y aprovechamiento intervecinal.

La consolidación legislativa está representada por la Ley de 27 de julio de 1968, sobre Montes Vecinales en Mano Común, cuyo artículo 5 facilita la inscripción en el Registro a nombre de las respectivas comunidades titulares con base en la resolución del Jurado Provincial. Dicha Ley fue desarrollada por el Reglamento de 26 de febrero de 1970. La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, regula los Montes Vecinales en Mano Común, con independencia de su origen, para consagrar la titularidad de las agrupaciones vecinales en su condición de grupos sociales y no como entidades administrativas y en su artículo 13 —sin perjuicio de la salvedad de su DT 1.ª—

dispone que la clasificación del Jurado Provincial produce el efecto de atribuir la propiedad del monte a la comunidad vecinal correspondiente y servir de título para su inmatriculación registral, estableciendo así una presunción legal que no impide discutir el dominio en vía judicial, pues el precepto resulta previsor, al admitir que la atribución de propiedad pueda ser destruida por sentencia firme en contra pronunciada por la jurisdicción ordinaria.

El ordenamiento jurídico gallego cuenta en la actualidad con su específica regulación, al haberse aprobado y regir la Ley 13/1989, de 13 de octubre, que también atribuyó la propiedad de estos inmuebles a las agrupaciones vecinales, disponiendo su artículo 13 que la resolución firme de clasificación de un terreno como monte en mano común atribuye la propiedad a la comunidad de vecinos correspondiente en tanto no exista sentencia judicial que lo contradiga.

COMENTARIO

GÓMEZ GÁLLIGO comenta esta sentencia en el Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña (año 1997, núm. 72, pág. 325), subrayando como consideración más importante su declaración *obiter dictum* de la posible inconstitucionalidad del artículo 206 LH y señalando que la cuestión no se aborda en la reciente adición de un nuevo párrafo al precepto, llevada a cabo por el artículo 144 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Además, sobre las materias tratadas en la sentencia pueden verse sendos artículos publicados en esta misma revista «Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el diocesano», de HAZA DÍAZ (año 1995, núm. 630, pág. 1585), y «La protección registral de los montes vecinales en mano común», de CORRAL DUEÑAS (año 1995, núm. 634, pág. 823).

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS SOBRE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Las obras de cercamiento o cerramiento del edificio no integran alteración de la estructura o fábrica del mismo o de sus elementos comunes, ni afectan al título constitutivo, por lo que para la ejecución de las mismas basta el acuerdo de la mayoría de propietarios, el cual puede ser impugnado por los disidentes dentro del plazo de caducidad que establece el artículo 16, regla 4.ª LPH.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—*Actio communi dividundo* sobre vivienda y garaje anexo que obtuvieron la calificación de VPO.

Doctrina de la sentencia.—La indivisibilidad de la cosa común puede ser no sólo real, sino también jurídica, entendiéndose ésta cuando el bien resulta in-

servible para el uso a que se destine, se produce un anormal desmerecimiento o genera un gasto considerable para los condóminos; e incluso cabe apreciarla cuando concurren especiales circunstancias artísticas, históricas o económicas arraigadas que lesionan gravemente el acervo y caudal cultural de un pueblo y perturbarían intereses sociales fundamentales de la colectividad, proclive a que se mantenga la unidad de la propiedad, ocasionando rechazo grave la división; e incluso también pueden jugar factores de seguridad ciudadana.

Sentado lo anterior y no estando conformes los litigantes en que se lleve a cabo la adjudicación a uno de ellos, abonando la parte económica correspondiente al otro, ha de entrar en juego la forma subsidiaria para hacer cesar el estado de indivisión que establece el artículo 404 del Código Civil y es la venta y reparto del precio. Ello aunque en el futuro exista la posibilidad de que los precios que pudieran obtenerse de la venta en licitación pública sobrepasen los oficiales, dado que la legislación de VPO no prohíbe sus transmisiones sucesivas y de producirse, aun rebasando los precios máximos, estas ventas ulteriores no serían radicalmente nulas, conforme ha declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de febrero y de 24 de junio de 1991, que decretan improcedente la nulidad total del negocio y procedente la nulidad parcial de la obligación relativa de precio pactado con exceso. Conforme a nueva doctrina, no afecta a la validez de la compraventa el pacto de precio superior al oficial, que sólo ocasiona infracción administrativa, con sanciones económicas y pérdidas de beneficios.

DOBLE VENTA. TERCERO HIPOTECARIO: BUENA FE (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Aunque la buena fe sólo se menciona en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473 del Código Civil, reiterada jurisprudencia la considera también requisito fundamental en la hipótesis del párrafo 2.º La concurrencia de mala fe constituye cuestión de hecho cuya apreciación queda reservada al juzgador de instancia. La existencia de mala fe requiere una declaración expresa.

La buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente. En el supuesto de autos, como en el momento de la adjudicación judicial derivada de un juicio ejecutivo y posteriormente inscrita ya existía otra precedente en otro juicio ejecutivo, llevada al Registro de la Propiedad mediante la aportación de la documentación motivadora del correspondiente asiento de presentación, que se canceló por caducidad, nada obsta a la conclusión de que esta segunda venta judicial pudo ser conocida por los terceros interesados en la adquisición de la finca, que figuraban implicados en otro procedimiento judicial afectante al mismo inmueble, máxime cuando quedaban obligados a agotar el cuidado para descubrir la real situación de la finca, y la consulta registral para este fin era el medio idóneo para alcanzar dicha noticia.

La tipificación de la doble venta requiere, para su existencia, la no consumación de la primera al tiempo del perfeccionamiento de la segunda, puesto que, en caso contrario, se produce la situación de enajenación de cosa ajena por falta de objeto de la posesión, que jurídicamente deriva en la inexistencia de ésta.

HIPOTECA: CLAUSULAS DE INTERES VARIABLE. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—En escritura de préstamo hipotecario a interés variable se pactó como tipo de interés de referencia el preferencial del Banco prestamista para operaciones de crédito y préstamo a un año comunicado al Banco de España, desaparecido a la fecha del otorgamiento de conformidad con lo dispuesto en la Circular 11/1988, de 11 de julio, del Banco de España.

Doctrina de la sentencia.—Es correcta la labor de búsqueda de un criterio aplicable una vez que la entidad prestamista dejó de publicar y comunicar al Banco de España el tipo preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año. Sin embargo, las sentencias de instancia no respetan lo pactado, pues aluden a un módulo de revisión (interés de préstamos hipotecarios) distinto del acordado, siendo así que para el cálculo de ambos intereses se siguen distintos procedimientos. El Tribunal Supremo establece como tipo de interés de referencia la media aritmética de los tipos de referencia para operaciones de crédito y préstamo a un año de determinados Bancos, que en la escritura de préstamo hipotecario se tomaba en consideración para fijar los límites de variabilidad del tipo de referencia; todo ello en tanto no se publiquen y comuniquen al Banco de España por el prestamista los tipos de interés preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año.

El pago de los intereses ya revisados y calculados por el Banco prestamista no significaba en modo alguno aceptación a lo hecho por el mismo, como lo demuestran las reclamaciones del deudor al Banco y al Servicio correspondiente del Banco de España. El pago fue obligado para que la entidad prestamista no diera por vencido el préstamo en caso contrario. Si siempre son sospechosas de ilicitud las cláusulas *solve et non repete*, la intimidación y coacción económica de la cláusula pactada la haría sin duda nula de pleno derecho con arreglo al artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pero en el litigio es inaplicable por la naturaleza de la obligación (préstamo con hipoteca para la adquisición de una oficina de farmacia), que la hace incidir en el supuesto que prevé su artículo 1.3.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Uno de los requisitos indispensables para que pueda surgir la figura del tercero hipotecario del artículo 34 LH, es que el adquirente sea de buena fe, condición esta *sine qua non* para que sea aplicable el mencionado precepto hipotecario. La buena fe que el artículo 34 LH exige a los que desean ampararse en la protección registral consiste, en su aspecto positivo, en la creencia de que la persona de quien recibió la finca era dueño de ella y podía transmitir su dominio, como indica el artículo 1.950 del Código Civil, y en su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente. En el caso enjuiciado no se da el aspecto positivo ni el negativo mencionados, desde el instante en que el contrato de compraventa es nulo por simulación absoluta.

PROPIEDAD URBANA: CONTENIDO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Disponía el artículo 76 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios»; principios que han sido recogidos por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y el Texto Refundido de 26 de junio de 1992, siendo facultad de la autoridad administrativa competente la determinación del concreto contenido de propiedad de cada parcela (aunque el mismo esté sometido al *ius variandi* propio del planeamiento). A tal determinación han de estar los órganos jurisdiccionales del orden civil que no podrán modificar con sus resoluciones el régimen así establecido, por tratarse de una materia sometida con carácter exclusivo a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo.

ADQUISICION DE DOMINIO: EN VENTA FIDUCIARIA. ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. EN CASO DE VENTA FIDUCIARIA. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El negocio jurídico consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Cuando no envuelve fraude de ley, el contrato es válido y eficaz.

En el supuesto litigioso, el vendedor ejercitó una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien y la debida identificación de la cosa; y lo hizo con el objetivo de recuperar del dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la *fiducia cum amico* inscrustada en la relación jurídica con simulación relativa de persona interpuesta, donde, al quebrar la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de la acción

ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS: LA DECLARACION DE NULIDAD DEL CONTRATO INSCRITO CONLLEVA LA CANCELACION DEL ASIENTO. DOBLE VENTA. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La declaración judicial de nulidad o ineficacia del contrato cuyo contenido ha tenido reflejo en el correspondiente Registro lleva implícita la consecuencia de la cancelación de los asientos registrales correspondientes.

La mala fe con que actuaron los segundos compradores por el conocimiento que tenían de la pertenencia de las fincas a persona distinta del vendedor, constatada por el órgano *a quo*, prevalece como auténtica *quaestio facti*.

Cuando se difiere un lapso considerable entre una venta y otra, el supuesto litigioso no deberá resolverse por el juego del artículo 1.473 del Código Civil, sino fundamentalmente por el principio fundamental del *nemo dat quod non habet*, o sea, que la segunda venta se produce cuando se carece de facultad dispositiva sobre el objeto de dicho negocio.

HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS: CANCELACION PARCIAL. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Hechos —Hipoteca sobre varias fincas con cláusula de cancelación parcial de las responsabilidades hipotecarias que pesan sobre las mismas «a medida que se vayan realizando los pagos».

Doctrina de la sentencia.—Conceptualmente la parte pagada por intereses se corresponde con el uso o disfrute del capital, e incluso con la desvalorización del dinero prestado, consumiéndose día a día, y reduciéndose a medida que disminuye la cuantía de capital en poder del deudor, por el contrario las sumas correspondientes a la amortización del capital reducen la deuda, aminoran el riesgo y, en definitiva, van paulatinamente liberando la garantía que se prestó. Estas consideraciones conducen a estimar que la expresión pagos realizados debe entenderse referida sólo a la parte imputable al principal de la deuda y no a los intereses.

COMENTARIO

En la **cancelación parcial** de hipoteca constituida sobre varias fincas con distribución de responsabilidad hipotecaria, el importe del pago liberatorio respecto de una de ellas resulta claramente del artículo 221 RH, que permite al tercer poseedor «pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, de los intereses correspondientes, y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas». Lo mismo dispone el artículo 120 LH para la ejecución parcial, que producirá también la cancelación parcial de la hipoteca por realización de la misma, permitiendo repetir contra cada uno de los bienes hipotecados en poder de terceros adquirentes «por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses». Recordemos que la facultad de pago parcial sólo la tiene el tercer poseedor; el deudor sólo la tendrá cuando el acreedor lo acepte voluntariamente, o cuando se haya pactado así, dada la regla de indivisibilidad de la prestación que establece el artículo 1.169 del Código Civil.

Otro importante problema que plantea la cancelación parcial en este caso es el de la determinación de las fincas liberadas, cuando el importe satisfecho pueda aplicarse a varias de ellas. Dicha determinación corresponde al deudor (art. 124 LH), por lo que deberá prestar su consentimiento a la cancelación que otorgue el acreedor. El pacto que contiene la renuncia de tal derecho por el deudor debe reputarse ineficaz hipotecariamente porque va contra el interés público y no es inscribible (RRDGRN de 25 de noviembre de 1935 y 27 de enero de 1986)

Distinto es el supuesto de falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria, permitido por el artículo 123 LH, y en el que para la cancelación parcial se requiere, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparecen como adquirentes, con posterioridad a la hipoteca, de las fincas, a excepción de los dueños de aquéllas cuyo gravamen sea totalmente cancelado (según doctrina de la DGRN en Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989 y 15 de junio de 1993, criticada por CARBONELL SERRANO y NAVARRO DÍAZ en el año 1989, núm. 593 de esta revista)

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1996)

A la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal la representa en juicio y fuera de él su presidente (art. 12 LPH); por ley, pues, es él quien debe otorgar los poderes a los procuradores y los poderes serán válidos aunque la persona del presidente cambie con posterioridad. Como también serán válidas las actuaciones procesales aunque durante el proceso cambie el presidente, sin que ello provoque crisis personal subjetiva. La acreditación de dicho cargo se produce con la certificación de la Junta, sin que sea precisa otra demostración

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Los presidentes poseen legitimación para plantear, en nombre de la comunidad, reclamaciones por obras defectuosas que afecten a los elementos comunes o a los privativos, de manera que, por la representación orgánica correspondiente a aquéllos con base en el artículo 12 LPH, están investidos de mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos —generales o de los propietarios en particular— del colectivo que representan.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES. REPRESENTACION DEL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Al constituirse el edificio en régimen de propiedad horizontal, con partes privativas y comunes, todo lo que no aparece titulado como privativo se debe considerar común.

Según el tenor del artículo 12 LPH, el presidente, en la representación orgánica correspondiente a lo dispuesto en dicho precepto, está facultado para litigar con apoderamiento suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses de la comunidad, de manera que interviene como un órgano comunitario, que sustituye la voluntad social con la suya individual, por lo que no necesita la autorización de la Junta de Propietarios para intervenir ante los Tribunales cuando ejerce una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley.

TRADICION REAL. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La entrega de la vivienda, que pasó a la disponibilidad dominical de los terceristas, al margen de que no se hubiera otorgado escritura pública, implica el cumplimiento en forma suficientemente constatada del requisito de la *traditio* que exige el artículo 609 del Código Civil. Se trata de efectiva tradición material que contempla el artículo 1.462 del Código Civil.

El otorgamiento de escritura pública es requisito formal y de proyección registral *erga omnes* y su denegación no puede ser equiparada a negación tajante del derecho de propiedad cuando concurre contrato perfeccionado y entrega de la vivienda al adquirente.

BIENES DE DOMINIO PUBLICO: CESION OBLIGATORIA Y GRATUITA A LOS AYUNTAMIENTOS. TRANSMISION DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La inclusión en un plan general de ordenación de un terreno de propiedad privada como destinado a viales y la obligación que a los propietarios del suelo urbano impone el artículo 83.3.1.º del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, aplicable al caso, de ceder gratuitamente a los Ayuntamientos respectivos los terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y centros de Educación General Básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente, no determinan por sí solas la conversión en dominio municipal de esos terrenos, sino que es necesario para ello que esa cesión gratuita de viales se produzca con la correspondiente acta de entrega y recepción que produce la transmisión al Ayuntamiento de esa titularidad dominical.

ACCION REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. LEGITIMACION REGISTRAL. PRESUNCION «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1996.)

La acción reivindicatoria requiere como primer requisito, al igual que la declarativa de dominio, la plena identificación de las fincas, cuestión de hecho a determinar por los tribunales de instancia.

El principio de legitimación registral cubre los datos jurídicos, más no las circunstancias de mero hecho, como extensión, linderos, etc., y la presunción contenida en el artículo 38 LH tiene el mero carácter de presunción *iuris tantum* destruible por prueba en contrario.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996)

El presidente representa a la comunidad en juicio y fuera de él, según dispone el artículo 12 LPH, y no precisa acuerdo de la Junta de Propietarios para reclamar a morosos, pues este requisito sólo afecta a las demandas directamente entabladas por el administrador (art. 20 LPH).

Cuando el presidente reclama a morosos, aunque hubiera actuado sin hacer constar que lo hacía en nombre de la comunidad, también está legitimado por su calidad de comunero, siempre que pida en beneficio comunitario.

TERCERIA DE DOMINIO: OBJETO. SOBRE CREDITOS EMBARGADOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

En la tercería de dominio únicamente cabe y procede discutir si en el momento del embargo el bien trabado (en el caso un derecho de crédito) pertenecía al deudor ejecutado o a un tercero que demuestra su titularidad en el momento de la traba

PROPIEDAD HORIZONTAL: NOMBRAMIENTO DEL PRESIDENTE. REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Conforme a la LPH, los presidentes los nombra la Junta de Propietarios (art. 12). Su nombramiento no requiere unanimidad, puesto que ningún precepto de la Ley la exige. El acuerdo de la Junta es naturalmente impugnabile pero fundándose en causa determinante de la nulidad de la designación, que no parece que concurra por la simple falta de asistencia de uno solo de los comuneros, puesto que con su presencia, idéntico habría sido el resultado.

El presidente representa en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten (art. 12 LPH). El presidente actúa como representante, que la doctrina y la jurisprudencia califica de orgánico, pues ni es representante legal, porque no suple la capacidad de nadie, ni es voluntario porque la representación no se la confieren los propietarios. El presidente designado pudo otorgar poderes para pleitos y con ellos iniciar el proceso en defensa de la cosa común; y además por ostentar la condición de comunero tiene facultades para litigar en defensa de la comunidad.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA NORMATIVA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS NO ES COMPATIBLE CON EL RIGOR LIMITATIVO DE LAS ACCIONES DE REPETICION, IMPUESTO EN EL ARTICULO 1.844 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—El contenido del artículo 1.844 ha dado lugar a una evolución doctrinal según la cual los primeros comentaristas del Código entendían que se refería tanto a los cofiadores mancomunados como a los

solidarios y que cuando cualquiera de ellos pagaba por entero la deuda no podía repetir contra los cofiadores si no se daba alguno de los supuestos previstos en el párrafo 3.º, o sea, que el pago se hiciera en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor en estado de concurso o quiebra. Actualmente, fundada doctrina científica supera la posición intermedia según la cual este precepto sólo es aplicable a los cofiadores solidarios y llega a sostener que su aplicación es exclusiva de las cofianzas mancomunadas, porque es la especie común, salvo pacto expreso de las partes. La jurisprudencia, sin plantearse la cuestión del ámbito de aplicación del precepto en atención a la naturaleza de la fianza, mancomunada o solidaria, ha procurado mitigar las consecuencias de su rigurosa aplicación, acudiendo al expediente técnico de averiguar la razón de ser la norma, y razonable encuentra que a los supuestos de concurso o de quiebra se asimilen aquéllos en que la insolvencia general, aún no declarada, es evidente y que no debe esperarse a la demanda judicial, pues en nada favorece a los cofiadores.

Por todo ello, cabe concluir que la normativa de las obligaciones solidarias no es compatible con el rigor limitativo de las acciones de repetición impuesto en el artículo 1.844; que es atinado y digno de conservar el criterio jurisprudencial según el cual no debe exigirse el estricto cumplimiento del tenor del artículo 1.844, párrafo 3.º en los casos de insolvencia conocida, ni en los supuestos de pago que a todos beneficia; que por el contrario, debe aplicarse de modo inexorable a los supuestos en que el pago entero y espontáneo del cofiador se produzca por móviles torcidos, buscando el propio beneficio o en perjuicio de los demás fiadores

EL OFRECIMIENTO DE VENTA DE LA FINCA, QUE ES RECHAZADO, NO PUEDE INTERPRETARSE COMO RENUNCIA PREVIA AL RETRACTO SI LA VENTA SE LLEVA A CABO POSTERIORMENTE CON OTRA PERSONA.
(SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala es constante en el sentido de que los nueve días se han de contar desde que el retrayente tuviere conocimiento de la venta antes de la inscripción registral, salvo que ese conocimiento fuese posterior a tal inscripción. Pero también ha declarado que el conocimiento ha de ser cabal y completo, no sólo de la venta sino de sus condiciones, sin que baste la noticia de haberse efectuado. No basta la mera noticia de la transmisión, ni menos aún de simples circunstancias presumibles posibilitadoras de conocimiento, a causa de que éste, a los fines retractuales, ha de ser claro, preciso y sin aspectos dudosos, ni por tanto con precisión de que el retrayente tenga que acudir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas (Sentencia de 28 de febrero de 1992).

Lo cierto es que antes de perfeccionarse el negocio transmisivo, los agentes encargados de la venta ofrecieron la finca a la actora y que no le interesó, pero no se ve que ninguna otra condición de la venta se le comunicase (por citar un ejemplo, la forma pactada de pago aplazado del precio). Además es de destacar que todavía no existía venta alguna consumada que diera lugar al nacimiento del derecho del retracto según el artículo 1.521 del Código Civil. Así las cosas, lo que la actora hizo fue rechazar un mero ofrecimiento de venta, y ello no equivale a una renuncia anticipada al retracto para cuando

naciera, pues no sabía más que el precio exigido por el vendedor, ninguna otra condición de la venta más. Difícilmente se puede renunciar anticipadamente a algo que no se conoce. La renuncia anticipada al ejercicio de un derecho tiene eficacia jurídica, no prohibiéndola la ley, cuando el renunciante tiene presente todas y cada una de las circunstancias que van a darse posteriormente, salvo que haya renunciado con expresión clara e indudable de que no le importa cuáles fuesen éstas. Por otra parte, la renuncia no puede ser objeto de deducciones o interpretaciones de palabras o actos equívocos, y en esta situación está el deducir de un mero ofrecimiento de venta no aceptado una renuncia al derecho a retraer en el futuro

OBLIGACIONES RECIPROCAS: SOLO PUEDE PEDIR LA RESOLUCION EL QUE HA CUMPLIDO. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia—Las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas son aquéllas en que cada parte acreedora o deudora es, al mismo tiempo, deudora o acreedora respecto de la otra parte; cada una de las obligaciones recíprocas es contrapartida, contravalor o contraprestación de la otra; es esencial a su naturaleza la dependencia o nexo entre una y otra: es el sinalagma del que dice la Sentencia de 15 de noviembre de 1993: el sinalagma está en la génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes, la causa por la cual se obliga a otra. El principal efecto de las obligaciones recíprocas es la facultad de resolución, por parte del que ha cumplido la suya, por el incumplimiento de la otra.

Elemento esencial de esta resolución es que únicamente puede exigirla el sujeto de la obligación recíproca que ha cumplido su obligación, es decir, que ha realizado su prestación, en otros términos, el «sujeto cumplidor». No puede pretender la resolución el sujeto que no ha cumplido.

EL RECARGO DEL 20 POR 100 QUE ESTABLECE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO SOLO ES APLICABLE CUANDO EL IMPAGO OBEDEZCA A CAUSA NO JUSTIFICADA. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Conviene destacar la doctrina según la cual para dar aplicación al artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro se requiere que la causa de la indemnización devenga inatacable, lo que origina que la aplicación del módulo cuantitativo del 20 por 100 únicamente se produce cuando la causa de la cantidad a abonar se encuentre previamente determinada por vía contractual o por otra causa eficiente, pues de lo contrario sólo procede a partir de la firmeza de la sentencia que fija dicha causa y con su base la cantidad a indemnizar por aplicación del principio *in illiquidis non fit mora* (Sentencias de 3 de octubre de 1991, 12 de mayo de 1993 y 5 de diciembre de 1996, entre otras).

También, según doctrina jurisprudencial, el recargo o incremento del 20 por 100 anual que establece el artículo 20 de dicha Ley, es una especie de multa penitencial que sólo puede exigirse cuando el impago de la indemnización correspondiente dentro del plazo de tres meses de la producción del siniestro, obedezca a causa no justificada o que fuera imputable al asegurador, habiéndose considerado también como una cláusula penal con trata-

miento específico o como un medio legal para evitar la morosidad injustificada en la liquidación y pago de un siniestro previamente asegurado.

CONTRATO DE ARBITRAJE: SE ENTIENDE RENUNCIADO EL ARBITRAJE CUANDO INTERPUESTA DEMANDA POR CUALQUIERA DE LAS PARTES, EL DEMANDADO REALIZA, DESPUES DE PERSONADO EN EL JUICIO, CUALQUIER ACTIVIDAD PROCESAL QUE NO SEA LA DE PROPONER EN FORMA LA OPORTUNA EXCEPCION. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el apartado 1 del artículo 11 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, prescribe que el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impide a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, también lo es que dicho artículo 11 tiene un apartado 2.º que las coincidentes sentencias de la instancia han ignorado en absoluto y que esta Sala tiene el deber de tener en cuenta y aplicar, a virtud del principio *iura novit curia*. Según dicho apartado 2.º del artículo 11, las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial, agregando ese mismo apartado lo siguiente: «En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta la demanda por cualquiera de ellos, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción». Esto ha sido lo ocurrido en el proceso a que este recurso se refiere, pues la demandada, una vez personada en el proceso, en vez de limitarse a oponer única y exclusivamente la excepción de sumisión a arbitraje, contestó a la demanda en cuanto al fondo de la misma.

LITISCONSORCIO PASIVO. NATURALEZA. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La institución del litisconsorcio pasivo necesario es una figura de creación preferentemente jurisprudencial, regida por el principio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas o alcanzadas por el fallo, que se encuentra en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada, la cual a su vez exige la existencia en el litigio de cuantos debieron ser parte, además de la necesidad de evitar fallos contradictorios, y porque de otro modo se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, elevado a derecho fundamental por el artículo 24.4 de la Constitución Española.

LA PRESUNCION DE EXISTENCIA DE CAUSA EN LOS CONTRATOS ES «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La presunción que, acerca de la existencia de la causa en el contrato aunque no se exprese en el mismo, establece el artículo

lo 1.277 del Código Civil, dada su naturaleza de presunción *iuris tantum*, puede ser destruida mediante pruebas en contrario, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso.

Ha de recordarse que es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que la apreciación acerca de la existencia o no de causa en un contrato, en cuanto cuestión de mero hecho que es, compete al Tribunal de la instancia.

CONTRATO DE OBRA: CARACTERES. (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El contrato de obra es definido en el artículo 1.544 del Código Civil contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto; cuyo concepto de obra se reconduce a la de resultado de la actividad humana. También se define como el contrato bilateral por el que una parte se obliga a pagar una remuneración o precio a la otra por la realización de una obra. La esencial obligación, pues, del comitente o dueño de la obra es el pago del precio.

El contrato de obra es bilateral, produce para ambas partes obligaciones recíprocas o sinalagmáticas: cada una de las partes es al tiempo acreedora y deudora de sendas obligaciones, enlazadas entre sí por una relación de reciprocidad o sinalagma.

Tiene declarado esta Sala que aunque el Código Civil español no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúne las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tiene derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin.

LAS PREVISIONES URBANISTICAS NO SON CARGAS NI DEFECTOS OCULTOS, SINO LIMITACIONES DEL PREDIO. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El abono del precio en las relaciones de compraventa constituye obligación principal del comprador, facultando su incumplimiento a la parte vendedora para poder resolver.

En el actual supuesto los compradores no dejaron de abonar de forma caprichosa o por haber adoptado conducta contractual maliciosa, el precio adeudado, sino que lo suspendieron al tener noticia y haber comprobado con posterioridad a la celebración del contrato que la finca estaba afectada por el Plan General Municipal de Ordenación, que preveía la apertura de una calle en el fundo, dividiéndolo en dos porciones separadas.

Las previsiones urbanísticas no son propias cargas o gravámenes ni tampoco defectos ocultos, sino que más bien representan limitaciones y restricciones que afectan directa y esencialmente al predio enajenado, aunque no tengan realidad presente, pero sí constatada de su efectiva incidencia en un

futuro próximo, por lo que afectan esencialmente al objeto del contrato, y su ocultación es acreditativa de actuación de mala fe, que determina incumplimiento al generar error en el consentimiento de los compradores.

ACCION REIVINDICATORIA. REQUISITOS. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El derecho de propiedad privada es reconocido en nuestra Constitución, cuyas bases más firmes radican en la regulación que de tal derecho se efectúa en el Código Civil. Desde el derecho romano ha estado protegido tal derecho por una serie de mecanismos procesales, entre los que destaca como medio emblemático, la acción reivindicatoria, para cuya comprensión más inmediata debe ser definida, según tradicional corriente doctrinal, como la que se ejercita por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Pues bien, para el éxito de dicha acción reivindicatoria es preciso que concurran, según constante y pacífica doctrina jurisprudencial emanada de la jurisprudencia de esta Sala, los siguientes requisitos:

- A) Título legítimo del reclamante, que debe probar.
- B) Identificación de la cosa reclamada, que ha de acreditarse con la debida precisión.
- C) La posesión injusta de quien posea la cosa, y a quien, en definitiva, se reclama.

Pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial emanada de sentencias de esta Sala determina que debe fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca, objeto de la acción reivindicatoria, de modo que no pueda dudarse cuál es la que se reclama.

LOS ACTOS DE RIGUROSO DOMINIO REQUIEREN MANDATO EXPRESO
(SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1997)

Doctrina de la sentencia.—Al hallarse incluida la enajenación en la enumeración de los actos de riguroso dominio, la necesidad del mandato expreso resulta patente, por lo que la jurisprudencia en conjunto y en casos semejantes, como resalta la doctrina, trata de impedir la generalización o la indeterminación con que suelen aparecer conferidos gran número de mandatos y poderes.

Esta Sala, en definitiva, ha conciliado el contenido de los artículos 1.710 y 1.713, en cuanto declara que los referidos preceptos no son incompatibles entre sí, pues el 1.710 se refiere a la forma de expresarse el mandato, es decir, de exteriorizarse la voluntad y consentimiento del mandante en cuanto puede ser expreso o tácito y el 1.713 ha de relacionarse con el contenido propio de dicho acto que exige sea expreso para efectuar transacciones, enajenaciones, constituir hipoteca o llevar a cabo actividades de riguroso dominio, por lo que sin apartarse del texto legal, la denominación más adecuada y conveniente sea la de mandato especial determinado.

El mandato pues, en estos casos no sólo ha de ser especial sino además expreso, requisitos que no excluyen que se confiera de forma oral, lo cual plantea, evidentemente, un problema de prueba, dadas las dificultades inherentes a la determinación de su alcance y suficiencia.

DEPOSITO IRREGULAR: AUTORIZACION PARA QUE EL DEPOSITARIO USE LAS COSAS DEPOSITADAS. OBLIGACION DE RESTITUIR. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos —Un profesor demanda a la Universidad de C. reclamando la devolución de unos aparatos para observación astronómica que le pertenecían y que había dejado en depósito (o préstamo) a dicha Universidad. El TS acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El contrato se perfecciona con el consentimiento de ambas partes sobre un objeto y con una causa cuya existencia y licitud se presume; el contrato real, como es el de depósito, requiere además la entrega de la cosa.

El artículo 1.767 del Código Civil dispone que el depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante, y el artículo siguiente, 1.768, añade. «cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato». Se puede estimar que en el caso de autos hubo un comodato o un depósito irregular con el concepto, este último, del depósito en que el depositario tiene permiso del depositante para usar la cosa y se hace en interés del mismo y no —como en el comodato— en el del que la recibe. En todo caso, es esencial en el depositario (y en el comodatario) la obligación de restitución de la cosa.

LOS ARTICULOS 1.921 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL SIRVEN DE APOYO AL EJERCICIO DE LAS TERCERIAS DE MEJOR DERECHO. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Es contra derecho afirmar que las normas del Código Civil comprendidas en los artículos 1.921 y siguientes, sólo son aplicables (y lo son) en los juicios concursales y de quiebra, puesto que son estas normas, con las demás que en nuestro derecho reconocen algún grado de prelación (sean laborales, mercantiles, tributarias, etc.), las que sirven de apoyo jurídico al ejercicio de las tercerías de mejor derecho, en las que tras hecho trance y remate de los bienes en subasta pública, obliga al órgano ejecutante a aplicar el producto obtenido según el orden que marquen los títulos de los respectivos créditos, si es que no fueren rigurosamente comunes, en cuyo caso se aplica el prorrateo.

Las tercerías de mejor derecho, en fin, son procesos en los que se produce el concurso de varios acreedores, con pretensión de cobrar sus créditos con el producto de los bienes embargados concretos y no sobre el patrimonio universal del deudor, pues esto se da en los juicios universales.

PARA QUE EL INCUMPLIMIENTO DE LUGAR A RESOLUCION CONTRACTUAL, DEBE SER ESENCIAL. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Para que el incumplimiento por una de las partes de una de sus obligaciones dé lugar a la resolución contractual, es preciso que tal obligación sea esencial y se incumpla realmente, sin que pueda alegarse que el mero retardo de unos meses en la elevación a escritura pública de la venta del inmueble, que además no impidió al comprador obtener un crédito hipotecario suficiente para el total pago del precio, sea causa que justifique el impago del mismo.

TERCERIA DE DOMINIO: PARA QUE EL CONYUGE NO DEUDOR RESPONDA CON SUS BIENES PRIVATIVOS, SE PRECISA QUE DESPUES DE LA DISOLUCION, Y SIN HACER INVENTARIO, SE LE ADJUDIQUEN BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostentan una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial, y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación y división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros.

El patrimonio de la Comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio.

Es cierto que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, también lo es que la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. Y también lo es que existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales, pero para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario, y que, no obstante, se le adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden éstos con los suyos propios, supuesto de hecho diferente al que nos ocupa. La acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

NO SE CUMPLE EL ARTICULO 1.707 LEC CUANDO LAS NORMAS INFRINGIDAS SE CITAN MENCIONANDO UN DETERMINADO ARTICULO SEGUIDO DE LA FORMULA «Y SIGUIENTES» «Y CONCORDANTES» U OTRA SIMILAR, COMO SERIA LA CITA DE TODO UN GRUPO DE ARTICULOS (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1998.)

Son requisitos exigidos por el artículo 1.707 de la LEC la expresión de los motivos en que se ampare el recurso, la previsión legal de los mismos como tales motivos de casación, la cita expresa de las normas o jurisprudencia supuestamente infringidas y el razonar acerca de la pertinencia y fundamentación de cada uno, la jurisprudencia de esta Sala a la que la Constitución y el Código Civil confían la última palabra a la hora de interpretar la legislación procesal civil, y más concretamente la que regula los requisitos de admisibilidad de los recursos, viene declarando reiteradamente que constituye inobservancia del artículo 1.707 LEC, dando lugar a la consiguiente inadmisibilidad, la falta de claridad manifiesta en la motivación del recurso, que puede venir dada por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos por la mezcla indiscriminada de cuestiones de hecho y de derecho o sustantivas y procesales en un mismo motivo o, en fin, por la falta de separación entre los motivos invocados, a cada uno de los cuales deben corresponder unos razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación, todo ello desde la consideración de que el recurso de casación no es en modo alguno una tercera instancia.

NO CABE ALEGAR INFRACCION DE JURISPRUDENCIA SI SOLO SE CITA UNA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1997.)

La parte recurrente utiliza para fundamentar sus motivos la cita de una sola sentencia de esta Sala, lo que hace de por sí decaer los mismos. Pues es doctrina constante emanada de jurisprudencia pacífica, la que determina que la exigencia de mencionar dos o más sentencias, resulta insoslayable para que pueda ser examinado el motivo.

CUANDO DE LAS PRUEBAS RESULTA QUE LA DEMANDANTE CONOCIA EL DOMICILIO REAL DE LA DEMANDADA DEBE CITARSELE EN ESTE Y NO POR EDICTOS. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1997)

Existe maquinación fraudulenta cuando en el proceso en la que la recurrente-demandada, su citación y emplazamiento se efectuó por edictos, cuando la parte actora conocía perfectamente el domicilio real y legal de la demandada. Es procedente el recurso extraordinario de revisión, pues se basa en la existencia de una maquinación fraudulenta que exige una irrefutable prueba de haberse utilizado cualquier artificio, que suponga dentro del proceso una irregularidad llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor con la consiguiente indefensión de la contraparte: pues se ha logrado, con ello, ocultar al demandado la iniciación de un juicio con objeto de impedir su defensa, consiguiendo de esta manera el éxito de la demanda.

NO ES POSIBLE CALIFICAR DE COMPRAVENTA UN ACTO CUANDO NO EXISTE CONSTANCIA DE LOS REQUISITOS DE AQUELLA. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

La literalidad de los documentos no autoriza a calificar las relaciones creadas como las de efectiva compraventa, y así con todo acierto lo declara la sentencia que se recurre, pues ha de aplicarse el artículo 1.451 del Código Civil, toda vez que no se expresó en los documentos privados el precio concertado, las condiciones de su pago, ni la superficie de la finca, tratándose de compraventa de tiempos venideros, conforme a la doctrina reiterada de esta Sala que declara que si bien la figura del negocio precontractual es muy discutida en la doctrina, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades, crea deberes recíprocos de contratar en el futuro, conforme a lo que se hubiera convenido, generando situación de vinculación obligacional que era aquello que constituye el contenido especial y propio de la relación acordada y es antecedente del contrato definitivo que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas.

NO CABE ALEGAR EN CASACION NI HECHOS QUE NO HAN SIDO PROBADOS NI HECHOS CONTRARIOS A LOS VALORADOS POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA SI ESTOS NO HAN SIDO CONVENIENTEMENTE ATACADOS. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No puede prosperar en casación la existencia de «un caso fortuito o de fuerza mayor» a partir de un resultado probatorio no alcanzado en la instancia y teniendo como probados hechos que la Sala *a quo* declara, expresamente, como no probados: así el fundamento jurídico primero establece que el camión «se incendió por causas no bien determinadas», lo que se reitera en el fundamento jurídico cuarto, en que se añade que no resulta probado que «dicho siniestro fuera una consecuencia directa de la huelga de transporte a que se refieren los demandados», incólumes tales hechos al no haber sido atacada adecuadamente la valoración de la prueba por el Juzgador de Instancia, no puede acogerse la tesis recurrente que parte, se repite, de unos hechos que no han sido probados en el juicio y que, por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta por esta Sala de Casación.

LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE SIMULACION ABSOLUTA DEL CONTRATO POR FALTA DE CAUSA DEBE TENER SU ORIGEN EN HECHOS CONCLUYENTES Y NO EN LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

La prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia* ni con las máximas de experiencia, deducciones o interferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia, ya que la auténtica prueba de presunciones permite que del hecho o hechos base puedan obtenerse varios hechos consecuencia, correspondiendo al Juzgador determinar en cada caso cuál es el más adecuado al supuesto histórico que se examina. Si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace

preciso y directo que religa el hecho-base en el hecho consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1.253 del Código Civil es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles: pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados.

NO PUEDE HACERSE PREVALECER COMO VERDADERA INTENCION DE LAS PARTES LO ESTRICAMENTE CONSIGNADO EN LA ESCRITURA PUBLICA DE VENTA, OLVIDANDO LOS ACTOS COETANEOS Y POSTERIORES A LA MISMA (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1998.)

La parte aduce que la claridad de los pactos contractuales no puede ser desfigurada por medio de una presunción no establecida por la Ley y basada en testimonios claramente parciales y procesalmente mal producidos. Sin embargo, es doctrina reiterada que no puede hacerse prevalecer como intención de las partes estrictamente lo consignado en la escritura pública de venta, olvidando que los actos coetáneos y posteriores a la misma, probados testificalmente, se produjeron, luego el órgano judicial debió valorarlos para apreciar si el tenor literal de la escritura había sido desbordado o no por aquellos actos. En suma, no se podía prescindir de esa confrontación entre las dos realidades.

NO CABE SEÑALAR INCONGRUENCIA CUANDO NO EXISTE LITERALIDAD, PUES AQUELLA REFIERE UNICAMENTE RESPETO AL «PETITUM» Y A LA «CAUSA PETENDI». (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

La congruencia no requiere absoluta literalidad aunque sí requiere respeto al *petitum* y a la *causa petendi*, extremos que modifica el Juzgado, de manera que son plenamente válidos los razonamientos de la Audiencia. Se pidió rendición de cuentas de las sumas entregadas para la construcción del edificio donde se situó el negocio, pero este edificio es exclusivo de los actores y ninguna cantidad recibieron para su construcción, y respecto a las recibidas para la construcción del edificio de los demandados, ninguna rendición de cuentas se pidió. En cuanto al negocio, quedó liquidado. De manera que el Juzgado se incidió en incongruencia al no deslindar tales extremos que, por el contrario, deslinda y no confunde la Audiencia

NO CABE EL DEVENGO DEL 20 POR 100 DE INTERES DEL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO POR TENER EL SINIESTRO, A JUICIO DE LA ASEGURADORA, ORIGEN PROVOCADO. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Es doctrina reiterada de esta Sala la de que para aplicar las consecuencias del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se precisa que el impago, transcurrido el plazo de tres meses que dicho precepto establece, ha de ser por causa no justificada o que fuere imputable a la entidad aseguradora, y esa justificación y falta de imputabilidad en la no realización del pago, dentro del

plazo referido, existe cuando la determinación de la causa de la producción del siniestro, y, en consecuencia, de la exacta cantidad de abonar por vía de indemnización con base en aquélla, ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional competente ante las discrepancias existentes entre las partes al efecto. La negativa al pago por la aseguradora recurrida venía justificada, en base a varios indicios, como que el fuego fue provocado en base a que se inició cuando no había ningún empleado en la fábrica, las puertas de la nave estaban cerradas por dentro, la empresa pasaba una difícil situación económica, y meses antes se había ampliado el capital asegurado o de cobertura. Circunstancias que justifican el rechazo del siniestro por la aseguradora y que hacen inaplicable al caso el recargo sancionador del artículo 20.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ES FUNCION PRIVATIVA DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1997.)

Es reiterada doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es función privativa de los Juzgadores de instancia cuyo resultado exegético ha de ser mantenido en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, irracional, carente de sentido o conculcador de las normas de hermenéutica contractual. En el presente caso ha de mantenerse el resultado interpretativo a que llega el Tribunal *a quo* al no haber sido infringidos los preceptos que se invocan en el motivo.

I. I. M.

EL PROCESO SE RIGE POR LOS PRINCIPIOS DE ROGACION, AUDIENCIA Y CONTRADICCION. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Valencia en Sentencia de 13 de noviembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.^a) en Sentencia de 17 de mayo de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Doctrina de la sentencia.—El caso del que nos ocupamos dispone que el proceso se rige por los principios de rogación, audiencia y contradicción, de tal modo que añade en el acontecer de la Sala que las sentencias han de ser congruentes con las pretensiones que se deduzcan en el pleito sin que sea permitido el alterar la causa de pedir ni sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas pues produce indefensión además de contravenir los principios. La demanda de reclamación de cantidad se fundamenta aquí en la vigencia y validez de un contrato privado entre la «Clínica Virgen del Consuelo, S. A.» y «Pechrol, S. A.», y, sin embargo, a tal documento se le ha negado la existencia por estar subordinado a la condición suspensiva consistente en que el Servicio Valenciano de Salud consintiera la cesión del concierto de prestaciones llevada a cabo por la actora a la demandada y recurrente, condición esta que no se cumplió

SEGURO DE VIDA · CAPITAL ASEGURADO. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Castellón de la Plana en Sentencia de 11 de noviembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2.ª) en Sentencia de 26 de abril de 1993 estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se proclama por la Sala la alusión concreta a una condición de garantía particular atinente al hecho de que si el asegurador fallece como consecuencia de accidente de circulación, además del capital base que pudiera corresponder por el seguro principal y del adicional por el complemento de muerte por accidente, el asegurador pagará al beneficiario otro capital igual a cada uno de los anteriores, lo que supone el triple del capital base señalado, es decir, que se está aclarando la realidad cuantificada de lo a percibir al cumplirse la citada condición con aplicación del artículo 1.281, párrafo 2.º, en relación con el 1.285 y 1.286, todos ellos del Código Civil.

