

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIII • Noviembre-Diciembre 1997 • Núm. 643

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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. Antonio Pau Pedrón.
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.
D. José Luis Iglesias Prada.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
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

	<i>Págs</i>
«Adiós a un amigo inolvidable», por CATALINO RAMÍREZ	1997
ESTUDIOS	
«Aproximación al Derecho», por FRANCISCO MESA MARTÍN	2003
«Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1.670 del Código Civil», por ISAAC TENA PI- ZUELO	2029
«Extracto sobre la multipropiedad y su anteproyecto», por ANTONI- MIQUEL TORRENS SÁNCHEZ	2101
«La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la deman- da de nulidad de título o de nulidad de actuaciones», por FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO	2139
«Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los viajes combinados», por CARLOS LASARTE ALVAREZ	2197
DICTAMENES Y NOTAS	
«En torno a la problemática de la herencia yacente», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	2217
«Una nueva Facultad de Derecho y una nueva Revista Jurídica», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	2227
ACTUALIDAD JURIDICA	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2235
JURISPRUDENCIA	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2247

II. Resoluciones de la Dirección General:

A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i>	2251
B) Resoluciones comentadas, por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA	2255

III. Sentencias del Tribunal Supremo.

1. Derecho Civil:

a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	2285
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	2293
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2320

4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	2325
---	------

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Las ofertas públicas de venta de valores negociables», de JOSÉ ENRIQUE CACHÓN BLANCO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2333
«El Registro Mercantil», de PEDRO AVILA NAVARRO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2335
«La sociedad de capital en formación», de JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, por EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ	2337
«La modificación de las capitulaciones matrimoniales», de MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, por ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA	2342
«Anotaciones judiciales de embargo y demanda», de CELESTINO PARDO NÚÑEZ, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2345
«Principios de Derecho Civil. Tomo VI. Derecho de Familia», de CARLOS LASARTE ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2362

REVISTA DE REVISTAS. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2367
--	------

Adiós a un amigo inolvidable

Aunque ya han pasado unos meses desde su fallecimiento, dados los vínculos de amistad que me unían a él, quisiera contribuir con estas líneas al homenaje debido a la memoria de un compañero cuya valía nadie puede discutir.

Conocí a José María Chico una tarde de verano del año 1958, presentándomelo un compañero de oposiciones que había comenzado a preparar con él. Llegué algo desconfiado por el hecho de que José María no era Notario ni Registrador, pese a los elogios de nuestro común amigo. Confieso que me impresionó favorablemente desde el primer momento y comencé a preparar con él. Era un preparador atípico que, después de oír los temas y hechas las oportunas observaciones, te acompañaba algunas veces a tomar una copa. Seguí durante cuatro años, en los que él aprobó Registros y se convirtió, como decía, en «listo oficial». Tras algunos contratiempos en mis oposiciones, siempre animado por sus consejos, aprobé yo también y comencé a sustituirle en las clases, cuando él tenía que cumplir con sus obligaciones profesionales, ya que yo era un simple aspirante.

Más tarde inicié mis clases como preparador independiente y lo sustituí, junto con Luis Planas, en la academia cuando le llegó el infarto, que lo apartó definitivamente de su tarea de preparador. Desde el primer momento de ayudarlo en las clases, me convirtió en colaborador suyo en publicaciones para oposiciones tales como los «Temas de Derecho Administrativo y Procesal», los «Temas de Derecho Fiscal» y los más conocidos «Temas de Derecho Notarial», todos ellos para el programa de registros. Puedo decir que estos últimos no se han reeditado por mi falta de colaboración, a pesar de su insistencia en que lo hiciéramos.

Años más tarde le seguí, con un grupo de compañeros, en algunos viajes a América. En el «Libro homenaje a José María Chico», publicado hace un par de años, hice un resumen detallado de esos viajes y de los demás que realizó José María a Hispanoamérica. Puedo afirmar, como testigo que fui, que en aquellos países Chico era recibido como un verdadero Maestro del Derecho Hipotecario, reconocido como tal por todos

los especialistas de la materia. Uno de ellos dijo, en un centro universitario, que el conferenciante era «Chico» por su apellido, pero «Grande» por sus conocimientos. Son muchos los amigos que allí conservó y que han mostrado, directamente, su dolor por la noticia de su desaparición.

Nuestra amistad ha perdurado hasta su muerte, consolidándose en las tertulias sabatinas, formadas alrededor de su figura y en nuestras relaciones personales, habiéndome demostrado sobradamente, en circunstancias difíciles, su lealtad y afecto.

Analizar su obra global como hipotecarista es difícil, dada la extensión de la misma, pero hay que reconocer su capacidad de trabajo y la amplitud de sus conocimientos, junto al acierto en las mayorías de sus opiniones respecto a los temas tratados. Su labor como preparador, como conferenciante, como Director del Centro de Estudios Hipotecarios, como miembro de la Comisión de Codificación y, sobre todo, en sus libros, es ingente y debemos rendirle tributo de admiración por ella.

Mención especial merecen sus publicaciones. Los «Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral», en colaboración con Juan F. Bonilla, marcaron un hito en la preparación de opositores, a los que facilitó enormemente el trabajo con relación a los Tratados existentes, de gran valía doctrinal pero poco adecuados para estudiar los temas de oposiciones encorsetados por la limitación de tiempo para su exposición. Después vinieron las diversas ediciones de sus «Estudios de Derecho Hipotecario» publicadas ya por él solo, que han consolidado su fama como tratadista de la materia registral. Pero estos tratados son sólo una parte de su obra. Innumerables son sus artículos, comentarios, ensayos y recensiones en diversas revistas jurídicas, así como sus ponencias en los Congresos de Derecho Registral y en otras convenciones y reuniones de especialistas en la materia inmobiliaria. En todos ellos, junto a un tratamiento exhaustivo del tema, lucía su sentido del humor, que hacía más amena la, a veces, árida exposición de estos temas, sobre todo para los que no dominan el Derecho Hipotecario.

Su huella en el Cuerpo ha sido profunda y somos muchos los Registradores que debemos la mayor parte de nuestros conocimientos hipotecarios a sus obras. Hace unos días me emocionó el hecho de que, discutiendo con un compañero sobre un tema sometido a nuestra calificación, me dijo que iba a consultar los «Libros de la Sabiduría»: estos libros eran precisamente las obras de José María. El forma ya parte de nuestra doctrina hipotecaria, situándose en un puesto de privilegio dentro de nuestros autores actuales. José María era un «Maestro» —así era denominado cariñosamente por sus amigos— de nuestra especialidad jurídica y lo proclaman así cuantos le han conocido, personalmente o a través de sus obras.

Sería incompleto este modesto trabajo si no hiciera una referencia a sus cualidades personales. José María era un «hombre de buena voluntad» en el sentido religioso de la expresión, un castellano viejo de pura reigambre vallisoletana, con un indudable atractivo personal, lo que se conoce como «don de gentes», que captaba en seguida las simpatías de cuantos le conocían y con un sentido del humor realmente excepcional, que hacía sumamente agradable su conversación. Precisamente esta última característica es la que, a mi juicio, le ocasionó ciertas enemistades, porque no siempre fue comprendido por los que, en algún momento, eran objeto de sus humoradas y le correspondían, algunos de ellos con unas antipatías ciertamente inmerecidas. Porque, sobre todo, y lo digo con la experiencia de nuestros casi cuarenta años de amistad, José María Chico era una excelente persona, como lo ha corroborado la gran legión de amigos suyos, con la misma sinceridad que yo lo he hecho a través de estas líneas.

CATALINO RAMÍREZ

ESTUDIOS

Aproximación al Derecho

SUMARIO: I. INTUICION DEL DERECHO: A) PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS. B) PREGUNTA POR EL DERECHO.—II. CONCEPTO DE INSTITUCION: A) INSTITUCIONES SOCIALES: 1. *Clases*.—B) PROCESO DE JURISDIFICACIÓN INSTITUCIONAL: 1. *Significado y efectos primarios*: 1.1. Las Doce Tablas. 1.2. La democracia.—2. *Momentos de jurisdicción*. 3. *Instancias jurisdicadoras*.—III. CONCEPTO JURIDICO DE INSTITUCION: A) UTILIZACIÓN CIENTÍFICA DEL TÉRMINO: 1. *Derecho romano*. 2. *Positvismo legal*. 3. *Savigny*. 4. *Mi posición*.—B) COORDINACIÓN ENTRE REALIDAD SOCIAL Y NORMA.

I. INTUICION DEL Derecho

A) PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Bien es verdad que el término Derecho, al igual que cualquier otra manifestación cultural, se puede decir de muy diversas maneras. La conceptualización, en un decir incluyente y excluyente, de una sola manera considerada como consustancial, connota tanto que termina por no denotar nada. Sin embargo, éste y sólo éste es el camino de aproximación comprensiva al dato jurídico. La labor previa, con todos sus riesgos, habrá de consistir en desvelar con precisión el fenómeno de la jurisdicción, fijar la síntesis sistemática de lo que el Derecho sea o lo que creo que sea (1). Esto es, describir la pura jurisdicción, poniendo entre paréntesis las diversas manifestaciones de ésta, en sus variadas expresiones sociales. Se ha de partir de un concepto de lo jurídico lo suficientemente amplio para cubrir las más heterogéneas situaciones de Derecho, ya horizontalmente en el panorama en el que coexisten los

(1) «... Toda definición debería tomarse en el siguiente sentido: pretendo entender por este término tal cosa y tal otra; y si tú, querido lector, quieres entender por el mismo término algo diferente quedas en libertad para hacerlo, siempre y cuando no utilices mis palabras en tal definición. El valor de nuestras definiciones respectivas debe juzgarse por su utilidad comparada». H. KANTOROWICZ, *La definición del Derecho*, edición de A. H. CAMPBELL, con una Introducción de A. L. COODHART. Trad. por J. M. DE LA VEGA, 1964.

más dispares ordenamientos de jurisdicción, ya verticalmente en la sucesión histórica del fenómeno Derecho. La fenomenología sólo pretende dar testimonio pleno de aquello que se le muestra, prescindiendo de la forma precisa de esta mostración. Busca la «idea» que se revela en el fenómeno, prescindiendo de su concreta manifestación. Interesa la esencia del Derecho, abstrayéndola de su realización en la vida social. Aquí, en esta acentuación sobre el dato, omitiendo el cuándo se ha datado, está la diferencia entre la fenomenología y la historia, aunque en el plano vivencial del sujeto observador el enlace entre una y otra sea total. La revelación del fenómeno se hace en el tiempo, es decir, en la historia.