SI EL COMPRADOR RETRAIDO CONSIENTE EN EL RETRACTO EJERCITADO POR EL RETRAYENTE DENTRO DEL PLAZO, AQUEL DERECHO PUEDE CONSIDERARSE EJERCITADO Y CONSUMADO. PERO, SI GUARDA SILENCIO O BIEN SE OPONE A LAS PRETENSIONES DEL RETRAYENTE EN MODO ALGUNO CABE AFIRMAR QUE EL DERECHO DE RETRACTO SE HA EJERCITADO EN PLAZO LEGAL. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Sevilla en Sentencia de 24 de septiembre de 1990 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) en Sentencia de 26 de octubre de 1992 estima el recurso de apelación planteado.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se ocupa ahora la Sala de recordar la reiterada jurisprudencia conducente al estudio del derecho de retracto; según tal doctrina el derecho de retracto es el que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, por lo que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, y que el sujeto pasivo de dicho derecho es el que adquiere, sin que el vendedor o transmitente tenga ningún papel jurídico que desempeñar en las relaciones entre el retrayente y el adquirente, ni contra él tenga que dirigirse la acción de retracto, ni su resultado positivo para el retrayente influye nada en su situación jurídica, pues la venta no se resuelve sino que hay una nueva transmisión (subrogación) de adquirente en favor del retrayente. Ahora bien, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, nacimiento para el segundo y acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es por tanto completamente distinto de la acción de retracto. Si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las pretensiones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, en modo alguno cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, y que la acción correspondiente del retrayente no está sujeta al plazo de cadu-

cidad legalmente establecido. Pero esta disociación entre el ejercicio del derecho y la acción de retracto, a los efectos de que el plazo de caducidad legal afecte al primero pero no a la segunda, ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia de esta Sala.

Y, en realidad, y al decir de la premisa resuelta al tiempo de definir nuestro presente caso, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, nacimiento para el segundo, acción para exigir el cumplimiento de lo convenido que es, por tanto, completamente distinto de la acción de retracto. Si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las pretensiones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, en modo alguno cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, y que la acción correspondiente del retrayente no está sujeta al plazo de caducidad legalmente establecido.

NEGOCIO JURIDICO FIDUCIARIO Y CONTRATO SIMULADO. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.ª Instancia de Santa María la Real de Nieva en Sentencia de 3 de enero de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Segovia en Sentencia de 9 de diciembre de 1992 desestima el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—En base a lo dispuesto en el artículo 1 276 del Código Civil, la expresión «causa falsa» en los contratos dará lugar a declarar la nulidad de los mismos, permite según jurisprudencia de esta Sala y según la doctrina más generalizada, establecer las reglas generales relativas al denominado contrato simulado. Ahora bien, el **contrato simulado** puede tener dos vertientes totalmente delimitadas, pues se dice que existe simulación absoluta cuando hay una carencia absoluta de causa en el contrato (*colorem habet, substantiam vero nulum*) y, otra, aquella en que la voluntad contractual representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam alteram*) y que se denomina **contrato disimulado o de simulación relativa**.

Así las cosas, hemos de definir el **negocio fiduciario** como aquel convenio anómalo en que concurren dos contratos independientes, uno, **real**, de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro, **obligacional**, válido inter partes, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado.

Es constante la jurisprudencia que declara que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal de instancia.

SEGURO DE DAÑOS. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.ª Instancia número 20 de Barcelona en Sentencia de 14 de septiembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) en Sentencia de 5 de febrero de 1993 desestima los recursos de apelación interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El 20 por 100 de recargo, de carácter punitivo y cuya misión es y consiste en estimular el pago de los siniestros cubiertos por póliza de seguro, puede no ser aplicado cuando las causas del impago son razonables, esto es, se debe a causa justificada o a causa no imputable a la aseguradora.

CADUCIDAD. PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997)

El Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Zaragoza en Sentencia de 3 de septiembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª) en Sentencia de 29 de mayo de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—A lo largo del proceso se estima probada la deuda en/por virtud de los documentos mercantiles aportados por la sociedad actora en el período probatorio, sin que la contraparte los haya impugnado, no siendo de admitir en el actual momento procesal y dentro de un motivo articulado por infracción de la norma jurídica. La alegación de una extemporánea aplicación de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace aquí patente. De tal forma que cancelada la garantía sin necesidad de ningún requisito o trámite, no cabe duda que la exigibilidad que contempla el documento no puede interpretarse en el sentido restrictivo de requerir una reclamación judicial, es decir, por vía de una demanda, sino que lo que se pretende es que dentro de ese plazo se reclame a la avalista el cumplimiento al pago de los suministros a que se refiere la carta-compromiso, así la Sala no incurrió en ningún error manifiesto en orden a la interpretación del aval, pero es que de existir algún defecto sería irrelevante a efectos de casación, ya que su razonar tendría que ponerse en relación con el del Juzgador y la documentación valorada, permitiendo ello concluir que no se infringió el artículo 1.281 del Código Civil.

La doctrina jurisprudencial configuradora de la caducidad y de la imposibilidad de su interrupción hace que con arreglo a la doctrina el período convencionalmente para la vida del derecho constituya un plazo de caducidad y el aval tenga un período de vida limitado que comenzó y ya acabó, y es que es indudable la realidad de la doctrina jurisprudencial que expone acerca del significado del instituto de la caducidad y sus diferencias con el de la prescripción y cierto, asimismo, que el aval tenía un período de vida limitado, pero semejante doctrina carece de aplicación a nuestro caso, en cuanto que el plazo en cuestión habría de interpretarse conforme a lo dicho en el fundamento precedente: la reclamación del impago en plazo comprendido dentro del fijado en el aval, que fue lo efectivamente hecho.

SEGURO CONTRA ROBO. SUSTRACCION ILEGITIMA POR PARTE DE TERCERO. PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Tafalla en Sentencia de 28 de mayo de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de

Navarra (Sección 2.ª) en Sentencia de 31 de mayo de 1993 estima también parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Nos ocupamos ahora de exponer la doctrina atinente a la norma que centra su ser en dar concepto al «seguro contra robo» (art. 50 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre). En él se encuentra como elemento esencial el **riesgo**, el riesgo es, por lo tanto, la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas. Se dan por la Sala, como hechos acreditados, que la persona causante de la sustracción no ostentaba la condición de tercero, se da la imposibilidad de una intervención exterior y de que las cosas aseguradas fueron sacadas merced a una acción anterior.

Se hace también una alusión concreta al **principio constitucional de la presunción de inocencia** del artículo 24 de la Constitución Española, pues bien, en Derecho Civil en general, y en Derecho de Obligaciones en particular, no se trata de sanciones o represiones, sino de cuestiones de acreedor o deudor, en que no hay culpable o inocente. Así, en el caso que puede parecer más claro de condena a un culpable, que es el caso de ilícito civil, llamada responsabilidad extracontractual, artículo 1.902 del Código Civil, la Sala mantiene reiteradamente que no es aplicable el principio de la presunción de inocencia, es decir, que sin dejar de reconocer la aplicabilidad en el ámbito civil del principio constitucional de la presunción de inocencia, no se puede desconocer que, dada la naturaleza *iuris tantum* de la referida presunción, la misma puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba libremente valorado por el Tribunal de instancia, y tanto se entienda como el derecho de toda persona a no padecer un efecto jurídico desfavorable o no ser condenado o sometido a una carga perjudicial, es sabido que dentro del Derecho Civil se preserva esa tutela mediante una resolución judicial que esté debidamente integrada por los instrumentos probatorios del proceso.

En conclusión, en general, para el Derecho, el principio de presunción de inocencia se aplica a todo el campo del Derecho pero sólo en caso de normas represivas, punitivas o sancionadoras; en general, **para el Derecho Civil:** en principio, no contiene este tipo de normas, sino relativas a derechos o intereses privados, por lo que muy raramente es aplicable tal principio; en concreto, **para el Derecho de Obligaciones:** se trata de acreedor y deudor, no de culpable o inocente, incluso en materia de responsabilidad extracontractual; en concreto, **para el proceso civil:** no cabe una resolución judicial que produzca un efecto jurídico desfavorable o condene a una carga perjudicial si no media prueba, valorada libremente por el Tribunal de instancia, más en concreto, **respecto al presente caso:** no se aplica la presunción de inocencia en este supuesto en que se demanda la condena del asegurador (alega la presunción de inocencia al demandante) y se desestima la demanda por entender acreditado el Tribunal de instancia que no hubo sustracción ilegítima por un tercero.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION PARCIAL. Artículo 1.058 del Código Civil. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1997.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, que anula, confirmando íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia, número 4, de dicha capital.

La actora y la demandada suscribieron un documento privado en el que se adjudicaba a la primera un edificio de la herencia materna mediante el pago a la segunda de una determinada cantidad, en varios plazos, el último de los cuales se pagaría al elevarse a escritura pública, lo que solicita la actora y a lo que se opone la demandada argumentando que el documento no conformaba efectiva partición hereditaria, no obstante, llevarse a cabo la adjudicación de determinados bienes entre las litigantes, ya que no se cumplieron todas las condiciones de forma y fondo, al no comprender la totalidad del caudal hereditario y no realizarse las operaciones necesarias para la determinación de los derechos de dichas herederas testamentarias, alegaciones que fueron aceptadas por la Audiencia, no así por el Tribunal Supremo, manifestando que el referido artículo 1.058 da prioridad a la partición hecha por el testado y la de los contadores partidores; sin embargo, proclama una decidida libertad jurídica en cuanto autoriza a los herederos mayores de edad que tuvieren la libre administración de sus bienes, a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, sin limitaciones ni condicionamientos, salvo las que hacen ineficaces los negocios jurídicos sucesorios y con los efectos que atribuye el artículo 1.068. Esta facultad divisoria es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho —dar ejecución a la distribución del caudal hereditario— es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento.

COMUNIDAD HEREDITARIA NEGOCIO DE ADMINISTRACION DE LOTERIAS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1997)

La titularidad administrativa de una Administración de Loterías del Estado no es incompatible ni excluye que concurra una titularidad civil, incluso plural.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casa-

ción interpuesto por ambas partes, actora y apelada adherida a la apelación, demandada y apelante, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla que había revocado parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones de las que se desprende claramente la cuestión debatida.

Habiendo declarado la sentencia recurrida la propiedad plural a favor de la comunidad hereditaria constituida, al fallecimiento de la causante doña Dolores Pardo Moreno, por los actores del pleito y los recurridos —*lo que estos reconocieron expresamente*— sobre el local bajo, sito en la calle San Pablo, número 1, de Sevilla, entre otros bienes; lo que se discute en esta casación es la titularidad del negocio de Administración de Loterías instalado en dicho inmueble, al sostener los recurrentes que es de la exclusiva propiedad de doña María García Calahorro, para lo cual, en el motivo primero aportan infracción de los artículos 1.255, en relación al 6.3.º y 1.271 del Código Civil.

Don José Sierra Pardo (padre de los actores) y su hermano don Antonio Sierra Pardo (esposo y padre de los demandados), de los que traen causa los litigantes por documento de fecha 15 de febrero de 1973, acordaron que la Administración de Loterías de referencia «aún cuando figure oficialmente a nombre de uno u otro de los comparecientes o de sus herederos, sea de propiedad por iguales mitades indivisas de ambos, percibiendo también por mitad los beneficios que dicha Administración produzca». Dicho documento no fue impugnado expresamente por los recurrentes, ya que lo reconocieron al contestar a la demanda, aunque se oponen a su eficacia, por lo que solicitaron se declarase su nulidad radical; tesis que, al no ser acogida en la sentencia recurrida, se reproduce en esta vía casacional.

Se basa la nulidad postulada en que el documento contradice el artículo 183 de la Instrucción General de Loterías (Decreto de 23 de marzo de 1956), que no autoriza la cesión por los Administradores loteros de las comisiones que se perciben en el ejercicio de la función encomendada.

El artículo 6.3 en relación al 1.255 del Código Civil, decreta como sanción de carácter general la nulidad de pleno derecho para aquellos actos y negocios jurídicos contrarios a las leyes imperativas y a las prohibitivas. Conforme doctrina jurisprudencial los juzgadores han de actuar con extrema prudencia y criterio flexibles, debiendo de tener en cuenta las circunstancias concurrentes, móviles, efectos previsibles y trascendencia intensa cuando se trata de declarar la nulidad plena y atender a si se da precepto específico legal que imponga dicha sanción civil *per se* (Sentencias de 8 de octubre de 1963, 27 de febrero y 10 de noviembre de 1964, 13 de julio de 1982, 7 de febrero de 1984 y 4 de diciembre y 17 de octubre de 1987).

En el caso de autos, el hecho de que al fallecer la causante originaria, doña Dolores Pardo Moreno, el negocio de Loterías se hubiera puesto a nombre de su nuera, la recurrente doña María García Calahorro —lo que prevé el documento reseñado de 15 de febrero de 1973—, atribuye a ésta una titularidad *administrativa*, acomodada a la normativa especial que rige las Administraciones de Loterías del Estado y por lo tanto más bien impuesta y meramente formal, que no es incompatible y menos excluye que concorra una titularidad *civil*, en este caso plural, a favor de los dos hermanos fallecidos, como únicos herederos de la primitiva titular, pues dicho negocio se integra en su haber hereditario y ninguna disposición administrativa lo puede excluir, pues sería contradictoria-frontal a la normativa sucesoria general.

De esta manera la prohibición que contiene el artículo 183, en relación al 302 de la Instrucción General de Loterías, hay que referirla en relación a terceros, ajenos a la titularidad dominical del negocio en cuestión y no cabe ser encuadrada en el artículo 6.3.º del Código Civil, dado su carácter reglamentario-administrativo, pues conforme reiterada jurisprudencia, la sanción de nulidad no se reputa aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (Sentencias de 13 de mayo de 1980, 7 de julio de 1981, 7 de abril de 1982, 17 de octubre de 1987 y la más reciente de 26 de abril de 1995).

El *segundo supuesto de nulidad* alegado consiste en que el documento privado de referencia viene a representar un pacto de los dos hermanos suscribientes sobre herencia futura, no autorizado por el artículo 1.271 del Código Civil. Este precepto se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante (Sentencias de 2 de octubre de 1926, 16 de mayo de 1940 y 25 de abril de 1951).

El documento en contienda no contiene ninguna operación divisoria anticipada entre los herederos, sino más bien una previsión en cuanto a la titularidad del negocio de Administración de Loterías, dada la especialidad y exigencias de la normativa administrativa que lo disciplina.

Comentario.—El Juzgado había declarado, en cuanto al negocio de Administración de Loterías, que los actores son copropietarios por mitad e iguales partes respecto a los demandados de la misma, administrada por la primera demandada, viviendo obligados los demandados a llevar a efecto la división de la comunidad de bienes, así como a rendir cuentas a los actores de la explotación de dicha Administración a partir del 26 de mayo de 1986, entregándoles el 50 por 100 de los beneficios netos. La Audiencia, por su parte, revocó esta última declaración, sustituyéndola por la de condenar a la administradora a abonar a los demandantes la suma de 2.250.000 pesetas.

Merece crítica completamente favorable esta sentencia que, como no puede ser menos, hace prevalecer la titularidad civil o sustantiva sobre la titularidad administrativa o formal. Los juristas estamos hartos de ver cómo se desnaturaliza la propia esencia de las instituciones al exigir y establecer requisitos previos o efectos por disposiciones fiscales y administrativas la mayor parte de las veces de inferior rango a las civiles, que inciden en la esfera de este Derecho, matriz de toda rama jurídica, y lo desnaturalizan afectando a su contenido. Todos hemos vivido los cambios de titularidad amparados en las concentraciones parcelarias, los patrimonios familiares agrícolas protegidos, la sucesión en las farmacias, etc. Tanto la Instrucción de 25 de febrero de 1893, como el Decreto 2061/1974, de 26 de junio, que regula la continuidad y sucesión de las Administraciones de Loterías, se refieren exclusivamente a la titularidad administrativa, sin afectar a los derechos sustantivos de los sucesores del anterior titular.

También interesa la declaración de que para tratarse de un pacto sucesorio prohibido ha de referirse a la universalidad de la herencia, no existiendo tal cuando afecta únicamente a bienes determinados existentes al tiempo del pacto.

PRETERICION Artículo 814 del Código Civil. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1997.)

No se precisa la previa declaración de nulidad del testamento en el que hay preterición errónea de un ascendiente para efectuar la declaración de herederos abintestato.

La causante y su marido, sin descendencia, otorgaron en la misma fecha sendos testamentos abiertos instituyéndose herederos recíprocamente y sustituyéndose por los sobrinos de la esposa testadora. Ambos cónyuges premurieron a la madre de la esposa testadora, primero el marido, de quien heredó su esposa, y luego ésta. La madre de la esposa obtuvo del Juzgado la declaración de única heredera abintestato de su hija, tras advertir y comprobar con el propio tenor del testamento su preterición, afirmando que concurría el supuesto de testamento nulo bajo la vigencia de los artículos 705, 810, 814 y 912 del Código Civil en su redacción anterior a la reforma de 1981. Transcurridos varios años, ya en 1986, un sobrino llamado como sustituto a la herencia de la esposa testadora, demanda la nulidad de la declaración de herederos y que se restaure el orden fijado en el testamento con las consecuencias inherentes respecto a los bienes.

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid desestimó la demanda, sentencia que fue confirmada por la de la Sección 18.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelante, planteando que la cuestión a decidir es si el testamento es o no válido, si requiere pronunciamiento expreso la declaración de nulidad y si por no haberse obtenido previamente, no cabe instar la declaración de herederos, que resuelve manteniendo que el testamento no puede calificarse de válido, pues aun guardando todas las formalidades legales, es nulo por preterir a una heredera, como es la madre, que además de ser ascendiente, figura entre los llamados a la sucesión forzosa (art. 807). Reconoce que bajo la vigencia del anterior artículo 814 se distinguía por la doctrina entre preterición errónea o involuntaria de legitimarios y la intencional, equiparando a esta última a la desheredación para salvar el testamento, pero tal doctrina que inspiró la reforma del precepto, no es aplicable al presente caso, en el que se ha declarado por la Sala y su criterio es racional y lógico, que la preterición no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora joven, a la madre de procreta edad, sin que las pruebas permitieran apreciar causas de desheredación.

Queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa que es dada por la sentencia recurrida es la razonable, porque criterios previamente formales no pueden prevalecer sobre los sustanciales, porque pedida la nulidad de la declaración de herederos, este pedimento sólo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera válido, y porque la nulidad de éste, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede, por ejemplo, en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en un contrato nulo.

Comentario.—Parece peligrosa la generalización de la doctrina mantenida en la sentencia, favorable a la apreciación de oficio de la nulidad de cualquier acto o negocio jurídico sin que ésta sea pedida por interesado alguno. Tal criterio parece que está en abierta oposición con los principios procesales civiles y supone un atentado a la seguridad jurídica e incluso al respeto a la voluntad del interesado. Una cosa es que la causa de nulidad sea de interés o de orden público y otra cosa muy distinta es cuando sólo afecta al interés particular. Si los interesados en un testamento nulo por defecto de forma pueden acatarlo como válido, no se ve razón fundada para que haya de adoptarse una distinta solución cuando el defecto sea de fondo. Supuesto esto, mientras no se inste expresamente la declaración de nulidad, es lógico considerar válido el testamento. En el presente caso, estas objeciones pueden salvarse considerando que la nulidad del testamento fue pedida implícitamente al solicitar la declaración de herederos y alegada como excepción en el pleito. Pero ello no es obstáculo para mantener la vigencia de principios tradicionalmente observados.

DERECHOS SUCESORIOS DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL. RECONOCIMIENTO UNILATERAL. DERECHO TRANSITORIO. *Artículos 123 del Código Civil y Disposición Transitoria 5.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981.* (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1997.)

El actor, reconocido como hijo extramatrimonial en escritura pública (no en testamento) de fecha 21 de enero de 1958, sin que el reconocido haya consentido o prestado su conformidad a dicho reconocimiento en vida de su padre, una vez fallecido éste y sin haber tampoco aceptado expresamente el reconocimiento, demanda a la hija matrimonial y a la viuda, pretendiendo se declare su condición de heredero forzoso desde la fecha del fallecimiento de su padre y la consiguiente nulidad de la declaración de herederos abintestato a favor de los demandados, quienes deberán rendir cuentas y abonar los frutos desde la fecha del fallecimiento, ocurrido el 15 de mayo de 1981.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, estimó en su totalidad la demanda, mientras que la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, determinando que la rendición de cuentas y abono de rentas deberá limitarse a partir del emplazamiento de las demandadas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante, revocando la sentencia de la Audiencia y desestimando totalmente la demanda, conforme a los siguientes fundamentos:

La Disposición Transitoria 5.ª de la Ley 13 de mayo de 1981 exige para la determinación legal de la fijación por reconocimiento de los antes llamados hijos ilegítimos no naturales que resulten ya cumplidos los requisitos que la innovadora disposición exige: sustancialmente el consentimiento al reconocimiento, y que, en el caso de autos, tal consentimiento ni expresa ni tácitamente se ha hecho constar, por cuanto que el hijo del actor no era hijo natural en el momento del reconocimiento, el reconocimiento en ese caso no era posible y, sobre todo, en este caso «no se ha producido consentimiento al

reconocimiento del que se habla arriba, tal y como exige esa DT 5.^a, que supone un plus exegético al artículo 123 del Código Civil; y se agrega que siendo el reconocimiento un acto personalísimo del reconocido, «el actor, que no ha consentido el reconocimiento, reclama derechos sucesorios con su correspondiente contenido económico, sin hacer pública protesta de su filiación»; que si «se reclaman derechos de contenido económico, hágase protesta pública de su condición de hijo, constatándose el reconocimiento, e inscribbase en el Registro Civil», lo contrario, como ocurre en autos, rozaría el fraude de ley y, se concluye, que tampoco se da la posesión de estado. *El motivo ha de compartirse, por cuanto se razona:*

a) Que en el singular *petitum* de la acción entablada se pide en su primer apartado que «don M. B. M., hijo no matrimonial de don J. D. M., ostenta desde el día 15 de mayo de 1981, fecha del fallecimiento de dicho señor, la condición de heredero forzoso del mismo», y después se agregan otras peticiones de carácter sucesorio, sin duda, efecto directo e inmediato de aquella cualidad del actor como tal «hijo no matrimonial» de..., esto es, se está predeterminando o dando por supuesto ese estado civil del demandante, como fundamento de los demás derechos asimismo postulados.

b) Es sabido que el estado civil de toda persona o cualidad primaria de su propia individualización o identificación, ha de constatare mediante la correspondiente inscripción en el Registro Civil, según determina tanto el artículo 325 del Código Civil como la Ley 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958, con sus posteriores modificaciones.

c) Es bien cierto que aquella cualidad, *ab initio*, encuentra su viabilidad tras la reforma de nuestra precedente normativa, en base a la misma Constitución Española, artículo 39 y la posterior Ley de Desarrollo, de 13 de mayo de 1981, en virtud de sus Disposiciones Transitorias 8.^a —en lo relativo a los resultados sucesorios— por el acertado razonamiento que efectúa la Sala en su FJ 4.º, y en lo relativo al reconocimiento del actor como tal hijo «ilegítimo no natural», según la denominación precedente, de acuerdo con su DT 5.^a

d) Y es esta DT 5.^a de la Ley la que encauza la materia al permitir ese reconocimiento sobre quien en la precedente legislación no podía reconocerse por la sanción discriminatoria superada por la supranorma comunitaria; mas habrá de respetarse lo en aquélla preceptuado, y así se establece que ese reconocimiento de un hijo, ilegítimo no natural, según la legislación anterior, surtirá todos sus efectos «siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que esta Ley —la de 13 de mayo de 1981— exige» y que, en el caso de autos, se contienen en lo dispuesto en el artículo 123 del Código Civil, es decir, que el reconocimiento del hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito».

e) Que ese reconocimiento en escritura pública de 2 de enero de 1958, está disociado del citado consentimiento, es evidente, por cuanto si bien la Transitoria habilita la aptitud de todo hijo «ilegítimo no natural» para recibir los efectos del acto de aceptación de paternidad de su progenitor al abolirse la normativa discriminatoria, se repite, para que se integre formalmente ese reconocimiento y surta la plenitud de efectos se precisa ese consentimiento o acto voluntario que, en caso alguno, como entiende la Sala *a quo* se embebe en el mismo planteamiento de la acción porque, según el *petitum* transcrito, esa voluntad del actor se encamina no a «consentir su reconocimiento sino a que se le reconozcan los derechos sucesorios derivados».

f) Se refuerza lo anterior, porque si el estado civil que, en el sentir del actor, causa su *ratio petendi*, no puede olvidarse que el mismo proviene de aquel «reconocimiento en escritura pública», y que además no está inscrito en el Registro Civil, por lo que la sanción del artículo 120 del Código Civil es ineludible, es decir, dicha filiación no matrimonial sólo quedará determinada legalmente o por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público por resolución recaída en expediente ante el Registro Civil o por sentencia firme; vías todas que requieren una petición expresa del interesado con la observancia del citado artículo 123, bien a través de inscripción fuera de plazo en el Registro Civil con la observancia del Apartado III de la Circular de 2 de junio de 1981, o bien mediante sentencia judicial tras la acción correspondiente como paso previo para su posterior inscripción registral; y así, conforme al artículo 49 de la Ley de Registro Civil, el 187 de su Reglamento prescribe terminantemente: «No se puede inscribir el reconocimiento de un hijo mayor de edad sin su consentimiento expreso o tácito, la existencia de este último podrá comprobar en expediente gubernativo». En conclusión, como no se ha formulado expresamente esta petición de estado civil, ni ha precedido, en su caso, el cauce registral, no es posible acceder a lo solicitado, y con la acogida del motivo y sin necesidad de examinar el resto y actuando a tenor del artículo 1.715.1.3 LEC procede desestimar la demanda, sin que a tenor del artículo 1.715.2.º LEC proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables, en su caso, al litigio.

Comentario.—Esta sentencia descarta el consentimiento tácito o presunto implícito en la reclamación efectuada por el hijo, manteniendo un criterio de rigidez que contrasta con el seguido por la Sentencia de 23 de octubre de 1997.

PARTICION HEREDITARIA. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

La viuda del fallecido don Eugenio y sus hijos demandan al contador-partidor testamentario y a los hijos del primer matrimonio, solicitando se declare la nulidad de la partición efectuada y protocolizada notarialmente con la consiguiente nulidad de las inscripciones registrales; y que se declare asimismo que la viuda, como usufructuaria universal durante el tiempo en que la herencia permaneció indivisa, no tiene que rendir cuentas; y la pérdida por una de las hijas demandadas, María Eugenia, de cuanto la correspondería en los tercios de libre disposición y de mejora, debido a haber reclamado su participación en la herencia paterna, quedando reducida a la legítima corta.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Las Palmas de Gran Canaria declaró la plena validez y eficacia de la liquidación de la sociedad de ganancias y partición hereditaria realizada en escritura otorgada únicamente por el contador-partidor, sin la concurrencia de la viuda demandante. Esta sentencia fue revocada por la de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que declaró la nulidad del negocio jurídico que contiene el cuaderno particional hecho por contador-partidor testamentario, cuya escritura de protocolización declaró igualmente nula, ordenando

las cancelaciones de las inscripciones registrales. Y desestimó la demanda en cuanto a la pérdida por la hija María Eugenia de cuanto le corresponda en los tercios de mejora y libre disposición, debiendo restituirse los frutos que se hubiesen percibido.

La hija del primer matrimonio, María Eugenia, interpone recurso de casación por infracción de ley, aduciendo que el contador-partidor no precisa el consentimiento expreso del cónyuge supérstite para efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que puede prescindirse del mismo al basarse la misma en la relación de bienes gananciales y privativos que su viuda, la actora, presentó tanto en la Delegación de Hacienda como después en la diligencia de inventario practicada en el juicio voluntario de testamentaría, en el que estaban personados todos los hoy recurridos, sin que dicha diligencia hubiese sido impugnada por ninguna de las partes personadas. Presentada tal relación de bienes en el juicio voluntario de testamentaría, se entiende que la viuda otorga su «consentimiento tácito» para que el contador-partidor lleve a cabo la partición de la herencia, máxime, además, cuando la viuda había liquidado el impuesto de sucesiones en Hacienda presentando la misma relación de bienes antes mencionada, por lo que no puede ahora ir en contra de sus propios actos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara haber lugar al recurso de casación y confirma íntegramente la sentencia del Juzgado.

Comentario.—De peligroso y sorprendente puede calificarse el criterio mantenido en esta sentencia, caso de generalizarse, pues vendría a romper uno de los axiomas fundamentales relativo al valor de la escritura pública. Si ésta, en frase feliz de Rafael Núñez Lagos, ha de considerarse como una isla sin puente de escape hacia actos anteriores, queriendo decir con ello que debe bastarse por sí misma para producir los plenos efectos jurídicos sin precisar acudir al auxilio de actos anteriores (tesis de la *renovatio contractus*), ese valor resulta indudablemente disminuido cuando su eficacia y validez se hace depender de actos no recogidos en la misma escritura y que no han sido ratificados por la persona afectada por ellos. De la sucinta exposición que hace la sentencia no se desprende que en ninguna instancia se ordenase la protocolización de la partición, ni mucho menos que el juez interviniese en la misma en sustitución, por su rebeldía, de la viuda, pues no se solicitaron ninguno de ambos extremos, sino que resulta haberse practicado la partición por iniciativa del contador-partidor, sin citar a la viuda, cuya intervención expresa en la escritura de partición a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales o de su ratificación, al menos, parece de todo punto necesaria. Piénsese que en la composición del patrimonio puede haber habido algún error, existir créditos o deudas aparecidos posteriormente, resultar diverso el valor de alguno de los bienes respecto al antes manifestado. Todo ello determina que en el acto del otorgamiento de la escritura debe comparecer la viuda, pues el contador-partidor no puede representarla sin poder expreso de la misma; y acudir al consentimiento tácito es abrir un portillo muy peligroso. La convalidación de esta ausencia podría explicarse manteniendo un criterio muy amplio y flexible por los términos en que la viuda se expresara en el juicio voluntario de testamentaría, que nos son desconocidos.

Por otra parte, sin el consentimiento expreso de todos los legitimarios no puede ella atribuirse el usufructo universal vitalicio.

DESHEREDACION. INEXISTENCIA DE CAUSA. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Las causas de desheredación son de interpretación restrictiva, y su prueba corresponde a quien alega su existencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Padrón.

Estimada por el Juzgado la validez de la cláusula de desheredación consignada por el padre a dos de sus hijos y declarada la nulidad de la misma por la Audiencia, el Tribunal Supremo es de este último parecer, sin que —dice— puedan subsumirse en las causas de desheredación del artículo 853 del Código Civil la conducta de los hijos consistente en la falta de convivencia y de relaciones con su padre y la inasistencia al entierro del mismo, pues tales causas, por su carácter sancionador, son de interpretación absolutamente restrictiva.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. NULIDAD DEL TESTAMENTO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1998)

Declarada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Motilla del Palancar, la nulidad del testamento notarial abierto por falta de capacidad de la testadora, revocada esta sentencia por la de la Audiencia Provincial de Cuenca que apreció su validez, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, confirmando la validez del testamento en base a los siguientes fundamentos y razonamientos:

Que tratándose de una acción de nulidad de testamento, basada en la falta de capacidad de la testadora, ha de tenerse presente la doctrina de esta Sala en torno a la aludida materia, según la cual es constante la jurisprudencia que de antiguo y en interpretación de tales preceptos ha establecido: *a)* que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 de abril de 1959); *b)* no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentación y la jurisprudencia al declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 de octubre de 1928); *c)* que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916); *d)* que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1. La edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...», ni el Derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalen-

te a la senectud o ancianidad, se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2. Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 de octubre de 1928); 3. No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (Sentencias de 8 de mayo de 1922 y 3 de febrero de 1951), «muy cumplida y convincente» (Sentencias de 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), «de fuerza inequívoca» (Sentencia de 20 de febrero de 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (Sentencias de 23 de febrero de 1944 y 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción *iuris tantum*» (Sentencias de 23 de marzo de 1894, 22 de enero de 1913, 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 de marzo de 1944); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (sentencias de 18 de abril de 1916 y 16 de noviembre de 1918)— pues el artículo 665 del Código Civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia de 27 de junio de 1908).

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1997.)

En la sucesión por causa de muerte, el título nobiliario sigue las reglas del Derecho histórico y tradicional, dando preferencia al varón sobre la hembra.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación

interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 4.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Málaga, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 7 de dicha ciudad, conforme a los siguientes fundamentos:

El primer motivo de casación alega la infracción de las normas del ordenamiento jurídico por aplicación indebida de la Disposición Derogatoria 3.ª de la Constitución Española de 1978; el segundo, por aplicación indebida del artículo 14 de la misma al orden regular de sucesión en las dignidades nobiliarias; y el tercero, interpretación errónea del citado artículo. En sus extensas fundamentaciones se mantiene, en esencia, la necesidad de haberse aplicado a la cuestión controvertida la legislación histórica y tradicional sobre sucesión en los títulos nobiliarios que otorga preferencia al varón sobre la hembra en igualdad de línea y grado en la sucesión *mortis causa*.

En aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio (Pleno), los motivos han de ser acogidos por la doctrina en ella contenida, y por mandato del artículo 5.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

El letrado de la parte recurrida solicitó en el acto de la vista que esta Sala promoviese ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, pero no se sabe concretamente sobre qué había de recaer, pues ni es concebible la repetición de la misma cuestión que fue ya fallada por la sentencia de dicho Tribunal antes reseñada, y que esta Sala ha de acatar por imperativo de la Ley Orgánica del Poder Judicial («en todo tipo de procesos», dice su art. 5.1 de la misma, aludiendo a las «resoluciones» dictadas por el Tribunal Constitucional), ni tampoco es concebible que el hipotético objeto de la cuestión sea la propia sentencia 126/1997 del Tribunal Constitucional.

También se hizo hincapié por el propio letrado en que esta Sala, en virtud de la Constitución, estaba vinculada a ésta ante todo y, en consecuencia, al respeto del principio de igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer ninguna discriminación por razón de sexo (art. 14). Pero a ello ha dado ya respuesta la tan citada sentencia del Tribunal Constitucional, al juzgar que la preferencia del varón sobre la hembra en la sucesión *mortis causa* de un título nobiliario no atenta contra el artículo 14 de la Constitución.

Además de las anteriores alegaciones, y por el mismo letrado, se expuso que esta Sala no estaba vinculada por la doctrina del Tribunal Constitucional porque no se sabe cuál es, si la de su Sentencia de 24 de mayo de 1982, o la de la Sentencia de 6 de julio de 1995, o la última de 3 de julio de 1997. Despojado de artificio retórico esta alegación, resulta claro que no se ha reparado al estructurarla en que es en la última de aquellas sentencias en la que el Tribunal Constitucional estudia y falla de un modo directo sobre el fondo de la cuestión litigiosa, no así en la de 1995, en la que rechazó el recurso de amparo sin entrar en el fondo (preferencia del varón sobre la hembra), ni en la de 1982, en la que trataba de la condición puesta en la sucesión de un título nobiliario. Es indiscutiblemente en la Sentencia de 3 de julio de 1997 donde el Tribunal Constitucional aborda el problema de si el derecho histórico sobre la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios contraviene o no el artículo 14 de la Constitución, y a ella ha de atenerse esta Sala.

Por último ha de responderse a la alegación del mismo letrado sobre el quebrantamiento del principio de la seguridad jurídica que supondría el que

esta Sala variase su jurisprudencia para resolver los casos litigiosos iniciados bajo la anterior, con una invocación al principio de irretroactividad de las normas jurídicas, principios ambos proclamados en la Constitución. Estos alegatos pueden valer como argumentos de mera retórica, en modo alguno desde el punto de vista jurídico. El cambio de criterio jurisprudencial es permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado, sin exigir nunca que previamente se anuncie, ni limitar sus efectos para el futuro, no para resolver el caso en que se produce el cambio ni los iniciados rigiendo criterio que se modifica (Sentencias del TC 200/90, de 10 de diciembre; 221/91, de 25 de noviembre; 126/92, de 28 de septiembre; 207/92, de 30 de noviembre; 90/93, de 15 de marzo; 160/93, de 17 de mayo; 192/94, de 23 de julio, entre otras muchas). No menos inconsistente es el recurso al principio de no retroactividad, pues el cambio de criterio no está contenido en ninguna disposición legal, ya que no lo es una sentencia, y el artículo 9.3 de la Constitución abarca a «disposiciones». Por otra parte, estamos en lo mismo: si el principio de varonía es o no opuesto al derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Comentario —Después de las fluctuaciones jurisprudenciales, parece haber sido resuelta definitivamente la cuestión en el sentido que siempre he creído debía serlo, esto es, manteniendo la vigencia del Derecho histórico en este punto, vigencia que había venido siendo consagrada doctrinal y jurisprudencialmente hasta que una equivocada interpretación de los preceptos constitucionales intentó desvirtuarla. La razón fundamental es la de que la norma general es perfectamente compatible con el Derecho excepcional, una de cuyas manifestaciones lo constituye el privilegio (cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte general*, t. I, IEP, Madrid, 1955, págs. 113, 115-118). De seguir el criterio opuesto, tampoco podría mantenerse la vigencia de otras sucesiones excepcionales, como la de los patrimonios rústicos protegidos.

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA. INTERPRETACION DEL TESTAMENTO.
(SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1997.)

El fideicomisario sucede al fideicomitente, no al fiduciario.

La interpretación del testamento, que corresponde al Tribunal de instancia, es revisable en casación cuando es absurda e ilógica.

La interpretación del testamento ha de ser subjetiva, en orden a descubrir la voluntad del testador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos de los que resultan claramente los hechos que motivaron el pleito:

Primero.—Los hechos que, como base fáctica del presente recurso, han quedado acreditados son los siguientes, teniendo especial importancia las fechas de los mismos: 1.º Don Pedro de Ulzurrum de Asanza y Barberán,

Marqués de Tosos, contrajo matrimonio con doña Agustina Gas Ferrara, sin que tuvieran descendencia. 2.º El citado marqués mantuvo una intensa amistad con don Tomás Edo Ausina, abuelo del actor, hasta el punto que cuando falleció el mismo, su hijo, de corta edad, don Luis Edo Villar, se trasladó al domicilio del marqués, el cual asumió los gastos de alimentación y educación, criándolo como si de un hijo se tratara, relación familiar que se mantuvo durante toda la vida del marqués y que continuó a su fallecimiento con su viuda, con la que convivieron el señor Edo y sus hijos (actor y demandado) y después de muertos reposan juntos los cadáveres de los marqueses y los del señor Edo y su segunda esposa. 3.º El mencionado don Luis Edo Villar contrajo matrimonio con doña María Asunción Llovet Coquillat (recurrente en casación), en fecha 10 de enero de 1916; de dicho matrimonio no han sobrevivido descendientes; 4.º Don Pedro Ulzurrum otorgó tercer y último testamento en fecha 16 de octubre de 1925: en él se vertieron una serie de disposiciones y respecto a la institución de heredero expresa literalmente: «...instituye única heredera usufructuaria a su esposa doña Agustina, disponiendo que muerta ésta, pasarán, también en usufructo, los bienes a don Luis Edo Villar, y por fallecimiento de éste sería heredera usufructuaria su esposa doña María Llovet Coquillat, y muertos estos dos últimos, dejando sucesión legítima, recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio, y caso de no dejar descendientes sería heredera el alma del testador». El día 19 del mismo mes y año falleció. El día 13 de abril de 1939 falleció su viuda y primera heredera doña Agustina Gas Ferrara. 5.º A finales de 1920 se había producido la separación de hecho de don Luis Edo Villar y su esposa doña María Asunción Llovet Coquillat; en fecha 22 de septiembre de 1933 se dictó sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, declarando disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, por la causa primera del artículo 3 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, declarando cónyuge culpable a la esposa, la cual el 16 de octubre de 1941 renunció a restablecer la normalidad de su matrimonio canónico. 6.º En fecha 16 de octubre de 1933, don Luis Edo Villar contrajo matrimonio con doña Concepción Juan Tarazona, teniendo dos hijos: don José Luis Edo Juan (demandante y actual recurrido en casación) y don Luis Enrique Edo Juan (codemandado). Don Luis Edo Villar falleció el 15 de agosto de 1963 y doña Concepción Juan el 7 de abril de 1967. 7.º Doña María Asunción Llovet aceptó la herencia como heredera usufructuaria el 5 de agosto de 1983, la cual obtuvo la posesión de parte de los bienes del testador el 22 de abril de 1986, cuando se le concedió en procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en sentencia dictada en apelación por la Audiencia de Teruel. 8.º Habiéndose planteado litigio sobre quién era el fideicomisario último, si la «sucesión legítima» o «el alma del testador», en el sentido de que la sucesión legítima estaba formada por los hijos mencionados, don José Luis Edo Juan y su hermano don Luis Enrique Edo Juan, o bien era una disposición de los bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, según dispone el artículo 747 del Código Civil, esta Sala dictó sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto por el Arzobispado de Valencia, de fecha 6 de octubre de 1994, quedando aquellos dos hermanos Edo como fideicomisarios últimos.

Segundo.—La base jurídica se centra en dos cuestiones: la sustitución fideicomisaria y la interpretación del testamento.

La primera de ellas, la sustitución fideicomisaria, apenas regulada en el Código Civil (arts. 781 y sigs.) ha tenido una larguísima tradición histórica,

una importante aunque escasa aportación doctrinal y muy pocas sentencias modernas de esta Sala, la mayoría de las cuales se refieren a la sustitución fideicomisaria de residuo: así, Sentencias de 13 de marzo de 1989, 22 de julio de 1994 y 22 de noviembre de 1996; o bien, al poder de disposición del fiduciario, como la de 28 de febrero de 1996, o a la relación con la institución en usufructo, en Sentencias de 3 de noviembre de 1989 y 18 de julio de 1990. En todo caso, el causante —testador, fideicomitente— dispone un múltiple llamamiento a sucesivos herederos, que pueden serlo en usufructo sin perjuicio del momento en que se purifique el fideicomiso en un único titular pleno; dicha múltiple institución de heredero sigue el *ordo sucessivus* que ha señalado, pero siempre todos los herederos lo son del fideicomitente, no del fiduciario; el primero sólo es fiduciario, el último sólo fideicomisario con cuya adquisición purifica el fideicomisario y los intermedios son fideicomisario respecto al anterior y fiduciario respecto al posterior. Siempre el fideicomisario como tal, intermedio o final, es heredero del fideicomitente, no del fiduciario: de lo cual no sólo no hay duda, sino que lo expresa claramente la Sentencia de 22 de noviembre de 1996 (fundamento 1.º, párrafo 2.º): *ha de destacarse desde ahora que, en el actual momento normativo, resulta también indiscutible que los herederos fideicomisarios heredan del fideicomitente, no del fiduciario*. Por lo cual, todas las cuestiones de capacidad, incapacidad, indig-nidad y prohibiciones vienen referidas exclusivamente al fideicomitente.

La segunda cuestión, la interpretación del testamento, sobre la que tanta jurisprudencia ha recaído, tan escasa es la normativa (art. 675 del Código Civil) y tan pocos y valiosos estudios monográficos ha merecido, conviene destacar la Sentencia de 31 de diciembre de 1992 que dice (en su fundamento 1.º): *La Jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas, integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa* (Sentencias de 6 de abril de 1992, y las que en ella se citan de 5 de junio de 1978; 8 de febrero de 1980; 4 de enero de 1981; 9 de marzo de 1984; 9 de junio de 1987; 28 de abril de 1989; 30 de noviembre de 1990, 18 de julio de 1991, etc.). Cuya doctrina ha sido mantenida constante y reiteradamente por esta Sala, siempre insistiendo en que con la interpretación del testamento se busca el sentido y alcance de la voluntad del testador. Siendo el testamento un negocio jurídico *mortis causa*, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la

muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo.

Tercero.—El único motivo de casación, al amparo del artículo 1.692, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se apoya en la infracción del artículo 675 del Código Civil en relación —ciertamente innecesaria— con el artículo 1.281. Ha dicho con abrumadora reiteración la jurisprudencia de esta Sala que la función de interpretar el testamento es del Tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Ley: así, Sentencias, entre otras muchísimas, de 26 de julio de 1994, 20 de septiembre de 1994, 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 30 de enero de 1997; esta última dice (fundamento 2.º, párrafo 2.º): *es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al juzgador de instancia; así es (Sentencias de 5 de junio de 1978; 8 de febrero de 1980; 8 de junio de 1982; 29 de febrero y 9 de marzo de 1984, y 29 de enero de 1985) y esa facultad soberana del Tribunal de instancia sólo tiene acceso a la casación de modo excepcional (Sentencia de 4 de noviembre de 1961), cuando su interpretación cae en lo «arbitrario» (Sentencia de 25 de abril de 1963), contiene un «muy manifiesto error» (Sentencia de 11 de julio de 1964 y 18 de diciembre de 1965) es «desorbitada» (Sentencia de 19 de noviembre de 1964) o patentiza ese manifiesto error (Sentencias de 10 de junio de 1964; 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965), ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia (Sentencias de 30 de abril de 1981 y 17 de mayo de 1988).*

En el presente caso, la interpretación que han hecho las sentencias de instancia es absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 del Código Civil. El testamento del fideicomitente es de fecha 16 de octubre de 1925 y falleció tres días después, el 19. El momento en que procede la interpretación no puede ser sino en estas fechas. En ellas, la heredera usufructuaria, fideicomisaria (y fiduciaria respecto a fideicomisarios posteriores) nombrada *nominatim* era doña María Asunción Llovet Coquillat, esposa de don Luis Edo Villar: la separación de hecho se había producido años antes de otorgar aquel testamento; la disolución del matrimonio por divorcio se produjo años después del testamento y de la muerte del causante fideicomitente, en el año 1933.

La calificación que hace esta Sala de absurda, ilógica y contraria al artículo 675 del Código Civil de la interpretación que hacen las sentencias de instancia se debe a que pretenden averiguar la voluntad real del testador en la fecha del testamento y de su muerte, por hechos que habían sucedido antes del testamento (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. Recordando lo dicho en el fundamento anterior, cuando en 1925 se produce la apertura de la sucesión por la muerte del fideicomitente, los fideicomisarios —como la actual recurrente en casación— tienen la delación y se determinan todas las características y elementos de la sucesión, que aceptó y adquirió años después, tras hacer tránsito —por muerte del fiduciario-fideicomisario anterior— de la herencia a ella como fideicomisaria. Es absurdo lo que dice la sentencia

recurrida de que «no la hubiera nombrado heredero» de haber conocido los hechos —posteriores a la muerte del testador— que motivaron el divorcio; es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que era tal esposa a la muerte del testador, es contrario al artículo 675 del Código Civil que se interprete el testamento por hechos posteriores no sólo al mismo, sino también a la muerte del testador.

Cuarto.—Debe acogerse, pues, el único motivo de casación y resolver la Sala lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como señala el artículo 1.715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La cláusula testamentaria antes transcrita y con referencia a la recurrente en casación es válida y se interpreta como resulta de su tenor literal en el sentido de que doña María Asunción Llovet Coquillat es heredera fideicomisaria en usufructo, que ha adquirido lícitamente, teniendo capacidad para aceptar la herencia (según los arts. 992 y sigs. del Código Civil) y capacidad para suceder (art. 744 del Código Civil), no teniendo prohibiciones (arts. 752 y sigs.) ni habiendo incurrido en causa de indignidad (art. 756) que lo son en relación al causante, que es el fideicomitente. Por lo cual debe desestimarse la demanda en sus pretensiones principales.

El apartado quinto del suplico de la demanda contiene una pretensión, subsidiaria a las anteriores y por si éstas no se estiman, relativas al codemandado, consistente en que don Luis Enrique Edo Juan satisfaga al demandante don José Luis Edo Juan el precio de unas fincas al tiempo de la evicción, interés, frutos, rendimientos, gastos y costas. Siendo la evicción la privación de la cosa comprada que sufre el comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra (art. 1.475 del Código Civil) uno de los requisitos es, según lo dicho, la privación en virtud de sentencia firme (art. 1.480) Lo que no se ha producido en el presente caso, en que este proceso se limita al derecho hereditario de doña María Asunción Llovet Coquillat y no puede alcanzar a un temor remoto de que si ésta es —como efectivamente lo es— heredera en usufructo, le podría reclamar unas fincas que el actor había comprado a su hermano, en cuyo caso, si le cita de evicción (art. 1.481) y se cumplen todos los requisitos, podrían reclamarle los conceptos que enumera el artículo 1.478. En consecuencia, debe desestimarse la pretensión subsidiaria.

Comentario.—Superadas las dificultades que ofrecía el principio *semel heres, semper heres*, para evitar las cuales ya el propio Derecho romano ideó varios expedientes, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que el fideicomisario es heredero del fideicomitente, esto es, sucede a éste y no al fiduciario. Sería, sin embargo, preferible estimar que más de un verdadero sucesor es un adquirente del remanente hereditario resultante de la liquidación de la herencia que, por lo mismo, trae causa del fideicomitente, de modo directo, asemejándose su posición a la del legatario de una universalidad cuando adquiere los bienes fideicomitidos sin estar totalmente liquidados, o a la del legatario de parte alícuota, cuando los adquiere después de efectuada la liquidación de la herencia. Esta solución parece ser la que mejor conviene para una construcción unitaria de la sustitución fideicomisaria en sus diversas modalidades y guarda congruencia con la posibilidad, admitida por la jurisprudencia, de que el fiduciario realice por sí solo la partición de la herencia, lo que será de todo punto necesario cuando los fideicomisarios sean

desconocidos (v.gr.: por no haber nacido todavía) (Sentencias de 31 de enero de 1958 y 9 de febrero de 1959).

ACEPTACION TACITA DE LA HERENCIA. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1998.)

La petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significan aceptación tácita de la herencia, porque ésta es un negocio jurídico unilateral voluntario y libre, mientras que el pago del impuesto es un deber jurídico.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villagarcía de Arosa, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero.—Se formula en el proceso por la parte demandante, ahora recurrida en casación, una acción reivindicatoria; por la parte demandada, actual recurrente en casación, se pretende la desestimación de la demanda y se formula reconvencción; la base fundamental de estas dos últimas pretensiones es la alegación de que don Luis Cordal Carús había aceptado tácitamente la herencia de su madre doña Restituta Carús Varela antes de que la repudiara expresamente y, por tanto, esta repudiación hecha en escritura pública de 19 de agosto de 1978 es nula.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villagarcía de Arosa, en Sentencia de 18 de octubre de 1994, estimó la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda y desestimó la reconvencción negando con muy detallados argumentos que se hubiera producido una aceptación tácita de la herencia antes de la repudiación expresa. Apelada, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, dictó Sentencia de 7 de febrero de 1995, dando por reproducidas las «acertadas razones jurídicas» de la anterior e insistió en la validez de la repudiación (fundamento 4.º) y la inexistencia de una aceptación tácita (fundamento 5.º).

Por la parte demandada y reconviniente se formula recurso de casación basado en un solo motivo que defiende la existencia de aceptación tácita anterior a la repudiación expresa de la herencia de la mencionada causante. El presente recurso se centra, pues, en el tema de la aceptación tácita de la herencia.

Segundo.—Ante todo, hay que partir de dos puntos. El primero, de carácter jurídico, es el relativo a si la aceptación tácita de la herencia es una cuestión de hecho que debe mantenerse en casación si no se impugna eficazmente, o bien es una cuestión de derecho y, por tanto, revisable en casación. Pese a ser una pregunta que no siempre ha sido planteada correctamente, la solución es clara: lo que es materia exclusiva del Tribunal *a quo* es el hecho o hechos que declara haber sido realizados por el heredero y el título con el que éste ha actuado; y, por el contrario, es cuestión jurídica objeto de casación la decisión sobre si tal hecho supone o no la voluntad de aceptar, es decir, aceptación tácita.

El segundo, de carácter fáctico, es que la causante doña Restituta Carús Varela falleció el día 16 de diciembre de 1976, y su llamado (con delación) como heredero don Luis Cordal Carús repudió la herencia de la anterior en

escritura pública, en fecha 19 de agosto de 1978. Es, pues, en este lapso de tiempo en el que deben contemplarse los hechos que se discute —es el objeto del presente recurso de casación— si constituyen aceptación tácita de la herencia de aquélla. Y en relación con ello debe destacarse el rigor que debe presidir el desenvolvimiento lógico de la presunción de que se ha querido aceptar.

Tercero.—La aceptación tácita la define el artículo 999, párrafo 3.º, del Código Civil: *la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*; lo cual expresa la idea que ya recogían Las Partidas (sexta, 6,11) de que acepta tácitamente el que realiza «actos de señor»; o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de *actos concluyentes* de los que se deriva la *voluntad inequívoca* de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia.

En esta misma línea de pensamiento, la Sentencia de 24 de noviembre de 1992 (fundamento 7.º) dice que la aceptación tácita se realiza *por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de adir la herencia, o sea, aquellos actos que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos; de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia*, cuyo concepto viene de sentencias más antiguas, como las de 13 de marzo de 1952, 27 de abril de 1955 y 15 de junio de 1982, y es recogido, a su vez, por la de 12 de julio de 1996: *aquellas que por sí mismo o mero actuar indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos, es decir, de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para decidirse después de aceptar o, en otro sentido, que el acto revele, sin duda alguna, que el agente quería aceptar la herencia o la de ser ejecución facultad del heredero*.

Otras sentencias han contemplado supuestos concretos de aceptación tácita: la de 10 de noviembre de 1981, la disolución de una sociedad con asistencia a la Junta General de todos los accionistas; la de 15 de junio de 1982, el cobro de créditos hereditarios; la de 20 de noviembre de 1991, instar ante servicios oficiales la calificación de ganancial de la finca discutida; la de 24 de noviembre de 1992, la impugnación de la validez del testamento de la causante, en el que excluía al demandante de la herencia; la de 12 de julio de 1996, la dirección del negocio que había sido del causante; la de 10 de octubre de 1996, la aceptación expresa de una herencia en la que, por el *ius transmissionis*, se contiene la aceptada tácitamente.

Sentencias más antiguas hacen también la aplicación del concepto de aceptación tácita a casos concretos: ostentar ante la Administración el título de heredero (Sentencia de 18 de junio de 1900), venta de bienes hereditarios (Sentencia de 6 de junio de 1920), otorgamiento de escritura de apoderamiento (Sentencia de 23 de abril de 1928) interponer reclamaciones o demanda (Sentencias de 7 de enero de 1942 y 13 de marzo de 1952), hacer gestiones sobre bienes hereditarios (Sentencia de 23 de mayo de 1955), pago con bienes hereditarios de una deuda de la herencia (Sentencia de 16 de junio de 1961), ejercicio de acciones relativas a los bienes relictos (Sentencia de 14 de marzo de 1978).

Cuarto.—Lo anterior es aplicable al presente caso. Los hechos (incólumes en casación, a los que el recurso ha hecho alusión, pero no los ha combatido

directamente, como no podía ser menos) que las sentencias de instancia (del Juzgado y de la Audiencia, ya que ésta da por reproducidas las «acertadas razones jurídicas» de aquélla) estiman acreditados, en relación con la posible aceptación tácita, son los siguientes:

— Las obras de ampliación y mejora de la finca (el único bien de trascendencia económica de la herencia de la causante doña Restituta) se realizaron, en su mayor parte, en vida de la causante; no consta que alguna se hiciera por don Luis Cordal Carús en el período de tiempo antes aludido, entre la muerte —apertura de la sucesión— de la causante (1976) y el momento de la repudiación (1978).

— Las contribuciones por la propiedad no fueron pagados ni constan los recibos a nombre de don Luis Cordal Carús, en esta misma época.

— Los gastos de mantenimiento y de mejora de la finca no fueron sufragados por don Luis Cordal Carús

En los tres apartados anteriores, éste, en aquello que actuó personalmente, lo hizo en concepto de administrador.

— La instalación, por el mismo, en la finca, del consultorio de odontología, dio lugar a una posesión, no en concepto de propietario, sino en calidad de usufructuario.

En consecuencia, de los actos expuestos no se desprende la aceptación tácita de la herencia de doña Restituta Carús por don Luis Cordal Carús, pues no significa, ni uno solo de ellos, un «*acto de señor*», es decir, ninguno supone necesariamente la voluntad de aceptar, ni ha ejecutado ninguno que no tendría derecho a hacerlo sino con la cualidad de heredero, tal como expresa el artículo 999, párrafo 3.º del Código Civil. Por el contrario, tal como exponen como hechos acreditados las sentencias de instancia, son actos de mera administración, que con ninguno de ellos se han tomado el título o la cualidad de heredero.

Quinto.—En relación con lo anterior, aunque distinto a ello, es la cuestión relativa a si la *petición de liquidación y el pago del impuesto de sucesiones*, respecto a la herencia de doña Restituta Carús, por don Luis Cordal Carús, significa la aceptación tácita de dicha herencia. Efectivamente, éste hizo tal petición en fecha 22 de marzo de 1977 en la que en ningún momento se manifestó como heredero, sino como hijo de la causante (hace mención del testamento en el que se le nombre heredero, junto con su hermano premuerto y la sustitución vulgar a favor de los hijos de este último) y asimismo hizo el pago (también lo hicieron los demás designados herederos, por sustitución vulgar, en el testamento) en fecha 6 de junio de 1977.

Examinada con detalle toda la doctrina moderna, tanto más cuanto más especializada es en materia de Derecho de sucesiones, no hay un solo autor que mantenga que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio signifique, por sí mismo, una aceptación tácita de la herencia. Partiendo de la frase extraída de la doctrina, dicha antes, sobre el «rigor que debe presidir el desenvolvimiento lógico de la presunción de que se ha querido aceptar», la doctrina estima que «no es seguro» o que «es discutible» que aquellas petición o pago signifiquen aceptación tácita, o afirma que «el llamado a la herencia que realiza el pago obedece a una imposición legal en lugar de un acto que pueda significar libre aceptación», o más claramente, que «no se puede afir-

mar que la jurisprudencia considere por sí solos como actos adquisitivos la solicitud y obtención de la declaración de herederos y de la práctica de liquidación del impuesto de derechos reales incluso hacer efectivo éste».

Con esta última frase de la doctrina se relaciona ésta con la jurisprudencia. Ni una ni otra son fuentes del derecho; la primera tiene el valor que le confiere la autoridad científica del autor que la expone y el que le dan los argumentos que maneja, aunque sin duda carece del carácter de fuente, tal como se ha dicho por la jurisprudencia desde la antigua Sentencia de 10 de diciembre de 1984 hasta las más modernas de 14 de diciembre de 1967 y 25 de abril de 1978; la segunda, jurisprudencia, tampoco es fuente del derecho aunque tiene el valor que proclama el artículo 1.6 del Código Civil de complementar el ordenamiento jurídico, lo que se refleja, como misión más importante, en la función de la unidad de criterio en la aplicación e interpretación de la norma jurídica.

En el presente caso tiene importancia interpretar y aplicar el artículo 999 del Código Civil en relación a la cuestión concreta de si es aceptación tácita la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio. La Sentencia de 22 de junio de 1923 entendió que no implica aceptación tácita el haber firmado el llamado a la herencia una instancia al Delegado de Hacienda para evitar la imposición de una multa por falta del pago del impuesto, llamado entonces de derechos reales, varias sentencias estiman que hubo aceptación tácita en dicho pago, pero nunca por esto solo, sino por razón de otros actos que fueron decisivos para la consideración de la aceptación tácita: así, la de 23 de abril de 1928 (otorgamiento por el interesado de escritura de arrendamiento de bienes hereditarios), 23 de mayo de 1955 (intervención en la adjudicación de bienes, percepción de alquileres y celebración de contratos), 31 de diciembre de 1956 (enajenación de bienes hereditarios). Asimismo, la Sentencia de 15 de noviembre de 1985 (fundamento 2.º) estima que hubo aceptación tácita cuando una serie de actos acreditan que mantenía la condición de propietario de los bienes heredados y, además, presentó escritos para la liquidación de los impuestos de derechos reales. Y también, la Sentencia de 4 de junio de 1987 (fundamento 2.º) estimó aceptación tácita por asumir la totalidad del patrimonio causante, ejercer actos significativos, declararlo en confesión judicial, y por último presentar instancia y pagar los derechos sucesorios.

Como conclusión, la jurisprudencia nunca ha mantenido y no hay ninguna sentencia de esta Sala que lo mantenga, que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio tenga por sí mismo la consideración de aceptación tácita.

Sexto.—En el presente caso, se acepta la actual doctrina científica y se mantiene la doctrina jurisprudencial y se reafirma que la *petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significa aceptación tácita de la herencia*. Si va acompañada de otros actos decisivos, verdaderos «actos de señor» puede ser un argumento adicional para estimar la presencia de una aceptación tácita, pero no por sí sola. El pago del impuesto es un deber jurídico que impone una ley fiscal y no puede entenderse que sea un acto libre, sino, por definición, un acto debido; la primera norma del Código Civil de la sección dedicada a la *aceptación y repudiación de la herencia* es el artículo 988, que proclama el primero de los caracteres de la aceptación, la voluntariedad, y del que se desprende la naturaleza jurídica de negocio jurídico unilateral no recepticio, al disponer que *la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres*.

Por otra parte, que la norma tributaria establezca que el sujeto pasivo del impuesto de sucesiones es el heredero, tampoco significa que su pago por un llamado, con delación, implique una aceptación tácita de la herencia, ya que es un acto de administración (si ha pagado y repudia, podrá reclamar su importe al verdadero heredero), acto debido que debe realizar para evitar una sanción. Además, la ley tributaria no puede imponer una adquisición de la herencia, contraria a los principios del Código Civil que derivan directamente del Derecho romano: adquisición por aceptación voluntaria, no por cumplimiento del deber fiscal (si éste se asimilara a la aceptación tácita); la legislación fiscal parece responder al sistema germánico de adquisición de la herencia, que se produce por la muerte del causante al exigir al «heredero» el pago del impuesto, so pena de sanción económica, a partir del instante de la muerte, como si en este momento fuera ya heredero.

Séptimo.—En consecuencia, no hubo aceptación tácita sino repudiación de la herencia de doña Restituta Carús Varela por parte de don Luis Cordal Carús, como negativa a ser heredero, que produce la extinción de la delación del repudiante y provoca una nueva delación que en el presente caso viene determinada por el derecho de acrecer a favor de sustitutos vulgares.

Lo anterior implica la desestimación del motivo único de casación, formulado al amparo del artículo 1.692, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se alega infracción de los artículos 997, 999 y 1.000, número 3.º, del Código Civil, siempre en el sentido de que hubo aceptación tácita que la produjo la petición de liquidación y pago del impuesto de sucesiones. Ya se ha dicho que ello no implica tal aceptación tácita por los argumentos que se han expuesto y porque así lo entiende también la doctrina y la jurisprudencia. La cita de un autor de principios de siglo, que emplea argumentos no aceptables ni hoy seguido por ningún otro autor; la mera mención de dos fechas de sentencias sin explicación de lo que realmente mantienen; la referencia, aunque sin alegarla como infringida, de la legislación en materia de impuesto de sucesiones, representada por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, no aplicable al caso de autos que sucedió diez años antes; todo ello ya ha sido tratado y no se acepta ni uno solo de los argumentos: no hubo aceptación tácita, sí hubo repudiación de la herencia y el pago del impuesto sucesorio no significa aceptación tácita.

Comentario.—Parece que no debe mantenerse que en todos los casos la petición de liquidación y el pago del impuesto no entrañan aceptación tácita de la herencia. En efecto, si uno de los herederos, y con más razón si es heredero único, efectúa la autoliquidación de la herencia y en documento privado —que, caso de heredero único, es inscribible en cuanto a los inmuebles en el Registro de la Propiedad— describe los bienes, los valora y se los adjudica, firmando dicho documento, entiendo que hay base suficiente para que ello entrañe una aceptación tácita de la herencia. En el caso de la sentencia comentada, aunque ello no resulta completamente claro de la sentencia ni de los antecedentes suministrados, no aparece probado que don Luis Cordal se adjudicase los bienes hereditarios, sino que se limitó a pagar el impuesto en base a la liquidación posiblemente efectuada por otra persona (los famosos «peritos» —con caneto y todo— que pululan en la región gallega). Hubiera sido interesante conocer el trasfondo del asunto, esto es, las razones que motivaron la repudiación año y medio después de muerta la madre.

La afirmación de que el pago del impuesto es un acto debido, es algo muy relativo. Porque sólo será acto debido si se acepta la herencia. Si el heredero comienza por repudiarla no deberá pagar impuesto alguno. El pago del impuesto se genera sólo en tanto en cuanto se acepta la herencia. Por ello es muy difícil sostener que el pago del impuesto, con la autoliquidación que implica, sea un acto neutro.

USUFRUCTO Y SUSTITUCION FIDEICOMISARIA: DISTINCION. REPRESENTACION. DERECHO DE ACRECER. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que había revocado la del Juzgado número 1 de Pola de Laviana, que había estimado la excepción de falta de jurisdicción.

La cláusula testamentaria cuya interpretación origina el presente litigio es del tenor literal siguiente: «Los bienes que constituyen el tercio de mi libre disposición, más los de la cuota viudal, cuando ella —la esposa del testador— muera, y todo el resto del tercio de mejora, se adjudicarán solamente en usufructo vitalicio, por partes iguales, *in stirpes*, a mis hijos y descendientes legítimos de hijos fallecidos (esto es, a los nueve citados en la cláusula cuarta), pasando todo el pleno dominio de los referidos bienes únicamente a los herederos *in stirpes* de los usufructuarios citados que sean descendientes de ellos en virtud de matrimonio canónico, entre los cuales herederos se repartirán dichos bienes a partes iguales *in stirpes*, según queda dicho».

Al no disponer acerca de la nuda propiedad, podría entenderse:

A) Que estamos en presencia de una sustitución fideicomisaria encubierta, tesis que apunta la sentencia de la Audiencia y que descarta el Tribunal Supremo, porque la expresión «solamente en usufructo vitalicio» impide tal asimilación.

B) Que se trata de una institución de herederos hecha en favor de los *nondum concepti*, admitida por la doctrina y por la jurisprudencia como institución de herederos sujeta a la condición de que tales sucesores expectantes existan y sean capaces para suceder en el momento del fallecimiento del usufructuario, que es el momento en que se produce la delación respecto del mismo.

En el presente caso, el llamamiento *in stirpes* significa que los bienes se dividen en nueve partes que se adjudican en usufructo a los ocho hijos y a la nieta, hija del primogénito. Entiendo que cada una de estas partes constituye un *totum* independiente e incommunicable con el resto de los bienes usufructuados por los demás. Cuota representativa de los bienes que, en mayor o menor cantidad, según el número de descendientes (herederos *in stirpes* de los usufructuarios respectivos) correspondan a todos ellos por partes iguales. Se cierra así, por tanto, cualquier comunicación vía testamentaria entre los descendientes, hijos de cada usufructuario, de manera que bien puede decirse, con la sentencia recurrida, que «tal cláusula testamentaria no establecía mecanismo alguno para el caso de que cualquiera de los usufructuarios falleciera sin *estirpe*, esto es, sin descendientes, que fue lo que ocurrió con el

citado don Augusto». Al fallecimiento abintestato del usufructuario tales bienes no han de incluirse dentro de su sucesión intestada, por lo mismo que no existe sustitución fideicomisaria, sino que ha de estarse al complementario mecanismo de la apertura de la sucesión intestada del *de cuius* para distribuir entre los que resultan ser sus herederos legales el pleno dominio de los bienes usufructuados.

Se rechaza el derecho de representación porque en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos, esto es, incluye a los sobrinos *ex fratre*, pero no a los sobrinos-nietos. También se rechaza el derecho de acrecer, en el sentido pretendido por el recurrente, consistente en que la herencia no ha de dividirse en cuotas ideales a las que puedan concurrir solamente los descendientes de un particular usufructuario, sino estableciendo un solo caudal que ha de dividirse entre todos los herederos sujetos a condición, por partes iguales. El Tribunal Supremo rechaza esta interpretación y, de acuerdo con la tesis de la Audiencia, entiende que las porciones se individualizan *in stirpe*, según reitera el testador, con lo que la idea de un caudal común respecto de un llamamiento conjunto a los descendientes de los hijos usufructuarios desaparece.

F. C. L.

F) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, MARISELA GONZÁLEZ LÓPEZ,
PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ
y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

(Departamento de Derecho Civil de la UNED. Dirección: Prof. LASARTE.)

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS. NO PUEDE PEDIRSE CUANDO LOS JUZGADORES RESOLVIERON LA CUESTION LITIGIOSA CON ESTRICTA SUJECION A LOS TERMINOS EN QUE QUEDO PLANTEADO EL DEBATE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. González Poveda.

En juicio de cognición seguido ante un Juzgado de Primera Instancia de León se declaró correcta la cuantía de una revisión de renta, de acuerdo con el artículo 101 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial. El arrendatario condenado interpone demanda ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León contra el Magistrado-Juez que dictó la citada sentencia en primera instancia y contra los tres Magistrados de la Audiencia Provincial que la confirmaron, pidiendo que se declarase la responsabilidad civil de los mismos por dolo, culpa o ignorancia inexcusables, y que se les condene al pago de 94.499 pesetas. Practicadas las pruebas pertinentes, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dictó sentencia absolviendo de responsabilidad a los Magistrados demandados, con imposición de costas al demandante.

Este último interpone recurso de casación, basándose en cinco motivos, no muy claramente determinados, que el Tribunal Supremo rechaza, desestiman-

do la petición e imponiéndole nuevamente las costas. En su doctrina se confirma el fallo de las instancias anteriores que aplicaron correctamente el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, origen del pleito inicial. En el Fundamento jurídico 5.º se declara que para aplicar, *mutatis mutandi*, lo prevenido en el artículo 1.902 del Código Civil es preciso que el Juez o Magistrado haya procedido con infracción manifiesta de la Ley o faltado a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad y haber producido perjuicios estimables en metálico.

Es decir, sigue la sentencia, que la exigencia de esa responsabilidad ha de descansar forzosamente en esa actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado que se capta cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que en este caso esté sancionada su infracción con la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, pero ha de ser calificable como manifiesta para que sea cohonestable con la voluntad negligente o ignorancia inexcusable a que se refiere el artículo 903 de la LEC, pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple error judicial o deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, como lo designan los artículos 121 de la Constitución, 410 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. García Varela.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Balaguer se promovió juicio declarativo en el que el demandante reclamaba al Ayuntamiento de Almenara 11.998 902 pesetas en concepto de daños sufridos en su explotación agrícola a consecuencia de unas obras municipales de apertura de un camino, que supusieron la inutilización del sistema de riego por aspersión de la finca, originando su sequía. El Juzgado condenó al Ayuntamiento a abonar al actor cinco millones de pesetas y la Audiencia Provincial elevó la cuantía indemnizatoria a 6.304.000 pesetas.

El recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento se basa en primer lugar en la incompetencia de jurisdicción, considerando que el asunto corresponde a la vía contencioso-administrativa y no a la civil. Después de la supresión del párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código Civil y la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativas Común, parece evidente un cambio del panorama competencial, siendo la tendencia del artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero el Tribunal Supremo declara en esta sentencia que por razones de seguridad jurídica conviene respetar los criterios precedentes al menos para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, o sea que debe aplicarse el artículo 1.902 del Código Civil en materia de daños producidos por una Administración Pública, cuando ésta no ha ejercitado potestades soberanas.

El Tribunal Supremo también rechaza las alegaciones del Ayuntamiento de que había prescrito la acción y de que no había existido nexo causal entre el daño y el hecho que lo produjo, por lo que se desestima el recurso de casa-

ción, con condena en costas y se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida.

ACCIDENTE DE TRABAJO MEDIANDO FALTA DE PRECAUCION EN LA VICTIMA. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Barcala y Trillo-Figueroa.

Un empleado de una sociedad dedicada a la descarga de buques en el puerto de Mahón, al realizar una determinada maniobra material, resbaló desde una altura de 2,27 metros y cayó al suelo, dándose un fuerte golpe en la región frontal, a consecuencia del cual falleció tres días después. Aunque había varios obreros, el capataz encargó la tarea, sin ayuda, solamente a la víctima, manifestando ésta al caer que se había resbalado. Por lo que parece probado, el trabajador no tomó las precauciones debidas y contribuyó al resultado con su propia conducta.

La viuda y la hija del fallecido demandan a la empresa, solicitando una indemnización de 9 millones de pesetas, siendo desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón. Se apela ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, donde se dicta sentencia parcialmente estimatoria, declarando que la indemnización debe fijarse tan solo en 4 millones de pesetas.

En la sentencia de casación, el Tribunal Supremo declara que el fallo recurrido aplica el supuesto de «corresponsabilidad» al apreciar que la víctima contribuyó eficazmente al resultado con su propia conducta, por lo que se rebaja la indemnización pedida de 9 a 4 millones de pesetas.

Valorando los hechos para aplicar los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil se recogen en la sentencia recurrida la falta de luz, ausencia de casco y no uso por el trabajador de una escalera que estaba a su disposición, pero eso no desvirtúa la existencia también de una omisión clara por parte de la empresa demandada de dejar hacer solo a la víctima, sin prestarle la debida ayuda o vigilancia, una maniobra peligrosa como fue encaramarse a una altura de 2,27 metros en circunstancias adversas, puesto que la previsibilidad del posible riesgo de la operación correspondía al capataz que ostentaba la jefatura del grupo contratado y permitió que la víctima actuase sin casco y sin usar la escalera.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DEL ARTICULO 1.902. DOCTRINA SOBRE LA CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Sierra Gil de Biedma.

Contra una empresa vendedora de maquinaria se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao número 13 demanda reclamando once millones de pesetas en concepto de indemnización por el daño causado a la víctima por la pérdida grave de visión de un ojo, habiéndose producido este hecho cuando el demandante manejaba una máquina vendida por la empresa demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva, desestimando la demanda sin entrar en el fondo; pero el fallo es revocado por la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Bilbao, la cual fijó la indemnización en diez millones de pesetas.

La sociedad demandada recurre en casación, pero el Tribunal Supremo desestima el recurso recogiendo la doctrina que para aplicar el artículo 1.902 del Código Civil ya se sentó en la Sentencia de 12 de mayo de 1993, donde se declaró que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el sentido subjetivo de responsabilidad, según impone el artículo 1.902 del Código Civil, ha ido evolucionando hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandada por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable; ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada; pero, sin embargo, la evolución de dicha objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aún con todo el vigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo.

Del *factum* de la sentencia recurrida se infiere indudablemente que la máquina cuya utilización causó el daño no iba acompañada de la información suficiente para su adecuada utilización, ya que no se indicó cual era la tronzadora conveniente para utilizar el soporte productor del accidente, ni los límites de fuerza aplicables al pretensado, ni ningún otro dato o información de interés. De esa falta de información se deduce la causa del accidente, según la sentencia recurrida que queda confirmada por el Tribunal Supremo.

**RESPONSABILIDAD MEDICA. OBLIGACION DE ACTIVIDAD O DE MEDIOS.
CULPA. NEXO CAUSAL. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1997.)**

Ponente: Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

Un anestésista perteneciente al cuadro médico de un hospital de Tarrasa intervino en una operación practicada a un paciente consistente en una timpanoplastia efectuada con anestesia general controlada por un aparato propiedad del hospital, que tenía un sistema de alarma cuyo funcionamiento no fue probado por el anestésista en el momento previo a la intervención. En el transcurso de ésta, el paciente sufrió una anorexia cerebral que no activó la alarma, en el mismo momento en que el anestésista había dejado de controlar el estado de aquél en el monitor electrocardiográfico. Sobrevino al operado una cianosis por ausencia de oxigenación y falleció como consecuencia de su estado de coma profundo por descerebración.

Contra el médico anestésista se siguió proceso penal que terminó archivándose por fallecimiento del acusado.

Entonces se interpone, por la viuda e hijos del paciente que murió en la operación, demanda contra los herederos del anestesista, su compañía de seguros y el hospital, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Tarrasa por entender que la actuación de dicho anestesista no fue incorrecta, ya que el aparato de control funcionaba con normalidad antes de la operación.

La Audiencia Provincial revocó tal sentencia, condenando a los demandados solidariamente al pago de 14 millones de pesetas de indemnización y éstos recurren en casación considerando infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

En el Fundamento jurídico 5.º, el Tribunal Supremo declara que, según reiterada jurisprudencia, la obligación del médico es de actividad, no de resultado; pero en este caso se ha probado que el anestesista causó un daño desproporcionado con aquella actividad, del que se desprende la culpabilidad del autor. Se ha acreditado que el sistema de alarma no fue probado en el momento previo a la intervención y el médico había dejado de controlar el estado del paciente en el monitor electrocardiográfico, pese a que debía exigirse una mayor atención al ser una intervención en regiones anatómicas craneo-faciales configuradas en cavidades de difícil acceso quirúrgico. Por ello, queda acreditada la culpa del anestesista y se ha aplicado correctamente el artículo 1.902 del Código Civil.

En cuanto al hospital, le alcanza la responsabilidad directa del artículo 1.903 del Código Civil como centro o empresa en que se desarrollaba la actividad profesional del anestesista.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DEL INSALUD POR NEGLIGENCIA DEL PERSONAL SANITARIO. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Vela.

Los padres de una niña nacida con secuelas de retraso psicomotor demandaron a la doctora y al INSALUD, pidiendo indemnización por daños y perjuicios derivados de las secuelas de ese retraso causado por hipoxia neonatal que padece la menor como derivación del tratamiento facilitado a la madre gestante.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo acogió parcialmente la demanda, absolviendo a la doctora y condenando al INSALUD al pago de las cantidades que se determinen una vez concretado el alcance de las lesiones y secuelas de la menor.

El citado Instituto, una vez confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial, interpone recurso de casación al que no da lugar el Tribunal Supremo.

En el fundamento jurídico segundo se dice que la sentencia de instancia no excusa la responsabilidad al personal sanitario, sino que, por el contrario, señala que infiere la negligencia médica por falta de la actuación del facultativo que atendió a la gestante cuando se le presentó la complicación descrita en la última fase del proceso de gestación, próxima al parto, con las consecuencias que tal omisión podían previsiblemente provocar en el feto; y más adelante señala que esta carencia sanitaria, que no es susceptible de individualización ni de instrumentalización particularizable, es imputable al INSALUD, como responsable en último grado de los defectos y negligencias en el funcionamiento

de las actividades hospitalarias y en la actuación profesional del personal sanitario dependiente del mismo, ya sea por culpa, ya por insuficiencia de medios, cuando resulten daños y perjuicios en las personas asistidas en los centros que dependen del mismo, siempre que se acredite la relación de causalidad entre los daños y el funcionamiento del servicio en cuestión.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA TEORIA DEL RIESGO. LESIONES POR COGIDA DE VAQUILLA EN UN FESTEJO DE PUEBLO. INEXISTENCIA DE CULPA EN EL ORGANIZADOR DEL FESTEJO. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Barcala y Trillo-Figueroa.

El demandante sufrió determinadas lesiones al ser golpeado por una vaquilla en los encierros y capeas que tuvieron lugar en la localidad de Velayos (Avila). Por ello demanda una indemnización al organizador del festejo y también a una compañía que había asegurado los posibles accidentes en tal evento, siendo parcialmente estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Avila, que condenó al organizador del festejo a pagar al actor 3.448.000 pesetas, de las cuales deberían abonarse 1.200.000 pesetas por la compañía aseguradora. Como consecuencia del recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Avila absuelve al organizador y rebaja la indemnización a 400.000 pesetas a pagar por la compañía de seguros.

El Tribunal Supremo decide no haber lugar a la casación solicitada por el demandante, confirmando la sentencia de la Audiencia.

En el segundo fundamento jurídico se dice que es conveniente traer a colación la doctrina jurisprudencial emanada de esta Sala al respecto y, a tales efectos, resulta claro que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto el clásico principio de la responsabilidad culposa. Así pues, se sigue diciendo, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero.

La absolución del organizador del festejo se basa en que el simple hecho de organizar no supone culpa o negligencia alguna, cuando el festejo se celebró con toda normalidad y las medidas de seguridad corresponden al Ayuntamiento y la simple noción de riesgo es insuficiente por sí para generar una responsabilidad por culpa extracontractual.

ACCIDENTE LABORAL POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. NO RESPONDE EL EMPLEADOR. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Almagro Noseete.

El oficial primero de una empresa de artes gráficas actuaba habitualmente como encargado del taller, dada la no presencia del empresario en el lugar de trabajo. Con ocasión de haberse producido un fallo de impresión al confeccionar unos carteles de colores, por desplazamiento de la tinta en unas mil hojas aproximadamente, dicho encargado en ausencia y sin autorización del empresario, y para que éste no se enterara de la deficiente impresión, ordenó que se comprara un bote de tetracloruro de carbono para intentar la corrección de los carteles. El producto referenciado, de alta toxicidad, fue usado por cuatro trabajadores, entre ellos el propio encargado, el cual hubo de ser ingresado en un hospital de Badalona, donde pasó a cuidados intensivos, quedó en coma y falleció. Incoadas diligencias previas por el Juzgado de Instrucción número 22 de Barcelona, recayó sentencia absolutoria para el empresario.

Pero la viuda e hijos del fallecido interponen demanda por responsabilidad civil y el Juzgado de Primera Instancia número 26 de dicha capital dicta sentencia desestimatoria que es confirmada por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo no admite la casación pedida al haber ocurrido el daño por culpa exclusiva de la víctima. Se dice en el tercer fundamento que los hechos acreditados revelan de forma unívoca la inexistencia de acción u omisión culposa en la conducta del empresario, que estrechamente vinculada al resultado luctuoso producido, genere su responsabilidad a tenor del artículo 1 902 del Código Civil pues ya quedó constatado en las actuaciones penales, administrativas y laborales, como también en las presentes, que fue precisamente el trabajador fallecido quien, por propia iniciativa y actuando como encargado en funciones, en ausencia del empresario, encargó la compra del producto tóxico, pagándolo de su propio bolsillo, y con el ánimo de corregir la defectuosa tirada de los carteles y evitar dar cuenta del defecto al empleador, que se mantuvo ajeno a tal iniciativa de su trabajador y desconociendo en suma la adquisición del tóxico y su uso en la empresa días antes al accidente letal.

RESPONSABILIDAD MEDICA. CARGA DE LA PRUEBA. ES PRECISO ACREDITAR LA FALTA DE DILIGENCIA O EL INCUMPLIMIENTO DE LA «LEX ARTIS». (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torrelavega se reclama la cantidad de diez millones de pesetas a un médico y su compañía de seguros ejercitando el demandante la acción de resarcimiento del daño causado por la amputación de una pierna, alegando que se produjo como consecuencia de la falta de tratamiento adecuado a la infección que sufría tras la intervención quirúrgica realizada por el doctor ahora demandado.

El Juzgado dictó sentencia absolutoria que fue confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia que recoge con todo detalle las fases de la enfermedad del paciente, concluyendo que la actuación del médico fue correcta.

El Tribunal Supremo en una amplia y muy razonada sentencia desestima la casación, declarando que en la responsabilidad médica hay que acreditar

no sólo el daño sino la autoría y la relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o «lex artis ad hoc»; de ahí que se afirme que al ser la obligación del médico la de observar esos deberes asistenciales o sea «los medios para curar» y no el resultado o la curación del paciente (de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción fisiológica del enfermo), no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA INACTIVIDAD PROCESAL INJUSTIFICADA DE UN PROCURADOR. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Morales Morales.

Varias personas conjuntamente promovieron cuatro procesos de tercería de mejor derecho ante un Juzgado de Primera Instancia de Onteniente, siendo desestimadas sus demandas, por lo que interpusieron cuatro recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia. En un momento determinado, el Procurador que llevaba los asuntos renunció a seguir ostentando la representación de los apelantes, por lo que éstos contrataron los servicios de otro Procurador que aceptó personarse en nombre de ellos en los cuatro recursos de apelación. Sin embargo, se personó tan solo en uno de tales recursos, que fue estimado por la Audiencia, y, en cambio, no se personó en los otros tres recursos restantes, que fueron por ellos declarados desiertos.

Con esta base los interesados perjudicados interponen demanda contra el Procurador y su compañía de seguros, ejercitando la acción de responsabilidad por culpa contractual al no haberse personado a pesar de haberse comprometido a ello, reclamándole 17.649.435 pesetas.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda condenando al Procurador y su compañía aseguradora tan solo a pagar a los demandantes el importe de las costas procesales causadas en los recursos declarados desiertos. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia condena al Procurador que incumplió a pagar no solo las costas dichas, sino además una indemnización de 15.500.000 pesetas más el interés legal.

El Procurador condenado y la compañía que asegura su responsabilidad civil solicitan la casación de la sentencia de la Audiencia, lo que se deniega por el Tribunal Supremo, con condena en costas.

Se declara que los hechos integradores del pleito han significado un incumplimiento contractual productor de daños y perjuicios, pues el Procurador, no obstante haber aceptado representar a sus clientes, dejó de personarse en los recursos de apelación, lo que determinó que éstos fueran declarados desiertos. Los daños y perjuicios, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (art. 1.106 CC) no son solamente los materiales o económicos, sino también los morales, siempre que, como en este caso, aparezcan probados. La negligente conducta del Procurador ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los apelantes al dejarles privados del conocimiento y resolución por el tribunal competente de dichos recursos, cuyo daño moral, claramente producido, es el que se declara indemnizable.

CULPA EXTRACONTRACTUAL Y RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS QUE AFECTAN A NAVE ARRENDADA. EL «LITIS CONSORCIO» PASIVO NECESARIO NO DEVIENE FORZOSO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE ILICITOS CULPOSOS (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juez de Primera Instancia número 12 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 22 de septiembre de 1992 estimando en parte la demanda interpuesta por la representación A.F.M. y Artesanía Sac, S. A., contra tres demandados: F.P.R. (arrendador de la nave), el Excmo. Ayuntamiento de Cuarte y L.J.D.L., en juicio de menor cuantía, sobre culpa extracontractual y reclamación de daños y perjuicios que afectan a nave arrendada, en la que se solicitaba se condenase a los demandados a satisfacer solidariamente a los actores las cantidades que por el Juzgado se estimen justas en el momento de dictar sentencia, o en ejecución de sentencias, más sus intereses legales correspondientes, sin perjuicio de las facultades del Juzgado en orden a establecer proporcionalmente los importes que cada uno de los demandados condenados deban satisfacer a los actores a modo de responsabilidad interna y compartidas entre ellos.