Para la averiguación del fenómeno jurídico en su más pura apercepción «eidética» (exclusión de las múltiples y varias existencias del Derecho para llegar a su intuición esencial), parto de este principio («el principio de los principios») preconizado por E. HUSSERL (2): «Toda intuición primordial es fuente legítima de conocimiento. Todo lo que se presenta por sí mismo en la intuición debe ser aceptado simplemente como lo que se ofrece y tal como se ofrece, aunque solamente dentro de los límites en los cuales se presenta». La aceptación operativa para la comprensión del Derecho de este principio significa la acogida de la fenomenología, que no es, escribe VAN DER LEEUW (3) «un método alambicado, sino la actividad genuina de la actividad humana, que consiste en no perderse en las cosas, ni como un animal que pasa por debajo de ellas, sino que hace lo que no está dado hacer ni a Dios ni al animal: ponerse a su lado comprensivamente y contemplar lo que se muestra».

En una primera intuición «idéntica» del Derecho en su totalidad se aprecian discursivamente dos partes diferenciadas: datos o elementos previos de y para el Derecho (el complejo de relaciones sociales) y datos o fines a cumplir en éste. Ambos aspectos son esenciales para lo jurídico. Didascálicamente, podemos aprehenderlos como la materia y forma del Derecho, entendidos estos conceptos en el sentido ya decantado y precisado por Aristóteles o por sus rapsodas. Esto es, como escribe MARÍAS (4): «Se interpreta la sustancia como un compuesto de los elementos: materia y forma. No se trata de dos partes reales que se aunan para formar la sustancia, sino de dos momentos

(2) E. HUSSERL, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologische Philosophie*, I, 24, 1913.

(3) C. VAN DER LEEUW, *Fenomenología de la religión*, México, 1964. Trad. de E. DE LA PEÑA, revisada por E. C. FROST, pág. 647. En la nota 18 expone estas vibrantes palabras: «La fenomenología presupone el tráfico vivencial más intenso e inmediato con el mundo, es el empirismo más radical», ya que es necesario para todas las frases y fórmulas, aun para toda lógica pura, una garantía en el contenido vivencial.

(4) J. MARÍAS, *Historia de la filosofía*, 19 edición, ampliada. Prólogo de X. ZUBIRI y epílogo de J. ORTEGA Y GASSET, 1966.

ontológicos: la materia es aquello de lo que está hecha una cosa y la forma es aquello que hace que algo sea lo que es».

Dentro de la materia (pan sin levadura, entienden los presocráticos) en la sustancia del Derecho hay que considerar, en una primera aproximación, los siguientes estratos: 1.º La realidad ontológica (elementos o materia dada al hombre por las mismas leyes del ser). 2.º La estructura política o social que permite la transformación del ser-hombre en ser-persona, entendida ésta no como la conocida percha en la cual cuelgan atributos y cualidades, derechos y obligaciones, sino como el principio inaprehensible y totalista del pensar sobre el mundo; y en cuanto parcela de aquél, sobre el Derecho. Ya hablaré más detenidamente de esta esfera del ser. Baste adelantar ahora que la considero como el monismo a que todos los demás estratos convergen. 3.º Derivado del anterior aparece el cosmos cultural humano, que no queda agotado en una enumeración más o menos exhaustiva de valores, sino que también comprende las necesidades, tensiones y fuerzas que dialécticamente vivifican el mundo social. 4.º Las instituciones de la vida social o, más precisamente, las instituciones sociales.

Pero esta «materia» necesita algo más para que aparezca el Derecho. Estos «datos» sólo se convierten en Derecho cuando son investidos por la «forma», «con lo que hace que algo sea lo que es». Y la forma en el Derecho es la fuerza o la coacción (bien en su vertiente directa e inmediata, bien indirectamente como temor o rutina) para cumplir el fin elegido. Es decir, la coacción para la realización del objetivo. Dos momentos, pues, pueden considerarse en la «forma» de lo jurídico que aunque abstractamente se distinguen, en el campo concreto de los hechos aparecen inescindiblemente unidos. La fuerza ha de tener un sentido. Ontológicamente, el fenómeno de la realidad llamado fuerza (5) es neutro al valor. Por sí no es bueno ni malo; pero para que se potencie en resultados, para que sea un modo verbal indicativo, necesita estar dirigida a un fin. Y éste sí que es bueno o malo, adecuado o inadecuado, etc.

Dentro de este objetivo de la fuerza jurídica hay que señalar, separándolos, aquel objetivo que es permanentemente necesario para que el Derecho exista en cuanto tal, de aquel otro también esencial pero que puede tener una significación multívoca y variable. En el primero se amalgama toda la teoría de la seguridad y la certeza, valores formales para la convivencia exigidos por el grupo social en su coherencia de vida como base de todo derecho. «El

(5) Naturalmente, nos estamos refiriendo a la fuerza del hombre sobre el hombre o fuerza social, aquella que MAX WEBER define de la siguiente manera: «La fuerza significa toda oportunidad de imponer, dentro de una relación social e incluso contra los que se oponen, la propia voluntad, independientemente de dónde se apoye esta oportunidad». *Economía y sociedad*.

Derecho —señala RECASEN SICHEZ (6)— surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás: certeza; pero no sólo certeza teórica (saber lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir, seguridad». Si este requisito falta, al no haber convivencia social ordenada el *apetitus societatis* humano se encauza a través de la arbitrariedad o despotismo de los más fuertes. El Derecho surge para evitarla: «La verdadera aspiración del Estado (creador del Derecho) no es otra que la paz y la seguridad de la vida» (SPINOZA). Cuando no hay certeza y seguridad estamos ante el vacío del Derecho, el no-Derecho. El orden social queda cuartelado por una crisis, más o menos profunda según el grado de silencio del Derecho. En nuestro actual momento histórico, que al menos propagandísticamente se proclama por todos, Oeste y Este, la más certera juridicidad, su negación se encubre sutilmente. En la URSS, la «exigencia de garantía de la disciplina del partido comunista —aunque de cuando en cuando no es impuesta mediante la intervención directa en procedimiento judicial— es lo que distingue a la justicia (judicatura) soviética de los Estados con un sistema de pluralidad de partidos» (7). Externamente, a partir de 1953, muertos Stalin y «su jurista particular» Krylenko, se terminó por recoger en el programa del partido comunista, en 1961, el principio de legalidad, base de la seguridad pública. En el Oeste, la finura encubridora llega a tal límite que incluso muchas veces se confunde al mismo jurisperito. Ocurre aquello que decía GOETHE: «La contemplación se transforma en conceptos, los conceptos en palabras, procediendo con estas palabras como si fueran los objetos» y olvidando la misma parcela nominada. Así, bajo los asépticos vocablos retroactividad, irretroactividad, *vocatio legis*, se puede esconder un complejo de situaciones desconcertantes por su incertidumbre. La retroactividad de las leyes ha roto en multitud de casos la seguridad del Derecho. Piénsese en las defraudadas previsiones de los arrendadores que han visto convertido en virtud de una norma retroactiva el arrendamiento, contrato temporal, y por eso celebrado, en un contrato permanente y no resoluble. Sin ellos saberlo, a la sombra de una críptica figura jurídica, la retroactividad sin *vocatio legis*, se les ha sustituido su titularidad de propietarios planos por los de «dueños directos» en la relación de censo enfiteútico, situación jurídica sólo inteligible por los «iniciados». «Más inquietante quizá —observa CARBONNIER (8)— son los golpes que se le han dado a la autoridad de la cosa juzgada. Es algo que se ve todos los días: una

(6) L. RECASENS SICHEZ, *Filosofía del Derecho*, 4.^a edición, 1970.

(7) J. N. HAZARD, *Marxismo y democracia*. Enciclopedia de conceptos básicos. Colaboración internacional dirigida por C. D. KENING. Trad. de A. ALONSO FERNÁNDEZ, tomo II, organización judicial.

(8) J. CARBONNIER, *Derecho flexible para una sociología no rigurosa del Derecho* Prólogo y traducción de L. DIEZ-PICAZO, 1974.

sentencia definitiva ordena que sean expulsados de un inmueble los que lo ocupen sin derecho, pero la Administración se opone a que la sentencia sea ejecutada». La incertidumbre en este caso llega a rozar el patetismo. Al hombre no especialista en leyes, ignorante del esoterismo jurídico, se le enseña que el derecho, su derecho, el de cada cual, cuando es discutido o violado, la sentencia judicial termina concluyentemente con la disputa o con la violación. El fallo del Juez ha de ser necesariamente cumplido, se le continúa enseñando; para conseguir este «decir» vinculante se ha de seguir un largo y costoso pleito con Abogados y Procuradores, pruebas y contrapruebas, tiempo de incertidumbre sobre el resultado. El ciudadano que siente vulnerado su derecho y asume el precio, la tardanza y el riesgo, anda este largo y penoso camino. Por fin, con un considerable deute en su contabilidad y con largos meses, incluso años, en su pretensión, después viene no el descanso, sino la decepción. La sentencia no se cumple. Los furiosos e incendiarios arrebatos de MIGUEL KONHLHAAS empiezan a entenderse.