El Juzgado en su fallo condenó a los tres demandados a que de forma conjunta y solidaria paguen al demandante A.F.M. la cantidad de quinientas sesenta y dos mil doscientas treinta y siete pesetas y a la codemandante Artesanía Sac, S. A., la de trescientas cuatro mil novecientas cincuenta y tres pesetas.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 25 de septiembre de 1993 que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de A.F.M. y Artesanía Sac, S. A., y por la representación de uno de los demandados F.P.R., absolviendo a este último, arrendador de la nave siniestrada, de la demanda contra él entablada y con la elevación de la suma fijada como indemnización que ha de satisfacerse a A.F.M. a seis millones trescientas setenta mil trescientas noventa y dos pesetas y a Artesanía Sac, S. A., a cuatro millones de pesetas.

La representación de L.J.D.L., interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Ruina de la nave por rotura de tuberías de la propiedad, y con posterioridad reventó la tubería municipal, por consecuencias de deficiente reparación del socavón que produjo en la vía pública la primera rotura, facilitándose la salida descontrolada, abundante y continuada de las aguas que invadieron la nave de referencia.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero del recurso interpuesto por el codemandado L.J.D.L., amparado en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción por inaplicación del artículo 359 de dicha ley y doctrina de la Sala respecto a la exigencia de litis consorcio pasivo necesario, y conteniendo como pretensión del motivo que había que demandar al Arquitecto que planeó y dirigió la construcción de la nave. Se desestima el motivo alegándose que, materia de culpa extracontractual, la situación de litis consorcio pasivo necesario no deviene forzosa, ya que el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de los responsa-

bles del evento que causó el daño cuya reparación económica postula, como deudores por entero y principales, conforme al artículo 1.144 del Código Civil, por razón de la solidaridad que los relaciona.

Otro de los motivos del recurso denuncia infracción por inaplicación de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, y se aduce que al resultar absuelto uno de los demandados de los tres interpelados, acogándose a la mera referencia que la sentencia recurrida hace al Arquitecto que construyó la nave el tercio de las responsabilidades correspondientes se carga al recurrente y al Ayuntamiento interpelado, cuya responsabilidad queda determinada en un cincuenta por ciento teórico para cada uno de ellos. Se desestima el motivo y se aduce que el reparto de responsabilidades, que se cuantifica, se hace de forma solidaria conforme a la doctrina jurisprudencial, que declara que al producirse concurrencia ilícitos culposos, procede la solidaridad en el pago de las indemnizaciones como protección a los perjudicados, cuando no resulta determinable la concreta responsabilidad de los plurales causantes del daño.

Apuntes.—Sobre la aplicación del artículo 1.144 del Código Civil y la posibilidad de repetir solidariamente contra los responsables del evento, véase reiterada doctrina en STS de 11 de octubre de 1991, 21 de abril de 1992, 30 de septiembre de 1992, entre otras.

En relación con la doctrina de que ante la concurrencia de ilícitos culposos, estima que procede la solidaridad en el pago de las indemnizaciones como protección a los perjudicados, por no resultar determinable la concreta responsabilidad de los causantes del daño, véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1993 y de 26 de noviembre de 1993.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RECLAMACION DE INDEMNIZACION POR EL ARRENDATARIO. LITISPENDENCIA IMPROCEDENTE. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Teruel, dictó Sentencia con fecha 27 de mayo de 1993, desestimando la demanda interpuesta por la representación de Auto Recambios Segorbe, S. L., contra los tres demandados: Construcciones Lam, S. A., contra F.A.C. y contra M.A.G., en juicio declarativo de menor cuantía sobre culpa extracontractual (desplome de nave arrendada), donde se suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de cantidad, desestimándose la demanda por estimación de la excepción de litispendencia opuesta por los demandados Construcciones Lam, S. A. y por F.A.C. (pues M.A.G. se hallaba en situación procesal de rebeldía), sin prejuzgar las pretensiones contenidas en la demanda.

La Audiencia Provincial de Teruel dictó Sentencia con fecha 30 de noviembre de 1993 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante Recambios Segorbe, S. L. y condena a los demandados: Construcciones Lam, S. A. y a F.A.C. a que conjunta y solidariamente, abonen a la actora la suma de 34.607. (treinta y cuatro mil seiscientos siete pesetas), más la que se fijará en fase de ejecución por el valor de la mercancía y mobiliario que resultaron inutilizados al desplomarse parte de la nave, sin que este último concepto indemnizatorio pueda rebasar la suma reclamada por la actora y que ascendió a 15.664.044 pesetas (quince millones seiscientos sesen-

ta y cuatro mil cuarenta y cuatro pesetas), debiendo así mismo satisfacer el interés legal de la cantidad líquida desde la fecha de interposición judicial.

La representación de Construcciones Lam, S. A., interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos —Obras de excavación irregulares que llevó a cabo Construcciones Lam, S.A. que incidieron directamente en la causación del derrumbamiento de la nave, originando daños a Auto Recambio Segorbe, S. L., en las mercaderías, mobiliario y elementos del negocio depositados en la nave, así como el traslado a otras dependencias distintas para continuar sus actividades comerciales.

Doctrina de la sentencia.—La parte recurrente en casación postula, en el motivo más controvertido, la concurrencia de la excepción de litispendencia, que autoriza a plantear el artículo 533-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no aceptada por el Tribunal de Instancia, por lo que alega infracción del artículo 1.252 del Código Civil en el apartado cuarto del artículo procesal 1692. No se estima por que, —pese a la evidente conexión que presenta con relación al sujeto activo que se reputa autor del daño del desplome de la nave y respecto a los objetos depositados en la misma y los derivados de las actividades negocials desarrolladas— no se da identidad de las partes litigantes en los pleitos confrontados, pues en el primero, el actor que reclama, lo hizo en la condición de propietario de la nave siniestrada, y en el actual proceso la entidad demandante Auto Recambio Segorbe, S.L., actúa como arrendataria de dicho inmueble, postulando indemnización por los daños causados en las mercaderías, mobiliario y elementos de su negocio depositados en la nave y los consecuentes del traslado a otras dependencias distintas para continuar sus actividades comerciales. De manera que aunque el pleito actual resulta condicionado por lo resuelto en el anterior, ya se ha resuelto el litigio anterior, y se ha apreciado culpa civil y se ha declarado a Construcciones Lam autora material por las obras de excavación irregulares llevadas a cabo, y tal conducta imprudencial se proyecta necesariamente en esta litis.

Apuntes.—Conforme a doctrina reiterada, para la estimación de la litispendencia se exige la concurrencia de las debidas identidades subjetivas, objetivas y causales entre el pleito pendiente y el promovido con posterioridad, siendo ineficaz cuando son diversas las cosas litigiosas o distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación jurídica. Lo que viene a justificar dicha excepción es evitar resoluciones contradictorias y opera de modo que la sentencia recaída en un pleito precedente produzca excepción de cosa juzgada en el posterior.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. TENDIDO ELECTRICO DE ALTA TENSION. MUERTE POR DESCARGA ELECTRICA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Fernández Cid de Termes.

Resuelve recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zamora, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de dicha capital, interpuesto por la Compañía Iberdue-

ro, S. A., hoy Iberdrola, S. A., en el que son recurridos G.A.M y C.P.F. En el juicio ordinario declarativo de menor cuantía promovido por G.A.M y C.P.F se dictó sentencia admitiendo la condena solicitada por la parte actora consistente en satisfacer 16.000.000 de pesetas en concepto de resarcimiento por los daños y perjuicios, intereses legales y pago de costas. Dicho sentencia se confirmó por la Audiencia Provincial de Zamora que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Hechos.—El día 21 de agosto de 1988, cuando don Juan Pablo Avedillo Pérez se encontraba trabajando en una finca de regadío propiedad de su padre, atravesada por una línea de alta tensión de 13.200 voltios —perteneiente a la demandada, al manejar los tubos empleados para el riego por aspersión, de una longitud normalizada de seis metros, recibió una descarga eléctrica que le produjo la muerte por fibrilación ventricular, ocurriendo que cuando se realizó la instalación del tendido la finca ya era de regadío y el día de los hechos la altura de los cables se hallaba a 6,26 metros del suelo, sin que se probase que el tubo que transportaba los hubiera tocado el ahora fallecido, pero considerando que los cables de alta tensión en zona húmeda suponen un riesgo para los usuarios de la finca que debió ser previsto, realizando la instalación eléctrica de forma adecuada para evitarlo, lo que supone una actividad culposa que genera responsabilidad civil.

Doctrina del Tribunal.—Se desestima el único motivo del recurso, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia «aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil en relación con los artículos 1.103 y 1.104 del mismo Código, aplicables también a las obligaciones extracontractuales, alegándose en el desarrollo del recurso que no se tuvo en cuenta la existencia de una servidumbre legal de paso forzoso de línea de conducción eléctrica, regulada por Ley 10/1996 de 23 de marzo, constituida en 1964 con el consentimiento del entonces propietario de la finca. Se desestima el citado motivo porque «no consta probado un actuar culposo de la víctima, y no consta que se pactase la no utilización de la finca para regadío, ni siquiera de que se advirtiese de los peligros de electrocución por inducirse una descarga eléctrica, lo que era previsible y evitable por los técnicos en la materia» pero de conocimiento inexigible a los agricultores, por lo que consta un actuar culposo de la víctima, y ello obliga a excluir la posibilidad de culpa exclusiva de la víctima o de concurrencia de culpas en el proceso causal.

Apuntes.—Tal y como se dice en la propia sentencia no es posible en este supuesto aplicar la doctrina emanada de sentencias dictadas en supuestos de accidentes ferroviarios en los que la víctima, conocedora de que la finca está atravesada por la vía férrea, intenta cruzarla por lugar inapropiado y no adaptado para ello y que da lugar a la apreciación de la concurrencia de culpas.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL. SE ESTIMA. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta.

Se desestima la demanda interpuesta en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núme-

ro Uno de los de San Sebastián, seguido a instancia de doña G.P.A., contra la sociedad Anónima de Deportes y Espectáculos y contra la Aseguradora Mudespa, sobre reclamación de cantidad, donde se solicitaba se condenase a éstos de forma conjunta y solidaria al pago de la cantidad de diecisiete millones ciento nueve mil ochenta y cinco pesetas más las costas que se originen, más los intereses previstos, a partir de la fecha de la sentencia.

La Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 16 de marzo de 1993, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña G.P.A. y se condena a los demandados a pagarle conjunta y solidariamente la suma de cinco millones doscientas veintiuna mil ochenta y cinco pesetas.

La representación de la Aseguradora Mudespa presentó recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Doctrina de la sentencia.—Se desestima el motivo primero del recurso de casación, que se fundamenta en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del artículo 1.968-2 del Código Civil en relación con los artículos 1.902 y 1.969 del mismo cuerpo legal, argumentándose que, desestimada la prescripción de la acción en la sentencia de primera instancia no fue rebatida por la ahora recurrente en casación en la fase de apelación, lo que por sí sería suficiente para declarar el fracaso del actual motivo.

Se aprecia además interrupción de la prescripción al amparo del artículo 1.973 del Código Civil, porque como quedó probado hubo comunicación escrita —correspondencia por carta entre las partes— lo que, de conformidad con la doctrina constante de la jurisprudencia de la Sala, el incremento de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocésal del plazo de prescripción (Sentencia de 16 de marzo de 1981, 22 de septiembre de 1984 y 12 de junio de 1990, entre otras).

Se desestima el segundo de los motivos, basado también en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 1.902 en relación con el 1214 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial sobre la culpa extracontractual, y se argumenta por la Sala que la omisión culposa aparece con claridad meridiana, desde el instante mismo que la empresa de espectáculos no realizó las operaciones necesarias, para dar la seguridad necesaria a unas escaleras, por la que transitaba toda clase de personas.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN POR ACTO ILÍCITO CIVIL CON LA INDEMNIZACIÓN LABORAL. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo.

El Juez de Primera Instancia número cuatro de Pamplona, dictó Sentencia con fecha 16 de mayo de 1994, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de G.M.G. y su esposa E.G., en juicio de menor cuantía, contra «España Pipelines, S. A.», donde se suplicaba se condenase a la parte demandada al pago de la suma de 25.167.920 pesetas, estimándose la condena en la cantidad de tres millones de pesetas con sus intereses legales.

La Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, dictó Sentencia con fecha 3 de noviembre de 1994 estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las partes (demandante y demandado), con parcial re-

vocación de la sentencia de Primera Instancia, condenando a la demandada a pagar a los actores la cantidad de 11.167.920 pesetas.

La representación de G.M.G. y su esposa E.G. interpuso recurso de casación cuyo motivo fue estimado. Los motivos del recurso de «España Pipelines, S. A.», fueron desestimados.

Hechos.—G.M.G. (hijo de los demandantes) falleció el día 7 de febrero de 1992 al ser arrollado por una máquina retroexcavadora en su puesto de trabajo en la entidad «España Pipelines, S. A.», que a su vez era propietaria de la máquina excavadora y empleadora del conductor de la misma.

Doctrina de la sentencia.—El único motivo, del recurso interpuesto por los actores del proceso, al amparo del artículo 1.692 de la LEC, invoca infracción de la jurisprudencia contenida en las Sentencias de 1 de mayo de 1985, 8 de noviembre de 1990, 2 de enero de 1991, 27 de noviembre de 1993 y 7 de marzo de 1994, según la cual la indemnización por acto ilícito civil es compatible con la indemnización laboral, en cuanto el orden jurisdiccional civil es independiente del social para enjuiciar conductas al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. El motivo se estima, ya que sobre la base de los anteriores razonamientos, la Audiencia, al cuantificar la indemnización por daños, incluso morales, estima adecuada la cifra de 16.000.000 de pesetas, cifra que debió conceder, sin reducirla en 5.000.000 por haberlos recibido los actores de la compañía aseguradora en concepto de indemnizaciones laborales legales obligatorias.

El motivo único alegado en el recurso, por la representación de España Pipelines, S. A., alegaba infracción del artículo 1.902 del Código Civil y jurisprudencia, y que, en todo caso, no se tuvo en cuenta la concurrencia de culpa de la propia víctima. Se desestima sobre la base de que el conductor no guardó toda la diligencia exigible

Apuntes.—Sobre el error en la apreciación de la prueba, que se aduce como motivo, es jurisprudencia consolidada en Sentencias de 18 de abril de 1922, de 27 de octubre de 1997 y de 19 de noviembre de 1997, entre otras, que el de apelación posee libertad para su apreciación, de no ser que ésta resulte ilógica, o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, pues de lo contrario se transformaría el recurso de casación en una tercera instancia

En relación con el recurso de casación por infracción del artículo 1.214 del Código Civil porque el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla, véase entre otras, las Sentencias de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RECLAMACION PREVIA A LA VIA ADMINISTRATIVA. ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA. LA REGLA DEL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Varela.

El Juez de Primera Instancia número ocho de Oviedo, dictó Sentencia con fecha 10 de diciembre de 1992, desestimando la demanda interpuesta por la

representación de M.R.R., en juicio de menor cuantía, contra el Insalud, en la persona de su legal representante en Oviedo, y contra el médico S.V.F., donde suplicaba se condenase a los demandados a abonar solidariamente la cantidad de 12.000.000 de pesetas, y otra cantidad que se estime procedente, más los intereses desde la fecha de la interposición de esta demanda.

La Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 19 de octubre de 1993 que estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de M.R.R. y revocando la sentencia de Instancia condenó a los demandados a abonar solidariamente la cantidad de 5.000.000 de pesetas.

La representación del Insalud y la de S.V.F. interpusieron recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Secuelas de intervención quirúrgica, consistente en la histerectomía total más anexectomía bilateral que le fue practicadas y en cuyo curso se dañó el uréter de la actora lo que le produjo una fístula uterovaginal que precisó de varias operaciones posteriores, concluidas con la extirpación de su riñón derecho.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero, del recurso deducido por Insalud —al amparo del artículo 1.692-4 de la LEC, por infracción del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, por cuanto según se aduce se ha omitido la reclamación previa a la vía administrativa. Se desestima porque la exigencia de la reclamación previa, según se advierte, tiene como formalidad esencial la de impedir que la administración, en sus distintos grados y categorías, entre en un proceso sin haber tenido la oportunidad de evitarlo, lo que, sin duda, conduce a una ineludible semejanza con el instituto de la conciliación procesal civil, debido a que ambos actúan a modo de conocimiento del futuro litigio, y, en su caso, como mecanismo para eludir su iniciación, y en virtud de la semejanza o equiparación, la falta de reclamación previa entra en la categoría de los defectos corregibles, constituyendo una anomalía susceptible de enmienda a lo largo del proceso por lo que la mera irregularidad no provoca problema casacional.

El segundo de los motivos del recurso, deducido por Insalud, en relación con el error en la valoración de la prueba valorada por el de apelación, se desestima porque como es doctrina jurisprudencial el último citado posee, en principio, soberanía para dicha apreciación, salvo que ésta resulte ilógica, o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica.

El recurso del médico S.V.F., apoya uno de los motivos en el 1692.4 de la LEC por inaplicación del artículo 1.214 del Código Civil, y se desestima porque según se advierte, la Sala ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1.214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

Apuntes.—Sobre el error en la apreciación de la prueba, que se aduce como motivo, es jurisprudencia consolidada en Sentencias de 18 de abril de 1922, de 27 de octubre de 1997 y de 19 de noviembre de 1997, entre otras, que el de apelación posee libertad para su apreciación, de no ser que ésta resulte ilógica, o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, pues de lo contrario se transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

En relación con el recurso de casación por infracción del artículo 1.214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla, véase entre otras, las Sentencias de 19 de febrero y 18 de marzo de 1988.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. González Poveda.

El Juez de Primera Instancia número tres de los Avilés, dictó Sentencia con fecha 10 de mayo de 1994, desestimando la demanda interpuesta por la representación de V.T.G., contra Lar Gallego de Avilés, Sociedad Recreativa, en juicio de menor cuantía, sobre culpa extracontractual y reclamación de daños y perjuicios sufridos por el actor en el accidente sufrido en las instalaciones de la misma, donde suplicaba se condenase a la parte demandada a pagar como indemnización la cantidad de 31.000.000 de pesetas y subsidiariamente a la cantidad que resulte del período de prueba.

La Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 5 de octubre de 1994 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de V.T.G.

La representación de V.T.G. interpuso recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—En el mes de julio de 1990 el actor, de profesión electricista, en su calidad de socio directivo de la entidad demandada y junto con otros socios, estaba preparando el local de la sociedad demandada para la celebración de las fiestas de Santiago Apóstol, concretamente la instalación del palco de música y un toldo para la pista de baile, cuando se apercibió que una lámpara con forma de cruz situada en el techo (que él mismo había confeccionado e instalado eléctricamente el año anterior) tenía varias bombillas sin alumbrar, por lo que procedió espontáneamente a repararla valiéndose de una escalera de mano, y cuando la estaba manipulando, la lámpara, sufrió una descarga eléctrica, quedando sujeto a aquélla por unos instantes hasta que fue desconectada la corriente mediante el accionamiento del interruptor. Momento en el que el actor cayó al suelo, produciéndose las serias lesiones que le aquejan.

Doctrina de la sentencia.—Los dos motivos del recurso se analizan conjuntamente por ser común su línea argumental, alegándose en el primero la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y en el segundo la jurisprudencia de esta Sala en torno a ese precepto legal. Ambos se desestiman porque no resulta en autos una acción u omisión imputable a la sociedad demandada que pueda calificarse de culposa o negligente y, menos aún, que el estado defectuoso de la instalación eléctrica permita afirmar la existencia de un nexo causal entre la actuación de la demandada y el resultado dañoso sufrido por el actor, siendo correcta la valoración de la Sala de instancia al establecer como única causa determinante del resultado lesivo la propia conducta negligente del demandado que, no obstante su profesión de electricista, manipuló la lámpara sin desconectar la corriente, por lo que se aprecia culpa exclusiva de la víctima.

CIRCULACION. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SECUELAS GRAVES). (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

Mediante Sentencia de 17 de enero de 1991 se estima la demanda interpuesta en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé de Tirajana, a instancia de doña Olivia Kuess contra don Domingo González Quevedo y la entidad Mutua Nacional del Automóvil, sobre reclamación de cantidad, donde se solicitaba se condenase a éstos de forma solidaria al pago de la cantidad de sesenta y cuatro millones cuarenta mil novecientas treinta pesetas, más los gastos médicos que se acrediten en período probatorio o en el de ejecución de sentencia, más los intereses de la anterior cantidad y las costas del juicio.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Segunda, dictó sentencia con fecha 16 de septiembre de 1993, desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados y con imposición de las costas al apelante.

La representación de Mutua Nacional del Automóvil presentó recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—Siniestro ocurrido el día 13 de enero de 1984 en la C-812 término de San Bartolomé de Tirajana, km. 48.500 de la Isla de Gran Canaria, en el que resultó gravemente lesionada la parte actora con secuelas determinantes de gran invalidez y la necesidad de ser auxiliada por tercera persona.

Doctrina de la sentencia.—Se desestima el motivo primero del recurso de casación, que se fundamenta en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 del mismo cuerpo legal, así como el segundo motivo, basado en la aplicación indebida del artículo 1.902.

La tesis casacional se apoya en que el conductor demandado no tuvo intervención culposa alguna en la causación del accidente de circulación, argumentándose que concurre culpa exclusiva de la víctima.

Argumenta el Tribunal al desestimar el primero de los motivos que los hechos probados no integran esta declaración, ya que atribuyen al conductor la total responsabilidad del accidente y no en razón exclusivamente al resultado ocasionado con su actuar.

El último de los motivos acusa infracción del artículo 1.103 del Código Civil, argumentando que se da concurrencia de culpas, lo que se traduce en la moderación de las indemnizaciones, pero estima el Tribunal que la pretendida aplicación al caso del artículo 1.103 del Código Civil, precisa que se hubiera decretado, integrando base fáctica firme, que la demandante tuvo participación en el accidente, estableciéndose así su culpa concurrente, lo que aquí no sucede y hace inaplicable el instituto de la compensación y el repartimiento del *quantum*.

ACCION CIVIL TRAS ACCION PENAL. PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo

El Juez de Primera Instancia número ocho de Tarrasa dictó Sentencia con fecha 27 de abril de 1993, estimando la demanda interpuesta por la represen-

tación de C.C.R. e hijos frente a C.M.C. y Caja Hispana de Previsión (Cashipa), y condenando a los demandados a abonar conjunta y solidariamente la cantidad de 22.330.473 pesetas con el devengo de un interés equivalente al interés legal a contar desde la fecha de presentación de la demanda, y estimando la excepción de prescripción invocada por la parte demandada declaró improcedente entrar a resolver sobre la nulidad de pleno derecho de los títulos de capitalización.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, dictó Sentencia con fecha 1 de diciembre de 1993, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Cashipa, condenando a C.M.C. y solidariamente a Cashipa al pago a C.C.R. y a sus hijos en proporción a sus respectivas participaciones a la cantidad de 7.405.440 pesetas con sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

La representación de Cashipa y la representación de C.C.R. y sus hijos, interpusieron recurso de casación cuyos motivos fueron desestimados.

Hechos.—C.C.R. y sus hijos suscribieron con M.C.M., agente comisionista de la entidad demandada, un total de 253 títulos que no eran amortizables en la forma habitual, por un capital nominal de 19.675.000 de pesetas, pagando regularmente las cuotas y el agente le entregaba los recibos justificativos, hasta que esto último cesó. Posteriormente M.C.M. suscribió con C.C.R. un documento que bajo la forma de un préstamo consistía en una apropiación indebida.

Los hechos se denunciaron en vía criminal y las actuaciones, tras diversas vicisitudes, como el procesamiento y la declaración de rebeldía, etc., terminaron por auto de sobreseimiento en virtud de prescripción.

Doctrina de la sentencia.—El recurso de C.C.R. y sus hijos consta de un solo motivo, que se apoya en el número cuarto del artículo 1.692 de la L.E.C. y alega error de derecho en la apreciación de la prueba por no haberse valorado adecuadamente la pericial, con infracción por inaplicación del artículo 101 y 104 del Código Penal y la teoría de las deudas de valor, pero el Tribunal estima que si a lo que se aspira con el recurso es a mayor cantidad en concepto de indemnización, es constante jurisprudencia que entiende facultad del Juzgador fijar el «quantum», como también es constante que las pruebas periciales se aprecian según reglas de la sana crítica, que por no constar en norma escrita alguna, sólo permiten estimar el motivo, si fuere demostrativo de que el Tribunal apreció la prueba de modo absurdo, ilógico o contra norma legal, lo que no sucede en este caso y por lo que se desestima el motivo.

El recurso planteado por Cashipa alega una vez más la prescripción de acción que apoya en la inaplicación del artículo 1.968, párrafo segundo del Código Civil, en relación con el 1964, aplicado según se dice indebidamente, entendiendo que el plazo de prescripción es el de un año y que se rebasó ampliamente. Dicho motivo se desestima por estimarse que la pretensión ejercitada es la reparación de un daño por romper un vínculo de naturaleza contractual, siendo en consecuencia el plazo de prescripción de quince años.

El segundo de los motivos que acusa infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil se desestima sobre la base de los razonamientos del primero.

El último motivo, que discute la cuantía de la indemnización, se desestima por valorarse que las consecuencias de la ruptura de contrato de capitalización ha causado grave daño a los inversores.

Comentario.—En relación con la cuestión de la prescripción de las acciones, como se pone de manifiesto en la propia sentencia, en nuestro ordenamiento jurídico la acción civil se ejercita conjuntamente con la penal (artículo 105 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), bien por el Ministerio Fiscal (artículo 105) o por la parte perjudicada (110) salvo que ésta renuncie o se la reserve (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y promovido juicio criminal no puede seguirse sobre el mismo hecho. pleito civil hasta que termine aquella vía (artículo 114).

La acción penal prescribe cuando transcurre el tiempo fijado en el Código para el delito de que se acusa, y la civil, si se ejercitan juntas, sigue el mismo régimen que la penal respecto al lapso de prescripción. Si ejercitada la vía penal termina sin condena, como en el caso presente, y no se declaran inexistentes los hechos, queda expedita la vía civil

En el caso de autos la pretensión ejercitada es la reparación de los daños por romper el vínculo contractual y en consecuencia, aun alegada en la demanda la responsabilidad extracontractual, en realidad se está ante una contractual y en consecuencia el plazo de prescripción es el de quince años.

ALEGACION DE PRETENDIDA NEGLIGENCIA MEDICA POR ACCION U OMISION. ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo.

El Juez de Primera Instancia número uno de Gerona, dictó Sentencia con fecha 24 de noviembre de 1992, fallando, sin entrar a conocer el fondo de la cuestión debatida, por apreciar la prescripción de la acción ejercitada, absolver a los demandados (Doctor don José Armengol Albanell, el Hospital Doctor Josep Trueta y el Instituto Catalán de la Salud) de las pretensiones contra ellos formuladas en la demanda interpuesta por la representación de don J.C.C., consistente en la condena, por negligencia médica, al pago de la suma de veinte millones de pesetas, más los intereses correspondientes desde la iniciación del juicio, de forma global y solidariamente.

Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Segunda, dictándose Sentencia con fecha 24 de septiembre de 1993 donde se desestima la demanda interpuesta por don J.C.C.

Se interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona denunciando infracción del artículo 1.902 del Código Civil.

Hechos.—Don J.C.C. interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Gerona, sobre negligencia médica.

La acción ejercitada se deriva de accidente de coche, y al ser trasladado al hospital de Gerona Doctor Josep Trueta, ingresado en la UCI, y atendido que fue por el Dr. señor Armengol, no atendió los requerimientos de los familiares, por lo que se solicitó por la familia el traslado de centro hospitalario y en la Ciudad Sanitaria del Vall d Hebrón se le amputó la totalidad de la pierna considerándose que fue debido a la negligencia del citado doctor.

Doctrina de la sentencia.—Se desestima el único motivo de casación alegado y se fundamenta la resolución del alto Tribunal, en que la inaplicación que se alega del artículo 1.902 del Código Civil, no tiene en cuenta que para aplicar el citado precepto se exige la concurrencia de tres requisitos (acción u omisión, culposa o negligencia, daño y relación de causa a efecto) y la Audiencia ha afirmado que no se aprecia el primero de los requisitos, y, aunque la existencia de acción u omisión se obtiene de la valoración de las pruebas, y como éstas se rigen por normas jurídicas, es posible que se infrinjan éstas al valorarlas y quepa impugnar la sentencia en casación, pero ni la parte denuncia violación alguna de norma valorativa de prueba, y la Audiencia tras valorar las pericias dice que no hubo omisión de diligencia alguna.

M. G. L.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: DE RENFE, AL NO HABER AGOTADO LAS MEDIDAS DE PRECAUCION EXIGIBLES. ALEGACION DE FALTA DE COMPETENCIA TERRITORIAL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Fallecimiento de dos adolescentes al ser atropellados por un tren. Se encontraban dentro de las vías, esperando el paso del tren para separarse rápidamente de allí, siendo ésta una conducta frecuente entre los jóvenes en las fiestas de la localidad, reiteradamente denunciada por los directivos de la RENFE a la Policía Local, aunque sin éxito. La Sentencia inicial desestima totalmente la demanda con respecto al maquinista del tren, al que sus superiores no habían advertido de la situación, por lo que circulaba a la velocidad normal y autorizada, pero sí estima dicha demanda con respecto a la RENFE y al Ayuntamiento de la localidad, si bien reduciendo la indemnización por la evidente culpa «in educando» de los padres del menor.

Doctrina de la Sentencia.—En relación a la supuesta falta de competencia territorial del Juzgado, se señala que es doctrina reiterada..., que una supuesta falta de competencia territorial no es susceptible de ser sometida a revisión casacional, toda vez que el planteamiento de la misma (que ni siquiera es deducible como propia excepción dentro del proceso, pues el número 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al enumerar las excepciones dilatorias, sólo contempla la falta de competencia objetiva o funcional, no la territorial), tiene un cauce procesal específico, propio y exclusivo, que es el de la inhibitoria o declinatoria... ninguna de las cuales ha utilizado la entidad demandada, que por otra parte se sometió tácitamente al Juzgado de Manzanares cuando en su escrito de contestación a la demanda adujo otra excepción, y además se opuso a ella en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, en vez de limitarse estrictamente a proponer en forma la declinatoria.

Frente al argumento de que no ha existido culpa del agente, al haber sido absuelto el maquinista, por lo que el accidente fué debido a culpa exclusiva de la víctima, se aduce que, atendiendo exclusivamente al factor o elemento subjetivo o psicológico de la culpabilidad del agente, que, en mayor o menor medida y pese a la expresada tendencia (a una cierta objetivación de la responsabilidad extracontractual), condiciona todo reproche culpabilístico, y teniendo en cuenta por otro lado que para que la conducta del agente pueda ser calificada de

diligente, y exenta por tanto de toda connotación de antijuridicidad, no basta con que se haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengan impuestas por las circunstancias..., concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso, dicho elemento culpabilístico ha de estimarse concurrente en el supuesto... respecto de los directivos de RENFE en la estación de Manzanares, ya que, conocedores de la anómala y peligrosa situación... debieron alertar a los maquinistas de todos los trenes que hubieran de pasar por la vía en que se colocaban los jóvenes para que aminoraran la velocidad, e incluso detuvieran la marcha en dicho lugar, advertencia que no hicieron... además, en vez de limitarse a poner los hechos en conocimiento de la Policía Local, debieron recabar de las autoridades gubernativas provinciales, si aquella denuncia no resultaba suficiente, como no resultó, que adoptaran las oportunas medidas de vigilancia, adecuadamente eficaces, para evitar la peligrosa situación creada, al ser persistente la anómala conducta ya antes referida de los jóvenes... La conducta evidentemente imprudente del joven, así como la de sus padres, ya han sido tenidas en cuenta por la Sentencia, que ha reducido la indemnización.

Comentario.—En relación a la primera cuestión, no existe una norma imperativa que determine la competencia territorial para entrar a conocer de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. De esta forma, es admisible la sumisión expresa o tácita de las partes al Juzgado competente objetiva o funcionalmente, y, en defecto de sumisión de las partes, es doctrina unánime que será competente el órgano judicial del lugar donde ocurrieron los daños, por analogía con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las obligaciones contractuales, dado que el lugar de cumplimiento de la obligación debe ser el lugar donde se produjeron los hechos dañosos. Nuestra Sentencia responde así a lo que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, citando ella misma muchas Sentencias al respecto.

En relación a la concurrencia de culpas, de la víctima y de la persona que queda responsable, debemos recordar que es una figura muy frecuente en el campo de la responsabilidad extracontractual. El artículo 1.103 del Código Civil es utilizado en casi todas las Sentencias sobre este tipo de responsabilidad, aunque no sea citado en muchas de ellas, porque ayuda al Juez en su valoración del quantum de la indemnización, valoración que debe regirse por los principios de la equidad. Es lo que ocurre en el caso comentado, en el que, siguiendo una línea muy reiterada (véanse las Sentencias de 20 de mayo de 1986, 2 de marzo de 1988, 22 de junio de 1989, y 11 de julio de 1997), se hace referencia a tal criterio, aunque sin mencionarlo de manera expresa.

En cambio, si la culpa de la víctima hubiera sido exclusiva y excluyente, de manera que el agente no hubiera incurrido en la más mínima negligencia, habiendo intentado además evitar o disminuir el peligro en la medida de lo posible, tal culpa exclusiva hubiese roto el nexo causal necesario para que se genere responsabilidad, exonerándose al agente de la misma. En tal supuesto no serían de aplicación la inversión de la carga de la prueba, la presunción de culpabilidad ni la teoría del riesgo.

La cuestión más interesante es, por tanto, la de la apreciación de la culpa del agente. En este sentido, la Sentencia hace referencia a la progresiva objetivación de la responsabilidad, en cuya virtud las consecuencias dañosas de determinadas actividades deben recaer sobre quien ha creado a través de las

mismas riesgos para terceros. Este sistema, de la responsabilidad por riesgo, nos llevaría en el caso examinado a la responsabilidad de RENFE. Ahora bien, señala la Sentencia que, aún aplicando la responsabilidad por culpa, ésta debe apreciarse en la conducta de dicho organismo en el caso que nos ocupa. Se inscribe así en una línea jurisprudencial muy reiterada, que aplica a la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 la teoría de la culpa contractual contenida en el artículo 1.904, y en cuya virtud la diligencia exigible no es tan sólo la adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar, sino al entorno social donde se realiza la actividad; la previsibilidad del daño es el verdadero límite a la diligencia exigida, debiendo tal previsibilidad medirse en relación a las circunstancias. Generan responsabilidad, así, tanto la culpa consciente, en la que el agente se plantea que su conducta puede conducir a un resultado dañoso, pero tiene la esperanza de que no se produzca, como la culpa inconsciente, en la que no se plantea el posible resultado dañoso, con tal de que en ambos supuestos el resultado hubiera tenido que ser previsto, atendiendo a su verosimilitud, el valor económico del acto en cuestión, y el de los bienes puestos en peligro. Este mismo criterio es el que lleva a considerar insuficiente el respeto de las disposiciones reglamentarias, si seguía siendo previsible el daño, y a la especial consideración de la culpa profesional. (Son muchas las Sentencias que mencionan la previsibilidad como requisito esencial de la culpa extracontractual, véanse entre otras las de 25 de marzo de 1954, 9 de abril de 1963, 6 de mayo de 1983, 14 de junio de 1984, 8 de mayo de 1986, 5 y 26 de julio de 1989, 30 de mayo de 1991, 24 de enero de 1992).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS, PRESCRIPCION DE LA ACCION. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hehos.—Fallecimiento de un trabajador de la construcción al caer de un andamio y darse un golpe en la cabeza contra un bordillo.

Doctrina de la Sentencia.—Alega la recurrente que el plazo de prescripción del año debe contarse desde la fecha del Auto de archivo de las diligencias previas que se abrieron, aunque dicho Auto no se notificara a los perjudicados no personados; pero el motivo debe desestimarse, en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1993, de 30 de junio, que declaró que a los perjudicados, aunque no fuesen parte del procedimiento, debía notificárseles la resolución de terminación y archivo del procedimiento (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997, RJA número 6708). Por otra parte, la no personación en vía penal no demuestra abandono de los derechos.

En cuanto a la apreciación de la culpa, es claro que Texsa, S.A., incumplió las normas de seguridad e higiene en el trabajo de la construcción (el andamio no estaba anclado ni sujeto al suelo, presentaba desnivel, el suelo del mismo era un tablón estrecho simplemente apoyado en su estructura, sin sujetar), pero también se aprecia en el fallecido una conducta profesional poco diligente, al realizar una maniobra que no le fue ordenada sobre un andamio cuyas deficientes condiciones debía conocer. Todo esto lleva a una reducción del *quantum* indemnizatorio.

Comentario.—La existencia de dos conductas culposas, del agente y del perjudicado, supone una interferencia en la relación de causalidad susceptible

de apreciarse tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, y que puede dar lugar a una absorción de la culpa de la víctima por la del agente, o al revés, en función de sus respectivas magnitudes, o a una reducción de la indemnización reclamada si ambas son similares. En este último supuesto, cuando la conducta de la víctima supone una interferencia en el nexo causal, sin llegar a romperlo, es de aplicación la doctrina de la compensación de culpas, aunque en realidad lo que se compensa no es la culpa de cada parte, sino sus respectivas conductas, y la consiguiente valoración del daño.

En definitiva, estamos ante una aplicación del artículo 1.103 del Código Civil, que atribuye a los Tribunales la facultad de moderar la responsabilidad, y que es utilizado en casi todas las Sentencias sobre responsabilidad extracontractual aunque no sea citado en muchas de ellas, debido a que no existe ningún criterio legal que ayude al Juez en su valoración del *quantum* de la indemnización.

En todo caso, el hecho de que las culpas concurrentes sean distintas, una de tipo profesional (del trabajador) y otra de tipo legal (de la empresa), no influye en la aplicación de la compensación. Lo que es determinante es la existencia de nexo causal de ambas conductas con el resultado dañoso producido, lo que hace que ambas deban soportar los perjuicios ocasionados en la proporción en que intervinieron en su producción, reduciéndose la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima. Son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo en las que se hace aplicación de esta figura, como las de 28 de octubre de 1988, 1 de febrero de 1989, 28 de febrero y 1 de diciembre de 1994, 15 de febrero de 1995, o 12 de febrero y 13 de mayo de 1996 (para dos supuestos similares al de la Sentencia comentada).

En cuanto a la prescripción de la acción, el plazo de un año para la reclamación civil por los daños causados empezará a contar desde que finalice el proceso penal, entendiéndose que el plazo se inicia desde que formalmente se notifica al perjudicado la sentencia (véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982 y 26 de septiembre de 1997).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR DURANTE EL PROCEDIMIENTO LA ACCION EJERCITADA POR LA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Accidente ocurrido cuando se prestaban servicios en cumplimiento de un contrato de trabajo. Se ejercita exclusivamente la acción por responsabilidad extracontractual, y, establecida la prescripción de ésta se alega *ex novo* que la acción que se pretendía ejercitar era la de responsabilidad contractual, con base en el contrato de trabajo, y un plazo de prescripción mucho más amplio.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es doctrina reiterada de esta Sala que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, e incluso simplemente proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en

concurso que más se acomoden a aquéllos, dicha doctrina carece de aplicación al supuesto en que la propia parte, de manera expresa y categórica, opta por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de esas dos clases de responsabilidad, pues en ese caso el juzgador sólo puede resolver la acción ejercitada sin que le sea posible aplicar las específicas normas de la otra clase de responsabilidad, ya que, si así lo hiciera, cambiando la única y exclusiva acción ejercitada vendría a alterar sustancialmente la *causa petendi* de la demanda, y dejaría a la otra parte en una situación de evidente y totalmente recusable indefensión .. Por otra parte, si la única acción ejercitada es la de responsabilidad por culpa contractual con base exclusivamente en el contrato de trabajo, habría que declarar la incompetencia de esta jurisdicción civil para conocer de la misma, sin perjuicio de la jurisdicción social.

Comentario.—La distinción entre el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual se basa en la existencia de una obligación previa entre las partes, y por tanto en los intereses protegidos por cada uno de ellos (asegurar los deberes asumidos con el contrato, o el contrato mismo, o bien asegurar el resarcimiento de los daños causados). Las diferencias esenciales, puestas de relieve por el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de junio de 1984, se encuentran en su origen (infracción de una obligación previa, o simplemente causar un daño), capacidad del sujeto responsable (capacidad para contratar, o no), grado de culpa (en ambos sistemas se observa una tendencia a la objetivación, pero sigue habiendo diferentes regímenes que no se pueden asimilar en bloque), contenido del deber de indemnizar, cláusulas de regulación, plazo de prescripción (mucho más corto en responsabilidad extracontractual), y en el carácter de solidaridad propio de las obligaciones nacidas fuera de contrato en caso de pluralidad de deudores.

Ahora bien, las analogías son también evidentes, al responder a una misma finalidad, resarcir el daño causado (Sentencias de 24 de marzo de 1952, 30 de diciembre de 1980, y 30 de diciembre de 1981). Por ello la jurisprudencia ha afirmado en variadas ocasiones la aplicación subsidiaria del régimen de las obligaciones contractuales respecto de las extracontractuales, lo que además evitará en muchos casos resultados contrarios a la equidad (Sentencias de 19 de junio de 1984, 15 de mayo de 1985, o 16 de diciembre de 1986).

Por otro lado, la integración del contrato conforme a lo previsto en el artículo 1.258 del Código Civil permite un desarrollo muy importante de la configuración de los deberes asumidos por el mismo, pero aún así no puede establecer una regulación absoluta de los intereses de las partes; por eso la existencia de un contrato entre el causante del daño y su víctima no puede excluir por sí sola la responsabilidad extracontractual, sino que se requiere que el hecho se haya producido dentro de la órbita de lo pactado, y como desarrollo del contenido negocial; es así posible la concurrencia de ambas responsabilidades, en yuxtaposición (Sentencias de 9 de marzo de 1983, 11 de mayo de 1984, 23 de marzo de 1988 o 10 de junio de 1991).

Todo esto hace que en aquellos supuestos en los que la distinción sea difícil, porque unos mismos hechos pueden originar ambos tipos de responsabilidad, el perjudicado podrá elegir una u otra acción, o acumularlas para que el juzgador utilice la que mejor proceda. Bastará en realidad con que haya precisión en la exposición de los hechos y en la súplica, aunque no se precise la acción ejercitada.

Ahora bien, si ejercitara una sola, no podrá el actor ejercitar la otra una vez concluido el litigio, en caso de haber obtenido un resultado desfavorable, alegando la variación de la fundamentación jurídica aunque los hechos sean los mismos, por actuar el principio de cosa juzgada (Sentencia de 18 de febrero de 1997). Tampoco podrá el actor modificar la acción alegada durante el proceso, pues se dejaría a la otra parte en una situación de indefensión, al defenderse frente a una determinada pretensión y verse sorprendida después con otra pretensión distinta que hubiera ocasionado otro medio de defensa diferente.

Es cierto que no se puede excusar el pronunciamiento de fondo cuando se pide el resarcimiento de un daño, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea el de responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa (Sentencia de 1 de abril de 1994), pero esto es para el caso de que se deje al juzgador la fundamentación jurídica. El principio esencial *iura novit curia* tiene su límite en la modificación de la acción concretamente utilizada, y no autoriza al juzgador a variar la causa de pedir en exclusiva utilizada, y con ello la propia acción ejercitada; permite superar errores de calificación en que puedan incurrir los litigantes, pero siempre que se ofrezca a ambas partes posibilidades plenas de oposición.

La regla general es que en los supuestos dudosos se aplicarán preferentemente las reglas de la responsabilidad contractual, a menos que concurran ambos tipos de responsabilidad conjuntamente (la compatibilidad entre una indemnización laboral y otra extracontractual en los casos de accidentes de trabajo se ha confirmado en varias ocasiones, como en Sentencias de 21 de marzo de 1969, 9 de marzo y 5 de julio de 1983), y en caso de libre elección del perjudicado de una de las acciones, de duplicidad de la indemnización, y de respeto a la relación jurídica establecida por los litigantes.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: COMPETENCIA DE LA JURISDICCION SOCIAL POR PLANTEARSE LA CUESTION COMO RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Explosión de un extintor caducado, con infracción de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo (concretamente de la O.M. de 9 de marzo de 1971 sobre gases licuados o a presión), lo que supone incumplimiento de la relación laboral por la empresa.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada que el incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo implica incumplimiento de la relación laboral. Esto determina la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de este litigio, con la consiguiente nulidad de todas las actuaciones planteadas, y la competencia de la jurisdicción social, a la que se reenvía a las partes.

El recurrente mantuvo siempre que ejercitaba una acción de responsabilidad contractual, y con criterio erróneo las instancias anteriores fallaron con arreglo a las normas de la responsabilidad extracontractual, cuando el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda, sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción de responsabilidad extracontractual..., no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción por incumplimiento de contrato, y a la inversa, pues en modo

alguno puede el Tribunal sustituir los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviendo un caso distinto al que fue sometido a su decisión.

Comentario.—Véase el realizado a la Sentencia de 26 de diciembre de 1997, inmediatamente anterior. En el caso ahora examinado se excusa el pronunciamiento de fondo sobre el resarcimiento del daño, pero es porque resulta incompetente la jurisdicción civil.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: PLURALIDAD DE RESPONSABLES, SOLIDARIDAD, COMPUTO DE LA PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Accidente sufrido por un trabajador empleado de una empresa (TICSA), que a su vez fue contratada por otra (CEPSA) para el mantenimiento de sus instalaciones en estas últimas.

Doctrina de la sentencia.—Debe afirmarse la responsabilidad de ambas demandadas. De TICSA, como responsabilidad propia y directa del artículo 1.902, ya que se acredita una conducta omisiva culposa al no haber empleado diligencia suficiente para el mantenimiento seguro de aparatos y equipos. De CEPSA, en aplicación de los artículos 1.903 y 1.902, que no tenía ninguna relación directa con el empleado accidentado, pero era beneficiaria de los trabajos que desarrollaba TICSA a través de sus propios operarios, y además incumplió su deber de vigilancia de las condiciones de seguridad en que era necesario presentar las máquinas e instrumentos al contratista.

La concurrencia de responsabilidad de culpas y la relación causal única entre todas ellas y el resultado dañoso determina la solidaridad entre los responsables como medio de protección del perjudicado, al no poderse individualizar las distintas responsabilidades.

Se reitera la compatibilidad de las indemnizaciones satisfechas por accidentes de trabajo y las que deriven de actos culposos civiles de carácter extracontractual, por lo que los trabajadores perjudicados podrán exigir indemnizaciones a los presuntos responsables civiles.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual es de un año, que empezará a contarse no desde la fecha de alta médica, ni desde la de la resolución que puso fin a las actuaciones penales previas, sino desde el día en que tal resolución fue notificada efectivamente a las partes, conforme a ya reiterada jurisprudencia.

Comentario.—Cuando varias conductas culposas determinan un único desenlace se impone la necesidad de especificar la participación de cada una en el resultado dañoso final, para distribuir la responsabilidad entre ellas. Cuando se especifique dicho grado de participación cada causante responderá mancomunadamente por su parte. Ahora bien, en muchos supuestos no es posible deslindar las responsabilidades de cada partícipe, y para estos casos la jurisprudencia desde principios de siglo viene pronunciándose por la regla de la solidaridad, alegando la no aplicabilidad de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual, y sobre todo la mayor garantía que supone para la víctima, para la que sería en muchos casos invia-

ble obtener el resarcimiento si tuviera que probar la parte de culpa de cada obligado y reclamar a cada uno de ellos. Esta regla de la solidaridad se aplicará desde luego cuando esté expresamente prevista por la ley, como ocurre en los artículos 116 del Código Penal, 27 de la Ley de Consumidores y Usuarios, o 7 de la Ley de Responsabilidad Civil por productos defectuosos; pero la jurisprudencia la ha defendido, aunque sin imponerla, cuando se pueda determinar la participación de cada coautor en relación a las obligaciones derivadas del artículo 1.902 al margen de que exista una disposición legal concreta que la establezca. Se inscribe así nuestra sentencia al establecer la solidaridad entre los responsables, en una línea jurisprudencial muy reiterada (véanse las sentencias de 23 de diciembre de 1903, 20 de febrero de 1970, 3 de abril de 1987, 21 de octubre de 1988, 10 de marzo de 1989).

En cuanto a la prescripción de la acción, el plazo de un año para la reclamación civil por los daños causados empezará a contar desde que finalice el proceso penal, entendiéndose que el plazo se inicia desde que formalmente se notifica al perjudicado la sentencia (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982, 26 de septiembre de 1997 y 31 de diciembre de 1997, en la que se hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 220/1993, de 30 de junio, que declaró que a los perjudicados, aunque no fuesen parte del procedimiento, debía notificárseles la resolución de terminación y archivo del procedimiento).

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA QUE UNA ES DE UN MENOR; INCONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1997)

Hechos.—Fallecimiento de un menor al ser arrollado por un tren en un paso a nivel sin barreras con escasa visibilidad e insuficiente señalización.

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que no puede hablarse de culpa de un menor (la posible culpa sería de los padres, en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1.903 del Código Civil), ni por tanto de compensación de culpas en que una de las culpas sea de un menor. Ahora bien, no se ha tenido en cuenta que existe un error terminológico destacado por la doctrina, y es el de que no se trata de que se compensen las culpas, pues éstas no siempre se dan, como en el caso examinado, sino de concurrencia de causas, en que el nexo causal se determina tanto por la conducta de uno, causante del daño, como por la del otro, víctima, lo que provoca como consecuencia que la indemnización por el daño causado no se puede imputar exclusivamente a uno de los causantes, sino que se debe repartir.

Por otra parte, recuerda esta sentencia los límites definidores de la congruencia procesal, de acuerdo con jurisprudencia muy reiterada (citando expresamente las Sentencias de 18 de noviembre de 1986 y 29 de mayo, 15 de septiembre y 28 de octubre de 1997), y entiende que no existe incongruencia procesal al reducir la cuantía de la indemnización. No hay incongruencia *extra petitum*, pues la sentencia de instancia no se aparta de la *causa petendi*, ni tampoco *infra petitum*, pues se reconoce la actuación negligente del menor.

Comentario.—Se denomina «concurrencia de faltas» a la situación de concurrencia de dos conductas culposas, del agente y del perjudicado, que son

causa a la vez del mismo daño, existiendo por tanto nexo causal de ambas conductas con el resultado dañoso producido. Esta situación es apreciable, incluso de oficio (Sentencia de 7 de junio de 1991), tanto en el campo de la responsabilidad extracontractual como en la contractual, y da lugar a la institución tradicionalmente conocida como «compensación de culpas», aunque en realidad se compensa lo único que se puede compensar, que no es la culpa, sino la reparación, valorando la incidencia de las conductas en el nexo causal. Por eso hoy doctrina y jurisprudencia prefieren hablar de «conurrencia o compensación de causas».

Su efecto fundamental es que ambos causantes deben soportar los perjuicios ocasionados en la proporción en que intervinieron en su producción. Esto se traduce en la reducción de la cuantía de la indemnización en la parte que se impute a la víctima. Se aplica así el artículo 1.103 del Código Civil, de acuerdo con la cual *la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales, según los casos*, utilizado en casi todas las sentencias sobre responsabilidad extracontractual, aunque no sea citado en muchas de ellas. De hecho, esta facultad de moderación de los Tribunales encuentra su cauce más claro de aplicación en los supuestos de concurrencia de culpas tanto del perjudicado como del actor.

Ahora bien, la cuestión más interesante que plantea esta sentencia no creemos que sea la aplicación de esta figura, admitida hace muchos años (véanse las Sentencias de 20 de mayo de 1986, 20 de febrero de 1987, 2 de marzo y 28 de octubre de 1988, 22 de junio y 24 de noviembre de 1989, y 11 de junio de 1997), sino la de determinar si en la conducta de un menor puede apreciarse también la culpa, a los efectos de aplicar la compensación correspondiente en la reparación. Esta situación, la de ser la víctima un menor, inimputable, ya se había planteado en otra Sentencia de 8 de noviembre de 1995, que, tras afirmar que «...a los niños de cuatro años nunca se les puede declarar culpables de sus propios actos. .», continúa diciendo que: «...sí se han tenido en cuenta, en ocasiones, las conductas de menores ya capaces de discernir, y también que sus propios movimientos son, en ocasiones, los únicos de los que puede hablarse como causantes del daño...» Hay que decidir, por tanto, dónde se encuentra la capacidad de discernimiento, pero no parece equitativo hacer responder en exclusividad al agente del daño, y no tener en cuenta, además, la posible responsabilidad de los padres del menor.

En el caso ahora decidido el menor arrollado por el tren tenía nueve años, y el Tribunal aprecia la concurrencia de causas y modera la indemnización, por lo que da a entender que pudo el menor darse cuenta del peligro del paso a nivel, y en consecuencia incurrió también en negligencia, pero que, en todo caso, lo que importa es que su conducta interfirió en el nexo causal entre la conducta omisiva de precauciones del responsable y el daño sufrido, por lo que debe tenerse en cuenta.

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS
EN LA QUE UNA ES DE UN MENOR; INCONGRUENCIA.** (SENTENCIA DE 25
DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Fallecimiento de un menor al ser arrollado por un tren al cruzar una vía no vallada para ir a la playa.

Doctrina de la sentencia.—La apreciación de la compensación de responsabilidades, con el efecto de reducir a la mitad la indemnización concedida en primera instancia, no es motivo de casación, porque la resolución de la Audiencia basa dicha compensación en que la víctima tenía edad suficiente (trece años) para prever el peligro que corría al cruzar la vía, aunque fuera a plena luz del día y con buena visibilidad, cuando había sido advertido por sus profesores del uso del paso subterráneo para ir a la playa, el cual, aunque mal cuidado y sucio, era susceptible de ser usado. La acreditación de este dato, de la concurrencia de la víctima en la producción del resultado dañoso, repercute en las consecuencias reparadoras, moderando el *quantum* de la reparación.

Aunque es cierto que la sentencia de la Audiencia incurre en incongruencia *extra petita*, al absolver al Ayuntamiento de... por fundamento distinto de los alegados y debatidos en el litigio, no es adecuado acoger el motivo de casación y dictar una sentencia cuya parte dispositiva sea idéntica a la de la anulada, que es lo que correspondería en este caso, por lo que el motivo se desestima. Por otra parte, es doctrina jurisprudencial reiterada que los intereses legales, al ser considerados punitivos o sancionadores, nacen *ope legis*, sin necesidad de petición e incluso de expresa condena, por lo que tampoco debe apreciarse incongruencia omisiva.

Comentario.—Como en el caso anterior, la cuestión más interesante que plantea esta sentencia es la de la apreciación de la compensación de culpas o concurrencia de causas cuando una de las conductas es de un menor

El Tribunal se pronuncia por apreciar claramente la culpa del menor en su conducta, al haber sido advertido de la utilización de un paso subterráneo, y tener capacidad de discernimiento suficiente con trece años. Concurren así en su comportamiento los requisitos de la responsabilidad extracontractual (acción u omisión, culpa, que influye necesariamente en el suceso dañoso, y nexo causal, cuya falta es la causa más frecuente de denegación de la compensación). No es ésta, además, la primera vez que aprecia la culpa de un inimputable, ya lo hizo en Sentencias de 15 de noviembre de 1982 (y modera la responsabilidad), y de 25 de mayo de 1985 y 17 de junio de 1986 (en la que incluso excluye la responsabilidad del tercero por culpa exclusiva del menor).

Pero, en todo caso, no parece equitativo en el supuesto concreto planteado hacer responder en exclusividad al agente del daño; y, por otra parte, lo que importa para la apreciación de la concurrencia de causas es que la conducta del menor interfirió necesariamente en el nexo causal entre la conducta omisiva de precauciones de RENFE y el daño sufrido, por lo que debe tenerse en cuenta. Las dos causas son concurrentes, de modo que faltando una de ellas el daño no se hubiera producido, por ello deben distribuirse equitativamente las consecuencias perjudiciales entre el agente externo y la víctima.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: EL ARTICULO 1.902. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Accidente de un futbolista por colocación demasiado cercana a la línea de demarcación del campo de la valla metálica de separación del público.

Doctrina de la sentencia —El artículo 1.902 es uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual —también aquiliana...—, figura que en el fondo y en la forma está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, debido a dos datos remarcables... todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal la inversión de la carga de la prueba. Es más, dicha atenuación culpabilista, e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, llevan inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un «plus» en la diligencia normalmente exigible.

Toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y ya pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: *a)* una acción u omisión ilícita; *b)* la realidad y constatación de un daño causado; *c)* la culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto de que si ha habido un daño ha habido culpa, y *d)* un nexo causal entre el primer y el segundo requisitos... En el caso presente, admitida sin lugar a dudas la existencia de un daño mesurado económicamente... hay que determinar si la actuación del recurrente es ilícita, en otras palabras, antijurídica... y hay que proclamar que en estas conductas que actúan dentro del campo del Derecho civil no se puede hablar de tipicidad, y en el tema de la antijuridicidad no se puede ir más lejos del principio *alterum non laedere* ... por otra parte, la acción omisiva de la parte recurrente es absolutamente reprochable desde el punto de vista culpabilista... al haber obrado sin la atención debida y sin la diligencia necesaria, pues debiera haber efectuado la inspección reparadora de los defectos expuestos antes del partido de fútbol, y no meses después ... y debe apreciarse nexo causal con el daño producido, partiendo de la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y siguiendo la clásica fórmula de la *conditio sine qua non*, que supone lisa y llanamente que una conducta es causa del efecto dañino cuando sin ella no hubiese acaecido ... por todo lo cual se desestima el recurso de casación.

Comentario.—Es esta una sentencia especialmente interesante, pues recoge la estructura básica de la responsabilidad extracontractual, haciendo referencia explícita a sus diferentes requisitos. Su comentario detallado excede así del propósito de estas líneas, de manera que vamos a destacar los siguientes puntos: la antijuridicidad o ilicitud no existe en sentido estricto en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, al no haber transgresión de una norma, ni de lo pactado, y por tanto debe medirse en relación al principio fundamental de no causar daño a otro; este requisito, especialmente discutido, es concebido por el Tribunal Supremo en términos claramente subjetivos y culpabilistas (Sentencias de 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960, 31 de enero y 2 de abril de 1986), y así lo hace también esta sentencia. La relación causal entre la acción u omisión y el daño producido, requisito indispensable, debe ser indubitada y probada; habiendo declarado la jurisprudencia que en el caso de la culpa *in omittendo*, que es la que nos ocupa, bastará con probar la existencia del deber jurídico de obrar y la certeza de que el daño se hubiera evitado de haber actuado (Sentencias de 17 de mayo de 1967 ó 13 de marzo de 1974); por lo demás, la libertad de criterio del Tribunal para apreciar dicho nexo causal es doctrina generalizada, pues de lo que se trata

es de resolver cada caso concreto, por ello se admiten diferentes teorías para determinarlo, y entre ellas la de la causa *sine qua non* que utilizan esta sentencia y otras muchas (Sentencias de 20 de junio de 1979, 11 de marzo y 25 de noviembre de 1988).

Por último, hace esta sentencia referencia explícita a la progresiva objetivización de la responsabilidad extracontractual, como consecuencia del nuevo sistema de vida y de la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Es la llamada responsabilidad cuasi-objetiva, amparada en la teoría del riesgo, y que imputa la responsabilidad extracontractual al creador del peligro. En este sentido, la jurisprudencia ya había ido defendiendo la presunción de culpa, la inversión de la carga de la prueba, la ampliación de la obligación *in vigilando* y la exigencia de una mayor diligencia de la normalmente exigible, sin perjuicio de aplicar un sistema de responsabilidad objetiva sólo en los casos en los que está expresamente establecido (Sentencias de 16 de mayo de 1986, 16 de febrero y 8 de octubre de 1988, 5 de julio de 1989, 25 de junio de 1991, y otras muchas).

P. L. P.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. OBLIGACION NACIDA DE ACTO ILICITO. OPERACION QUIRURGICA CON RESULTADO DE LESIONES GRAVES. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Varela.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 1 de abril de 1993, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial (Sección 3.^a), dictó Sentencia el 25 de septiembre de 1993, revocando la sentencia del Juzgado de Instancia que estimó parcialmente la demanda.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* a los recursos de casación interpuestos.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la operación quirúrgica realizada en la residencia sanitaria «Nuestra Señora de la Candelaria», que le ha producido una invalidez irreversible consistente en la lesión total del nervio músculo-cutáneo y atrapamiento del mediano izquierdo en la muñeca. Fueron demandados el «INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD», «INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL», «RESIDENCIA NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA» y dos médicos de la citada residencia.

Doctrina.—Se interponen dos recursos de casación por dos de los demandados en Primera Instancia al amparo del artículo 1.692.4 de la LEC.

El primer motivo por infracción del artículo 1.698 del Código Civil se desestima porque el cómputo del plazo prescriptivo se ha efectuado a partir del momento en que se ha constatado la etiología y los efectos de las lesiones, que se señala en el día 21 de mayo de 1991, al no existir en autos ningún dato probatorio para fijarlo con anterioridad, y la demanda tuvo entrada en el Juzgado el 21 de mayo de 1992, sin que hubiera transcurrido más de un año desde aquella fecha.

El motivo segundo por infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la doctrina que lo interpreta es de gran interés la interpretación que de él hace el Tribunal Supremo en el fundamento tercero de la sentencia al declarar que: «Aunque la valoración de la prueba pericial, efectuada por el Juzgador de instancia, no constituye soporte del recurso de casación por efecto de que esta Sala tiene declarado que dicha prueba se apreciará según las reglas de la sana crítica que, como módulo valorativo, establece el artículo 632 de la Ley Rituaria, sin que se permita la impugnación casacional de la estimación realizada, salvo que sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica, asimismo se ha sentado en esta sede que el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a administrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad se basará en una culpa incontestable, es decir, patente. La resolución traída a casación, que resalta la dificultad probatoria con que tropieza el actor, otorga singular valor a la opinión del médico forense, pese a reconocer que las frases utilizadas en su escrito no sólo no son concluyentes, sino que muestran cierta cautela; no obstante, la Audiencia considera dicha opinión como suficiente para sustentar su convicción, cuando, en verdad, el referido dictamen no contiene afirmaciones concretas: supone y sobreentiende, mas no sostiene un criterio firme; y, sin embargo, la sentencia manifiesta seguridad a diferencia del médico forense, aunque no facilita las razones para sustentar la certeza de la que carece éste».

«La información, en cuanto sea posible, al paciente, o en su caso, a sus parientes, respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, está comprendida en la llamada "obligación de medios", y su omisión supone negligencia, pero no puede darse a la misma el alcance efectuado por la Sala *a quo*, habida cuenta de que entre la deficiencia de no informar y el resultado dañoso no habría ninguna relación de causalidad. En la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación».

Comentario.—La interpretación que el TS hace del supuesto de hecho y de la aplicación de las normas y principios sentados en el propio Tribunal, es en este caso de culpa médica, muy particular. En primer lugar, el análisis que hace del informe pericial del médico forense, desvirtuando la interpretación que del mismo hace la Audiencia.

Sin embargo, el hecho es claro, antes de la operación el paciente no tenía ningún problema con la parte denominada «plexo braquial» (que impide el movimiento del brazo); después de la operación se detecta esta deficiencia que a la vez es una zona próxima a la parte operada. El actor pone de manifiesto en la demanda estos hechos, basándose en un informe pericial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, que establece «que incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento». El paciente probó que el daño causado se produjo en la intervención quirúrgica. Pero, el artículo 1.214 continúa diciendo: «...y la de su extinción

al que la opone», por lo que al médico se le traslada el hecho negativo, lo que da lugar a que tenga que probar que actuó con la debida diligencia, cuestión que no aclara en ninguna de las instancias, siendo por ello condenado por la Sala *a quo*.

Esto lo conectamos con la omisión por parte del cirujano del deber de información al paciente o a sus familiares, ya que como bien expresa el TS, «entre la deficiencia de no informar y el resultado dañoso no habría ninguna relación de causalidad». Esto nos lleva a reflexionar sobre dos cuestiones: la primera, que si no informó es porque consideraba que no había riesgos fuera de lo previsible, de alguna forma, presupone una actuación negligente en la intervención, ya que por el resultado obtenido se dañaron nervios que en principio no debían tocarse. Y, en segundo lugar, si había un riesgo previsible de que esos nervios fueran tocados por la dificultad y complejidad de la zona a intervenir, aún utilizando todos los medios curativos a su alcance, el deber de no informar de ello supondría una omisión culposa por parte del cirujano. El paciente, de ser informado de que podrían quedarle secuelas, habría podido optar o no por la intervención, ya que fue voluntaria y no de urgencia.

CULPA EXTRACONTRACTUAL. CULPABILIDAD OMISIVA DEL DUEÑO DE LA OBRA. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga, en Sentencia de 27 de noviembre de 1993, estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), dictó Sentencia el 8 de junio de 1994, revocando parcialmente la del Juzgado.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* al recurso interpuesto por una parte de los demandados y *no haber lugar* al interpuesto por otra de las partes.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad por la muerte de su hijo mientras jugaba con otros niños de su edad en una parcela en construcción, cuya valla de protección estaba derribada y la obra paralizada. La demanda se interpone contra el propietario, la empresa constructora, los arquitectos y el aparejador encargado de la misma. El Juzgado de Instancia condena al propietario y a la empresa constructora. La Audiencia a todos los demandados solidariamente, y teniendo en cuenta que sólo concurren el propietario y los arquitectos, el TS condena al primero y absuelve a los segundos.

Doctrina.—El recurrente, dueño de la obra, tenía conocimiento de la caída de las vallas de protección originariamente colocadas cuando se paralizó la obra, del riesgo de hundimiento en el solar y de la frecuencia con que los niños jugaban en aquel lugar; la obra no está en ejecución, sino paralizada o suspendida. Por tanto, la responsabilidad se basa en la culpa omisiva, que, en relación de causa a efecto da lugar a que la conducta de unos niños —normal, pues en un espacio abierto (con la valla caída)— produce la muerte de uno de ellos.

Habiéndose paralizado la obra y habiendo cumplido los arquitectos su deber de ordenar la instalación de una valla que cerraba el recinto del solar, no se mantiene su relación contractual relativa a la obra, que está suspendida. No se

aprecia acción ni omisión que, aun con un mínimo atisbo de culpabilidad, se pueda considerar causa del efecto dañoso, la infortunada muerte de un niño.

Comentario.—En base a la aplicación que del artículo 1.902 del Código Civil hace el TS, la existencia de culpa por una conducta omisiva cabe imponerla sólo al propietario de la obra, al estar ésta paralizada, de forma que si hubiesen recurrido el aparejador y la empresa constructora, se les debería haber aplicado de la misma forma que a los arquitectos, ya que si no existe una relación en vigor, no hay obligación y tampoco culpa.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. OBLIGACION NACIDA DE ACTO ILICITO. ACCIDENTE DE TRABAJO CON RESULTADO DE LESIONES GRAVES. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Marina Martínez-Pardo.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 4 de noviembre de 1992, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), en Sentencia de 24 de julio de 1993, desestimó el recurso de apelación.

El Tribunal Supremo *declara haber lugar* al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre delito de imprudencia temeraria, cayendo al vacío un empleado de la empresa por no encontrarse el montacargas en el piso adecuado, ya que el funcionamiento de la puerta exigía para abrir o que estuviera la plataforma o usar la llave especial. Se solicitó la correspondiente indemnización de daños o perjuicios por las secuelas de carácter permanente que padece el actor.

Doctrina.—Sí cabe apreciar del propio tenor de los hechos que se han conculcado los artículos 1.902 y 1.903, ya que probado y admitido por las partes que la puerta del montacargas sólo con llave especial podría abrirse cuando la plataforma no estaba a la altura de la puerta, y probado también que la puerta fue reparada y comprobado su funcionamiento el mismo día del accidente, la conclusión inequívoca es que alguien perteneciente a la empresa utilizó la llave y dejó abierta la puerta, haciendo posible el accidente de quien en acto rutinario intentó entrar cuando por no estar la plataforma cayó al vacío. De esta lógica valoración de los hechos probados ha de concluirse que hubo negligencia en la custodia de la llave y su utilización por persona ignorada pero del ámbito de la empresa, y por ende ésta ha de responder civilmente de los daños causados.

CULPA EXTRACONTRACTUAL (CULPA ECOLOGICA). (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Guadalajara, en Sentencia de 25 de marzo de 1991, estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Guadalajara, en Sentencia de 14 de octubre de 1993, desestimó el recurso.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* al recurso.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados en la construcción de un gaseoducto. Las obras contratadas para la instalación del gaseoducto exigían la apertura de una zanja profunda en la finca de los actores. La empresa constructora no tuvo en consideración la configuración del terreno. Unas fuertes lluvias vinieron a agravar la situación.

Doctrina.—Lo expuesto hace patente la concurrencia de culpabilidad en la recurrente, en el sentido clásico de dato subjetivo, tanto por omitir como por hacer lo que no procedía, pues los hechos probados son por sí acreditativos de haber incurrido en conducta infractora de las reglas, no sólo específicamente técnicas, sino las normales de diligencia, atención y precaución, y hace innecesario acudir a la tesis cuasiobjetiva de la instauración de un riesgo.

Las referidas adversidades no destruyen la tesis culpabilística que se apoya en la constatada conducta de falta de precauciones y cuidados. A los efectos del artículo 1.105 del Código Civil, el hecho determinante de la fuerza mayor ha de ser del todo independiente del que lo alegue. La doctrina conocida y reiterada de esta Sala que exige que el evento decisivo proceda exclusivamente de un acaecimiento impuesto y no previsto ni previsible, insuperable e inevitable por su ajenidad y sin intervención de culpa alguna del agente demandado.

Comentario.—Los hechos que se recogen como probados en la sentencia demuestran la existencia de culpa en la sociedad recurrente, en el sentido de dato subjetivo, tanto por omisión como por negligencia. En cuanto a la fuerza mayor que alega la recurrente, no se dan los requisitos necesarios para su existencia que prevé el artículo 1.105 del Código Civil.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE CULPAS. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1997)

Ponente: Excmo. Sr. Villagómez Rodil.

El Juzgado de Primera Instancia de Caldas de Reis, en Sentencia de 21 de abril de 1993, estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª), en Sentencia de 27 de septiembre de 1993, estimó el recurso, revocando parcialmente la sentencia.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* a los recursos interpuestos tanto por el actor como por las demandadas.

Hechos.—Se interpone juicio de menor cuantía por las lesiones y secuelas derivadas de las mismas, sufridas por el encargado de una fábrica de aguardiente al manipular la tapa de un calderín y ser alcanzado por el vapor desprendido. El accidente se produjo a tenor de los hechos probados, tanto por el mal estado de la maquinaria como por la manipulación incorrecta de la misma.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación, tanto por la parte actora como por la demandada.

En cuanto al recurso interpuesto por la parte demandada, el Tribunal Supremo considera que no se vulnera el artículo 1.902 del Código Civil, base del primer motivo «se da la creación y mantenimiento de una situación de riesgo, ya que la actividad industrial que se llevaba a cabo era notoriamente peligrosa, agravada por las primitivas y deficientes instalaciones de la fábrica (...), lo que potenciaba el riesgo instaurado y hacía previsible la causación de daños. Ante situaciones de riesgo acreditado, impone a los empresarios extremar su actividad de adoptar todas las precauciones, agotar los medios y evitar todas aquellas circunstancias a su alcance que transformen el peligro potencial en daño efectivo». «La causalidad adecuada que de esta manera concurre, no resulta desvirtuada en favor de la tesis de las recurrentes por el hecho de que el Tribunal de instancia hubiera apreciado culpa concurrente en la víctima, con los efectos compensatorios económicos consecuentes, y no genera la rotura del nexo causal, determinante de la responsabilidad que se atribuye a las demandadas».

Asimismo, el recurso interpuesto por el actor tiene su base en el artículo 1.902 del Código Civil, considerando el Tribunal Supremo que «su condición laboral de oficial destilador llevó a cabo por descuido u olvido a levantar la tapa de una de las "potas", provocando la salida violenta del vapor, que le alcanzó. Su actuación coadyuvó a la producción del accidente».

Comentario.—Se dan los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para la existencia de concurrencia de culpas en el supuesto que nos ocupa. La aplicación que del artículo 1.103 del Código Civil hace en primer lugar la Audiencia y posteriormente el Tribunal Supremo, desestimando los recursos, hacen que la responsabilidad por culpa quede moderada en atención a la culpa del otro.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Gullón Ballesteros.

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Bilbao, en Sentencia de 25 de enero de 1993, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 3.ª), dictó Sentencia el 8 de octubre de 1993, en la que estimó parcialmente el recurso.

El Tribunal Supremo *declaró haber lugar* en parte a los recursos interpuestos.

Hechos.—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por la muerte de su abuela y tía-abuela, debida a la inhalación de gas procedente de la caldera de la vivienda donde residían. La instalación de la caldera tuvo lugar en 1987 y la muerte ocurrió en 1991, no habiéndose hecho en ese intervalo de tiempo ninguna revisión.

Doctrina.—En cambio, lo que sí es lícito traer al juicio de esta Sala es el criterio o criterios empleados por la sentencia que se recurre para imputar el daño y, consiguientemente, imponer la correspondiente reparación a los demandados. La culpa o negligencia de éstos es el criterio de imputación en el artículo 1.902, culpa o negligencia por acción u omisión que debe de concu-

rrir en la producción de la causa originadora del daño. En suma, los criterios de imputación y su aplicación, tales como la culpa o el riesgo creado, son criterios jurídicos, no fácticos, susceptibles de enjuiciamiento por sí mismos, pero si se ataca la causalidad fáctica, o lo que es lo mismo, qué causa ha producido el resultado, ha de combatirse la valoración probatoria citando la norma que sobre esta materia se ha infringido, no el artículo 1.902, pues no atañe a la misma. La imputación del daño a la recurrente la hace la sentencia recurrida porque no cumplió «con el mínimo deber de vigilancia y revisión». Existe, a juicio de la sentencia, culpa o negligencia por incumplimiento de las normas de protección para evitar los accidentes.

Ahora bien, la situación en que las fallecidas colocaron a su vivienda, aislándola de las corrientes de aire por la instalación de ventanas de PVC, contribuyó al fatal desenlace al no existir infiltraciones de aire a través de las ventanas, pero no elimina la consideración de la negligencia de la recurrente como factor desencadenante de la causa de la muerte, por lo que el *quantum* de la obligación de reparar debe disminuirse.

Comentario.—La reducción que el Tribunal Supremo hace al casar la sentencia, disminuyendo la cuantía de la indemnización, aunque no especifica en base a qué, presumo que hace aplicación del artículo 1 103 del Código Civil, artículo utilizado en otras sentencias cuando existe concurrencia de culpas (cfr., Sentencias de 15 de febrero y 5 de octubre de 1995, 18 de diciembre de 1997, entre otras); sin embargo, en mi opinión, el hecho de tener bien aislada la vivienda en la que resides, no me lleva a pensar que hubo actuación culpable en las fallecidas.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RELACIONES CON LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. «PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES».
(SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Almagro Nosete.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, en Sentencia de 7 de septiembre de 1990, estimó la excepción dilatoria de falta de jurisdicción solicitada por los demandados. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), dictó Sentencia el 11 de abril de 1992, estimando en parte el recurso.

El Tribunal Supremo *declara no haber lugar* al recurso.

Hechos.—Se interpone juicio de menor cuantía por las lesiones y secuelas derivadas de las mismas a una profesora, que impartiendo una clase en la Facultad donde trabajaba se le cayó la pizarra encima de la pierna izquierda, estando la pizarra colocada sobre dos sillas y sin ninguna sujeción.

Doctrina.—Es interesante el razonamiento seguido en los fundamentos segundo y tercero sobre el «peregrinaje de actuaciones», ya que los requisitos exigidos por el artículo 1.902 son claros y evidentes.

Empero esta Sala de casación, conforme con la función jurisprudencial que le corresponde que pide una interpretación de las leyes, según el «ordenamiento jurídico», que se ajuste a los valores constitucionales, sin menoscabo del principio de jerarquía normativa, ni del sistema legal de fuentes, se ha

considerado obligada para salvar deficiencias técnicas y lagunas a establecer la doctrina que evita lo que se ha llamado «peregrinaje de jurisdicciones», con el fin de procurar la efectividad de la tutela judicial y paliar las graves consecuencias de la solución tardía, con independencia de la también doctrina jurisprudencial aplicable, al caso, que reclama la «vis atractiva» de la jurisdicción civil cuando sea demandada no sólo la Administración sino otras personas que son interpeladas judicialmente como sujetos responsables de Derecho privado, con fundamento, entre otras razones, en la necesidad de mantener la «continencia de la causa» y en la conveniencia de impedir resoluciones contradictorias. La doctrina, sin embargo, que evita el «peregrinaje de jurisdicciones», admite matizaciones cuando, en el supuesto de confluencia del orden jurisdiccional civil con el contencioso-administrativo, el caso a resolver implique potestades administrativas genuinas, típicas del *ius imperi*, pues entonces el presupuesto de la jurisdicción actúa como un condicionante absoluto que debe ser apreciado en cualquier instancia o grado. Mas cuando las funciones administrativas dependen en grado apreciable de la coyuntura histórica, no pueden eludirse en la composición del conflicto, criterios de justicia que tienen su asiento en la Constitución y en el sistema de fuentes.

Esta doctrina que cubre la laguna legal de signo procesal que produce la falta de normas procesales coordinadas sobre la sanción *in radice*, con carácter previo y preclusivo del presupuesto referido al orden jurisdiccional competente, aunque quedara a salvo el condicionante absoluto de orden público, revelado por el ejercicio de potestades necesarias del *imperium iuspublico*, ámbito estricto que debe respetarse y tutelarse incluso de oficio. La excepción, sin embargo, representada para ese ámbito estricto, no puede extenderse a las actividades de entidades u organismos administrativos que, aunque formalmente sean administrativas, materialmente no conllevan el carácter insustituible del sujeto que las desarrolla en función del *ius imperi*, por cuanto pueden ser ejercidas también por sujetos privados. Estas circunstancias se reflejan, a veces, en razones de mera política legislativa que atribuyen, según conveniencias, desde luego, en principio, atendibles a uno y otro orden jurisdiccional el conocimiento de determinadas materias; razones, sin embargo, que en la *mens legis* no tienden a provocar una ineffectividad de la tutela judicial, ni una indebida dilación procesal, por lo que cuando el efecto legislativo no querido frente a la Constitución surge es, sin duda, por imprevisión determinante de laguna procesal, que debe cubrirse según la precedente doctrina conforme al principio general de la evitación del «peregrinaje de jurisdicciones».

J. R. J.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. CULPA MEDICA. NO SE PRACTICA ANALISIS INTRAOPERATIVO Y SE EXTIRPA UNA MAMA SIN EXISTENCIA DE CARCINOMA. PRESCRIPCION EN CULPA CONTRACTUAL: QUINCE AÑOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Fernández-Cid de Temes.

Se condena al cirujano y al Servicio Andaluz de Salud, solidariamente, a indemnizar a la paciente con la cantidad de 9.000.000 de pesetas en Primera Instancia sin expresa imposición de costas. La Audiencia Provincial confirma

la sentencia apelada y, posteriormente el Supremo, en ambos casos con imposición de costas.

La clave está en que habiéndosele apreciado a la paciente un bulto en una mama se le realizó una citología y, en base al resultado de ésta, se procedió a su extirpación sin realizarle un examen intraoperatorio que confirmara el diagnóstico sin añadir ningún riesgo. La omisión de esta prueba trajo consigo graves consecuencias y supone, desde luego, un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

La sentencia nada comenta sobre el siguiente hecho: después de la operación se envió la mama para su análisis, siendo el diagnóstico de «Fibroadenoma. Mastopatía quística. Ectasia ductal» lo que, traducido para los profanos en Medicina, quiere decir que la actora nunca tuvo cáncer de mama y, aquí está el *quid* de la cuestión, no se le comunicó este resultado.

La paciente tuvo conocimiento del diagnóstico definitivo dos años después de la intervención quirúrgica con motivo de cambiarse de hospital y requerir el nuevo los antecedentes médicos.

Si grave es la extirpación de una mama sin motivo, no lo es menos el hecho de dejar a una persona con el convencimiento de que ha sido operada porque padecía un cáncer, bajo una espada de Damocles esperando días y años para ver si se le reproduce. La obligación de informar que tienen los médicos no puede quedar circunscrita al preoperatorio. Tienen que comunicar el resultado de la intervención y, por supuesto, los resultados de las pruebas realizadas con ocasión de la operación.

No sólo hay un error médico en este supuesto sino que hay una ocultación del diagnóstico cuya única finalidad puede ser la de encubrir a los responsables. Resulta verdaderamente sorprendente que el Tribunal Supremo no se detenga a analizar la omisión del deber de información a la paciente que late en este caso.

RESPONSABILIDAD MEDICA. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. DERECHO/DEBER DE INFORMACION Y LA «LEX ARTIS AD HOC» CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez.

El caso de autos tiene como base la intervención quirúrgica realizada a una paciente con una espondiloartrosis lumbar y hernia discal L-5 derecha con atrapamiento de la raíz nerviosa con el fin de paliar los dolores y molestias que aquejaban a la enferma.

La operación era complicada ya que la paciente había sido intervenida diecinueve años antes de similar operación con una buena recuperación. Si bien, años después aparecieron molestias en la zona, padeciendo la enferma importantes lesiones degenerativas en la columna vertebral.

A resultados de la operación quedó con una minusvalía consistente en una parálisis de la pierna derecha de carácter irreversible que le impide caminar sin la ayuda de su aparato ortopédico.

La afectada demanda al Instituto Nacional de la Salud reclamando 8.000.000 de pesetas en concepto de indemnización, y el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve al INSALUD. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y condena al INSALUD a abonar la can-

tividad de 5.000.000 de pesetas. Recurre en casación el Instituto Nacional de la Salud y el Supremo deja sin efecto la sentencia de la Audiencia y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Varias son las cuestiones que suscita esta extensa sentencia.

Primera. La *Lex artis ad hoc*

El cirujano practicó correctamente la operación. Al descomprimir una raíz nerviosa atrapada se le produjo un edema. Si bien tal secuela es reversible en el 90-95 por 100 de los casos, lo que hace decir al Supremo que esta grave complicación «es un supuesto desafortunado, pero no achacable a una actuación negligente».

No existe imprudencia ni incorrecta actuación profesional, siendo la citada secuela un riesgo de dicha intervención, máxime teniendo en cuenta las circunstancias particulares que, como dice la sentencia de la Audiencia, «permitían calificar la intervención de complicada y dificultosa y con el previsible riesgo de aparición de graves secuelas», debiendo concluirse que la «decisión quirúrgica ha de calificarse, si no de errónea, al menos de muy arriesgada. Otro de los argumentos que se utilizan es que la operación no era necesaria para la conservación de la vida, sino «meramente paliativa de los dolores y molestias que afectaban a la enferma». Esta aseveración se hace para agudizar el riesgo corrido con esta actuación médica. Nada comenta la sentencia al respecto, pero no parece lógico que haya que restar importancia a unos dolores muy serios y permanentes, amén de otras molestias e incapacidades que produce esta dolencia.

El médico propuso esta solución y la enferma la aceptó. Esto nos lleva al meollo de la sentencia, a saber, el deber de información que tiene el médico como elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, pues la sentencia de la Audiencia puntualiza «que la correcta actuación profesional del cirujano no se reduce a llevar a cabo la intervención con estricta observancia de la *lex artis*, sino que debe extenderse también a la fase previa o preoperatoria» observando el «derecho de información».

Segunda. El deber de información

El deber/derecho de información suscita dos problemas muy interesantes:

- 1.º) ¿Qué información debe proporcionar el médico al paciente?
- 2.º) La carga de la prueba de que el médico ha proporcionado información al paciente.

En cuanto a la primera de las cuestiones la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, en su artículo 10.5 incluye en el derecho a la información el que se dé un diagnóstico de la lesión, el pronóstico que cabe esperar del tratamiento que incluirá los riesgos y si existen alternativas al tratamiento propuesto y el proceso previsible del post-operatorio, así como las consecuencias de la no intervención. Esta información ha de darse de modo que resulte comprensible para el paciente.

Esto plantea un problema muy serio a los médicos: ¿Cómo han de informar al paciente de su enfermedad y del tratamiento?

No cabe duda de que han de proporcionarle una información veraz y rigurosa, pero si aún habiéndolo informado y tratado correctamente, el resultado es desafortunado, no por ello ha de responder el médico pues, como dice la sentencia: «lo más importante, ante consecuencias jurídicas tan drásticas, es que el médico sentirá la tentación de sobrecargar al paciente con informaciones que le provocarán angustias y le impedirán ejercer su derecho a la autodeterminación».

Otro punto que se destaca en la sentencia es el hecho de que «nada indica que la paciente hubiera actuado de forma diferente al conocer, mediante la información puntual, que el riesgo de no rehabilitación es del 5 por 100».

Por otra parte resulta curiosa la puntualización que hace la sentencia «en el sentido de que el derecho a la indemnización no deriva de la falta de información, sino del hecho de que la paciente no entró en el porcentaje del 90 ó 95 por 100 de las personas que se recuperan de estas lesiones con la rehabilitación post-operatorio» y «no sería razonable indemnizar al paciente no informado y negar la misma al informado».

Sobre la carga de la prueba sigue la línea jurisprudencial totalmente consolidada de que en la responsabilidad médica, tanto contractual como extra-contractual, se sigue un único criterio: la carga de la prueba recae sobre el paciente.

RESPONSABILIDAD SANITARIA. PRESUNCION DE CULPA DEL HOSPITAL EN CASO DE TRANSFUSIONES SANGUINEAS DE DONANTES NO IDENTIFICADOS, A CONSECUENCIA DE LAS CUALES LA ACTORA CONTRAJO EL VIRUS DEL SIDA (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Gullón Ballesteros.

Se condena al Instituto Nacional de la Salud a pagar una indemnización de 12.000.000 de pesetas a la actora por la responsabilidad que se le imputa por haberle realizado una transfusión de sangre y por la posterior aparición de anticuerpos del Sida.

La clave para imputar esta responsabilidad se halla en el mal funcionamiento del servicio de transfusiones del hospital, dependiente del INSALUD, ya que no consta la identidad de los donantes de cuatro bolsas de plaquetas que se usaron, lo que ha impedido realizarles las pruebas anti-Sida, no pudiendo descartar que los mismos tuvieran sangre infectada por el virus del Sida, mientras que sí pudo hacerse respecto a otros donantes identificados. Además, la actora no está incurso en ninguno de los grupos que se denominan de riesgo y su esposo no es seropositivo.

Lo que resulta penoso es que versando el caso litigioso sobre un «hecho gravísimo», como lo define el Alto Tribunal, diga que «es de destacar que por el defectuoso suplico de la demanda, no se ha podido conceder indemnización más que a la actora, que actuaba para sí». Aun cuando no desarrolle la actora la enfermedad, el hecho de ser seropositivo afecta de forma directa, cuando menos, a su esposo.