El segundo designio a cumplir en el Derecho, superpuesto al anterior de la seguridad y certeza, será el sistema ético elegido, el conjunto de valores que el sujeto activo de la fuerza jurídica quiere realizar en la comunidad social, la racionalidad material weberiana. Ahora bien, esta elección axiológica tiene una amplia escala etológica para seleccionar, aunque en una última instancia sean exclusivamente dos las posturas para optar:

1.^a La naturaleza de las cosas postula y exige una determinada «forma». Esta es la que se da por los poderes sociales, los únicos que tienen o pretenden tener el monopolio de la fuerza. La relación social es ahormada en el adecuado cauce coactivo que aquella relación pide. Exageradamente, MAIHOFFER (9) entiende que «las normas legales positivas se hallan bajo la reserva de la concordancia del deber-ser prefijado en la proposición jurídica concreta con el deber-ser exigido por la acotada y concreta naturaleza de las cosas». Más cautamente, entiendo que el Derecho ha de cumplir unos fines (justicia, seguridad y orden, por señalar los más citados); en la determinación y encaminamiento de los mismos intervienen como elementos preformadores los «datos previos», pero sin que lleguen a eliminar la libertad electiva del creador de la proposición jurídica. Este siempre podrá optar entre el abanico de posibilidades que aquellos datos ofrezcan; o, lo que es lo mismo, el legislador (los poderes sociales) podrá y deberá tener en cuenta la naturaleza de las cosas para plastificar su idea rectora del Derecho, pero sin estar totalmente predeterminado por aquellos «datos». La naturaleza de las cosas no es, sin más, una causa precisa y perfectamente determinada que baste recoger para que automáticamente sean conocidas sus guías preformadoras. Su encuentro y concreción ya es de por sí dificultoso. Las relaciones humanas sólo en escorzo postulan una delimitada

(9) W. MAIHOFFER, *Recht und Sein*, 1954.

normatividad que ha de ser o debe ser completada por el legislador, sin forzarla, eso sí, pero añadiendo un extra o plus de propia creación.

2.^a Más radicalmente, también puede no tenerse en cuenta aquella postulación o exigencia; puede ignorarse, en grado diverso, esta dirección de los presupuestos materiales y, contraviniendo la mismísima naturaleza de las cosas, encauzarlas hacia fines, objetivos o intereses distintos de los solicitados por aquella realidad primordial. Se estará frente a un Derecho engañoso, ideológico o, en expresión habitual, injusto; pero Derecho. No obstante, aquí hay que señalar la entrada en un terreno resbaladizo. Es fácil denunciar la ideologización de una ley dada con la finalidad de que los ciudadanos no critiquen las actuaciones del jefe, o aquellas otras que discriminen a los distintos sexos o a las distintas razas. Ya es más difícil condenar o aprobar a las normas jurídicas que admiten el interés en el préstamo del dinero (recuérdese la tenaz o multisecular prohibición canónica); la perplejidad es total frente a las normas del Derecho económico y laboral: ¿quid del despido libre?, ¿las nacionalizaciones de empresas energéticas?, etc. El único criterio para modular la bondad o maldad de esta normativa habrá que buscarlo en algo tan inconcreto como la oportunidad social o una mejor productividad económica.

Estas oscuridades, zona de duda y vacilación, constituyen la «miseria» del Derecho. Porción amplia del ordenamiento jurídico tan problemática y espionosa como el mismo silencio del Derecho. Sólo un humanismo integral, la consideración del hombre como un fin mismo, en la conocida expresión de KANT, puede desvelar críticamente la sombra envolvente de la jurisdicción en estas situaciones límite que cada día se extienden más. El ajuste de la coacción jurídica a la naturaleza de las cosas o a las exigencias de las instituciones sociales es imprescindible para hacer un buen Derecho, pero también el legislador se encuentra ante un futuro que debe legalizar o ante un pasado con peso inerte y obstructor deslegalizable: ¿cómo hacer? El asunto no se plantea siquiera en aquellas «concepciones del mundo» cerradamente dogmáticas. El modelo de convivencia fascista o comunista (al comunismo estatal se le llama, creo que con gran certeza, sociofascismo) coherentemente con sus principios definitivos e inalterables, exige el ordenamiento jurídico. Las leyes se conciben como reglas imperativas dadas para educar a la sociedad según una irresistible e indiscutible pedagogía de duración ilimitada. En las comunidades sociales cuyo sistema de «creencias» es abierto —cuestionable siempre ya que «nada de lo humano le es extraño», incluido el error— la elección de los designios legales, al menos en anchos trozos de la realidad social, han de ser continuamente contrastados, a través de un riguroso cedazo crítico, con el humanismo. Se consigue así una mayor humanización o «verdad» del Derecho, pero se resquebrajan sus presupuestos de seguridad y certeza. Esta tensión entre no-ser y ser pleno es el drama permanente del sector cultural

llamado Derecho en una sociedad antidogmática y libre, con pretensiones de ser cabalmente humana.

B) PREGUNTA POR EL DERECHO

Enumerados que han sido los elementos integrantes del Derecho, he de abrir un nuevo interrogante: ¿Desde qué perspectiva debemos preguntar por lo que el Derecho sea, a fin de interpretar y aplicar con plenitud de sentido los diversos complejos sacionormativos en que éste aparece atomizado? Perdida la ingenuidad filosófica del realismo gnosológico (las cosas son exactamente como las percibimos, con independencia de lugar y tiempo), se nos exige el «dar razón» de cuál sea nuestro ángulo de enfoque para abordar cualquier tipo de problema al objeto de poder comprobar si se ha hecho la pregunta adecuada y si, según la lógica de las cosas (pues las cosas son exactamente como las percibimos, con independencia y tienen su lógica, como nos enseñó ORTEGA), se ha obtenido la respuesta correcta. Otro gran fenomenólogo, si bien heterodoxo, ha desvelado la trascendencia de un auténtico preguntar. Si, como dice HEIDEGGER (10), todo preguntar es un buscar que lleva en cuanto «preguntar por...» su aquello de que se pregunta, sólo el preguntar verdadero ve a través de sí desde el primer momento los caracteres constituidos de la pregunta misma y, con ello, sus limitaciones indagatorias. La aceptación de esta premisa es crucial. Toda la historia de la jurisprudencia o de la ciencia del Derecho sólo se hace totalmente inteligible si se llegara a atisbar las diversas plataformas desde las que se ha partido para acotar y comprender el fenómeno jurídico.

Enfoco la pesquisa desde las instituciones. ¿Por qué desde las instituciones? La cohesión del grupo social demanda la necesidad de estructuras rígidas, si bien temporales, de comportamiento de los individuos como medio de evitar el azar y la incertidumbre entre los mismos miembros del grupo; azar o incertidumbre que haría imposible la convivencia dentro de la comunidad. Como ejemplo ilustrativo piénsese en el supuesto de que diariamente tuviésemos que inventar las maneras o formas de relacionarnos con nuestros semejantes en cualquier plano de la sociabilidad. Parece que la situación sería imposible. Independientemente de lo atractivo del adanismo, una tal actitud innovadora terminaría aniquilando al hombre.

El complejo de estas formas interhumanas de relación, llamadas instituciones, ofrece un tablado especialmente idóneo y comprensivo para enfocar el Derecho. De un lado, como dato previo de lo jurídico, constituyen una

(10) M HEIDEGGER, *El ser y el tiempo* Trad. J GAOS, 2.ª edición, 1962, 2 Estructura formal de la pregunta que interroga por el ser.

pieza esencial de la estructura del Derecho en tanto en cuanto ofrecen los perfiles estables de las relaciones sociales que han de ser asumidas por aquél. De otro, su condición de válvulas de seguridad de vida imponen un límite ontológico a los datos o fines contenidos en la proposición normativa. Esta coparticipación que el instituto tiene en el «orden vivido» (determinado por el ser) y en el «orden establecido» (plan racional de ordenación del futuro) lo hace plataforma especialmente pertinente desde la que interrogar por el ser del derecho en su totalidad. En rigor, la posición institucional, en virtud de su doble frente, permite una visión omnicompreensiva de los dos factores, naturaleza de las cosas y fines, que he señalado como jalones ónticos de los jurídicos. Expresándolo como una imagen, podríamos decir que la ubicación del instituto entre los datos previos y los datos a realizar le hace cumplir el papel de víscera de lo jurídico. Esto fue lo que intuyó SAVIGNY en 1807, aunque no pudo desarrollarlo y ni siquiera expresarlo correctamente. Siete años después, HEGEL escribió sobre el «espíritu objetivo» en su vertiente de estratificación social explicativa de las instituciones.

II. CONCEPTO DE INSTITUCION

A) INSTITUCIONES SOCIALES

El esquematismo de la teoría institucional, que apuntaré brevemente, no puede hacer olvidar la otra y rica dimensión humana: la insociabilidad y el individualismo. Por mucho que el miembro del grupo esté inmerso, desde el nacimiento hasta la muerte, en las estructuras o institutos sociales, o más radicalmente en los *roles* (papeles), *status* prefijados para su proceso de «socialización», lo cierto es que su impulso prometeico de libertad le incita a saltar fuera de su propia sombra colectiva. Como ya vio el viejo humanismo liberal, hay que proteger al individuo contra el exceso de instituciones, estableciendo un equilibrio entre las pautas típicas y rígidas de comportamiento y aquellas que sean inéditas e ignaras. No basta con el margen opcional dentro del perfil normativo del instituto, hay que permitir, e incluso en muchos casos potenciar, la originalidad del quehacer humano.

Bien; señalando este marco de referencia, ya podemos abordar la concepción institucional. HENKEL (11) define a las instituciones como «aquellos productos ordenadores supraindividuales y objetivos que caracterizan en sus reglas determinados tipos de relaciones sociales humanas». Este concepto, discutible desde una perspectiva estrictamente sociológica, sintetiza las dos

(11) H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Trad. de E. GIMBERNAT ORDAIG, 1968. El Derecho y las instituciones

exigencias más acusadas de lo definido: la tipicidad y la supraindividualidad u objetividad. Parto, pues, de esta descripción. De ella se pueden deducir las siguientes características:

1.^a Es la institución un elemento ordenador de la vida social. Efectivamente, la dimensión ontológica del hombre como ser social proyecta estructuras abstractas de relación, pero que solamente se concretizan y se hacen efectivas mediante los pertinentes cauces ordenadores marcados por las instituciones. Y así como aquellas estructuras son esenciales y por ello permanecen al ser hombre, estos canales de actuación cambian según su oportunidad, eficacia o conveniencia; o, simplemente, se rigidizan para dar entrada a nuevos comportamientos. Esta última afirmación se comprueba fácilmente en el llamado núcleo (*sic*) de la sociedad: la familia. En puridad, este caparazón institucional ha albergado dentro de sí relaciones tan diversas como la familia patriarcal, la familia agnaticia y cognaticia, etc.

2.^a Derivada de la característica anterior aparece esta doble función del instituto: asegurar que las relaciones sociales discurran uniformemente y dentro del campo señalado por las mismas (principio de estabilidad social), y dar continuidad a la vida colectiva. Mediante estas normas objetivas de relación se facilita la transmisión del precipitado acumulado de la cultura y civilización que se ha elaborado en siglos y milenios; esto es, el hegeliano «espíritu objetivo». Pero la continuidad no es sólo recepción de herencia, sino igualmente creación de nuevos valores.

3.^a La vida comunal se engarza en un continuo proceso de institucionalización. Es más, la riqueza del desarrollo colectivo puede medirse atendiendo a la cuantificación de institutos vigentes en un grupo social.

4.^a Pero no solamente quiero indicar con la característica anterior un mayor grado de vida social, sino la verdad obvia de que las instituciones no vienen dadas de una vez por todas, sino que continuamente se están creando y perfeccionando. La «institucionalidad» es una tendencia contenida en la misma sociabilidad ontológica del hombre; por eso, con una cierta dosis de exageración, podría decirse que la plenitud del proceso cultural humano es mensurable en su riqueza institucional.

1. Clases

Voy a seguir dos criterios de clasificación: por su origen y por su forma.

a) Por su origen

Quizá sea la costumbre la matriz más fecunda de los institutos. El estudio de las sociedades primitivas nos evidencia este aserto. Los individuos del

grupo habitualizan sus relaciones sociales en modelos repetitivos de comportamiento. Se hace así porque así lo han hecho los muertos. Este sentido de la tradición llega a ser tan patente que, incluso, cuando la tribu o el grupo inician una nueva vida fundando una ciudad no sólo llevan consigo los «mores» de sus antepasados, sino que inician el acotamiento del espacio enterrando los huesos de sus mayores como cimiento fundamental del poblado que se crea.

Ahora bien, si sólo existiese la costumbre, al hacer lo que los demás hicieron, la tribu no progresaría. Es necesario el Prometeo que desafiando el Cosmos divinizado y estático de la vida comunal viole los invertebrados hábitos creando otros nuevos. Los motivos de este actuar temerario aún no están muy aclarados por la Etnología, pero sean cuales fueren lo cierto es que constituyen el fermento de la evolución de la colectividad. Hoy, en nuestro momento, es evidente la detentación de estos poderes demiúrgicos por el legislador. Es más, no dejaría de ser interesante que muchas veces, antes de plasmar su decisión racional de ordenación del futuro, pensase en el carácter sacral y tremendo que tiene toda abolición o nueva orientación de lo que hemos recibido de nuestros padres.

Ahora bien, con independencia del proceso genético de las instituciones, he de constatar el hecho de que sólo llegan a alcanzar un adecuado jalón de madurez y pervivencia aquellas que encarnen las concepciones valorativas del grupo, apareciendo así como el esquema vivo de los valores vigentes en la comunidad.

b) Por su forma

Existen instituciones que se caracterizan por estar dirigidas a reunir en un producto agrupacional a una pluralidad de personal. Son las llamadas instituciones corporativas. Ejemplos: Municipio, Universidad, Estado, etc. Se caracterizan por su estabilidad, con independencia de los individuos que aglutina, y por su rigidez organizativa. La mayoría de este tipo institucional tiene su origen en el «orden vivido» y emanan directamente de las apriorísticas estructuras de la ontológica sociabilidad del hombre. Los miembros del grupo se reúnen institucionalmente atendiendo a las más diversas pautas estratificadas: edad, sexo, producción, etc.

Las instituciones ordenadoras o regulativas son clichés típicos de las relaciones interpersonales orientadas a facilitar el intercambio y posesión de las cosas. La compraventa, la publicidad de los derechos, etc., constituyen sus ejemplos.

B) PROCESO DE JURISDIFICACIÓN INSTITUCIONAL

1. *Significado y efectos primarios*

No todas las instituciones sociales son jurídicas. Sólo adquieren este carácter cuando estas normas de comportamiento sean convertidas en coactivamente obligatorias. Hasta este momento sólo existen unas pautas de actuación que constriñen difusamente. La moral social de cortesía o los hábitos de convivencia imponen en caso de violación de aquellas reglas la sanción. Pero esta imperatividad muchas veces es eficazmente insuficiente. El grupo social necesita la garantía de que siempre, en cualquier momento, han de ser cumplidas. La necesidad de su resultado es ratificado con la fuerza, incluso con la fuerza física. Se da plena seguridad y certeza a su observancia. Esto es, se crea Derecho. Este dato, la seguridad y la certeza es al menos, como dijimos más arriba, la carga que la «forma» del Derecho sobrepone a la simple institución social.

El significado más inmediato del Derecho hará, pues, construir un dique a la arbitrariedad y al despotismo del más fuerte, el único que puede ser arbitrario o déspota; o sea, a la ideología del poderoso. En principio, con carácter general, toda institución jurídica por el hecho de crearse desgarrar la ideología de dominación al limitar el poder absoluto de unos hombres o grupos de hombres sobre otros. En este sentido, el Derecho quizá sea el ejemplo más notorio que se nos ofrece en la historia de la cultura de lucha contra la ideología del mando. Explicitemos esta aserción:

Es verdad que existen parcelas jurídicas que en virtud de su permanencia institucional son escasamente permeables a su ideologización. La justicia conmutativa (regulación de las relaciones entre iguales), inspiradora del Derecho Privado, dentro de su ámbito ofrece escaso índice de problematicidad cuando reglamenta las relaciones sociales más primarias e inmediatas entre los hombres (cambiar cosas, tener hijos legítimos, heredar, etc.). Frente a éstas, los iusprivatistas cumplen las leyes o costumbres supliendo las lagunas con reconocidas «analogías», *opinio iuris*, «tradición», etc. El depósito o la compraventa son instituciones vetustas definitivamente terminadas, sin más alteraciones que en ligeros matices; la *stipulatio* romana pervive sustancialmente idéntica en cualquier momento cultural, aun el más desgarrado.

Pero no todo el Derecho es este ámbito nuclear del Derecho Privado. Con independencia de las complejidades que adquieren algunos institutos jurídicos privados, donde ya sí es rasteable el ocultamiento ideológico de dominación (por ejemplo: la propiedad vinculada a una familia, el arrendamiento de servicios, etc.); previamente, con radical primacía, está en la cúspide del Derecho la justicia distributiva. En un último análisis, desbrozando una agobiante hojarasca retórica acumulada durante milenios, el Derecho aparece como una

estructura de distribución implicadora, en su fondo más profundo, de un sistema de poder. Es decir, el ser jurídico se conforma con y en la fuerza. Al final de la norma de Derecho, sea legal, sea consuetudinario, siempre encontramos una última instancia de decisión volitiva. Un autor tan poco sospechoso de pertenecer a la escuela del positivismo sociológico como RADBRUCH afirma: «La justicia igualitaria es justicia entre equiparados; presupone, pues, un acto de la justicia distributiva que haya otorgado a los partícipes la misma equiparación, la misma capacidad de relaciones, el mismo *status*» (12). Afirmación que implícitamente postula al distribuidor, pero no a un distribuidor cualquiera, sino a aquel que esté investido con todos los atributos de la potestad para velar por el cumplimiento, el respeto y la fijeza de aquello que ha dado. Y como se recordará, la *potestas*, al contrario que la *autoritas*, es poder, fuerza, capacidad de coacción. Por ello, siempre, aun los que cultivan en el huerto tranquilo de las relaciones entre iguales (Derecho Privado), tenemos que acudir ineludiblemente a aquel potente árbitro, ocupador con carácter de necesidad del vértice superior del triángulo formado por la gran virtud de la justicia distributiva (dar a cada uno lo suyo) para que nos diga qué es lo de cada cual. En rigor, nadie puede lesionar los derechos de otro (*nerminen laedere* de ULPiano); pero, primera y elemental pregunta: ¿quién determina cuáles son esos derechos y quién el que valora a los relacionados como iguales? También desde el contrato de depósito, de sociedad o compraventa, el Derecho Privado en suma, hemos de referirnos a lo jurídico, esto es, la fuerza. Y como ésta es necesaria, esencialmente necesaria, mi remisión es un enfrentamiento con el problema de la legitimación del poder. Ya que no se puede prescindir del mismo, hemos de encontrar la razón que justifique su titularidad. Estamos ante la ardua cuestión, sometida a las ideologías más crudas, de la legitimación, o más concretamente ante la legitimación del poder político. Aquí, en este reducto de fuerza, está el centro ordinal del Derecho.