Como se deduce de las palabras del Tribunal Supremo, recogidas en el párrafo anterior, se deja la puerta abierta a los que puedan sentirse directamente afectados para que puedan solicitar una indemnización. También señala la posibilidad que tiene la actora de obtener «otras indemnizaciones si ...desarrolla la enfermedad, pues ahora es seropositiva».

RESPONSABILIDAD DECENAL. CONCEPTO DE RUINA. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. García Varela.

Se trata de una reclamación en base a la responsabilidad decenal, al arquitecto y a la constructora por parte de una comunidad de propietarios para la subsanación de los defectos que presenta el edificio objeto de la *litis*.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda y condena al arquitecto (en un 10 por 100) y a la constructora (en un 90 por 100) a realizar las obras necesarias para remediar tales defectos, sin expresa imposición de costas. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirman la sentencia e imponen las costas a los apelantes.

Esta sentencia toma como punto de mira el concepto de ruina sobre el que existe una amplísima, pacífica y consolidada jurisprudencia en el sentido de considerar que se produce cuando hay «defectos constructivos que por exceder de las meras o simples imperfecciones entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura y aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia... aunque la ruina así entendida no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales, afectando bien a su solidez o a su utilidad». Los defectos han de revelarse «dentro de los diez años» y ser graves.

El aspecto que más se destaca es el de que el artículo 1.591 se aplica no sólo a las nuevas construcciones sino también a las obras de reparación de un edificio preexistente pues, como dice la propia sentencia, «la reparación defectuosa puede también ocasionar la ruina».

Ninguna duda puede generar la aplicación del artículo 1.591 a un caso como éste en el que se crean cinco viviendas donde sólo había una para lo cual hay que realizar una nueva caja de escalera, tabiques de separación, conducciones comunes del inmueble y proceder a la renovación de los antiguos elementos del edificio. La envergadura de semejante obra hace que su inclusión, dentro del supuesto contemplado por el artículo 1.591, se encuentre más que justificada.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. DERRUMBAMIENTO DE EDIFICIO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. Albácar López.

Se produce la ruina de la casa de los actores como consecuencia de la demolición de la casa contigua.

La ruina ocurrió como consecuencia de descalzar la pared medianera que al derrumbarse arrastró a la de al lado. Era un hecho previsible y, por tanto, se debían de haber tomado medidas para evitarlo, como hubiera sido el apuntalar la casa.

El arquitecto visitó la obra el día anterior y anotó en el libro de órdenes que la excavación de la obra debía hacerse manualmente, como dice la sentencia, «señal de que observó algún peligro inmediato».

El arquitecto superior no tiene obligación de estar continuamente en la obra pero, sabiendo que se va a realizar una operación tan delicada y que entraña gran riesgo debe de estar presente para vigilar que se cumpla lo ordenado por él y poder adoptar las medidas necesarias para evitar el derrum-

bamiento. Le corresponde el control general de la obra y, como se ha puesto de manifiesto, no se han adoptado las pautas que la *lex artis* dicta para un supuesto como éste.

También al arquitecto técnico le corresponde la vigilancia de la obra, por lo que se le considera responsable. Se condena a todos los demandados solidariamente.

RESPONSABILIDAD DECENAL. ACCION POR VICIOS RUINOGENOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. RESPONSABILIDAD CONCURRENTE CONSTRUCTOR Y COMITENTE. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez.

El supuesto de autos versa sobre un arrendamiento de obra consistente en la realización de una estructura y cimentación, resultando probado que dicha estructura carece de solidez, estando al límite de su resistencia solamente con el peso propio y el de las solerías. El forjado no resiste sobrecarga alguna, ya que las armaduras de las viguetas de los forjados de los techos son muy inferiores de las definidas en el proyecto (aproximadamente conllevan una disminución del 50 por 100).

Como se ha expuesto, los defectos que aquejan a la obra son graves.

La empresa constructora reclama ante el Juzgado de Primera Instancia la suma de 8.221.444 pesetas que le adeudan. Los demandados contestan a la demanda y formulan reconvención, solicitando como indemnización la suma de 14.112.000 pesetas, coste de las reparaciones necesarias para que la estructura tenga la solidez debida y alternativamente condene a la actora a que ejecute dichas obras a su coste.

El Juzgado dicta una sentencia más salomónica estimando en parte la demanda y en parte la reconvención. Condena a los demandados a abonar la cantidad de 7.645.648 pesetas, y a la sociedad actora a realizar a su coste las obras antes mencionadas, sin hacer expresa imposición sobre las costas a ninguna de las partes, pese a haber sido solicitada su condena por ambas.

La parte actora apela y la Audiencia Provincial de Granada condena a la propiedad a que pague la cantidad de 6.826.472 pesetas, y a la empresa constructora a que realice las obras, si bien el coste de las mismas será soportado por la propiedad en un 50 por 100.

La constructora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

Una cuestión que interesa resaltar es que el promotor no solicitó licencia de construcción, ni tampoco contrató un arquitecto superior para la elaboración del proyecto y la posterior dirección de la obra. Esto explica el hecho de que la culpa de la ruina de la construcción se atribuya tanto al dueño como al constructor. Sí que intervino, sin embargo, un arquitecto técnico, que fue el redactor del proyecto cuando los facultativos de grado medio carecen de competencia para hacerlo. Como señala la sentencia, «la responsabilidad es solidaria aunque el arquitecto técnico no sea parte en el procedimiento, el pronunciamiento que recaiga lo será sin perjuicio de las posibles acciones existentes entre los distintos intervinientes en la obra».

RESPONSABILIDAD SANITARIA. CULPA SANITARIA. RECLAMACION INDEMNIZATORIA AL INSALUD. FALLECIMIENTO DE MENOR CON ANTECEDENTES CARDIOLOGICOS A CONSECUENCIA DE INTERVENCION QUIRURGICA DE COMPROBACION DE DIAGNOSTICO. PAGO DE INTERESES CORRESPONDIENTES AL INSALUD. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil.

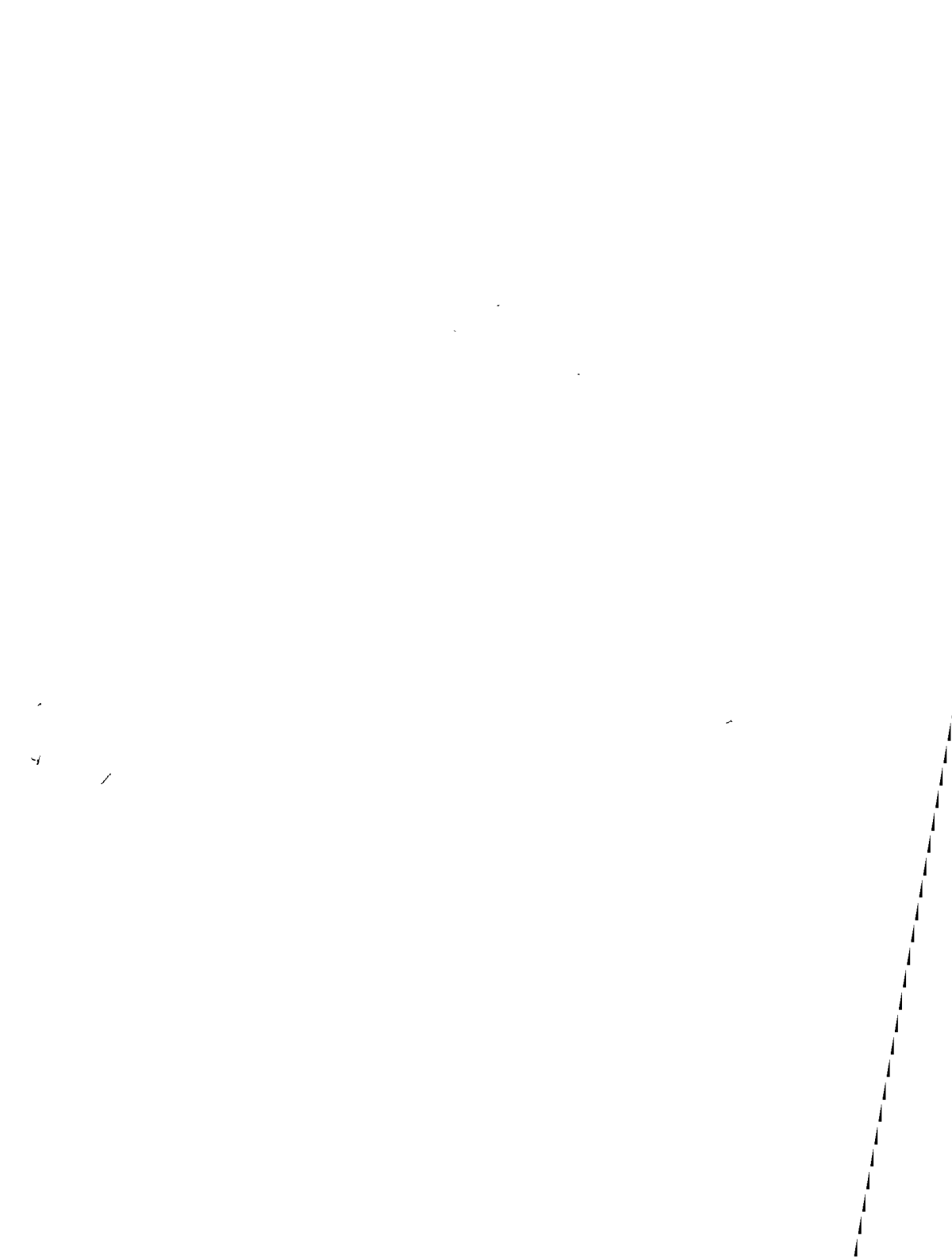
El Tribunal Supremo condena al INSALUD, único demandado, a resarcir a los demandantes con la cantidad de 10.000.000 de pesetas por «actuaciones omisivas de los servicios sanitarios e ingeniería interna del INSALUD».

Se produjo la muerte en quirófano del niño, hijo de los actores, a consecuencia de la fibrilación ventricular, producida por la anestesia, que derivó en parada cardíaca. La intervención quirúrgica tenía como finalidad realizar una biopsia hepática. No se siguieron las normas más elementales de la *lex artis ad hoc*, pues no se realizó en el preoperatorio ningún estudio cardiológico, máxime cuando el menor sufría una cardiopatía congénita, dato que, además, figuraba en su historial clínico.

Deberían haber adoptado medidas precautorias especiales «e incluso como último extremo, suspender la operación y preservar así la salud del paciente», ya que, como aclara a continuación la intervención, no era ni curativa ni urgente.

T. S. S. M.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA



ALMUDENA RODRÍGUEZ HERRERO: *La hipoteca de bienes muebles registrales*. Edita: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Año 1997. 529 páginas.

Divide nuestra autora la obra que a continuación vamos a esbozar en diez capítulos clara y significativamente detallados y que tienen como fin primordial hacer un exhaustivo examen de la figura jurídica denominada *hipoteca mobiliaria o hipoteca de bienes muebles*.

Ya el *capítulo I* y como muestra de la no poca importancia que tal institución tiene en la vida jurídica, desea reflejar, consiguiéndolo, el afán de búsqueda de garantía, de protección y de seguridad que con la misma se persigue. Con el correr de los tiempos hubo una necesidad de fijar una garantía real sin desposesión sobre los bienes muebles con la que buscar una seguridad, análoga a la que los bienes inmuebles tenían en el tráfico jurídico, así nació un derecho real constituido dice nuestra autora mediante publicidad registral sobre bienes ajenos, registrables y enajenables, de naturaleza mueble, que permaneciendo en posesión de su dueño, tenían como objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Tratará a través de tan majestuoso estudio y desarrollo concretar que la hipoteca mobiliaria es una forma de garantía que entronca con la hipoteca en cuanto que la cosa no sale del poder de su dueño y en algún modo con la prenda por el hecho de recaer sobre bienes muebles.

El *capítulo II* analiza la evolución histórica experimentada por la figura que estudiamos, y como elemento indispensable para luego interpretar las corrientes legislativas, doctrinales y jurisprudenciales contemporáneas. No se trata de anteponer a la obra unos antecedentes históricos como muestra discutible de erudicción sino de plantear el tema de la Hipoteca Mobiliaria desde la perspectiva de su eficacia desde tiempos inmemoriales. Dicho devenir histórico pasa por el estudio de su desarrollo en las doctrinas romanista, germánica, francesa y española. Por lo que al Derecho romano se refiere y sin dejar de aseverar las razones que condujeron a su trato, se llega a la consideración de que cuando el deudor no cumpliera con su obligación fiduciariamente garantizada, el dominio adquirido por este medio se consolidaba en el acreedor, devenía irrevocable y definitivo porque la cosa prendada caía en comiso y mientras llegaba el día del cumplimiento, el acreedor convertido en propietario debía velar por su conservación, sin poder vender ni perder su posesión. Trató los conceptos de fiducia, prenda e hipoteca, apuntando que en la primera, hay transmisión de la propiedad, mientras que en la segunda, hay transmisión de la posesión, y sin embargo, en la última, no hay momento de transmisión. Roma, apenas vislumbró las excelencias de un buen sistema publicitario, como prueba el auge logrado por las hipotecas generales y ocultas. En el antiguo Derecho germánico, la *Gewere*, figura intermedia entre propiedad y posesión, impulso con fuerza el principio de publicidad, consti-

tuyó la apariencia perceptible y notoria del derecho real y como dijo don Jerónimo González «una institución jurídica cuyo carácter legitimador hace que el Derecho de cosas desenvuelva el principio de publicidad en un doble sentido: todo derecho dominical necesita para su plena eficacia una forma notoria y, por otra parte, toda exteriorización adecuada de un derecho real produce efectos jurídicos específicos». El ideario germano en punto a la publicidad mobiliaria se integra en esencia en aquéllos principios y fórmulas incubadas en el Derecho medieval alemán «la mano guarda la mano» y «busca tu confianza allí donde la hayas puesto». En la doctrina francesa, se aprecia la carencia de un acatamiento riguroso al principio de desposesión del deudor que ofreciese una garantía mobiliaria. Tal principio se ofrece como instrumento pasado, como una exigencia excesiva que el sentido práctico del pueblo pugna por eliminar. En realidad, en el antiguo Derecho francés, se oscila reiteradamente entre los principios germánicos y romanos y junto a aquéllos antedichos germanistas, surge el «meubles n'ont pas de suite» significativo de la irreivindicabilidad de los bienes muebles, pero el renacimiento del Derecho romano corrige aquélla máxima en aras de la reivindicabilidad, posteriormente se reacciona contra ella regresando a los principios germánicos, se elimina la reivindicación de bienes muebles y se rechaza el derecho a su persecución sin atribuir la propiedad de los mismos a su poseedor. Por último, contempla la autora, el ámbito de tal institución en el Derecho español, y es que sin relegar las influencias que la invasión de tan diversificados pueblos e influencias dejaron en nuestra tierra, y que desembocaría en un período de dualidades legislativas, hace la autora un recorrido por el devenir de los antiguos Fueros: juzgo, viejo, municipales, etc..., junto con la reaparición del Derecho romano: Fuero Real, Estilo, Partidas, también las «Costums de Tortosa», el Ordenamiento de Alcalá —1348—, llegamos al siglo XVI con la Ley LVIII de las célebres de Toro —1505—, donde encontramos usada por vez primera en nuestra legislación la palabra hipoteca, cuando se trata de establecer el plazo de prescripción de las acciones que de ella derivan. En lo sucesivo, es éste vocablo, el que sustituye al invariable de peño quedando reservado el uso de éste a la prenda, para con todo ello llegar a apreciar una indiferencia subyacente entre prenda e hipoteca, una distinción entre bienes muebles y bienes inmuebles, y un parco desarrollo del principio de publicidad, que no dan pie para de forma propicia desarrollr con eficacia una garantía sobre bienes muebles sin desposesión del deudor y con caracteres acusados de sustantividad propia. Pero los tipos clásicos o tradicionales de seguridades reales de nuestro Derecho alcanzan una definitiva consagración con la aparición del vigente Código Civil.

El capítulo III otorga al lector un amplio abanico doctrinal uniendo la teoría de las garantías reales tradicionales, sus analogías y discrepancias con las oposiciones que en su caminar se encuentran. Clasifica en cuatro los modos en que un deudor pueda burlar los derechos de sus acreedores: bien por negligencia, bien por fraude, bien por enajenaciones fraudulentas, o bien por formación de nuevas deudas.

Entre la doctrina jurídica alemana, hay autores que consideran los derechos reales de garantía como obligaciones de cosas, como pretensiones para obtener el pago con cargo a la cosa gravada, otros como un derecho de agresión que compete al acreedor correlativo al lado de la responsabilidad, de modo que la noción del crédito se corresponde con la del débito. En general, dicha doctrina separa el valor en uso, del valor en cambio, el primero perci-

bido por la propiedad, el segundo percibido por la prenda. Son derechos que poseen la virtud de que la cosa sobre la que recaen contiene una seguridad física y real de que el crédito será hecho efectivo. La doctrina española, por su parte, reduce a tres las formas de garantía real: una, cuando la cosa que se ofrece sale de la posesión material de su dueño y pasa a un tercero o al acreedor, pudiendo instar la venta si la obligación no se cumple, ésta relación jurídica se llama prenda; otra, cuando se constituye en cosas que no salen de la posesión de su dueño pero el acreedor puede pedir la venta de ellas si la obligación no fuese cumplida ésta relación jurídica se llama hipoteca; y otra, cuando el acreedor adquiere tan solo el derecho al aprovechamiento de los frutos de la cosa ofrecida en garantía o de parte de ellos para la extinción de su crédito, ya la cosa se entregue, ya se deposite en manos de un tercero, o ya permanezca en su poder, esta relación jurídica constituye la anticresis, que por su propia naturaleza, se aplica solamente a las obligaciones de dar, garantizando el pago de deudas. Por lo que a las dos primeras se refiere, es decir, prenda e hipoteca, ambas confieren al acreedor un derecho real, pertenecen a los llamados derechos reales limitativos del dominio pues se limitan y constriñen al libre ejercicio del derecho de propiedad; no confieren al sujeto titular la facultad de disfrutar la cosa sobre que recae; no constituyen un fraccionamiento de la propiedad, sino una restricción a la misma; son derechos accesorios de un crédito y obligación válida para la que sirven de garantía; son susceptibles de asegurar toda clase de responsabilidades y obligaciones civiles; son indivisibles. En los dos el acreedor prendario o hipotecario ha de hallarse revestido de modo necesario e insoslayable de facultad para instar la venta de las cosas gravadas, venta que permitirá cobrar su crédito sobre el precio obtenido.

Sin embargo, paralelamente a las analogías vistas, la doctrina jurídica, así como las legislaciones, van imponiendo que la diferencia fundamental entre prenda e hipoteca, no radica en la naturaleza mueble o inmueble de los bienes sobre los que respectivamente recaen, sino sobre el hecho de que se dé o no el desplazamiento de la cosa en poder del acreedor o de quien designe. Si hay desplazamiento habrá prenda, si no, hipoteca. En la prenda, la posesión es forma de publicidad del derecho pignoraticio como lo es, en general, de todos los derechos sobre los bienes muebles mientras que en la hipoteca, para la debida publicidad del derecho, la posesión se sustituye por la inscripción registral. Solamente pueden ser objeto de hipoteca, además de los bienes inmuebles, los bienes muebles que sean registrables en atención a sus cualidades de identificabilidad, quizás por su ya previa registración, quizás por su fijeza y localización definida en su fondo, por su gran valor e importancia.

El capítulo IV aborda la moderna hipoteca de los bienes muebles registrables y las discusiones doctrinales que la misma encierra y entre las que se encuentran: su fundamentación, caracteres, concepto, naturaleza jurídica, el problema de la publicidad mobiliaria extraposesoria y la distinción entre bienes registrables y no registrables. Tras el estudio realizado por la autora se llega a la conclusión de que la Hipoteca Mobiliaria es una especie del género «hipoteca». Y ésta, la hipoteca, según la mejor doctrina, es un derecho real de realización de un valor (de no serlo así sería un derecho real de garantía), accesorio, con publicidad registral, indivisible, mobiliario o inmobiliario, que se caracteriza por el no desplazamiento de la posesión sobre el bien sino por ostentar una vida fundamentalmente registral, por la cual, si se constituye sobre un bien mueble, éste ha de ser registrable.

Hoy, es a los valores mobiliarios a quienes corresponde servir de eficaz fundamento al crédito, con el propósito de garantizar obligaciones a corto plazo, abriéndose un gran camino a la Hipoteca Mobiliaria. Y es que la garantía mobiliaria sin desplazamiento es la que se constituye sobre bienes no muebles pero registrables que, permaneciendo en poder del deudor, quedan afectos al cumplimiento de una obligación. Constituye un hecho insólito la admisión de esta forma de garantía en las legislaciones aferradas a la clásica doctrina de la prenda y de la hipoteca como formas exclusivas y excluyentes del crédito real.

La madurez del estudio efectuado por la autora y que es fiel reflejo de las fuentes manejadas por la misma, hace que se sopesen caracteres, ya esgrimidos a través de sus páginas en las que se traslucen sus ideas concluyentes, tales como que la Hipoteca Mobiliaria es un derecho de naturaleza real, es un derecho de realización de valor en el que se busca la eficacia de lo que se garantiza, es accesorio, pues desenvuelve una función de garantía de otro derecho principal, es subjetivo con publicidad registral, es indivisible, es un derecho de constitución y vida registral que no implica traspaso posesorio alguno, es un derecho limitativo del dominio pues restringe la facultad dispositiva del dueño de la cosa gravada y recae sobre bienes muebles registrales, ajenos al titular activo de la obligación que se garantiza y enajenables, en ella se garantizan toda clase de obligaciones.

Entre los argumentos aducidos contra la Hipoteca Mobiliaria se encuentran los siguientes: —la hipoteca sólo se refiere a inmuebles y la prenda se relega a las garantías sobre bienes muebles; los bienes muebles, pueden ponerse fácilmente en poder del acreedor mediante la prenda clásica, sin tener que recurrir a la creación de nuevas formas de garantía que casi siempre implican ficciones jurídicas; los bienes muebles, no tienen existencia permanente, y de fácil destructibilidad hace indispensable su posesión por el acreedor para que surta efectos la garantía real; son bienes que tienen poca estabilidad, pierden valor con el transcurso del tiempo; son bienes que se tramitan, ocultan y desaparecen con más facilidad que los inmuebles, no pueden ofrecer la debida seguridad a los derechos por ellos garantizados; como último argumento en su contra esboza el que el hecho de admitir la hipoteca de bienes muebles parece encerrar la posibilidad de que los adquirentes puedan ser desposeídos de sus objetos por algún acreedor del transmitente que tuviese asegurado su crédito sobre los mismos.

Hace también en este capítulo la autora una alusión grandemente destacada a analizar el problema de la publicidad mobiliaria extraposesoria, argumentando que uno de los caracteres esenciales de los derechos reales y más en concreto de los de garantía es, el de su exigibilidad *erga omnes*, por todos deben ser respetados y a todos deben darse a conocer para posibilitar su reconocimiento y respeto. Y es que para lograr la lógica sentida aspiración de una eficiente publicidad registral, siempre se han de hallar legalmente seleccionados los bienes muebles, que a fuerza de registrables —mantiene la autora— pueden ser objeto de hipoteca. La Hipoteca Mobiliaria faculta a su titular para perseguir los bienes gravados, cualquiera que sea el patrimonio en que se encuentren, en virtud del carácter absoluto del derecho y de la acción de reipersecutoriedad *erga omnes* que origina. Es esencial que la Hipoteca Mobiliaria se encuentre dotada de efectos contra terceros que, al menos, imposibiliten la existencia de buena fe en tales terceros y como medio de resolver la colisión con el artículo 464 del Código Civil y faciliten los derechos de persecución y preferencia.

La distinción entre cosas muebles no registrables y registrables se circunscribe a la siguiente definición: las primeras son aquéllas que por su poca importancia para las necesidades del tráfico jurídico y del crédito en general, se hallan sometidas al régimen general de publicidad del artículo 464 y concordantes del Código Civil, y las segundas, son por el contrario, las que dada la finalidad económica que por su utilidad, importancia o adecuabilidad para el crédito están destinadas a cumplir, hacen indispensable la constación de sus cambios de titularidad en un instrumento de publicidad formal o registral.

En el *capítulo V*, la autora retoma la evolución histórica de la institución en nuestro Derecho, exhumando los antecedentes legislativos inmediatos de la vigente regulación legal, entre los que se encuentran la pionera Ley de Hipoteca Naval, el crédito agrícola y la prenda agrícola, los proyectos de Hipoteca Mobiliaria mercantil, las prendas aceitera e industrial y la Ley de 5 de diciembre de 1941, por la que se adicionan al Código Civil nuevos artículos sobre prendas sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria, conteniendo derechos del acreedor frente a cualquiera obligaciones del acreedor, derechos del deudor, obligaciones del deudor y la existencia de la relación jurídica existente.

La legislación en nuestro Derecho vigente sobre el tema objeto de análisis, el de la hipoteca de bienes muebles registrales, a la luz de la más autorizada doctrina jurídica y de la sana interpretación de su desarrollo histórico encierra el deseo hecho por la autora de plasmar un estudio detenido de tal cuerpo legal en los cinco últimos capítulos de tan insigne y magna labor empleada, logrando resolver favorablemente la preeminencia de la clasificación de bienes en registrables y no registrables sobre la ya establecida entre bienes muebles e inmuebles. Los capítulos VI, VII, VIII, IX y X, se circunscriben a lo que se pudiera denominar Derecho positivo. Así, el *capítulo VI* se centra en la fundamental Ley de 16 de diciembre de 1954, en éste capítulo la autora esboza una visión general de los principios y disposiciones comunes en torno a la Hipoteca Mobiliaria y a la Prenda sin Desplazamiento de Posesión y al Registro especial de tales gravámenes, es decir, trata el Título I de dicha Ley. La regulación que contiene la mencionada Ley de 1954 mejora la contenida en anteriores Leyes sobre garantía mobiliaria, es más completa y tiene acierto de llevar la materia a una Ley especial, dicha Ley cumplió el objetivo para el que se creó y promulgó, al decir de la autora. Tal es la brillantez que su reputación encierra que los estudiosos de su problemática, señalan únicamente dos objeciones en la regulación legal de la Hipoteca Mobiliaria, una, tendente a posibilitar la extensión de la hipoteca de establecimiento mercantil a las mercaderías y, otra, tendente a no simultanear función crediticia con función industrial, sino que se ha de defender el principio de especialización bancaria. Entre los principios y disposiciones comunes a la Hipoteca Mobiliaria y a la Prenda sin Desplazamiento, a los que hemos hecho alusión en la síntesis del capítulo VI, se encuentran, los elementos personales, que son fundamentalmente el deudor hipotecante o pignorante y el acreedor; los elementos reales, entre los que se hallan los bienes hipotecados o pignorados y la deuda garantizada; y por último, los elementos formales, de los que decir, que Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, nacen por contrato y por un contrato que se perfecciona por el mero consentimiento. Los derechos de una y otra se constituyen a través de la escritura pública y de la inscripción registral.

En la relación jurídica entre acreedor y deudor, al acreedor el primer derecho o facultad que se le reconoce es el ceder o enajenar el crédito garan-

tizado y la ejecución de la garantía, mientras que al deudor, es el deber de conservación de la cosa gravada y la prohibición de enajenar los bienes gravados sin el consentimiento del acreedor.

Se dedica el *capítulo VII* a esbozar la actual configuración de la Hipoteca Mobiliaria, incluyendo en la misma su concepto, caracteres, sujeto, objeto, forma, contenido, efectos y extinción. Estudia en este espacio, el capítulo I del título II de la Ley de 16 de diciembre de 1954 dedicado a las Disposiciones Generales aplicables a todas las hipotecas constituidas sobre bienes muebles registrables. Especial atención requiere el artículo 12 que contiene una enumeración de los bienes muebles susceptible de ser gravados con Hipoteca Mobiliaria, entre los que se citan: «Los establecimientos mercantiles, los automóviles y otros vehículos de motor, los tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular. Las aeronaves, la maquinaria industrial y las propiedades intelectual e industrial». Se trata de una enumeración taxativa, exclusiva y excluyente.

En realidad, y dado que, según la norma legal, solo puede hipotecar quien puede enajenar, cabe que una tercera persona sea quien pueda hipotecar sus bienes para garantizar una deuda ajena, dándose así lo que algún sector doctrinal denomina «fiador real», que no es un deudor propiamente dicho, pues no se obliga a cumplir una prestación, sino tan solo a responder con el bien hipotecado del incumplimiento del deudor, por más que pueda él enervar la ejecución hipotecaria si paga al acreedor lo que el deudor no pagó. La Hipoteca Mobiliaria otorga a su titular una prestación que le asegura la satisfacción de su crédito con cargo al bien gravado y con preferencia a cualquier otro acreedor del hipotecante, de inferior rango. El titular de la Hipoteca Mobiliaria —el acreedor— dispone de la llamada acción de devastación para defender su garantía antes del vencimiento de la obligación de ciertos ataques que puedan envilecerla. En caso de insuficiencia de los preceptos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria general en cuanto sean compatibles, pues es evidente la similitud y paralelismo entre las hipotecas inmobiliarias y las mobiliarias. De ahí, que la hoy vigente Ley de Hipoteca Mobiliaria española podría haber aglutinado en un solo cuerpo legal todas las posibles variantes de hipoteca de bienes muebles. Acoge a las cinco que hemos enunciado en el artículo 12, pero deja fuera, por ejemplo, la hipoteca naval. Los buques, siguen siendo objeto de una inútil ficción jurídica para poder ser hipotecados cual es la de, a tal efecto, considerarlos bienes inmuebles.

La Hipoteca Mobiliaria engloba como caracteres los siguientes: es un derecho real, es un derecho real de garantía de carácter accesorio, pues se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, está dotada de reipersecutoriedad, es decir, la eficacia que se le atribuye a dicha hipoteca frente a los futuros adquirentes de los bienes gravados, está dotada de publicidad registral, a fin de obtener su plena efectividad, pues sin inscripción registral el acreedor carece de los derechos que la ley le concede, es también un derecho indivisible, se establece en sus bienes una determinación y especialidad, el crédito que tal tipo de hipoteca garantiza se puede enajenar o ceder, pero no es hipotecable, y es finalmente un derecho de realización de valor.

Aborda el *capítulo VIII* el análisis una a una de las cinco modalidades de Hipoteca Mobiliaria que se disciplinan en la ley: establecimientos mercantiles, vehículos a motor aeronaves, maquinaria industrial y propiedad intelectual e industrial.

El capítulo IX lo dedica al estudio de la organización y funcionamiento del Registro de Hipoteca Mobiliaria, es decir, instrumentos de publicidad con y sin eficacia sustantiva, títulos accesibles al Registro y clases de asientos, la eficacia de la inscripción registral y el problema de un Registro de la propiedad mobiliaria.

Y finalmente, el capítulo X, lo refiere a la extinción de la Hipoteca Mobiliaria y a los distintos modos de producirse, entre los que se encuentran la extinción de la obligación garantizada, el más usual es el pago o cumplimiento de lo que el deudor debía y en garantía de cuyo pago se constituyó el gravamen; la prescripción de la acción hipotecaria y la caducidad de la inscripción registral. Especial atención se hace a la ejecución de la hipoteca de los bienes muebles y a sus procedimientos judicial sumario, normado en los artículos 82 a 85 (presupuestos del procedimiento, Juez competente, incoación del procedimiento, admisión de la demanda, administración o posesión interina de la cosa hipotecada, subasta, remate y adjudicación de la cosa subastada, suspensión del procedimiento, acumulación y apelación); y extrajudicial, normado en los artículos 86 a 88 (presupuestos del procedimiento, Notario competente, incoación del procedimiento, admisión del requerimientos por el Notario, toma de posesión de los bienes por el acreedor certificación registral, subasta, adjudicación de los bienes, pago del crédito, suspensión del procedimiento), éstos son los dos únicos regulados en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y a los que se agregan los establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como de posible ejercicio.

Por último decir, que la autora ha contribuido con este manual a desvanecer injustos prejuicios sobre la instrumentación de la Hipoteca Mobiliaria y a destruir prevenciones sobre ella que en palabras de la misma califica que solo con la ignorancia o con la mala fe, podrían haber encontrado un fundamento

ISABEL MORATILLA GALÁN

MEDINA DE LEMUS, MANUEL: *Contratos de comercio exterior (Doctrina y Formularios)*. Editorial Dykinson. Madrid, 1998. Un tomo de 711 páginas.

El creciente intercambio de bienes entre distintos países, ahora incrementado por la facilidad de las comunicaciones y acuciado por la cada vez mayor gama de necesidades de la población, impone la necesidad de regular adecuadamente estas especiales relaciones comerciales, poco acordes con la dificultad que supone la existencia de regulaciones nacionales diferentes.

Porque la división del mundo en comunidades jurídicas con reglas distintas, nos dice el autor, plantea los llamados conflictos de leyes y, desde el punto de vista de los intercambios entre agentes económicos de nacionalidades diferentes, origina una incertidumbre normativa del tráfico externo, con la consecuencia de altos costes de transacción, información, seguimiento y acceso a nuevos mercados.

Manuel Medina de Lemus, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense, autor de varios libros y múltiples trabajos, al que conocemos también por ser frecuente colaborador de esta revista, ya se ocupó de estos temas, en un aspecto puntual, en su libro *La venta internacional de mercaderías*, publicado por Tecnos en 1992. Ahora lo hace de un modo más amplio y completo, ofreciéndonos un auténtico tratado global y generalizado

de los diferentes contratos que tienen su sede y desarrollo en el comercio exterior, desde los clásicos y tradicionales de la compraventa y el seguro a las nuevas figuras que nos han invadido desde el campo anglo-sajón, con esa terminología que ya nos va resultando familiar a fuerza de usarla.

Por supuesto, las normas nacionales no sólo resultan anticuadas, sino inválidas e insuficientes en estas materias. En consecuencia, es preciso idear un sistema de pautas complementarias para solucionar la regulación de estas relaciones.

Así se acude a la llamada *lex mercatoria* o conjunto de prácticas y reglas o usos del tráfico internacional que tienden a garantizar los necesarios comportamientos de cooperación, acudiendo, cuando es preciso, al arbitraje comercial internacional.

Los Estados, poco a poco, tienden a uniformar sus sistemas jurídicos peculiares mediante el establecimiento de mecanismos de reconocimiento de los convenios internacionales, entre los que se consideran destacables el de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, y el de Roma, del mismo año, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Otros Estados, más reticentes a esas leyes uniformes, acuden al cauce más flexible de las Leyes modelo; entre éstas se pueden citar las elaboradas por la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional y otra sobre transferencias internacionales de crédito, recomendadas por la Asamblea General de la ONU.

En el ámbito europeo se está intentando la elaboración de un llamado Código de contratos, cuya idea inicial arranca del coloquio de Pavía de 1990, del cual ya hemos dado alguna noticia en esta Revista.

Previas estas bases formales, el Profesor Medina de Lemus, siguiendo la metodología clásica, estudia después los aspectos sustantivos del contrato internacional en sentido general, empezando por sus elementos personales, reales y formales, para seguir con la biología del contrato en cuanto a su formación, validez y cumplimiento normal o anormal, para concluir en el aspecto contencioso por su incumplimiento, tanto en vía judicial como arbitral.

Al ser el contrato de venta de mercaderías el más frecuente e importante en el ámbito internacional, el autor le dedica varios capítulos extensos e intensos. La citada Convención de Viena de 1980 es analizada en cuanto a la posibilidad de su aplicación, tanto por razón de la materia como del lugar o del tiempo, en cuanto que, aún teniendo solo un carácter supletorio, proporciona una regulación bastante completa, que ayuda de modo apreciable para resolver las posibles lagunas en tanto que atiende a los elementos, formación y perfección de este contrato; así regula las obligaciones de vendedor y comprador, recoge la teoría de los riesgos y regula las causas y consecuencias del incumplimiento de las obligaciones por parte de los intervinientes. Todo se estudia con detalle por el autor.

Tras la compraventa, el libro recoge la doctrina y la aplicación de las cláusulas de los convenios a otras figuras contractuales que tiene especialidades propias del ámbito internacional en que se mueven. Aquí nos trae el autor, ya lo hemos apuntado, toda una serie de figuras contractuales de gran interés y que estudia siempre siguiendo la ya citada metodología de sujetos, contenido y forma, bajo el prisma de esos usos, acuerdos o normas supraestatales citados.

Dado que estos contratos los son, ordinariamente, a distancia, el Profesor Medina estudia la representación en el contrato internacional, recogiendo las normas de la Convención de Ginebra de 1983; como figuras afines analiza el contrato de agencia mercantil, la concesión comercial y la franquicia interna-

cional que incluye uno o varios contratos para el uso de licencias, publicidad, contabilidad, tecnología y política de marketing.

Y aquí tenemos la terminología anglosajona que nos ha exportado las figuras del leasing, el factoring y el forfaiting, que se han extendido por doquier en el amplio mundo comercial. El libro dedica atención especial a estos contratos, como a los amplios acuerdos de cooperación conocidos bajo el nombre de joint-ventures, las transferencias de tecnología y los contratos relativos al amplísimo campo de la informática.

El capítulo X estudia las garantías contractuales de acuerdo con las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, exponiendo los trabajos al respecto para conseguir un régimen unitario en la Unión Europea para hacer efectivas estas garantías, bien de carácter real o personal. Y en el capítulo XI se estudian los transportes y seguros internacionales, materias ya asentadas y veteranas en los usos y convenios que vienen rigiendo los transportes de personas o mercaderías, tanto por ferrocarril o carretera o por vías marítima o aérea.

El último capítulo se refiere al contrato de arbitraje, institución de indudable importancia en la esfera internacional. Porque, como nos dice el autor, en un litigio de carácter interno el juez decide con arreglo a unas normas claras y la sentencia se puede ejecutar sin dificultad. Pero cuando la relación contractual traspasa las fronteras, ¿quién es competente para resolver?, ¿qué leyes se aplican?, ¿cómo se ejecuta una resolución que en principio carece de total fuerza ejecutiva? Por eso es muy conveniente incluir en todo contrato exterior una cláusula de arbitraje, eligiendo el Derecho aplicable y previendo la ejecución forzosa o el «*exequatur*». Todo el entramado de este procedimiento del arbitraje internacional es amplia y acertadamente expuesto, acudiendo en cuanto al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales a lo que se acordó en la Convención de Nueva York de 1988 y al Convenio de Ginebra de 1961.

Después de estos capítulos doctrinales, cada uno de los cuales lleva una completa lista bibliográfica, el libro plantea una especie de repertorio de aspectos prácticos que suelen darse frecuentemente en la realidad y ayudan a tener en cuenta los problemas con los que se enfrenta un profesional a la hora de redactar los contratos. Y además recoge los más importantes y significativos modelos formularios, en los que se diseña, con gran pormenor para cada contrato, la estructura más usual y útil en la práctica, sin perjuicio de las condiciones generales de la contratación de los diferentes sectores.

Aunque el autor modestamente diga otra cosa en el prólogo, sí se trata de una verdadera monografía completa que investiga profundamente en la temática de la contratación internacional. El libro constituye una utilísima fuente de consulta al recoger con toda la amplitud requerida una exposición de los principales problemas de esa contratación exterior en general y de cada uno de sus contratos en particular. Además, al estar escrito por un solo autor, se logra un mayor grado de coordinación y homogeneidad, formando una unidad orgánica de exposición.

La obra será imprescindible para los profesionales vinculados a la contratación internacional, campo que se presenta con un futuro insospechado a todos los niveles y que ha de requerir un interés cada vez mayor.

Por eso creemos que este es un libro importante, por el que felicitamos a su autor.

AVILA NAVARRO, PEDRO: *La sociedad limitada*. Bosch, Barcelona, 1996. 3 tomos de 1.680 páginas.

El autor de esta obra, PEDRO AVILA NAVARRO, Notario excedente y Registrador de la Propiedad de Barcelona, ha impartido en el Colegio de Abogados de dicha Ciudad Condal un curso de Derecho de Sociedades, que luego ha extendido a otros puntos de España, y como resultado del mismo, aparte la enseñanza directa a los asistentes, han nacido tres libros monumentales, de profundo contenido y utilísimos para los profesionales. Ya hemos comentado recientemente el dedicado al Registro Mercantil y tras éste que presentamos, dedicado a las sociedades de responsabilidad limitada, ya tenemos sobre la mesa el tercero, más voluminoso aún, sobre las sociedades anónimas.

Naturalmente, todo esto no se puede escribir de una tacada y el autor nos explica que es labor de mucho tiempo, meditación y estudio. Incluso pone su antecedente en unos temas de oposiciones que preparó su padre, nuestro querido compañero PEDRO AVILA ALVAREZ, maestro en la profesión y diestro en escribir, cuyas valiosas colaboraciones ya echamos de menos. Efectivamente, aquellos viejos temas fueron válidos en aquella época en que ni el Código ni las leyes se cambiaban cada dos por tres, como ocurre ahora, y más desde que estamos sometidos a los continuos vaivenes que nos recetan desde Europa. Todo esto origina, como dice el autor, unas desazones naturales en todo cambio, aunque sea para mejorar. El caso es que los cien ojos de Argos son pocos, como nos dijo MARTÍNEZ SANTONJA, para alcanzar a lo que día a día nos sueltan no sólo el *BOE*, sino los atroces añadidos de otros diecisiete boletines autonómicos.

Por eso, la labor de los compañeros que recogen esas novedades legislativas y reglamentarias, que las elaboran y sistematizan, recopilando además la jurisprudencia, es muy de agradecer a la hora de enfrentarse con los problemas originados por la compleja realidad que día a día se presenta en el despacho.

Aquí PEDRO AVILA nos presenta una completísima exposición sobre la sociedad de responsabilidad limitada en estos tres tomos, dedicados los dos primeros a la doctrina y el tercero a los formularios y la normativa aplicable.

En el *tomo I* se estudian la constitución, los estatutos, las aportaciones y participaciones de capital, la junta general y la administración. Antes, como es natural, el autor nos da el concepto diciéndolo por acumulación de sus caracteres.

El problema inicial que se presenta a los que quieren constituir una sociedad de carácter capitalista es elegir entre la anónima y la limitada. La sencillez y economía de ésta hacen que la balanza se incline a su favor en la mayoría de los casos; así se muestra en la estadística a partir de 1989, en que se constituyen en proporción de nueve sociedades limitadas frente a una sola anónima, en una tendencia que además se muestra como progresiva.

Después el autor entra en el estudio detallado de las distintas fases del proceso constituyente de estas sociedades, desde el estudio previo de posibilidades y medios, hasta plasmar el acuerdo en la escritura y su inscripción en el Registro Mercantil. Los estatutos que rigen la vida social se incorporan a la escritura y pasan a la inscripción, a efectos de publicidad, con su contenido mínimo que todos conocemos y que el autor recoge y plasma en todos sus detalles. Lo mismo hace en lo referente a las aportaciones de varias clases de los socios y las participaciones que reciben a cambio, cuyos requisitos,

características y efectos igualmente se estudian a la luz de la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Y para terminar este tomo I se contemplan los órganos sociales que son, esencialmente, la junta general que asume la soberanía, y el órgano administrador, que ejecuta y representa, sus respectivas competencias, convocatoria, asistencias, modo de tomar los acuerdos y actas que los recogen, son detalladamente estudiados, incluyendo supuestos prácticos aleccionadores.

En el tomo II se estudian las posibles modificaciones de esta forma social y su disolución y, como materias que completan el estudio del tema, la obligación de presentar cuentas anuales y la posibilidad y regulación de las sociedades limitadas unipersonales.