Tres momentos clave en el desgarramiento del velo ideológico quizá aclaren la dialéctica operacional del Derecho una vez basamentado en la ética humanista, lo cual, como se verá en otro capítulo, no ocurre siempre. Escuetamente, me voy a referir a las Doce Tablas y a la democracia. La Declaración Universal de Derechos Humanos la estudio en el capítulo III.

1.1. Las Doce Tablas

Las Doce Tablas son el primer código de Derecho que reconoce nuestra cultura matriz, la grecorromana. Fue una laboriosa conquista de los plebeyos al poder omnímodo de los patricios romanos. Marcaron para la posteridad dos de

(12) G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* (no consta traductor), 4ª edición, 1959.

los principios intangibles del Derecho justo: la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Antes de este texto (años 451 a 450 a.C.), prácticamente no existía en Roma derecho escrito. La normativa jurídica se acumulaba en la tradición consuetudinaria guardada por el Colegio de los Pontífices, con el matiz de que los depositarios e intérpretes de esta tradición eran sólo la clase social patricia. La vida jurídica del pueblo dependía del criterio arbitrario de los poderosos. Una vez arrancada la legalidad a esta clase, las Doce Tablas, escrita sobre bronce, se fijaron en el Fórum de Roma y fueron aprendidas por todos los romanos con el carácter apremiante de uno de sus primeros ejercicios escolares. Promulgadas éstas, los cónsules y demás magistrados han de seguir en su actuación pública las formalidades y reglas del Derecho escrito; la congruencia de la Justicia administrada con la ley puede ser comprobada por cualquier ciudadano; por último, la ley es común e igual para todos. Un paso final aún quedaba. La igualdad de todos, los patricios y plebeyos, ante la ley ya está conseguida mediante la publicación del Código común; sin embargo, sólo los pontífices, la clase patricia, reconocía los secretos de las listas de los días fastos (únicos en que la justicia podía administrarse) y nefastos, las fórmulas procesales, las *legis actiones*, las carminas o formularios para los negocios privados. Esta laguna, que mantenía tanta desigualdad jurídica a favor de los poderosos, sólo se llegó a colmar a finales del siglo IV a.C., durante la célebre censura de Apio Claudio (años 312 a 308). Un escriba de los ediles curales, Cneo Flavio, posiblemente antiguo secretario de Apio Claudio, publicó los formularios procesales. Pocos años después, el primer *pontifex maximus* plebeyo, Tiberio Coruncanio (Cónsul el año 280 a.C.), fundó una asesoría pública donde todos podían aprender los métodos de aplicación del Derecho, hasta ese momento tan celosamente guardados por los pontífices: «Ciertamente, de cuantos alcanzaron esta ciencia (la ciencia del Derecho Civil) se dice que nadie la profesó públicamente antes de Tiberio Coruncanio, pues todos los que le precedieron procuraban mantener el Derecho Civil como un secreto y sólo atendían a las consultas que se le hacían, pero no a enseñar a los que deseaban aprender» (*Digesto*, 1.2.35; inciso último).

1.2. La democracia

Una concisa definición de la democracia habrá de darse sobre estos dos pilares: los derechos fundamentales son derechos de todos los hombres; el pueblo, mediante sus representantes, se gobierna a sí mismo. La primera fórmula compendia, junto al principio de la igualdad de los hombres todos ante el Derecho, el reconocimiento de la existencia de un complejo de derechos fundamentales e inalienables del hombre anteriores al Estado y no sometidos a su arbitrio. La primera democracia dieciochesca, pese a su direc-

ción profundamente revolucionaria, puso en estos derechos fundamentales límites a la soberanía popular.

La segunda prescripción afecta al origen mismo del Derecho, a la legitimidad del detentador de la Justicia distributiva. Esta legislación se funda en el equilibrio racionalizante de la limitación del poder. La legitimidad es la razón y la voluntad del pueblo. Este elige a los gobernantes periódicamente, critica su actuación política y salvaguarda su soberanía, además de con la infranqueable barrera de los derechos inviolables, dividiendo para su autocontrol el poder del Estado (la división de poderes de MONTESQUIEU). Los criterios de distribución y de tratamiento a los distribuidos, en suma el Derecho, no está encomendado ni a caudillos ni a teócratas o representantes de Dios, sino a las mismas personas entre las que se distribuyen y se relacionan.

El teorema formalmente es perfecto. Materialmente exige un alto talante moral: la vivencia existencial de que todos los hombres, libres e iguales, son un fin en sí mismos; de que no hay «enemigos» políticos, sino adversarios (respeto a las minorías); de que en el Estado estamos todos y, por tanto, su hacer es un quehacer común. Conseguir este *pathos* democrático, sin embargo, es difícil. La propaganda engañosa, la utilización fraudulenta de los medios de persuasión social, el adueñarse del voto a base de añagazas; en fin, la demagogia, no sólo hay que vivirla con magnitud ética, sino previamente conquistarla y defenderla. El control por todos de la vida jurídico-social ha de ser efectivo y pleno. Las ametralladoras, la *potestas*, es igualmente necesaria en los regímenes democráticos. Sólo el utopismo o ideologismo ácrata, desde su antropología optimista, puede pensar en una sociedad sin policías y sin cárceles.

2. *Momentos de jurisdificación*

Cuáles sean los momentos de jurisdificación de las instituciones sociales es cuestión discutida. En una primera aproximación pueden señalarse los siguientes aledaños:

a) La institución social es tan importante para la comunidad que se hace necesario el investir su normativa de la coactividad propia del Derecho. El contestar al cuándo se produce esta necesidad constituye, o debería constituir, un capítulo cardinal de la ciencia histórica del Derecho. Aquí basta recordar un ejemplo especialmente esclarecedor: el préstamo mutuo, uno de los supuestos contados por M. WEBER (13): Originariamente, el préstamo sólo existía entre «hermanos», concibiéndose como forma de ayuda en caso de necesidad, no dando lugar al pago de intereses. El préstamo a favor de persona

(13) MAX WEBER, *Economía y sociedad citada*

extraña a la asociación confraternal, que sí permitía el cobro de intereses, sin embargo no se hallaba garantizado por ninguna acción jurídica procesal. El acreedor no tenía a su disposición sino procedimientos de orden mágico, harto curiosos para nuestra mentalidad. En China, el prestamista amenazaba con suicidarse y, eventualmente, cumplía su amenaza con el propósito de que su espectro perseguiría al deudor. En la India, el acreedor se sentaba frente a la casa del deudor, dejaba de comer o se ahorcaba allí mismo; de este modo su clan estaba obligado a vengarlo por entenderse que había sido asesinado por el deudor. Sobre estas bases intelectuales hubo de forjarse, aunque a través de un complicado desarrollo, una protección jurídica efectiva del acreedor o prestamista. Se observa y comprueba, pues, con la relación social del préstamo, en principio garantizado mediante la magia, la probidad, etc., que termina por ser coactivamente exigida.

b) El núcleo central del instituto social se encuentra, en cierta medida, en período de génesis. Aún no se ha encontrado la estructura típica que canalice las relaciones interpersonales dentro del grupo. Se están ensayando varias. El legislador lo resuelve optando en exclusiva por una de ellas. La elección de los diversos sistemas de publicación de las titularidades sobre los bienes constituye uno de los ejemplos más clarificadores. En rigor, la sociedad exige que la red de facultades ostentadas por el sujeto de derecho sobre las cosas sea conocido por todos. Este interés no sólo radica en los demás miembros de la comunidad, ni siquiera en las personas que estén interesadas en traficar con las cosas, sino ante todo en el órgano director de la comunidad, en nuestra situación actual, el Estado, especial sujeto interesado en conocer la capacidad económica de sus ciudadanos para distribuir equitativamente la exigencia de sus ingresos. Por esto no puede aceptarse, en buenos principios, la tesis de LATARSE, LACRUZ (14), AMORÓS (15), etc., de que la institución de la publicidad de los derechos sobre inmuebles a través del Registro de la Propiedad sea artificial. No. El legislador no es el artista que modela a su gusto la masa informe de situaciones sociales que preconizan su publicación. Esta ya viene preformada desde el núcleo institucional; si bien no impone absoluta y rígidamente cuál haya de ser su normativa, ofrece

(14) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBUDILLA, *Derecho inmobiliario registral*, 1978.

(15) M. AMORÓS GUARDIOLA, *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, 1967. En este excelente trabajo se inscribe el Derecho sobre la publicidad, el relativo al Registro de la Propiedad, bajo la rúbrica de Derecho formal. («El Registro de la Propiedad es un instrumento técnico, artificio de orden formal, no natural, creado por los hombres para garantizar la seguridad en las transacciones jurídicas»). Esta tesis formalista y autonomista del Derecho inmobiliario registral, exagerada a mi entender, ha influido por su gran parte de la doctrina hipotecarista. Así LACRUZ, *op cit*. También este enfoque formalista resuena en el espléndido trabajo de R. ARNAIZ EGUREN, *Faltas subsanables y faltas insubsanables*, en prensa.

varias soluciones al creador de las normas jurídicas. El abanico electivo del caso anterior simplemente se ha ampliado.

c) Hay supuestos de convergencias de comportamiento que, por los motivos más varios, no han sido aprehendidos ni canalizados por las instituciones. Se siente la necesidad de las mismas, pero la sociedad no acierta, ni siquiera, a dibujar su bosquejo o escorzo. Entonces el poder público ha de ensayar unos esquemas sociales de comportamiento, naciendo así institutos de cuño exclusivamente legislativo. Situación difícil: no ya sólo se pide una opción como en el caso anterior, sino una creación con todos sus riesgos. El poder normativo del Estado ha de realizar la difícil labor de ser artífice y producir, en su dimensión utilitaria, una obra de arte. Hoy pueden parecer triviales los institutos jurídicos que canalizan sobre las cosas facultades limitadas y concretas desmembradas del poder potencialmente pleno que es el dominio: usufructo, servidumbre, uso y habitación; o los que ahorman específicos y tangibles derechos sobre los bienes sin tener contacto posesorio alguno: hipoteca, prenda. Pero *in fieri*, en el momento genésico de su plastificación normativa muestran fructíferas «respuestas» provocadas por las difusas situaciones de hecho. Como variedad de estos institutos la jurisprudencia en sentido amplio, siguiendo un largo proceso discursivo, también nos ofrece está inmanentemente abocado a un proceso de institucionalización. En las lagunas legales y cláusulas normativas generales se van desarrollando principios generales jurídicos que la jurisprudencia hace patentes en la descripción del sistema del Derecho; luego, después de vacilaciones, retrocesos y avances, termina decantándose en instituciones jurídicas. Los ejemplos son varios: teoría del abuso del Derecho, la empresa como unidad jurídica, la culpa *incontraendo*, etc.

3. *Instancias jurisdicadoras*

¿Quién es el sujeto, la instancia social, que da coloración tan enérgica a la institución social para convertirla en jurídica? Dos posiciones se mantienen al respecto:

FRANCISCO CARNELUTTI proclamaba a los juristas africanos reunidos en el Congreso de Venecia de 1963, bajo el lema «Del Derecho tradicional africano al Derecho moderno»: «No es dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin Jueces» (16). Esta idea es hoy bastante común. Efectivamente, el Estado

(16) F. CARNELUTTI, *Revista de Occidente*, núm. 10 (enero 1964). Continúa el ilustre jurista: «El hecho de que en la escena europea, o mejor en la Europa continental, la figura del legislador haya sobrepujado a la del juez es uno de nuestros más graves yerros».

arbitra órganos investidos de poder para definir y sancionar las conductas jurídicas institucionalizadas o para decir incontestablemente la regla aplicable a una determinada situación, considerando a aquellas reglas como simples pautas o pistas de solución de conflictos, en la expresiva frase de Díez-Picazo (17). La sentencia judicial con independencia y sobre su obligatoriedad en el supuesto concreto que decide, tiene una especial cualidad creadora: señala los mojones-guías a seguir en el cumplimiento espontáneo e institucional del Derecho. Los ciudadanos orientan su quehacer jurídico sobre el calco normativo fijado o que presuntivamente vaya a fijar la jurisdicción. «Lo que entiendo por Derecho —apuntaba el Juez HOLMES (18)— son profecías sobre lo que van a fallar los Tribunales de Justicia en los testamentos, contratos, Registros de la Propiedad y Mercantiles, estatutos de las sociedades mercantiles, etc.: aquél siempre tiene que contar con éste». «Así —observa D'ORS (19)—, toda la vida jurídica se acomoda a la conducta judicial. Los Notarios, los Registradores, los negociantes, los bandidos, los testadores, los que constituyen las dotes o hacen fundaciones, todos ponen, más o menos conscientemente, la mira de su conducta en la probable conducta judicial. A esta actitud se la puede llamar judicialista».

Por el contrario, la opinión más antigua, prescindiendo de explicaciones sobre derechos arcaicos y primitivos, entiende que el complejo normativo en una determinada sociedad y en un determinado momento histórico, en cuanto canon obligatorio de control y encauzamiento social, ha o tiene la vigorosa pretensión de ser cumplido lo más literal y exactamente posible. El Estado crea un cuerpo de funcionarios con esta única finalidad. En cualquier régimen político, sea democrático o totalitario, el pueblo, a través de sus representantes o el dictador, no consiente que su voluntad sea incumplida o sustituida por una organización profesional por muy importante que ésta sea. Si las sentencias judiciales —sistemas de precedentes anglosajón, opinión de los jurisconsultos, el «Concilio princeps» de la Roma imperial...— constituyen el marco normativo a aplicar es porque el pueblo, el poder del Estado, los inviste de esta fuerza; pero en cualquier momento las puede abrogar reemplazándolas por su voluntad: el Parlamento del Reino Unido, en conocida frase, puede hacerlo todo menos cambiar a un hombre en mujer o a una mujer en un hombre. (Claro, eso era en el s. XIX; hoy también es posible). En conclusión, el legislador es el potente, no el Juez, servidor de aquél. Elocuentemente, la decimonónica Ley Orgánica del Poder Judicial española, con paralelismo en

(17) L. Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 1973. Interesante libro, lleno de interrogaciones y de remisiones a los más cordiales campos de la cultura: Religión, Mitología, Lingüística. Serio intento de ensamblar al Derecho en el complejo coherente de un sistema de «respuestas» a los «retos» de la vida histórica.

(18) O. W. HOLMES, *Collected Legal Papers*, 1920.

(19) A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, 1963.

toda la Europa Continental, dispone que la función de los Jueces y Tribunales es «aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado».

Para mitigar este rígido legalismo se aduce, especialmente por D'ORS (20), que la ley es «una condensación de sentencias judiciales-doctrina de los Tribunales». Aunque esta aseveración paliativa tenga su gran parte de verdad, lo cierto es que no debe extrapolarse desde su campo más propio, el Derecho Privado común, a todo el Derecho en su generalidad, comprensivo de parcelas jurídicas tan legalizadas como el Derecho administrativo, el político o constitucional, parte del Derecho Mercantil, etc. Cautamente, el gran estudioso de nuestra jurisprudencia civil, Díez-PICAZO (21), señala: «No creo que todo el Derecho pueda reducirse a una serie de casos ya decididos que actúan como directrices de los casos venideros». Así es; los juristas, en particular los Jueces, coadyuvan a la formación y aplicación del Derecho, ni siquiera el factor esencial. A la «materia» de lo jurídico (la naturaleza de las cosas o las instituciones sociales) les señala un objetivo, adecuado o inadecuado, eso es otra cuestión: el personaje legislador. Ahora bien, esta activa primogenitura no excluye a los necesarios segundones, simplemente los coloca en su correspondiente lugar derivado o de comparsas; si bien algunas veces, en el Derecho Privado concretamente, la obra jurídica teatral insista en el protagonismo de los lugartenientes.

III. CONCEPTO JURIDICO DE INSTITUCION

A) UTILIZACIÓN CIENTÍFICA DE LA EXPRESIÓN INSTITUCION O INSTITUTO JURÍDICO

Uno de los conceptos más empleados en la literatura jurídica es el término institución. Sin embargo, su significado o alcance es asaz multívoco. En el campo del Derecho Público existe toda una escolástica que explica el Derecho organizativo a base de las instituciones (HAURIOU, RENARD, SANTI ROMANO, etc.). Los privatistas nos hablan con gran laconismo de instituciones civiles o mercantiles o, más particularmente, de institución de heredero, de Registro de la Propiedad, de las instituciones bancarias o de crédito. Y así como en la rama del Derecho Público existe una cierta coherencia significativa del término, en el ámbito del Derecho Privado nos encontramos con frases excesivamente esquemáticas como la de DE CASTRO: «La institución jurídica es una de las bases organizadoras de la *ordinatio* de la comunidad...

(20) A D'ORS, *Papeles del oficio universitario*, 1961, en cap XVIII. Para una interpretación realista del artículo 6 del Código Civil español.

(21) L. Díez-PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, tomo I, 1966

La inclusión o exclusión de una figura jurídica como institucional tiene un valor político primario, pues significa un cambio en la composición de la verdadera constitución de un pueblo»; o con indicaciones tan amplias que nos la hacen incontrolable para la teoría jurídica, así IHERING (22), cuando nos dice que «las diversas relaciones jurídicas se reúnen en derredor de las grandes unidades o instituciones jurídicas que forman el esqueleto del Derecho». Por todo ello me parece más discreto exponer en síntesis la distinta evolución por la que ha atravesado el concepto.

1. *Derecho romano*

La generalidad de la doctrina romanista entiende la institución como los diversos capítulos en que se expone el Derecho romano en sus características elementales para la finalidad didáctica. Las instituciones no pasan de ser figuras jurídicas sistemáticamente ordenadas al objeto de conseguir su exposición y explicación a los alumnos de Derecho. Esta significación, consagrada por la tradición escolar universitaria, nos adentra en el sentido genuino de nuestra expresión. Claro es, también los romanistas han apuntado una dirección más sustancial. GROSSO (23) señala que el Derecho no sólo es un conjunto de normas, sino que también es un complejo institucional, entendidas éstas como la realidad misma ordenada por las normas. Posición en verdad fecunda, cuyos ecos resonarán después cuando fije mi punto de vista. Una orientación sustancial pero constreñida a la denotación que el término instituto ha alcanzado en el ámbito de Derecho Público está señalada por D'ORS (24), el cual, después de indicar el carácter didáctico de las instituciones, advierte que de este término deriva «otra acepción más estricta... en el sentido de entes cuya estructura y función no dependen de la autonomía privada, como son las corporaciones públicas y también el matrimonio (aunque se funda en un convenio contractual)».