En la modificación de los estatutos, igual que en el aumento y disminución del capital social, se analizan en el libro los requisitos para tomar los acuerdos y el modo de su formalización. Cuando se trata de modificaciones estructurales, la sociedad limitada puede transformarse en otros entes sociales de formas diversas y también es frecuente el cambio de cooperativas a sociedades limitadas o viceversa, mediando casi siempre el móvil fiscal a la hora de buscar beneficios y exenciones; el autor nos expone tanto los requisitos para el acuerdo válido, el *modus operandi* y los efectos que se producen. Otro tanto hace al estudiar los fenómenos de la fusión y la escisión.

En el capítulo 16 se trata de la separación y exclusión de socios, sus causas, procedimiento y efectos que se producen y en los capítulos 17 y 18 se contienen las operaciones de la disolución y la consiguiente liquidación de la sociedad. Y en el capítulo 19, último de este tomo, se aborda el problema de la posibilidad de la llamada sociedad unipersonal, antes impensable y que ahora se admite y hasta recibe trato favorable, exponiéndonos el autor la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo y sus consecuencias.

Y en el *tomo III* se da un contenido eminentemente práctico en cuanto tiene una serie de formularios documentales que sirven de guía para quienes han de redactarlos en los distintos avatares sociales y además recoge toda la normativa referente a las sociedades limitadas en un compendio manejable al que se puede acudir con facilidad y encontrar todo con la prontitud deseable.

Se trata, en fin, de una obra completa y total sobre esta forma de sociedad que cada vez se prodiga más en la práctica mercantil. Con este libro y los otros referentes a la sociedad anónima y al Registro Mercantil, Pedro Avila nos ha proporcionado un excelente e insustituible elemento de trabajo que agradecemos y por lo que le felicitamos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL Y OTROS: *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1997. Un tomo de 497 páginas.

El texto vigente de la Ley Hipotecaria arranca de la reforma de 1944-1946, así conocida porque, como es sabido, se verificó en dos fases, una de ellas mediante la Ley de 30 de diciembre de 1944, que contenía las modificaciones a introducir, y la otra, donde ya se recogían éstas, dando nueva redacción

total a la Ley Hipotecaria y que se promulgó el 8 de febrero de 1946, en la misma fecha de mes y día que la Ley inicial de 1861.

Al cumplirse los cincuenta años de la Ley de reforma de 1944, esta Revista publicó un número extraordinario donde se recogieron varios trabajos destacando los aspectos más salientes de aquella reforma, especialmente los trabajos o antecedentes que la propiciaron, todo lo cual puede verse en el número 625, al que nos remitimos.

Para conmemorar el segundo escalón de la reforma, o sea la Ley de 8 de febrero de 1946, el Colegio de Registradores organizó un ciclo de conferencias para analizar, desde el prisma de los cincuenta años de su aplicación, lo que esta Ley ha supuesto para nuestro sistema hipotecario, tratando de analizar las evidentes mejoras que actualmente se perciben.

Este libro recoge ahora el texto de las conferencias que se pronunciaron entonces y que hemos de resumir fuertemente, al dar idea de su contenido, por mor de las exigencias de espacio.

Antonio-Manuel Morales Moreno disertó sobre *Significado general de la Ley Hipotecaria de 1946*, recogiendo lo más esencial de la doctrina sobre el principio de legitimación, que supone, nos dice, una pieza esencial en la construcción de nuestro sistema registral inmobiliario, tal como queda redactado en la legislación actual. Con esta base estudia la génesis histórica y la formulación legal del principio, analizando su significación jurídica en contraste con la simple apariencia y, por último, nos presenta la proyección de la legitimación especialmente en cuanto a los datos de hecho y la presunción posesoria.

Antonio Pau Pedrón hace un completo estudio de *La teoría de los principios hipotecarios*, según se formuló en la doctrina anterior, en la Ley Hipotecaria y en la doctrina posterior a la misma. Analiza su naturaleza ampliamente concluyendo que son principios de Derecho positivo, con carácter informador del ordenamiento registral y de éste deriva una triple función: a) Permitir la integración del ordenamiento jurídico registral, concretamente por la vía de la analogía *juris*; b) Facilitar la interpretación de las normas registrales y c) Acotar el marco dentro del cual ha de actuar el redactor de los textos legales y reglamentarios. Termina su trabajo con una extensa y detallada revisión o reconsideración de los principios hipotecarios de inscripción, tracto, legitimación, inoponibilidad, fe pública, calificación y especialidad a base de recoger los últimos datos doctrinales y jurisprudenciales.

Inscripción y tradición. Inscripción constitutiva es el título de un extenso y profundo trabajo de PABLO VIDAL FRANCÉS, quien comienza estudiando la evolución que en la doctrina ha tenido el principio de inscripción, dando un amplio repaso a las distintas teorías de los hipotecaristas sobre este tema y acaba recogiendo como preferible la tesis de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA de que la inscripción debe estudiarse desde el punto de vista de su valor en la propia constitución o transferencia de los derechos reales y considera que en nuestro sistema, hoy por hoy, la inscripción no es constitutiva respecto a las pocas fincas no inscritas, mientras que sí lo es respecto a las fincas inscritas. Analiza la situación actual del problema, diciéndonos que son ya pocos los que se atreven a sostener que en nuestro sistema vigente la inscripción sea meramente declarativa, siendo mayoría los que sostienen que, si bien no puede decirse, salvo excepciones, que la inscripción no sea constitutiva de la adquisición, sí lo es de su eficacia, al menos respecto de terceros.

La calificación registral es el tema en que es especialista FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, que se doctoró con una Tesis sobre las faltas subsanables e

insubsanables y ha escrito sobre este punto en varias ocasiones. Aquí empieza reflejando la evolución legislativa en estos cincuenta años y después aborda la naturaleza jurídica y los caracteres de la calificación registral. Fundamenta esta función específica en que constituye el soporte del entramado de presunciones y efectos que la inscripción atribuye en beneficio del consumidor inmobiliario y después señala netamente las diferencias de esta calificación registral en relación con la necesidad de titulación auténtica, defendiendo que no hay una doble calificación llevada por funcionarios que son distintos y que no pueden confundirse. Con el análisis de los medios y el ámbito de la calificación y la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, con los recursos posibles, GÓMEZ GALLIGO hace un completo estudio del tema y concluye propugnando que la calificación registral se pueda extender a las condiciones generales de la contratación, a las cláusulas abusivas y a las instituciones de arbitraje privado.

La legitimación registral, uno de los puntos clave de la reforma hipotecaria de 1944-46, es estudiada por FERNANDO CURIEL LORENTE, quien a lo largo de sesenta páginas hace una completa exposición del tema, empezando por resaltar que hasta la Ley de 1944 no se formula el principio en términos aceptables. Realmente no se comprende como un Registro tal como el español, que pretende dar certeza a las relaciones jurídicas inmobiliarias, no contase con una suficiente formulación legal de que han de tenerse por ciertos y existentes los derechos inscritos, reputando dueño de ellos a quien el Registro designe como titular. Por ello, los redactores de la Ley de reforma calificaron de señalada deficiencia esa carencia anterior de regulación, por lo que su subsanación pasó a ser uno de los principales objetivos de la reforma. Se proclama la presunción general de exactitud e integridad del Registro y se concreta la formulación del principio en los artículos 1.º, 38 y 97 del texto refundido de 1946. FERNANDO CURIEL empieza estudiando la caracterización general y el fundamento de la legitimación para después analizar los derechos que gozan de la presunción de existencia, la pertenencia y posesión de los mismos, todo ello con exposición crítica de las distintas posiciones doctrinales. Termina con varias conclusiones en las que afirma que este principio, antes ausente de la Ley Hipotecaria, ha pasado a convertirse en eje del sistema registral y tiene una expresión escalonada, pues partiendo de una presunción de exactitud del Registro se transforma en una presunción de existencia, pertenencia y posesión del derecho inscrito, con legitimación sustantiva y procesal del titular; la legitimación se traduce en la posibilidad de realizar dicho titular actos dispositivos sobre el derecho inscrito que se fundamenta en la calificación del Registrador que declara la legalidad del acto; el fundamento de la legitimación ha de situarse teleológicamente en la necesidad de satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ aborda el tema del *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, diciéndonos que la reforma de 1944 no mencionaba el problema urbanístico, tal como ahora se le considera, ya que la Ley del Suelo se promulgó doce años después. Sin embargo, aunque no estaba trazado el proceso urbanístico, al menos estaba apuntado el núcleo central que ha hecho posible su operatividad posterior, reflejándose en la recepción de las varias leyes administrativas que se han promulgado. Laso describe el desarrollo del proceso urbanístico en su conexión con el Registro, resaltando el equilibrio entre el dominio como derecho subjetivo y el cumplimiento de la función social, explicándonos como se ha aplicado el sistema hipotecario a la hora de llevar

a cabo la ejecución de los planeamientos en sus diversos procedimientos. Todo ello se ha plasmado en los preceptos registrales contenidos en la Ley de reforma de la del Suelo de 1990, que pasaron al Texto refundido de 1992 y que han sido respetados por la conocida sentencia del Tribunal Constitucional.

La hipoteca en la reforma 1944-46 y en su perspectiva actual es el punto que desartolla CÉSAR GARCÍA ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, quien señala que el deseo de seguridad, innato en el hombre, cuenta con la hipoteca como arquetipo de la garantía real. Las bases para el desenvolvimiento moderno de la hipoteca ya fueron sentadas por el legislador de 1861, pero después la figura ha recibido diversos retoques que la han hecho más efectiva y que el autor relaciona y detalla. Señala las más importantes reformas introducidas por la Ley de 1944 y que son, como innovaciones, la hipoteca con limitación de responsabilidad al importe de los bienes hipotecados y la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Y como modificaciones, la supresión de la limitación del plazo de tres años en materia de cuentas corrientes de crédito, la cancelación de la hipoteca por títulos al portador cuando éstos no se han puesto en circulación y la cancelación de las hipotecas unilaterales sin consentimiento del titular, así como las reformas de los artículos 115 y 131 de la Ley Hipotecaria.

Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo, se expuso por PLÁCIDO PRADA y ALVAREZ BUYLLA, el cual hace notar que la doctrina de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que se volcó en los principios hipotecarios, no concedió la misma importancia a la anotación preventiva, correspondiendo a la figura de ROCA SASTRE el haberse ocupado de este asunto al que concedió la categoría que realmente tiene la anotación preventiva. Fue, pues, Roca, el que resaltó que la anotación, además de publicar registralmente la existencia de un embargo de bienes inmuebles, constituye, respecto a posteriores adquirentes del bien embargado, una especial garantía que lo sujeta a una afección de tipo hipotecario para actuar en seguridad de la efectividad de un crédito generalmente vencido en vistas a dichos ulteriores adquirentes. Tras analizar ampliamente la construcción de ROCA SASTRE, pasa a presentarnos las aportaciones de varios hipotecaristas posteriores. Y dicho esto, sienta unas conclusiones, algunas de las cuales recogemos y que quizá puedan ser discutibles en opinión de otros autores; así, nos dice que el embargo no crea un derecho real ni convierte en real lo que antes no tenía tal carácter; también dice que la anotación no tiene carácter constitutivo del embargo, pues éste, como figura procesal, nace por la traba judicial; dice que la anotación preventiva ni siquiera es obligatoria, pese a los términos del artículo 43 de la Ley Hipotecaria; la anotación, dice, no asegura un crédito específico, sino una cuota de valor en cambio de un bien a la seguridad de un proceso; según el autor, los efectos de la anotación de embargo no son absolutos, ni comparables a los de las inscripciones de derechos reales, sino que, por el contrario, son limitados y restringidos en sus efectos.

La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad fue el tema aportado por JOAQUÍN TORRENTE y GARCÍA DE LA MATA, empezando por recoger las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del acto resolutorio, para pasar después a contemplar como se ha tratado la condición resolutoria en la Ley Hipotecaria primitiva de 1861 y en la reforma de 1944. Puesto ya en esta última, estudia las condiciones para su ejercicio, analizando los requisitos para la efectividad de la cláusula resolutoria y que son, como es sabido, primero el incumplimiento de la condición y después el imprescindible requerimiento, la ausencia

de oposición por parte del comprador requerido y la consignación, a la luz de las varias Resoluciones de la Dirección General, en especial la importante de 29 de diciembre de 1982.

La última conferencia viene a ser como el colofón de esa visión general de los cincuenta años transcurridos desde la reforma de 1944. Fue expuesta por LUIS MARIA CABELLO DE LOS COBOS y MANCHA, bajo el título *Perspectivas del Registro de la Propiedad en el futuro*. Nos dice que el cincuentenario de la Ley Hipotecaria de 1946 es un momento idóneo para reconocer la plena consolidación del sistema registral español, lo que se patentiza en el prestigio, tanto interior como exterior que se ha logrado y que es a su vez consecuencia de la misma consolidación de los principios hipotecarios. La publicidad registral no es una creación artificial de los juristas y legisladores, sino la respuesta histórica a la necesidad colectiva del establecimiento de unas normas de orden público inmobiliario. Durante estos cincuenta años la evolución de la dogmática jurídica ha hecho que sean varios los autores que se ocupen del tema de la seguridad jurídica basada en el Registro. En el momento presente, dice el conferenciante, la atención de nuevas demandas sociales se centra en la coordinación con la realidad física, la colaboración con el Catastro, la publicidad formal, el arbitraje, el urbanismo y el medio ambiente. Por otra parte, el ajuste del sistema registral vigente a la realidad económica se patentiza en la adopción del sistema que excluye la investigación de la propiedad, dinamiza el conocimiento de los derechos reales, da seguridad al solicitante de la información y abarata los costes de intermediación. Por eso examina los principios jurídicos y los elementos técnicos para la permanente actualización de la función profesional de los Registradores, especialmente en la función de la publicidad en la adquisición de los derechos reales, el problema de la coordinación de la realidad física con la jurídica, la publicidad formal como medio de protección a los consumidores, el arbitraje de los Registradores como medio de obtener una seguridad jurídica extrajudicial, la registración de la propiedad mobiliaria y otras reformas que se proponen en los procedimientos, las condiciones generales de la contratación, las ventas a plazos y la regulación de la multipropiedad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y OTROS: *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Prólogo de José Poveda Díaz. Madrid, 1997. Un tomo de 198 páginas.

En 1993, hace ya cinco años, se organizó por el Colegio de Registradores un curso de conferencias para recordar, en el décimo aniversario de su fallecimiento, al que fue gran maestro del Derecho civil con FEDERICO DE CASTRO, quien nos enseñó a través de largos años de docencia los principios jurídicos a tantos profesionales juristas que fuimos sus alumnos.

Ahora, aunque con algún retraso, se lleva a cabo la publicación del texto de aquellas conferencias desarrolladas por destacados juristas bien conocidos, que fueron sus colaboradores y que nos hacen recordar su personalidad y su magisterio.

La conferencia de presentación estuvo a cargo de LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, quien bajo el título *El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo*, hace como un resumen o panorámica de la obra del maestro. Destaca como idea principal del pensamiento de don FEDERICO su clara profesión de iusnaturalista, como consecuencia de su fe religiosa, fervorosamente vivida, lo que le hacía pensar que una idea firme del Derecho sólo puede obtenerse basándose en el Derecho natural: en él se legitima el Derecho positivo, ya que éste queda reforzado al obligar en conciencia. Partiendo de esta concepción iusnaturalista, don FEDERICO otorgaba un gran valor a los principios generales del Derecho, en sus tres facetas de principios de Derecho natural, los dimanantes de la tradición jurídica y los políticos que recogen la voluntad rectora del Estado. Tras recoger el conferenciante las ideas del maestro sobre la equidad, la analogía y la interpretación, señala como dato importante en la biografía intelectual de don FEDERICO el relieve que siempre otorgó al Derecho de la persona, que quedó reflejado en las tres importantes construcciones de la idea de capacidad, la idea de persona jurídica y la idea de la autonomía privada, que integran la defensa de la persona frente a las grandes organizaciones que la pueden arrollar.

Los principios generales en la interpretación del Derecho según el Profesor FEDERICO DE CASTRO, es el trabajo presentado por JUAN VALLET DE GOYTISOLO, quien nos apunta que frente a la concepción dominante de que la interpretación se limita a averiguar el sentido de las normas, el Profesor DE CASTRO mantenía que también deberá extenderse a la costumbre y a los principios generales, ya que éstos ofrecen propias dificultades interpretativas. La interpretación en un sentido más amplio es averiguar lo que tiene valor normativo y por tanto debe comprender tanto la concreción de las fuentes como la determinación de su sentido. Al lado de los seis grandes grupos de teorías sobre el fundamento de la interpretación existe otra perspectiva que es la originaria o genuina, ya que etimológicamente significa también explicación, exposición, juicio o conjetura; es la mediación del Derecho positivo entre la naturaleza de las cosas y lo justo. Don FEDERICO sobrepasó el concepto estricto de la interpretación circunscrita a la de las normas jurídicas, elevándose a contemplar la realización del Derecho, entendiéndola dirigida a la realización de la justicia. Los principios generales del Derecho, que son las últimas bases, muestran su eficacia, tanto de modo negativo como positivo y son orientadores de la labor interpretativa y fuentes en caso de insuficiencia de la ley y la costumbre. La visión de don FEDERICO en su concepción de los principios generales, dice VALLET, le permitió ver la realidad iluminada de todos sus detalles, al considerar que la función correspondiente a esos principios generales es actuar precisamente en la interpretación.

El Derecho de la persona es el tema que desarrolla MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, resaltando de entrada que en esta materia se ha producido en los últimos tiempos la más profunda y extensa reforma en el ordenamiento civil español, por lo que se pregunta si tiene ahora sentido recordar la obra de don FEDERICO en relación con una parte del Derecho que tanto ha cambiado. Y responde afirmando que persisten sus grandes apotaciones, que se pueden concretar en la valoración que hace de la persona humana y su preocupación por apoyar las nuevas soluciones en nuestro Derecho clásico, resaltando el gran españolismo de don FEDERICO que actuó como un jurista que siente la vida de la Nación en servicio de España. Estudia PEÑA la doctrina del maestro empezando por el significado que éste dio al Derecho de la persona, analizan-

do su consideración jurídica, el estado civil y la biología jurídica de la personalidad en sus distintos aspectos de la edad, el sexo, el matrimonio, la capacidad, la nacionalidad, la vecindad civil, el domicilio y la ausencia, con una referencia al patrimonio y la autonomía que este último presta a la persona. En 1959 don FEDERICO describía la situación jurídica de la persona con notas preocupantes e incluso pesimistas, diciendo que han ido aumentando los poderes de los grupos privilegiados hasta convertir a la misma autonomía individual en instrumento de esclavitud personal; nuestro siglo, decía, adolece además del peso creciente de la maquinaria administrativa, omnipotente e indiferente a lo personal

La teoría de la persona jurídica en la obra de don FEDERICO DE CASTRO fue la conferencia de IGNACIO SOLÍS VILLA. Comienza diciendo que en pocas ocasiones la influencia de un autor ha sido tan decisiva en una materia como la de don FEDERICO en el tema de la persona jurídica. Ya en su libro *Derecho Civil de España* hay valiosas observaciones, pero el centro de su doctrina está contenido en sus trabajos publicados desde 1949 hasta 1972, luego reunidos en un libro bajo el título *La persona jurídica* editado en 1981. Para llegar al concepto de persona jurídica, don FEDERICO parte de un detenido estudio sobre para qué sirve dicho concepto, buscando una explicación doctrinal a través de las ideas de persona ficta, persona moral y persona jurídica. Fiel a sus posturas políticas, defiende la necesidad de la autorización del Estado para la existencia de la persona jurídica como tal, ya que tiene una condición artificial o contingente, dependiendo de la voluntad de los individuos. Estudiando SOLÍS el significado técnico y los caracteres fundamentales de la persona jurídica dice que la concepción de don FEDERICO se puede calificar de realista en el sentido de oposición al formalismo y de atenta consideración del sustrato o realidad subyacente, no sólo en cada tipo de persona jurídica sino también en cada caso concreto, cuando se pretenda eludir las leyes o conseguir un resultado antijurídico.

LUIS SANCHO MENDIZÁBAL expuso, bajo el título *La autonomía privada* el tema que fue, según nos dice, uno de los centrales de la obra de don FEDERICO y que cristalizó en una obra clave de nuestra literatura jurídica: «El negocio jurídico», editada en 1967. La autonomía privada alude, en la teoría del maestro, al poder de autodeterminación de la persona en toda su extensión y no solo en la dimensión de crear y regular relaciones; abarca toda la esfera de la libertad, comprendiendo el ejercicio de facultades y derechos y la responsabilidad de la persona que es la otra cara ineludible de la libertad. La crisis de la autonomía privada es efecto de la progresiva asunción de nuevas funciones por el Estado, que limita esa autonomía con normas imperativas y prohibitivas, en conexión con el crecimiento de la actividad administrativa. En medio de una abrumadora doctrina sobre el negocio jurídico y teniendo a la vista la enorme variedad de actos voluntarios que originan consecuencias jurídicas, don FEDERICO diseña un concepto más preciso diciéndonos que conviene fijarse en una categoría determinada: la de los que crean y regulan una relación jurídica. Así, según DE CASTRO, la función del negocio es crear reglas jurídicas; sin constituir fuente del Derecho objetivo, crea y ordena una relación jurídica, pero debe quedar claro que la regla negocial no regula ella sola la relación, sino que da ocasión a que en la realidad se apliquen las normas objetivas previstas para el supuesto de hecho y producirá los efectos que estén predispuestos. Y termina resumiendo la doctrina del maestro diciendo que en todos los casos se dará algo en común: al supuesto de hecho negocial el

Derecho le atribuirá una eficacia jurídica que, con todas las correcciones que introduzcan las normas, vendrá configurada por el propósito negocial, de manera que podrá decirse que los efectos se producen *ex voluntate*, aunque sea *vi legis* y que el negocio jurídico es el vehículo del máximo despliegue de la autonomía privada.

Voluntad y causa en la teoría del negocio jurídico de FEDERICO DE CASTRO fue el tema expuesto por ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, ampliando la teoría negocial del maestro en estos aspectos concretos. El profesor DE CASTRO en el punto de partida de la construcción del negocio jurídico se plantea una cuestión fundamental, que tiene dos alternativas: propósito práctico o fin jurídico. La teoría del fin jurídico mantiene que lo que lo que caracteriza al negocio jurídico es que se dirige a producir un efecto jurídico; en cambio, si se atiende al propósito práctico, se puede conocer mejor la voluntad de los particulares, la cual permite a su vez practicar más profundamente su control jurídico. MORALES hace un *excursus* para decirnos que la consideración del propósito práctico aplicada a los contratos ofrece un instrumento valioso para su construcción por su capacidad de aglutinar elementos y sigue diciendo que en la construcción que hizo don FEDERICO del negocio jurídico existe un punto de partida que es el poder de la persona para crear reglas jurídicas, lo que conduce a un reconocimiento del papel de la voluntad y a una exclusión del puro declaracionismo. Para vincular a una persona por una declaración es requisito necesario que tal declaración pueda imputársele, lo que no ocurre, evidentemente, cuando el sujeto carece de capacidad natural o de libertad. Analiza el conferenciante los vicios de la voluntad, especialmente el error y el dolo. En cuanto a la causa, tal como la entendía don FEDERICO, es la pieza esencial de su concepción del negocio, con la que se dosifica el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el control del Derecho y cumple dos funciones diferentes, aunque complementarias: en primer lugar justifica, desde el plano del ordenamiento, el nacimiento y la eficacia del negocio, pero además es la causa fundamental, desde el plano de la autonomía de la voluntad, de la existencia y los efectos de cada negocio. Son las dimensiones objetiva y subjetiva de la causa.

La última conferencia, sobre el tema *La ineficacia del negocio jurídico* estuvo a cargo de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, quien la inició con un apasionado y afectuoso recuerdo hacia el maestro diciendo que creía en la verdad y en la justicia y continuamente trabajó en la búsqueda de una y otra, acudía a los principios generales del Derecho para, a través de ellos, conseguir una aplicación jurídica, interpretativa e integradora del Derecho positivo por la ontología, definitoria del ser, de una parte, y de otra, por la ética, como veneros de normas de comportamiento exigibles.

Al abordar el estudio de la ineficacia, el Profesor DE CASTRO comenzaba afirmando la imposibilidad de una dogmática *a priori*, porque aunque los conceptos de eficacia e ineficacia son correlativos, el Derecho atiende a otras consideraciones que no son puramente lógicas; por eso la doctrina de la ineficacia se centra en precisar los caracteres y el alcance de cada uno de los tipos de esa ineficacia previamente fijados. Don FEDERICO consideraba negocio nulo aquél cuya ineficacia es intrínseca, cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio. Negocio jurídico anulable es aquél cuya invalidación depende del ejercicio de la acción de impugnación; se caracteriza por estar en una situación indecisa y transitoria. La rescisión es un tipo de ineficacia que no se fundamenta en uno de los

vicios que pueden anular el negocio; se trata de un remedio extraordinario que opera sobre contratos válidamente celebrados, para reparar el perjuicio que sin ello sufrirían determinadas personas. El Profesor DE CASTRO también estudió la inoponibilidad, entendiendo que no ofrece el carácter propio de un mecanismo de ineficacia y que puede presentar dos manifestaciones: el contraste entre dos títulos de distinto valor y el caso en que puede oponerse la ineficacia respecto a determinadas personas.

Como conclusión MANUEL AMORÓS resalta la importancia de la aportación de don FEDERICO, repitiendo que fue un maestro no sólo en el puro sentido científico, sino también porque encarnó en su biografía personal una serie de virtudes dejando al descubierto una manera ejemplar de ser hombre. Y sigue diciendo que los que aprendimos de él estas lecciones pensamos que nos corresponde la tarea de continuar su trabajo, tanto en la investigación como en la aplicación práctica del Derecho. Esas son las razones que han motivado la celebración del ciclo de conferencias y es de esperar que su publicación pueda servir para mantener vivo este recuerdo y para animar a los jóvenes juristas al estudio y a la investigación sobre los temas de Derecho Civil que el Profesor FEDERICO DE CASTRO cultivó tan magistralmente.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 644 (Mayo 98)

«Notas sobre el Proyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (II)», por CÉSAR ALVAREZ-LINERA Y URÍA, pág. 5285.

SUMARIO: I. LAS MEDIDAS CAUTELARES: 1. POSICIÓN DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA. 2. EL EJEMPLO DEL DERECHO COMPARADO: A) *En el Derecho alemán*. B) *En el Derecho francés: el référé y el constant d'urgence*. C) *Operatividad y éxito del référé*.—II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO O DISPOSICIÓN Y LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS. 2. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.—III. LA EJECUCION DE SENTENCIAS: 1. EFICACIA DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL. 2. DIFICULTADES PRÁCTICAS PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS: A) *En las obligaciones de hacer o no hacer*. B) *En las obligaciones de pago de cantidad: Obstáculos:* a) El principio de legalidad presupuestaria; b) El principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de la Hacienda Pública y demás Entidades públicas. 3. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROYECTO DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

«El tratamiento de la rebeldía del actor en el Borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (especial consideración de los artículos 499 a 503 del Borrador)», por AGUSTÍN JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN, pág. 5319 (sin sumario).

«El artículo 84 de la Ley de Procedimiento Laboral. Conciliación jurisdiccional y secretario judicial», por JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATALLA y OTROS, pág. 5339.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL ARTICULO 84 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.—III. SECRETARIO JUDICIAL, CONCILIACION Y FUNCION JURISDICCIONAL.—IV. CONCLUSION.

«La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», por JESÚS ESTRUCH ESTRUCH, pág. 5369.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: A) PACTOS PATRIMONIALES ENTRE CONVIVIENTES. B) PACTOS PERSONALES.—II. POSIBLES PACTOS PATRIMONIALES: A) SOCIEDAD DE GANANCIAS. B) COMUNIDAD DE BIENES.

C) SOCIEDAD UNIVERSAL DE GANANCIAS. D) OTRAS POSIBLES SOCIEDADES. E) CONCLUSIÓN.—III. LIQUIDACIONES PATRIMONIALES SIN PACTO ENTRE LOS CONVIVIENTES: A) POSIBLE APLICACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS. B) EXISTENCIA DE UNA COMUNIDAD DE BIENES. C) EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD CREADA DE HECHO. D) EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD UNIVERSAL DE GANANCIAS. E) APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

COMENTARIO: En el presente artículo se estudia la problemática de la liquidación de los intereses patrimoniales en el momento de la finalización de la mencionada unión. Dificultades que se incrementarán tanto si los convivientes han regulado de alguna manera sus relaciones patrimoniales, como si se realiza la liquidación sin existir reglas específicas de atribución de los bienes.

Se comienza detallando las posibles convenciones que pueden existir al considerarse la validez y licitud de los pactos patrimoniales de los convivientes frente a los pactos personales. Así pues, las partes pueden pactar que entre ellos rijan las normas que configuran el régimen de económico matrimonial de gananciales (tanto en su regulación como en su liquidación) posibilidad que se justifica en base al artículo 1.255 del Código Civil. Igualmente podrían establecer una comunidad de bienes, pacto que regularía que todos o parte de los bienes de un titular pasaran a pertenecer a ambos *pro indiviso*, no siendo posible que se generara la comunidad sobre los bienes que los convivientes pudieran adquirir en el futuro. Otra posibilidad es la constitución de la sociedad universal de ganancias. O, incluso, la constitución de una sociedad civil particular.

No obstante, resulta mucho más frecuente la inexistencia de pacto expreso alguno. En dichos supuestos no se considera aplicable las normas de derecho matrimonial para resolver las cuestiones patrimoniales que se susciten entre los convivientes, pues en caso contrario se violentaría el principio de autonomía de la voluntad imponiéndose a los convivientes unas consecuencias económicas que no quisieron establecer en su relación. Así pues, no se considera aplicable las normas reguladoras de la sociedad del régimen de gananciales. Tampoco puede establecerse ninguna presunción de comunidad entre los convivientes, pues en caso de confusión de bienes serían aplicables las reglas de la posesión 448, 445 y 464 del Código Civil. Tampoco es posible que los convivientes hayan creado una sociedad por el solo hecho de la convivencia, lo que no implica que de sus actos concluyentes se resuelva que han querido celebrar un contrato de sociedad. Ocurre igual en relación con la sociedad universal de ganancias.

Por último, se detallan los problemas que surgen tras la finalización de las uniones de hecho en relación con los aspectos patrimoniales de la unión. Cuestiones que han sido resueltas por la doctrina acudiendo a la institución del enriquecimiento sin causa que intenta evitar el desequilibrio existente entre las dos partes.

«La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1997, y sus repercusiones en el proceso social. Un comentario», por AURELIO DESDENTADO BONETE, pág. 5779.

SUMARIO: 1. UNA DECISION COMPLEJA Y CON IMPORTANTES CONSECUENCIAS EN EL PROCESO SOCIAL.—2. EL PROBLEMA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LEGISLACION DELEGADA: CONTROL DE LA

LEGISLACION DELEGADA POR *ULTRA VIRES*, Y CONTROL DEL ACTO DE PUBLICACION.—3. EL JUEGO DE LOS PLAZOS: EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA DELEGACION Y EL PLAZO PARA LA CORRECCION DE ERRORES.—4. LA ANULACION DEL TEXTO DEL LIBRO IV DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL DE 1990 EN LA CORRECCION DE ERRORES DE 23 DE MAYO DE 1990: a) LA ANULACION Y SU FUNDAMENTO: a') *La génesis del error*; b') *Del error, sus clases y su salvación*, c') *¿Un error en el medio de salvación o un sistema de salvación erróneo?*—a") La posición de la sentencia; b") Algunas consideraciones críticas sobre el sistema de corrección de errores del Real Decreto 1511/1986. b) LAS CONSECUENCIAS DE LA ANULACION: a') *El alcance de la anulación y sus límites objetivos*; b') *Los límites temporales de la anulación*: a") El comienzo de la eficacia de la anulación y el alcance de su efecto útil; b") La hipótesis de la insuficiencia de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 como mecanismo de salvación de los errores de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 y de la afectación de aquella Ley por los vicios de la corrección de errores de ésta.—5. LA ANULACION PARCIAL DEL ARTICULO 3.C) DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL: LA JURISDICCION DEL ORDEN SOCIAL PARA CONOCER DE LAS PRETENSIONES DE TUTELA DEL DERECHO DE HUELGA DEL PERSONAL ESTATUTARIO: a) EL ALCANCE DE LA DECLARACION DE NULIDAD: a') *La referencia subjetiva al personal estatutario*; b') *La exclusión objetiva: las pretensiones de tutela frente a lesiones del derecho de huelga derivadas de actos administrativos*. b) LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL LLAMADO PERSONAL ESTATUTARIO. RECAPITULACION Y VALORACION CRITICA.—6. LOS PRONUNCIAMIENTOS DESESTIMATORIOS: LA PROTESTA PREVIA EN MATERIA ELECTORAL, LA LEGITIMACION EN EL PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO, EL OBJETO DEL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INDEMNIZACION ADICIONAL POR NO READMISION EN LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DE DESPIDO

«La incentivación del empleo y la lucha contra la precariedad. En busca de la estabilidad contractual», por AMAYA MARTÍNEZ DE VIERGOL, pág. 5799.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION —2. LA FLEXIBILIZACION DEL MERCADO LABORAL. INCENTIVOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: INCENTIVACION DEL CFCI (CONTRATO DE FOMENTO DE LA CONTRATACION INDEFINIDA): a) *Articulación «ex novo»*; b) *Por conversión de contratos temporales en CFCI*; c) *Régimen común*.

«Maternidad y derecho del trabajo y de la Seguridad Social: ¿Discriminación, protección o razón?», por JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y BEATRIZ AGRA VIFORCOS, pág. 5815 (sin sumario).

«La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam», por JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES, pág. 5847 (sin sumario).

«Las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal», por RICARDO GOSALBO BONO (sin sumario).

ACTUALIDAD CIVIL

Número 8 (1998)

«La representación de la propiedad horizontal», por JUAN MANUEL BADENAS CARPIO, pág. 155.

SUMARIO: I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—II. LA NATURALEZA JURIDICA DE LO QUE LA LEY DENOMINA PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. LOS ORGANOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.—IV. LA REPRESENTACION DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.—V. EL EJERCICIO DE ACCIONES POR PARTE DE LOS CONDOMINOS.—VI. EL APODERAMIENTO DE LOS CONDOMINOS. EL ADMINISTRADOR.—VII. CONCLUSIONES CRITICAS.

Número 9 (1998)

«La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 183.

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. LA NOCION DE CONSUMIDOR.—III. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHOS NACIONALES.—IV. LAS DIRECTIVAS Y SU INCARDINACION EN EL SISTEMA JURIDICO COMUNITARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA EFICACIA DIRECTA DE LAS DIRECTIVAS: EL EFECTO DIRECTO VERTICAL. 3. EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS. 4. EL EFECTO INDIRECTO U OBLIGACIÓN DE INTERPRETAR EL DERECHO NACIONAL CONFORME A LAS DIRECTIVAS NO TRANSPUESTAS. 5. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO.

Número 10 (1998)

«La protección del crédito en la nueva ordenación de la ejecución forzosa que articula el borrador de Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado por el Ministerio de Justicia», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA, pág. 203.

SUMARIO: I. DELIMITACION.—II. TITULACION EJECUTIVA. REFERENCIA A LA TITULACION MONITORIA.—III. TITULOS ILIQUIDOS. PARA CUENTAS CORRIENTES. PARA INTERESES VARIABLES.—IV. OPOSICION A LA EJECUCION.—V. EMBARGO: A) BUSCA Y LOCALIZACIÓN DE BIENES. B) ELECCIÓN DE BIENES. C) AFECCIÓN DE BIENES. D) ASEGURAMIENTO DEL EMBARGO.—VI. APREMIO.—VII. CONCURSO DE ACREEDORES.—VIII. EJECUCION PROVISIONAL.

Número 11 (1998)

«La reforma italiana del empleo público. ¿Laboralización o privatización?», por MARCELA DUQUE ECHAVERRY, pág. 217.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE SIRVEN DE BASE A LA REFORMA.—3. LA REFORMA DEL EMPLEO PUBLICO.—4. EL CONTENIDO DE LA REFORMA: 4.1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 4.2. LOS DIRECTIVOS ADMINISTRATIVOS. 4.3. LA JURISDICCION. 4.4. LA MOVILIDAD. 4.5. LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 4.6. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. 4.7. EL PRIMER PERÍODO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESPUÉS DE LA REFORMA: 4.7.1. *Los convenios firmados*. 4.7.2. *El contenido de los convenios*. 4.7.3. *El segundo período de convenios*.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFIA.

Número 12 (1998)

«Algunas cuestiones sobre la colación y su dispensa en relación con la protección de las legítimas», por MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA, pág. 239.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO. 2. LA DISTINCIÓN ENTRE LA COLACIÓN Y LAS OPERACIONES DE DEFENSA DE LA LEGÍTIMA.—II. LA RELACION ENTRE LA IMPUTACION Y LA COLACION: 1. LA IMPUTACIÓN DE LO DONADO CON DISPENSA DE COLACIÓN. 2. LA IMPUTACIÓN DE LOS PRELEGADOS: A) *Cuestión previa: la posibilidad de un prelegado colacionable*. B) *El prelegado y su imputación*.—III. COLACION Y NO COLACION DE DONACIONES O PRELEGADOS Y SATISFACCION DE LAS LEGITIMAS: 1. COLACIÓN LEGAL DE LAS DONACIONES Y COLACIÓN VOLUNTARIA DE LOS PRELEGADOS QUE CONTRIBUYEN A LA SATISFACCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS. 2. HIPÓTESIS DE LESIÓN DE LA LEGÍTIMA POR LA INTERFERENCIA DE LA COLACIÓN A) *Normas legales sobre colación: la colación de las donaciones y la no colación de los prelegados*. B) *Normas voluntarias sobre colación: la dispensa de colación de las donaciones y la colación voluntaria de los prelegados*. 3. MODO DE ATEMPERAR LA COLACIÓN Y LA NO COLACIÓN A LA SATISFACCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS.

Número 13 (1998)

«Aspectos procesales en la constitución de la adopción del mayor de edad y del menor emancipado», por VICTORIA RUIZ DE VELASCO y MARTÍNEZ DE ERCILLA, pág. 257.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES DE AMBITO PROCESAL EN LA CONSTITUCION DE TODA ADOPCION: 1. PRECEDENTES LEGISLATIVOS. 2. PRINCIPIOS PROCESALES QUE INSPIRAN Y RIGEN LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE ADOPCIÓN DEL MAYOR DE EDAD Y DEL

MENOR EMANCIPADO.—II. INICIACION DEL EXPEDIENTE: EXCEPCION A LA EXIGENCIA DE LA PROPUESTA PREVIA DE LA ENTIDAD PUBLICA: 1. BREVE REFERENCIA A LA REGLA GENERAL: ANÁLISIS DE LA PROPUESTA Y DE SU CONTENIDO. 2. REGLA EXCEPCIONAL.—III. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCION DE LA ADOPCION DEL MAYOR DE EDAD Y DEL MENOR EMANCIPADO. ELEMENTOS PERSONALES Y ELEMENTOS FORMALES: 1. PERSONAS QUE HAN DE CONSENTIR A LA ADOPCION. 2. PERSONAS QUE HAN DE ASENTIR A LA ADOPCION. 3. PERSONAS QUE HAN DE SER OÍDAS EN LA ADOPCION.—IV. FIN DEL EXPEDIENTE: RESOLUCION CONSTITUTIVA DE LA ADOPCION Y SU REGISTRO.—V. BIBLIOGRAFIA.

Número 14 (1998)

«El procedimiento de elaboración documental de los proyectos normativos», por JESÚS J. SEBASTIÁN LORENTE, pág. 291.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. LA INICIATIVA NORMATIVA. 2. EL MODELO DE ELABORACION. 3. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACION.—II. EL PLAN NORMATIVO.—III. LOS ANTECEDENTES.—IV. LA MEMORIA JUSTIFICATIVA.—V. LA MEMORIA ECONOMICA.—VI. LA TABLA DE VIGENCIAS.—VII. EL CUESTIONARIO DE EVALUACION.—VIII. LA EXPOSICION DE MOTIVOS Y EL PREAMBULO.—IX. EL TEXTO ARTICULADO: 1. EL PROCESO DE FORMACION. 2. LA ESTRUCTURA ARGUMENTAL. EL ESTILO. 3. LA ESTRUCTURA FORMAL. LA TÉCNICA: 3.1. *El Título*. 3.2. *La Exposición de Motivos*. 3.3. *La parte dispositiva. Disposiciones directivas*. 3.4. *La parte dispositiva. Sistemática y división*. 3.5. *La parte final*. 3.6. *Anexos*. 3.7. *Las Leyes modificativas*. 4. HACIA UNA COMISION GENERAL DE LEGISLACION Y TÉCNICA LEGISLATIVA. ESQUEMAS DE PROCEDIMIENTO.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE Número 160 (Marzo 1998)

«Los puertos en el territorio: la constitucionalidad de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional, número 40/1998, de 19 de febrero y de 2 de abril de 1998», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS Cid, pág. 11.

SUMARIO: 1. LA POSICION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS DE CANARIAS, CATALUÑA, GALICIA E ISLAS BALEARES ANTE LA LEY DE PUERTOS DEL ESTADO Y DE LA MARINA MERCANTE: COMPETENCIAS AUTONOMICAS EN MATERIA DE ORDENACION DEL TERRITORIO Y URBANISMO Y SOBRE PUERTOS QUE NO SEAN DE INTERES GENERAL.—2. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 40/1998: A) RESUMEN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRI-

BUNAL CONSTITUCIONAL. B) EL MODELO DE ORDENACIÓN PORTUARIA EN LA LEY SE AJUSTA AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL: a) *El Plan de utilización de los espacios portuarios y la delimitación de la zona de servicio*; b) *La articulación entre el planeamiento urbanístico y las competencias estatales de explotación portuaria*; c) *La ejecución de obras en la zona de servicio de los puertos de interés general*; d) *La construcción y ampliación de los puertos de interés general*. C) LAS COMPETENCIAS ESTATALES PARA DEFINIR LOS CONCEPTOS DE PUERTOS Y PUERTOS DE INTERÉS GENERAL: a) *Puertos e instalaciones marítimas*; b) *Los puertos de interés general*; c) *Las dársenas deportivas y pesqueras en los puertos de interés general*; d) *Los espacios integrados en la zona de servicio destinados a usos complementarios o a equipamientos y dotaciones*; e) *La zona de aguas de los puertos de interés general*.—3. LA PARADOJA POLÍTICA: LA LEY 62/1997, DE 26 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PUERTOS HA CONSEGUIDO PARA LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS LO QUE NO PUDIERON LOGRAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

«La caducidad en las licencias urbanísticas», por JULIA ORTEGA BERNARDO, pág. 47.

SUMARIO: 1. FUNDAMENTO DE LA CADUCIDAD. A) FINALIDAD QUE SE PERSIGUE CON LA TÉCNICA DE LA CADUCIDAD. B) LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA CADUCIDAD.—2. REQUISITOS DE LA CADUCIDAD: A) ¿NECESIDAD DE UNA NORMA QUE SIRVA DE COBERTURA A LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD? B) NECESIDAD DE UNA DECLARACIÓN FORMAL PREVIA Y EXPRESA DE CADUCIDAD. C) REQUISITOS DE ÍNDOLE FORMAL PARA DECLARAR LA CADUCIDAD. D) REQUISITOS DE CARÁCTER MATERIAL PARA DECLARAR LA CADUCIDAD.—3. NATURALEZA DE LA CADUCIDAD.

«Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 69.

SUMARIO: I. LA APROBACIÓN VÁLIDA DE LOS PLANES URBANÍSTICOS. EFECTOS GENERALES: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EXCURSO SOBRE UN PRESUPUESTO BÁSICO PARA LA VALIDEZ DEL PLAN: LA CORRECTA ELECCIÓN DEL INSTRUMENTO FUNCIONALMENTE IDÓNEO. LA ANULACIÓN DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE PLANES (ASTURIAS). 3. SEGUNDO EXCURSO: SOBRE LA CONCORDANCIA DEL PLAN CON LA LEGISLACIÓN SOBREVENIDA EN EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO COMO EVENTUAL PRESUPUESTO EXTRÍNSECO GENERAL PARA LA VALIDEZ DE AQUEL. LA ANULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES DE LOS PLANES GENERALES DE BILBAO (ÁREA DE ABANDO IBARRA-MUSEO GUGGENHEIM) Y SAN SEBASTIÁN (ÁREA DE IBAETA). 4. EFECTOS GENERALES: A) *Efectos tradicionales de la vigencia de los Planes Urbanísticos*. B) *Su formulación en Derecho estatal y autonómico actuales y próximos*. C) *Efectos no estrictamente urbanísticos*.—II. EXAMEN PARTICULAR DE DOS SUPUESTOS PARADOJICOS DE EFICACIA DE LOS PLANES: EFICACIA LIMITADA PARA LOS EDIFICIOS PREEXISTENTES Y EFICACIA SUSPENDIDA PARA CIERTOS USOS: 1 EFICACIA DE INTENSIDAD LIMITADA PARA LOS EDIFICIOS PREEXISTENTES: EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN. VÁLIDA DECLARACIÓN (MEDIANTE NORMAS SUBSIDIARIAS) DE LAS CONSTRUCCIONES EN SUELO NO URBANIZABLE COMO FUERA DE ORDENACIÓN EN EL VALLE DE ESTERIBAR (NAVARRA), Y NULIDAD DE

ACUERDO MUNICIPAL DICTADO PARA LA EJECUCIÓN DE AQUÉLLA. 2. EFICACIA SUSPENDIDA TEMPORALMENTE PARA CIERTOS USOS: LICENCIAS PROVISIONALES. VALIDEZ DE LA LICENCIA PROVISIONAL DE OBRAS DE AMPLIACIÓN DEL HOTEL VERONA DE PUERTOLLANO (CIUDAD REAL): A) *Régimen sustantivo y procedimental en el Derecho estatal y autonómico actuales y próximos*. B) *Requisitos (sustantivos y procedimentales) determinantes de la excepción*: a) Primera aproximación; b) El supuesto de hecho y las cuestiones previas: La operatividad de esta técnica en las diversas clases de suelo en edificios fuera de ordenación y respecto a actividades clasificadas; c) Criterios para la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que integran el supuesto; d) Los requisitos formales: Aceptación de condiciones, escrituración e inscripción, e) La aplicación al caso del principio de proporcionalidad.—III. LA PUBLICACIÓN COMO REQUISITO DE EFICACIA DE LOS PLANES. OMISIÓN. EFECTOS: 1. LA PUBLICACIÓN ÍNTEGRA. 2. EFECTOS DE SU OMISIÓN: A) *Efectos sobre actos de complemento, desarrollo, o simple aplicación*. B) *Efectos sobre procedimientos expropiatorios*. C) *Efectos sobre las remisiones normativas desde otros sectores del ordenamiento local*. 3. OTRAS HIPÓTESIS DE INEXISTENCIA DE EFICACIA DE LOS PLANES, EXCLUIDAS DE ESTE ESTUDIO.—IV. DIFERENTES EFECTOS SUBSIGUIENTES A LA INVALIDEZ Y A LA INEFICACIA DE LOS PLANES: LA SUERTE DE LOS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS DEPENDIENTES DE ELLOS: 1. RECURSO DIRECTO CONTRA PLANES URBANÍSTICOS: EFECTOS. 2. RECURSO INDIRECTO CONTRA PLANES URBANÍSTICOS: EFECTOS: A) *Diversidad de supuestos*. B) *Efectos con relación a los actos (directamente impugnados) de complemento, desarrollo y simple aplicación de un Plan (inválido) contrario a Derecho*. C) *Efectos paradójicos: mantenimiento de planes (indirectamente impugnados) contrarios a Derecho (inválidos)*. 3. CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS DE LA INVALIDEZ Y DE LA INEFICACIA DE LOS PLANES. EN PARTICULAR, CON RELACIÓN A LOS INSTRUMENTOS DE DESARROLLO DE LOS MISMOS.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 226 (Octubre-Diciembre 1997)

«¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?», por JOSÉ MARÍA GONDRA, pág. 1545.

SUMARIO: I. UNAS ACLARACIONES PREVIAS SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: A) EL PLANTEAMIENTO TEÓRICO DE POSNER COMO ARQUETIPO DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. B) LA INNATA VOCACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL «ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO». C) LA DIFUSIÓN DEL PENSAMIENTO DE POSNER EN LOS AMBIENTES JURÍDICOS DE USA: RAZONES QUE LO EXPLICAN. D) LA RECEPCIÓN DEL «ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO» EN EUROPA: RECHAZO GENERALIZADO DEL ANÁLISIS «NORMATIVO» DE POSNER.—II. SOBRE LA VIABILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO TEORÍA JURISPRUDENCIAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO: ¿ESTA LEGITIMADO EL JUEZ PARA FUNDAMENTAR SU DECISIÓN EN UN CRITERIO DE EFICIENCIA ECONÓMICA?: A) SENTIDO Y ALCANCE DE ESTA TEORÍA JURISPRUDENCIAL. B) LA VALORACIÓN DE UNA TEORÍA JURISPRUDENCIAL HA DE HACERSE, PRIMERO DE TODO, POR REFERENCIA AL MARCO INSTITUCIONAL DE CADA SISTEMA JURÍ-

DICO. C) LA VINCULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUEZ A LA LEY Y LAS CONSECUENCIAS LÓGICAS QUE DE ELLA DERIVAN: LA APLICACIÓN Y EL DESENVOLVIMIENTO JUDICIAL DEL DERECHO COMO PROCESO SUJETO A REGLAS METÓDICAS. D) LA CONSIDERACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS POR EL JUEZ: SU NECESARIA «INTERNALIZACIÓN» EN EL ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO. E) LA «EFICIENCIA ECONÓMICA» NO ES UN PRINCIPIO O VALOR RECONOCIBLE EN NUESTRO DERECHO: LA FUNCIÓN «ORDENADORA» DEL DERECHO CONTRACTUAL DISPOSITIVO. F) SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DEL CONTRATO Y LA FORMA PECULIAR DE ENTENDERLA POR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. G) CONCLUSIÓN: LA TEORÍA JURISPRUDENCIAL QUE SE PROPONE NO ES VIABLE EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO.—III. SOBRE LA CONSISTENCIA TEORETICA DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO EN ABSTRACTO: ¿LA «MAXIMIZACION DE LA RIQUEZA» ES UN OBJETIVO POLITICO-JURIDICO TAN RACIONALMENTE FUNDAMENTADO, TAN SIMPLE DE APLICAR Y SOCIALMENTE TAN PLAUSIBLE? A) ¿ES TAN SÓLIDA LA FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICO-RACIONAL DEL «ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO»? B) ¿ES TAN SIMPLE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE «CIENCIA ECONÓMICA» PARA EL DESARROLLO DE UN PROGRAMA POLÍTICO-JURÍDICO? C) ¿CÓMO SE JUSTIFICA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO LA PRIORIDAD ABSOLUTA DE LA «EFICIENCIA ECONÓMICA» SOBRE CUALQUIER OTRO OBJETIVO POLÍTICO-JURÍDICO? D) CRÍTICA DE LA PREMISA CENTRAL SOBRE LA QUE SE SUSTENTA ESTA TEORÍA ECONÓMICA DEL DERECHO: QUE EL DERECHO DEBA CONFORMARSE CON ARREGLO AL MODELO DEL «HOMO OECONOMICUS RATIONALIS».—IV. SOBRE LA LOGICA DEL PENSAMIENTO JURIDICO TRADICIONAL: ¿ES TAN IRRACIONAL, TAN ARTIFICIOSAMENTE COMPLEJA Y DE TAN ESCASA UTILIDAD SOCIAL COMO SE INSINUA? A) SOBRE LA RACIONALIDAD DEL PENSAMIENTO JURÍDICO TRADICIONAL: ¿CÓMO ES Y CÓMO HA EVOLUCIONADO LA DOGMÁTICA JURÍDICA? B) SOBRE LA UTILIDAD SOCIAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA?—V. UN EPILOGO AL ESTILO «REGENERACIONISTA» DEL 98.

«El gobierno de las compañías mercantiles: Teoría, materiales y práctica», por JOAQUIM BISBAL I MÉNDEZ, pág. 1673

SUMARIO: I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA «CORPORATE GOVERNANCE»: A) EL GOBIERNO DE LAS COMPAÑÍAS MERCANTILES COMO FACTOR DE COMPETITIVIDAD. PRESUPUESTOS DE ESTA AFIRMACIÓN; B) EL MODELO DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL COMO CUESTIÓN CONCRETA; C) LOS MERCADOS RELEVANTES; D) LOS «MERCADOS JURÍDICOS».—II. ESTADO DE LA CUESTION: QUE HABLEN LOS MATERIALES: (i) SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN; (ii) LA PRESENCIA DE LOS FINES DE LA EMPRESA; (iii) LA CUESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD: LOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y SUSTANTIVOS.—III. ALGUNAS CUESTIONES DE INTERPRETACION Y DE POLITICA JURIDICA.—IV. CONCLUSION: ¿POR QUE HABIA DE SER CONVOCADO UN SEMINARIO DE ESTAS CARACTERISTICAS EN ESPAÑA?

«Depósito y publicidad de documentos contables en las sociedades de capital», por JOSÉ CARLOS VÁZQUEZ CUETO, pág. 1699.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. EL FUNDAMENTO DE LA EXIGENCIA RELATIVA A LA PRESENTACION DE DOCUMENTOS

CONTABLES ANTE EL REGISTRO MERCANTIL.—III. EL AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 218 TRLSA: LA PRESENTACION DE LOS DOCUMENTOS CONTABLES PARA SU DEPOSITO: 1. NATURALEZA DE LA EXIGENCIA CONTENIDA EN EL ARTICULO 218 TRLSA. 2. EL PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 218 TRLSA: LA APROBACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES. 3. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA OBLIGACIÓN IMPUESTA POR EL ARTICULO 218 TRLSA: 3.1. *El elemento objetivo: los documentos a presentar ante el Registro Mercantil.* 3.2. *El elemento subjetivo: los sujetos pasivos de la exigencia de presentación de los documentos para su depósito.* 3.3. *Los elementos circunstanciales: el plazo y el lugar de presentación de los documentos contables:* 3.3.1. El plazo de presentación de los documentos contables. 3.3.2. El lugar de presentación de los documentos contables.—IV. LA OPERACION REGISTRAL DEL DEPOSITO Y PUBLICIDAD DE DOCUMENTOS CONTABLES. 1. LA EXTENSIÓN DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN. 2. LA CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POR EL REGISTRADOR MERCANTIL. 3. LA PRÁCTICA DE LA OPERACIÓN REGISTRAL.—V. LOS EFECTOS REGISTRALES DEL DEPOSITO DE LOS DOCUMENTOS CONTABLES.—VI. LAS SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PRESENTACION DE LOS DOCUMENTOS CONTABLES ANTE EL REGISTRO MERCANTIL: 1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LA CONVENIENCIA DE UN RÉGIMEN SANCIONADOR EFECTIVO. 2. EL CIERRE DEL REGISTRO PARA LA SOCIEDAD INCUMPLIDORA. 3. LA IMPOSICIÓN DE UNA MULTA A LA SOCIEDAD INCUMPLIDORA.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 97 (Julio-Septiembre 1997)

«La instauración de una nueva Constitución», por ALESSANDRO PACE, pág. 9.

SUMARIO: 1. LAS TRES FORMAS DE INSTAURACION DE UN ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL, SEGUN SANTI ROMANO: LA FORMA ILEGAL, LA FORMA ALEGAL Y LA FORMA LEGAL. CONSIDERACIONES CRITICAS A PROPOSITO DE ESTA ULTIMA.—2. LA INSTAURACION DE HECHO SEGUN UN PROCEDIMIENTO QUE NO ES JURIDICO, NI ANTIJURIDICO. HIPOTESIS PRACTICAS.—3. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER FACTICO. ABSOLUTO, TOTAL E ILIMITADO. AUSENCIA DE FORMAS PREDETERMINADAS EN SUS MANIFESTACIONES. CONSECUENCIAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS.—4. LA INSTAURACION DE UNA NUEVA CONSTITUCION. DIVERSOS MODOS DE CONCEBIR LA CONSTITUCION. CONSECUENCIAS RESPECTO AL PROBLEMA DE LOS LIMITES OPONIBLES, POR PARTE DE LA VIEJA CONSTITUCION, A LA INSTAURACION DE LA NUEVA. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCION COMO CONSECUENCIA DE SU PROPONERSE COMO FUNDAMENTAL Y, POR TANTO, COMO SUPERIOR A LAS OTRAS FUENTES DEL DERECHO. EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA.—5. CONSECUENCIAS DE DICHA HIPOTESIS RESPECTO A LOS LIMITES SUSTANCIALES. LOS LLAMADOS LIMITES TACITOS NO PUEDEN CALIFICAR UN HECHO DE ILICITO Y POR TANTO, NO CONSTITUYEN UN OBSTACULO JURIDICO A LAS TENTATIVAS DE INSTAU-

RACION.—6. CONSECUENCIAS DE LA TESIS RESPECTO A LOS LIMITES FORMALES. EL PUZZLE DE ROSS Y SU SUPERACION A LA LUZ DE LA NATURALEZA SIRVIENTE DE LAS NORMAS SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. MAYOR IMPORTANCIA PRACTICA DE LOS LIMITES PROCEDIMENTALES.—7. LA LEGITIMACION DE LA NUEVA CONSTITUCION. LEGITIMACION Y SOBERANIA POLITICA DEL PUEBLO. LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACION DETERMINA UNA ATEMPERACION DE LAS CONCLUSIONES IMPLICADAS EN LA NATURALEZA FACTICA DEL PODER CONSTITUYENTE. LA IMPORTANCIA POLITICA DE LOS HECHOS DE LEGITIMACION. EL REFERENDUM POPULAR SUCESIVO Y OBLIGATORIO NO CONSTITUYE UNA FORMA DE GARANTIA DE LA SOBERANIA POPULAR. LOS CUATRO FRENTES EN LOS QUE PUEDE DESARROLLARSE LA DEFENSA DE LA VIEJA CONSTITUCION.

«¡Libráos de Ultramaría! El fruto podrido de Cádiz», por BARTOLOMÉ CLAVERO, pág. 45.

SUMARIO: I. JUICIO POR LO CONSTITUCIONAL Y CONDENA POR LO COLONIAL.—2. LA SUBVERSION AMERICANA DE LA CONSTITUCION EUROPEA.—3. PERO ¿QUIENES SON LOS COLONIZADOS EN AMERICA?—4. COLONIALISMO COMUN Y CONSTITUCIONALISMOS DIVERSOS—5. SENTIDO COLONIAL Y SENTIDO CONSTITUCIONAL, AMBOS COMUNES.—6. EPILOGO.

«De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales», por PALOMA BIGLINO CAMPOS, pág. 71.

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA.—II. LOS ORIGENES DE LA DUALIDAD.—III. LA GARANTIA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES: A) LOS DERECHOS RECONOCIDOS. B) ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES.—IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO: A) LA EFICAZ INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. B) ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE DECLARACIÓN: LA IDENTIFICACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS; EL USO DE LA PROPORCIONALIDAD.—V. LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL CEDH EN EL PROYECTO DE TRATADO DE AMSTERDAM.

«El Habeas Corpus en América Latina», por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, pág. 105 (sin sumario).

«La privatización del deber militar: el servicio militar y la organización de las Fuerzas Armadas españolas ante el nuevo escenario estratégico», por JOSÉ ANTONIO OLMEDA GÓMEZ, pág. 125.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. EL NUEVO PANORAMA ESTRATEGICO: 1.1. UN MUNDO MULTICÉNTRICO UNIPOLAR: A) *De la geopolítica a la geoconomía*. B) *El papel de la fuerza*. 1.2. UNA ORGANIZACIÓN MILITAR PARA EL SIGLO FUTURO.—2. LAS POLITICAS DE DEFENSA Y SEGURIDAD ESPAÑOLAS:

UN ESTILO DECISORIO REACTIVO Y UN CONSENSO FRAGIL Y DISPAR: 2.1 LA POLÍTICA DE SEGURIDAD: EL INGRESO EN LA OTAN. 2.2. LA POLÍTICA DE DEFENSA: EL CASO DEL SERVICIO MILITAR.—3. ¿ES FACTIBLE EL SERVICIO VOLUNTARIO EN ESPAÑA?: 3.1. LA PROPUESTA MINISTERIAL. 3.2. LA VIABILIDAD DE UN SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO. 3.3. LOS ASPECTOS TÉCNICOS: A) *El contexto externo*. B) *El entorno organizativo*. 3.4. LOS ASPECTOS POLÍTICOS: A) *La coalición favorable al servicio militar voluntario*. B) *El techo constitucional*.—4. LAS REPERCUSIONES DEL CAMBIO ORGANIZATIVO EN LAS RELACIONES CIVILES-MILITARES.

«Aspectos políticos y constitucionales sobre la participación electoral de los extranjeros en el Estado nacional», por MARCOS FRANCISCO MASSO GARROTE, pág. 159.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA POSICION CLASICA DEL EXTRANJERO Y DE LOS DERECHOS POLITICOS.—II. LAS RAZONES POLITICAS Y JURIDICAS DE LA EXCLUSION DE LOS EXTRANJEROS DE LA PARTICIPACION ELECTORAL: A) INTRODUCCIÓN. B) LAS ARGUMENTACIONES DE ÍNDOLE POLÍTICA: 1. *Los extranjeros como amenaza potencial del Estado*. 2. *Los extranjeros desconocen las aspiraciones nacionales*. C) LAS ARGUMENTACIONES DE ÍNDOLE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: 1. *La tesis ciudadano-elector como fundamento de la voluntad soberana*. 2. *La soberanía pertenece al pueblo y no a la población: El «excursus» de la doctrina alemana: a) Carácter unívoco de la inclusión; b) Totalidad e intensidad de la vinculación jurídica; c) Evolución histórica del concepto de pueblo en el derecho estatal, d) El principio de homogeneidad como base del Estado democrático*.—III. EL REPLANTEAMIENTO TEORICO-POLITICO DE LA CUESTION: LAS RAZONES POLITICAS Y JURIDICAS DE LA INCLUSION DE LOS EXTRANJEROS EN LA PARTICIPACION ELECTORAL: A) INTRODUCCIÓN. B) LOS ARGUMENTOS DE ÍNDOLE POLÍTICA: 1. *La transformación del concepto de nación*. 2. *El efecto integrador del derecho de participación política*. C) LAS NUEVAS FORMULACIONES TEÓRICO-CONSTITUCIONALES: LA RENOVACIÓN Y NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CIUDADANÍA: 1. *Los argumentos de tipo menor: a) El principio de «no taxation without representation»; b) El respeto por el derecho del hombre a ser elector*. 2. *La nueva formulación constitucional del concepto de pueblo en la doctrina alemana: a) Pueblo como concepto jurídico indeterminado; b) Extensión del concepto de pueblo a los extranjeros como postulado jurídico-constitucional; c) Aplicación de estos postulados a la evolución concreta de la población*. 3. *La oposición entre elecciones locales y elecciones nacionales según el carácter político o administrativo de la misma: El «excursus» teórico de la doctrina francesa*. 4. *La descentralización del poder del Estado. La distinción necesaria entre soberanía nacional estatal y poderes del Estado*.

«Forma de Gobierno y estructura del Poder Ejecutivo: el presidencialismo argentino tras la revisión constitucional de 1994», por ALEJANDRO SÁIZ ARNAIZ, pág. 195.

SUMARIO: 1. PRESIDENCIALISMO Y PODER EJECUTIVO EN LA CONSTITUCION ARGENTINA DE 1853-1860.—2. EL PROCESO Y EL CONTENIDO DE LA REFORMA DE 1994.—3. LA ESTRUCTURA DEL PODER EJE-

CUTIVO.—4 LAS ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA: 4.1. PODER EXTERIOR Y DE DEFENSA. 4.2. PODERES DE EXCEPCIÓN. 4.3. PODERES DE DESIGNACIÓN. 4.4. PODERES ADMINISTRATIVOS.—5. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA FORMA DE GOBIERNO TRAS LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL.

«Gestión pública, análisis y evaluación de políticas», por XAVIER BALLART, pág. 223.

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. GESTION PUBLICA VS. GESTION PRIVADA.—III. GESTION PUBLICA: 1. GESTIÓN ESTRATÉGICA Y LIDERAZGO. 2. GESTIÓN DEL ENTORNO POLÍTICO. 3. GESTIÓN DE LA ORGANIZACIÓN.—IV. ANALISIS DE POLITICAS: 1 ANÁLISIS COMO HERRAMIENTA: PRODUCIR Y COMUNICAR CONSEJO ÚTIL 2. ANÁLISIS DEL PROCESO POLÍTICO Y DEL COMPORTAMIENTO ADMINISTRATIVO.—V. EVALUACION DE POLITICAS: 1. EVALUACIÓN COMO TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN SOCIAL APLICADA. 2. EVALUACIÓN COMO INSTRUMENTO DE NEGOCIACIÓN EN EL PROCESO POLÍTICO. 3. EVALUACIÓN E INDICADORES: REMISIÓN A CONTROL DE GESTIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFIA POR TEMAS.

«El análisis de las élites políticas en las democracias», por EDURNE URIARTE, pág. 249.

SUMARIO: EL DIFÍCIL CAMINO DEL CONCEPTO DE ELITE POLITICA.—LAS ELITES ESTRATEGICAS.—LA DEFINICION E IDENTIFICACION DE LA ELITE POLITICA.—¿COMO SON LOS MIEMBROS DE LAS ELITES POLITICAS?—PROFESIONES DE LOS POLITICOS Y PROFESIONALIZACION DE LA POLITICA.—RECLUTAMIENTO Y CIRCULACION DE LAS ELITES POLITICAS.—NUEVAS TENDENCIAS Y NUEVOS CAMPOS EN LA INVESTIGACION DE LAS ELITES POLITICAS.

«Tradición histórica e innovación política en el primer liberalismo español», por MARÍA LUISA SÁNCHEZ-MEJÍA, pág. 277 (sin sumario).

«La sustancia poética del pensamiento democrático», por FERNANDO FERNÁNDEZ-LLEBREZ, pág. 291.

SUMARIO: NATURALEZA, VERDAD Y DEMOCRACIA.—EL GIRO PRAGMÁTICO.—PENSAMIENTO POÉTICO Y APUESTA RORTYANA.—POESIA, IMAGINACION Y RELIGION.—RES PUBLICA Y RES PRIVADA: UN AMARGO EQUILIBRIO.—IMAGEN DARWINIANA, CREATIVIDAD Y VIRTUALIDAD.

«Socialización política y lealtad a la Constitución», por MANUEL SALGUERO, pág. 319.

SUMARIO: I. ETICIDAD DEL ESTADO Y ADHESION A LAS DIFERENTES FORMAS DE GOBIERNO.—II. PROCESO DE SOCIALIZACION Y SIGNOS

DE FIDELIDAD AL REGIMEN POLITICO: UN APUNTE SOBRE NUESTRA TRADICION EN PARTICULAR.—III. LEALTAD A LA CONSTITUCION EN UNA DEMOCRACIA AVANZADA Y PLURALISTA.

Número 98 (Octubre-Diciembre 1997)

«Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?», por ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, pág. 9.

SUMARIO: 1. EL CARACTER AMBIGUO Y CONTRADICTORIO DE LA EXPRESION PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.—2. LA REVALORIZACION ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS: LAS TESIS DE RONALD DWORKIN.—3. OBSERVACIONES CRITICAS.—4. PLURALIDAD SIGNIFICATIVA DE LOS PRINCIPIOS: LOS TIPOS O MODALIDADES DE PRINCIPIOS JURIDICOS.—5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO MITO JURIDICO.

COMENTARIO: Comienza el autor señalando la imprecisión y la ambigüedad de la expresión *principios generales del derecho*. Imprecisiones no sólo terminológicas sino también relativas a la estructura y función del señalado concepto, pues siempre remiten a otras fuentes normativas, tratándose, en realidad, «de una categoría que no existe como tal con sustantividad y autonomía propia». Por eso considera el autor que *los principios generales del derecho* son un concepto ficticio o parasitario, que para adquirir realidad jurídica precisa tomar cuerpo en otras fuentes del derecho.

En base a tal consideración el autor se apoya en que los mitos jurídicos tienen los mismos caracteres que los principios generales del derecho, pues ambos tratan de ofrecer una explicación para entender algo que no se entiende, y a su vez, promueven la imaginación de entes que no existen y/o dan vida a meras abstracciones; siendo además ambos supuestos una realidad puramente abstracta. Lo cual no significa que los principios generales del derecho no respondan a una necesidad propia de los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, pues reconocen el valor de la seguridad jurídica.

Concluye el autor que el recurso a los principios crea la ilusión de que así se evitan los riesgos e incertidumbres que comporta siempre el reconocimiento del arbitrio judicial, de la función normativa de la doctrina científica, o de la apelación a las distintas versiones del derecho natural.

«El Consejo de Estado y los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas», por JAN OLIVAR ARRAIGA, pág. 25.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LA FUNCION CONSULTIVA —2 EL CONSEJO DE ESTADO: A) ORIGEN Y AVATARES HISTÓRICOS. B) EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. C) DEFINICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO. D) NATURALEZA DEL CONSEJO DE ESTADO E) COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO. F) COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO. G) LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANTE EL DICTAMEN PRECEPTIVO DEL CONSEJO DE ESTADO.—3. LOS CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONOMICOS: A) LA PREVISIÓN ESTATUTARIA DE UN CONSEJO CONSULTIVO: CONSECUENCIAS. B) EL CONSEJO CONSULTIVO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. C) LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA. D) EL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS. E) EL CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ISLAS BALEARES. F) EL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA. G) EL CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA. H) LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN. I) EL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA. J) EL CONSEJO CONSULTIVO DE GÁLICO. K) EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA. L) EL CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA.

«La inclusión del otro. Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales», por MARÍA ELOSEGUI, pág. 59.

«Sociología política de la militancia en organizaciones terroristas», por FERNANDO REINARES, pág. 85.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. INTERROGANTES QUE SUSCITA LA MILITANCIA TERRORISTA.—III. CARACTERÍSTICAS SOCIODEMOCRÁTICAS DE LOS MILITANTES.—IV. EXPERIENCIAS PREVIAS DE SOCIALIZACIÓN POLÍTICA.—V. MOTIVACIONES INDIVIDUALES PARA LA MILITANCIA.—VI. CONTEXTO DE LA MICROMOVILIZACIÓN Y RECLUTAMIENTO.—VII. MANTENIMIENTO DEL COMPROMISO EN LA CLANDESTINIDAD.—VIII. ABANDONO DEL TERRORISMO Y CONSECUENCIAS BIOGRÁFICAS.—IX. CONCLUSIONES.

«Política y administración. Algunas notas sobre el origen y la evolución del debate teórico», por LAURA ROMÁN MASEDO, pág. 115

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. POLÍTICA Y ADMINISTRACION: ¿EL ORIGEN DEL PROBLEMA?—III. EL MODELO TRADICIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: A) WEBER Y WILSON. B) EL MODELO TRADICIONAL Y LOS DIFERENTES SISTEMAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS.—IV. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LOS AÑOS SETENTA. ¿POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN O POLÍTICOS Y FUNCIONARIOS?: A) LA CRISIS DEL PARADIGMA WEBERIANO. B) DE LA SEPARACIÓN ENTRE POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN AL ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE POLÍTICOS Y FUNCIONARIOS.—V. CONCLUSION.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

«El principio dispositivo y su virtualidad actual en relación con la estructura territorial del estado», por CÉSAR AGUADO RENEDO, pág. 137.

SUMARIO: 1. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO COMO CARACTERIZADOR DEL SISTEMA TERRITORIAL REGULADO EN LA CONSTITUCIÓN.—2. LOS ACUERDOS AUTONÓMICOS DE 1981 COMO CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL: EXCURSUS SOBRE ESTA FIGURA.—3. LOS EFECTOS DE LOS ACUERDOS AUTONÓMICOS SOBRE EL PRINCIPIO DISPOSITIVO.—4. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO: A) EN MATERIA DE COMPETENCIAS; B) EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN; C) EN MATERIA DE ESTRUCTURACIÓN

TERRITORIAL.—5. LAS MATIZACIONES DOCTRINALES A LA CONSIDERACION DEL MODELO COMO CERRADO. CONCLUSION.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 23 (Enero-Junio 1997)

«Hacia una teoría general del contrato en Derecho navarro: concepto y formación», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 11.

SUMARIO: I. CONVENIO, ESTIPULACION Y CONTRATO: 1. CONVENIOS, CONTRATOS Y ESTIPULACIONES EN EL FUERO NUEVO. PLAN DE LA EXPOSICIÓN. 2. EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. CONTRATO, CONVENCIÓN Y CONVENIO: A) *Planteamiento*. B) *En torno al concepto de contrato. Contrato y convenio en el Fuero Nuevo*. 3. LA ESTIPULACIÓN EN EL FUERO NUEVO.—II. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: 1. FASES EN LA VIDA DEL CONTRATO. 2. LA OFERTA DE CONTRATO: A) *Concepto y configuración de la oferta de contrato*: a) La aceptación de la oferta; b) Caducidad y revocabilidad de la oferta. 3. LOS TRATOS PRELIMINARES Y LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. 4. LA PROMESA DE CONTRATO: A) *Aproximación a la configuración y utilidad práctica de la promesa de contrato*. B) *La configuración jurídica de la promesa de contrato en el Fuero Nuevo*. C) *La promesa de contrato futuro y el convenio consensual preparatorio de un contrato futuro*. D) *Algunos aspectos concretos de la regulación de la promesa de contrato*. 5. BREVE APUNTE SOBRE PROMESA Y DERECHO DE OPCIÓN.—INDICACION BIBLIOGRAFICA.

«Supremacía del Pacto Foral de 1841 sobre el Estatuto Municipal de 1924», por CARLOS HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, pág. 47.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA IMPORTANCIA Y LA NECESIDAD DE LOS TRABAJOS HISTORICOS PARA ASENTAR, DENTRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FORAL, LA VERDAD SOBRE LA AUTONOMIA MUNICIPAL A LA NAVARRA: 1. LOS PREÁMBULOS DE LAS LEYES ESTATALES RELACIONADAS CON NAVARRA. 2. LA TÉCNICA DEL PACTO.—III. EL GOBIERNO DE PRIMO DE RIVERA Y LA ADMINISTRACION MUNICIPAL DE NAVARRA: 1. GÉNESIS DE LA CUESTIÓN: A) *El Estatuto se aprobó sin la anuencia de la Diputación*. B) *El Estatuto —con la plena autonomía local igual para todos los Ayuntamientos del Estado— conculcaba determinados principios administrativos forales*: a) Principio del carácter paccionado del régimen foral; b) Principio de jerarquía administrativa; c) Principio de autonomía municipal. 2. LAS NEGOCIACIONES CON EL GOBIERNO CENTRAL: A) *La aceptación por el Estado de que el Estatuto Municipal entrará en vigor, en Navarra, como derecho supletorio*. B) *Las Bases Paccionadas de 1925 y el procedimiento administrativo seguido hasta su aprobación por el Estado*. C) *Examen particular de los principios administrativos forales presentes en el Acuerdo de la Diputación aprobatorio de las Bases de 1925*: a) El principio del pacto defendido por la mayoría de los Diputados; b) El principio de jurisdicción defendido por la minoría de los Diputados. D) *El Acuerdo del Consejo*

de Ministros. Principio administrativo en que se basó.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 25 DE MARZO DE 1946, QUE DECLARA DEROGADA LA DUODECIMA DE LAS BASES DE 1925 POR SER CONTRARIA A LA LEY PACCIONADA DE 1841: 1. LA PRIORIDAD DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD SOBRE EL PRINCIPIO DEL PACTO. 2. ¿CONTRAFUERO?. A) *El cumplimiento del principio de juridicidad.* B) *La observancia del principio de pacto.*—V. EL REGLAMENTO PARA LA ADMINISTRACION MUNICIPAL DE NAVARRA, DE 1928, NORMA ARMONIZADORA DEL REGIMEN ADMINISTRATIVO LOCAL A LAS BASES DE 1925.—VI. FINAL.

«El sistema tributario de Navarra desde el antiguo régimen hasta el Convenio de 1927», por ARANCHA YUSTE JORDÁN, pág. 74.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INCORPORACION DE NAVARRA A LA CORONA DE CASTILLA.—III. LA FISCALIDAD EN NAVARRA DURANTE EL ANTIGUO REGIMEN.—IV. EL ESTABLECIMIENTO DE CONTRIBUCIONES EN NAVARRA Y LA EXIGENCIA DE QUINTAS: OBJETIVOS DE LA POLITICA UNIFORMADORA Y ABOLICIONISTA DE GODOY.—V. POLITICA Y HACIENDA EN LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA: CONSECUENCIAS PARA NAVARRA: A) LA PRESENCIA FRANCESA: 1. *Convocatoria a Cortes de los diputados navarros.* 2. *Los Fueros de Navarra y Vascongadas en la Constitución de Bayona.* B) POLITICA DEL GOBIERNO CENTRAL: 1. *De la restauración al liberalismo constitucional:* a) Creación de la Junta Suprema Central Gubernativa; b) Tratamiento de los regímenes forales en la Constitución de 1812: reforma política insospechada: b.I) Convocatoria a Cortes: dudosa representatividad de los diputados navarros; b.II) Los principios de igualdad y uniformidad proclamados en el texto constitucional 2. *Evolución de la Hacienda española: de la supresión de las rentas provinciales a los intentos de unificación tributaria:* a) Hacia un sistema más justo de contribuciones: los principios de igualdad y generalidad: a.I) Primer programa económico-hacendístico de la Junta Central; a.II) Decreto de 7 de agosto de 1809, de abolición de las rentas provinciales; a.III) Decreto de 12 de enero de 1810, por el que se aprueba la Contribución Extraordinaria de Guerra. b) Fracaso por establecer un único ordenamiento tributario en toda la Nación.—VI. DE LA RESTAURACION FORAL A LA ABOLICION DE LAS EXENCIONES FISCALES EN EL TRIENIO CONSTITUCIONAL.—VII. EL ARREGLO FORAL POR CAUCES DISTINTOS DE LA ABSOLUTA UNIFORMIDAD TRIBUTARIA: A) LOS FUEROS COMO INSTRUMENTO DE PACIFICACIÓN: LA REGENCIA, EL CONVENIO DE VERGARA Y LA LEY DE CONFIRMACIÓN DE FUEROS. B) LEY DE 16 DE AGOSTO DE 1841, QUE ORGANIZA LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE NAVARRA: 1. *Principales momentos del proceso de elaboración y aprobación de la Ley.* 2. *Contenido en materia tributaria.*—VIII. LA COEXISTENCIA DE DOS SISTEMAS TRIBUTARIOS DE CARACTERISTICAS PROPIAS: A) LA CONSTITUCIÓN DE 1845 Y LA REFORMA TRIBUTARIA DE MON-SANTILLÁN. UN OBJETIVO COMÚN: LA ABSOLUTA UNIFORMIDAD TRIBUTARIA. B) PRETENSIÓN DE EXTENDER A NAVARRA LA CONTRIBUCIÓN DE INMUEBLES, CULTIVO Y GANADERÍA. EL CONVENIO TEJADA-VALDOSERA. C) INTENTOS POR ESTABLECER LOS IMPUESTOS SOBRE CÉDULAS Y SOBRE SUELDOS Y ASIGNACIONES. D) RECHAZO A LA EQUIPARACIÓN FISCAL DE NAVARRA: LA «GAMAZADA». E) APROXIMACIÓN A LA REFORMA DE FERNÁNDEZ VILLAYERDE: 1. *La CURM y*

el IDRTB: un ejemplo de la dualidad de sistemas. 2. Hacia un sistema uniforme en la imposición indirecta: los convenios sobre cervezas, alcohol y azúcares.—VIII. RECAPITULACION.

«Supremacía y rigidez constitucional en la Constitución de 1812», por SANTIAGO A. ROURA GÓMEZ, pág. 133.

SUMARIO: I. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONALISMO MODERNO.—II. LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812: A) EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812. B) LOS MECANISMOS DE DEFENSA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812.—III. APROXIMACIÓN A LA IDEA DEL ORIGEN COMO LÍMITE DE LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

«Régimen jurídico de los cascos antiguos declarados bien de interés cultural-conjunto histórico», por JESÚS M.^a RAMÍREZ SÁNCHEZ, pág. 155.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PATRIMONIO HISTÓRICO. CONCEPTO, CATEGORÍAS Y PROPIEDAD.—III. LA CIUDAD HISTÓRICA COMO OBJETO DE UNIDAD URBANÍSTICA: A) EL CASCO HISTÓRICO COMO BIEN DE INTERÉS CULTURAL-CONJUNTO HISTÓRICO. B) EL CATÁLOGO URBANÍSTICO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN INTEGRAL.—IV. INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR LA INCLUSIÓN EN UN CATÁLOGO URBANÍSTICO Y COLABORACIÓN PARA LA CONSERVACIÓN DE INMUEBLES CATALOGADOS.—V. OTRAS LÍNEAS DE AYUDA Y COOPERACIÓN PARA LA REHABILITACIÓN DE LOS CASCOS HISTÓRICOS.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE COIMBRA Volumen LXXII (1996)

«*¿Ius - quod iustum?*», por ORLANDO DE CARVALHO, pág. 1.

«*A Crise da Romanística*», por A. SANTOS JUSTO, pág. 13.

«*Os Meios de Comunicação (Correios, Telégrafo, Telefones ou Telecomunicações), o Segredo e a Responsabilidade Penal dos Funcionários*», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 133.

«*Crise de Valores; Crise do Direito*», por ALMEIDA SANTOS, pág. 151.

«*Sobre a Natureza Jurídica das Opções Negociadas em Bolsas*», por RACHEL SZTAJN, pág. 167.

«*A Constituição e os Movimentos Religiosos Minoritários*», por JONATAS MACHADO, pág. 193.

«*Direito de Resposta: Limite à Liberdade de Imprensa ou Protecção do Consumidor*», por HELENA MONIZ, pág. 273.

«*O Exercício de Actividades Concorrentes pelos Gerentes de Sociedades por Quotas*», por ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, pág. 315.

«*Jesus de Nazaré e a Lei*», por JOÃO ALEXANDRINO FERNANDES, pág. 345.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 851 (Enero-Febrero-Marzo 1998)

«Actas de comprobación. Algunas consideraciones con especial énfasis en la dación de fe notarial y el momento de la percepción», por FRANCISCO J. SIRI, pág. 17.

«Análisis sobre la validez del mandato conferido a favor de un pariente del escribano autorizante», por RICARDO BLANCO LARA y GERARDO RODRÍGUEZ SAPEY, pág. 35.

«Régimen de actuación y trámite en materia de automotores e implicancias registrales (quinta parte)», por JORGE HUGO LASCALA, pág.45.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 156 (Enero 1998)

«La CIG de 1996 (o la crónica de una reforma anunciada), por CESAREO GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 9.

«Los votos particulares en el proceso judicial comunitario, el contenido mínimo del derecho de petición ante el Parlamento Europeo y la protección de este derecho por el Defensor del Pueblo», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 25.

«Repercusión de la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia en la política comunitaria de cooperación para el desarrollo», por MIGUEL FRANCISCO TENA JIMÉNEZ, pág. 37.

«Derechos fundamentales y construcción europea», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 45.

«Los actos anticompetitivos prohibidos por el artículo 85.1 del TCE», por MANUEL BOTANA AGRA, pág. 53.

«Intentos actuales de armonización dirigidos a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea», por GERHARD DANNECKER y CARMEN BASCÓN GRANADOS, pág. 67.

«Las obligaciones derivadas de los acuerdos de los órganos de una Sociedad Cooperativa y su encuadramiento en el Convenio de Bruselas», por ROCÍO CARO GÁNDARA, pág. 79.

«Responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho Comunitario», por LIONEL D. FERNÁNDEZ GARCÍA y TERESA SERRANO SORDO, pág. 91.

Número 157 (Febrero 1998)

«La Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-1997)», por CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, pág. 7.

«La ampliación del campo de aplicación del Reglamento 1408/71 a los funcionarios públicos y personal asimilado», por JOSÉ LUIS NUÑO RUBIO, pág. 23.

«Los nacionales de países terceros y Europa», por HELENE GARÇON ESTRADA, pág. 37.

«La extensión territorial del Reglamento CEE 1408/71. Nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza», por MARTA VIVES CABALLERO, pág. 47.

«La nueva regulación de las prestaciones no contributivas. Las cláusulas de residencia», por CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, pág. 57.

«Las nuevas propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de desempleo y de prejubilación», por CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, pág. 67.

«La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Reglamento 1408/71. Los asuntos Pinna y Yáñez Campoy», por LIDÓN NEBOT LOZANO, pág. 79.

«La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en la unificación de doctrina», por AURELIO DESDENTADO BONETE, pág. 89.

«La coexistencia de los convenios bilaterales con los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Los asuntos Rönfeldt y Thevenon», por PABLO CACHÓN VILLAR, pág. 101.

«Disposiciones financieras de los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La Comisión de Cuentas. Incidencia para España. Magnitudes económicas», por JOSÉ MARÍA MARCO GARCÍA, pág. 111.

Número 158 (Marzo 1998)

«La agilización de los procedimientos administrativos de los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Los intercambios telemáticos. El programa TESS», por ANDRÉS ELHAZAR MOLINA, pág. 9.

«La protección social de los trabajadores destacados: Legislación aplicable. Particularidades y excepciones», por COVADONGA HERRERO COCO, pág. 23.

«El papel de la comisión administrativa en el desarrollo de la Seguridad Social comunitaria», por BERNARDO DÍEZ RODRÍGUEZ, pág. 31.

- «La codificación en el ámbito social europeo: el ejemplo de la Seguridad Social», por JAVIER PALMERO ZURDO, pág. 39.
- «Las vicisitudes de la Directiva 86/378/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. La jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Barber y sus efectos en el tiempo», por MARÍA ISABEL ROFES I PUJOL, pág. 49.
- «Los aspectos de la Seguridad Social de la Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1985, para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada; de la Directiva de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; y de la Directiva del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la conservación de derechos en caso de traspaso de empresas», por PURIFICACIÓN VERDES LÓPEZ-DIÉGUEZ, pág. 61.
- «La Seguridad Social y la protección social en el proceso de configuración de la política social comunitaria: de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el Protocolo sobre Política Social del Tratado de la Unión Europea, de Maastricht al Tratado Europeo de Amsterdam», por MIGUEL COLINA ROBLEDO, pág. 75.
- «La exclusión social. Programas de acción comunitaria», por LUIS VILA LÓPEZ, pág. 83.
- «Un debate europeo sobre el futuro de la protección social», por D. R. CORNELISSEN, pág. 93.
- «Privatización y otros signos de retroceso de la Seguridad Social en Europa», por BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ, pág. 103.