En todo caso, el Derecho romano no llega a elaborar el concepto de instituto. La interpretación romanística que he llamado sustancial (GROSSO, D'ORS), indudablemente no tiene base en la jurisprudencia romana; son o bien un enfoque sobre el Derecho (GROSSO) o bien una evolución semántica de la palabra (D'ORS).

(22) R. VON IHERING, abreviatura de *El espíritu del Derecho romano* Trad de F. VELA, 2ª edición, 1962

(23) GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 3ª edición, 1965

(24) A. D'ORS, *Derecho Privado romano*, 1968.

2. *Positivismo legal*

Congruente con su propia dialéctica, la corriente científica llamada de positivismo legal considera a las instituciones como el conjunto de normas o reglas atinentes a una determinada materia. Al colocarse el acento en el complejo regulativo pierde el instituto cualquier contenido sociológico, quedando reducida la aportación positivista a una exposición sistemática y clara de los diversos conjuntos de normas sobre las varias relaciones de la vida. Lo que no es poco. No existe, en general, una norma jurídica individual por sí sola, sino sólo normas jurídicas que tienen validez en su conexión. El acceso o comprensión de un instituto jurídico queda facilitado cuando la ley, por una exigencia de claridad y orden, agrupa las normas referentes al mismo. No olvidemos que en la institución se conjugan un elemento básico, realidad social, con el elemento regulador. También es importante que los fines consignados en las proposiciones normativas aparezcan con todo su sentido teleológico. Por todo ello, el conocimiento que del Derecho tiene este tipo de positivismo peca de incompleto y oscuro. Es incompleto porque, desde su legalismo totalista, olvida la riquísima realidad social, sólo parcialmente aprehendida en el «supuesto de hecho» (*Tatbestand*, dicen los alemanes de la norma). Lo que está fuera de esta hipótesis normativa es ignorado. Al asir de la institución social sólo un escueto esquema estereotipado, considerando sólo a éste como lo jurídico, renuncia al dinamismo operativo que la realidad normada ofrece. El instituto jurisdificado queda herméticamente encerrado en el rígido perfil dibujado por la ley. Desde esta dirección institucional, el flanco más vulnerable del positivismo legalista está en su permanente divorcio con la vida social. La excesiva generalización y selección de los conceptos legales, los únicos válidos para esta visión positivista del Derecho, los separa del mundo, convirtiéndolos, a lo más, en su oscuro reflejo.

3. *Savigny*

Fue FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY, el KANT de la ciencia jurídica, quien elevó la institución a concepto ordinal del Derecho Privado. En efecto, nos dice (25): La institución jurídica tiene por objeto típicas relaciones de la vida, que al estar conformadas por reglas o normas jurídicamente vinculantes se convierten en «institutos jurídicos» —por ejemplo, matrimonio, tutela, compraventa, etc.—. Verdaderos hitos conductores en toda metodología del De-

(25) M. F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual* Trad. de J. MESÍA y M. POLEY. Prólogo de M. DURÁN Y BAS, s.f., 2.^a edición.

recho. El instituto jurídico «es un todo —cambiante en el tiempo y pleno de sentido— de relaciones humanas concebidas típicamente que, como tal, no pueden ser nunca acabadamente expuestas mediante la reunión de las reglas individuales a él referidas. No son las reglas jurídicas reunidas las que dan como resultado el instituto jurídico; al contrario, las reglas jurídicas se desprenden sólo mediante una abstracción, mediante un proceso artificial de la contemplación total de los institutos jurídicos considerados en su conexión orgánica..., ya que todas las instituciones de Derecho forman un vasto sistema y la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia.

En definitiva, a dos puntos centrales puede reducirse el pensamiento institucional de SAVIGNY:

A) La necesidad de un sistema para que la institución pueda ser plenamente aprehendida. Ahora bien, así como la pandectística tenía un concepto preciso de lo que el sistema fuere y pacíficamente admitía el aserto de SAVIGNY, hoy el sentido de sistema tiene unas dimensiones explicativas distintas; incluso en el campo metodológico ha sido rechazado como válido para la jurisprudencia por un importante sector de la doctrina. Todo esto me obliga a detenerme en el análisis de lo que sea el sistema:

a) SAVIGNY parte al hablarnos de sistema del subsuelo filosófico del idealismo alemán, luego precisado por HEGEL en el prefacio de su *Fenomenología del espíritu*: «La verdadera figura dentro de la cual existe la verdad no puede ser sino el sistema científico de esa verdad». La verdad sería, pues, solamente la articulación de cada cosa en el todo y el todo mismo que expresa el sistema de esta articulación. La angostura de esta tesis está claramente evidenciada en la reducción de esta articulación a una unidad lógico-formal. Un sistema lógico-formal consiste en una serie de proposiciones dispuestas en tal forma que dé alguna de esas proposiciones con ayuda de ciertas reglas de inferencia.

b) VIEHWEG (26) afirma: «Las ciencias y todo lo que tiene algo que ver con ellas se producen cuando surgen problemas de un determinado tipo que postulan unos determinados medios para su solución (MAX WEBER, citado por VIEHWEG); pero —continúa el último autor— mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos, seguros y efectivamente fecundos en su campo, ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo... En esta situación se encuentra, evidentemente, la jurisprudencia». En idéntico sentido observa: «Si todo el pensar jurídico está orientado a problemas..., ello conduce a una pluralidad de sistemas, sin demostrar su compatibilidad en base a un amplio sistema».

(26) T. VIEHWEG, *Tópico y jurisprudencia*. Prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Trad. de L. Díez-PICAZO, 1964

4. *Mi posición*

Estoy cerca de SAVIGNY y totalmente ajeno a VIEHWEG. La intuición hegeliana fundamental de que la verdad es esencialmente sistemática y que la realidad y verdad de cada parte solamente tiene sentido en virtud de su referencia e inserción en el todo ha de considerarse como un hallazgo inestimable para la teoría del conocimiento. Y no se crea, como parece creer VIEHWEG, en la aceptación de esta enunciación improblemática de la filosofía o la ciencia. La teoría no surge en virtud de deseos gratuitos de contemplar el mundo (ARISTÓTELES), sino de la apremiante necesidad de explicarnos y controlar los obstáculos del no-yo (FICHTE); es decir, de las oposiciones contradictorias de nuestra incardinación en la realidad, esto es, de los problemas. A esta luz, NICOLAI HATMANN examina la historia de la filosofía considerando dos direcciones principales, no excluyentes sino complementarias: la problemática y la sistemática. La primera abarca los esfuerzos encaminados a la dilucidación y aclaración de los problemas. La segunda, la edificación de grandes construcciones utilitarias que son al mismo tiempo profundización de problemas. Tanto en un caso como en otro el pensador verifica la certeza de sus resultados según un procedimiento lógico, pero, entiéndase bien, la lógica no es sólo la lógica formal derivada de PARMÉNIDES, sino que junto a ella existe una lógica material, empírica, de lo razonable; en definitiva, de las cosas. En todo caso, al hablar de lógica hay que suscribir la afirmación de FERRATER MORA (27): «Aun suponiendo que la lógica no diga nada sobre la realidad, es menester admitir que nada sobre la realidad puede ser enunciado sin que se halle en su base el vocabulario lógico». Las proposiciones lógicas no expresan lo real, sino ciertos modos de ordenación de la realidad que se manifiestan en los lenguajes informativos de las ciencias.

Llegamos aquí a una etapa razonadamente segura. La existencia de sistema no exige la utilización exclusiva de un tipo de lógica, la llamada lógica formal. «El hecho social —señala ENGLISH (28)— de que el método axiomático-deductivo (lógica aristotélica) no puede realizarse en la jurisprudencia no implica de ninguna manera el abandono de la idea del sistema, único instrumento de aprehender el orden jurídico en cuanto producto del espíritu humano». Dentro de esta misma línea discursiva apunta COING (29): «El Derecho posee una unidad natural, un sistema, que descansa en dos momentos:

(27) J. FERRATER MORA, *op. cit.* Voz lógica

(28) A. ENGLISH, cit. por K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* Trad. de E. GIMBERNAT ORDAIG, 1966.

(29) H. COING, *Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia* Trad. de R. S. HARTMANN y J. L. GONZÁLEZ, Cuadernos, núm. 1, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, 1959.

1.º Todo Derecho se basa en ciertas ideas valorativas que constituyen una conexión histórica en sí misma y que, como espíritu de una nación o de una época, como concepción de la idea del Derecho, forman una totalidad histórica concreta.

2.º El Derecho penetra y obra en una conexión que muestra ella misma una cierta articulación natural en ámbitos y fenómenos vitales, con cierta legalidad propia... Establecer este sistema no es una cuestión de mera estilística jurídica o de orden formal, sino que se encuentra más bien en la esencia de la jurisprudencia.

En definitiva, y como resumen, afirmo la existencia de cierta conexión entre las reglas jurídicas individuales por el hecho ineludible de que estas reglas se refieren a un determinado grupo de fenómenos de la vida social. Negar el sistema implicaría negar no sólo la ordenación estructural del Derecho, sino también la comprensión y consiguiente orientación de la sociedad en cuanto dato previo a toda regulación jurídica. Es evidente que las normas jurídicas aisladas se agrupan y traban al objeto de reglamentar trozos concretos de la realidad (piénsese en las pluralidades normativas enlazadas, indicadoras y coordinadoras de fenómenos sociales tales como el matrimonio, la patria potestad o la compraventa). También he de admitir la jerarquización gneosológica de tales grupos o conjuntos de normas al objeto de poder hacer efectiva la idea que del Derecho se tenga (realizar la justicia, dar seguridad a las relaciones humanas, etc.). Esta jerarquización creo que aparecerá clara con un ejemplo, partamos de la tesis iusnalista de que el Derecho es una obra humana que apunta a la realización de unos valores específicos (la justicia, la seguridad, la eficacia); cualquier situación ha de ser resuelta atendiendo a estos valores, empezando por la justicia; en el supuesto de no existir problema conflictivo atinente a la misma, habremos de resolver la cuestión según el siguiente escalón antes dicho, esto es, según el criterio de la seguridad jurídica; y así sucesivamente.

B) COORDINACIÓN ENTRE LA REALIDAD SOCIAL Y NORMA

En la expresión instituto jurídico —dice LARENZ (30) comentando el pensamiento institucional de SAVIGNY— es perceptible tanto la referencia al sentido determinado de este instituto a la idea jurídica que ahí se expresa como a su realidad social. Es decir, la institución aglutina, por un lado, a una parte coherente y sistemática de la realidad social, y por otro aspecto viene dada, según SAVIGNY, por exigirle así de manera ineludible la misma proyección de lo normado. En rigor, creo, en contra de SAVIGNY, que este aserto sobre la

(30) K. LARENZ, ob cit.

plena correspondencia entre lo que la «materia» (supuestos de la vida real) exige y los fines prefijados por el legislador no puede admitirse en su totalidad. Los objetivos a conseguir por el distribuidor pueden estar, de hecho lo están en multitud de casos, dirigidos por una «razón material» o ética distinta y aun contradictoria de la querida o postulada por el grupo social. Veamos:

El sector o corte de la realidad, pleno de sentido, exige para su ordenación social una adecuada normatividad jurídica que lo acote como parte inteligible y autónoma del Derecho. Pero, obsérvese bien, no es lícito confundir «infraestructura social» con la «supraestructura ordenadora». De todos es conocido el tópico de la imposibilidad de contener la reglamentación total de la vida social en las normas jurídicas. En segundo lugar, no sólo hay que señalar esta insuficiencia normativa, sino subrayar también la posibilidad de una desvinculación entre la realidad y la norma. Como ya vio MAX WEBER, son distintas, incluso conceptualmente distintas, la Dogmática jurídica y la Sociología jurídica. La Dogmática, según este autor, formula el sentido intrínseco de una norma o ley, determina su relación coherente con otras leyes o con el conjunto del ordenamiento jurídico. La Sociología jurídica estudia, a su vez, el comportamiento de los miembros del grupo respecto de las leyes, orientándose en captar en qué medida se observan las reglas del Derecho y cómo las personas determinan sus conductas según tales reglas. La parte de Derecho normado no va necesariamente acompañada de la conformidad de los comportamientos de los individuos con la validez de aquellas normas. Cabe una radical transformación social —paso de un capitalismo clásico a un socialismo utópico, por ejemplo—, sin que exista una sustancial modificación de las normas legales. Todo ello trae como consecuencia, según esta posición del ilustre sociólogo, la necesidad del estudio dual del Derecho: las relaciones sociales tipificadas por normas jurídicas como supuestos de hecho han de ser examinadas con relativa independencia de aquéllas. Evidentemente, la experiencia jurídica diaria nos muestra que si bien suele existir una tendencia al encaje perfecto entre las manifestaciones sociales y su jurisdicción, no siempre ocurre así. Hay leyes que no se aplican (piénsese en la magra virtualidad operativa de los preceptos contenidos en el Código Civil sobre la dote) y en situaciones sociales de vida independiente y aún contradictoria con la normativa legal (por ejemplo, la Ley del Suelo de 1956, de tan amplias y buenas posibilidades).

¿Cómo es posible este previsible divorcio? La cuestión es asaz escandalosa en los actuales regímenes políticos, con pretensiones de monopolizar tanto la creación del Derecho como la de exigir ineludiblemente su cumplimiento. Bien es verdad que la mayoría de las veces este desajuste es sencillamente consentido o querido por el legislador. Se legisla para que las proclamas normativas exclusivamente resuenen retóricas y huecas. De hecho, en

el plano práctico del cumplimiento de las leyes se suspende voluntariamente su coactiva aplicabilidad.

Por último, es conocido de todos la canalización forzosa de comportamiento social hacia términos ajenos a sus sentimientos más cordiales. La directa fuerza persuasiva de las ametralladoras y la indirecta, aunque no menos segura, de la propaganda consiguen el cumplimiento sin fisuras de lo programado por el mando. Sobre esta materia tenemos los españoles una larga experiencia.

Sin embargo, algunas veces, escasas por cierto, la misma institución social repele los fines propuestos coactivamente por el legislador. Exagerada pero consoladoramente, escribe H. STOLL (31): «Pero si al legislador le pasa desapercibida la naturaleza de las cosas o la desprecia y cree que es lícito conformar al mundo según sus deseos, pronto comprobará la verdad de la máxima horaciana: *naruran expellas furca tamen usque recurret*». Las ideología sobrestimadoras de la fuerza de las ideas y subestimadoras de la profunda influencia de las estructuras institucionales de la sociedad dan normas para ordenar, según planes imperativos, al futuro de la convivencia social, muchas veces olvidando o marginando lo querido por el grupo social. Elaboremos abstractos diseños de comportamiento para la vida social, se piensa, y así haremos un mundo según aquellos modelos racionales. La proposición discursiva es correcta, pero opera en el vacío. En rigor, no hay mente abstracta; y la racionalidad sólo es razón crítica, razón verdadera, cuando se atiende e impregna del mundo, de las cosas. La razón abstracta desconectada de lo real es una razón engañosa, falsa o ideológica, al estar remodelando sobre una apariencia, inauténtica en cuanto ficción, de la realidad: el histrionismo bufo del arbitrista y del dictador. El hierático juicio contenido en la regla ha de ser interpretado, es decir, entendido, según criterios no homogéneos de materialidad social, para después ser aplicados, es decir, realizados, plasmados en una concreta comunidad humana no siempre recepticia a incorporar órdenes y valoraciones sobre sus comportamientos. La fecundidad normativa del legislador se presenta, en multitud de casos, como un reguero de frutos estériles.

FRANCISCO MESA MARTÍN
Registrador de la Propiedad

(31) H. STOLL, cit. por LARENZ.

Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1.670 del Código Civil

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CLASIFICACIONES GENERALES DE LA SOCIEDAD.—III. SOCIEDADES CIVILES Y SOCIEDADES MERCANTILES. IV. SOCIEDADES CIVILES CON FORMA MERCANTIL: EL ARTICULO 1.670 DEL CODIGO CIVIL.—V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE DISTINCION DE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La sociedad no solamente tiene una versión como fenómeno muy general, relacionada con la consecución de las finalidades de los grupos humanos, sino que también en su sentido específico de institución jurídica, de contrato de sociedad, tiene la amplitud derivada de los diferentes ámbitos en que puede emplearse ese instrumento. Si al tiempo se considera que las distintas clases de sociedad pueden tener un régimen jurídico que determina igualmente consecuencias diversas, resulta justificado el interés por calificar una sociedad ya como civil, ya como mercantil.

Por la misma razón, el examen de las sentencias del Tribunal Supremo carece de sentido si se hace con abstracción de a qué tipo de sociedad, civil o mercantil, se refiere la solución a que se llega en el caso concreto; especialmente cuando se trata de la jurisprudencia recaída sobre la irregularidad societaria, se percibe con mucha frecuencia la sensación, el temor del intérprete, de que la justicia del problema concreto se hace con descuido de una calificación jurídica minuciosa, que sea útil para que, buscando la identidad con otros supuestos de hecho, se pueda generalizar la *ratio decidendi*. Si se me permite, en ocasiones parece —y es una sensación que poco a poco reduciré a sus justos términos— que la solución que da el Tribunal está pensada para

una sociedad, un tipo societario, que no coincide con el que resulta de aplicar la teoría de las clases de sociedades a los hechos enjuiciados; se percibe en algún momento la sensación de que el lenguaje, tanto con el que se expresan los tribunales como el que emplean a distintos niveles otros técnicos del Derecho, ha llegado a asimilar un cierto margen de licencia en el empleo de la expresión «sociedad civil», por lo que no siempre se designa correctamente con él lo que se pretende. No digo que los tribunales empleen arbitrariamente la terminología jurídica, sino que en ocasiones se hace difícil concretar estrictamente el sentido de lo que dicen (1).

Aun siendo otra versión del mismo tema, el de si la referencia a sociedad civil equivale a designar una sociedad sometida exclusivamente a las reglas del Código Civil, hay algo más que me preocupa, la posibilidad teórica de que en la práctica se articulen verdaderas sociedades de naturaleza civil, aunque pudiera irregularizarse —dentro de lo posible— alguno de los elementos que las caracterizan; si hoy en día la sociedad civil es una creación viva del Derecho, o si por el contrario es un mero residuo histórico del que no vale la pena hablar más que como prolegómeno de las sociedades mercantiles, las únicas existentes en la realidad de lo cotidiano.

En definitiva creo que tratar de las clases de sociedades, y sobre todo de la distinción entre las civiles y las mercantiles, es verdaderamente importante. Por tal motivo sorprende mucho más la constatación de que los tratadistas —con la notable excepción de CASTÁN TOBEÑAS— tan apenas se han ocupado de la cuestión. El reproche es igualmente válido para civilistas como para mercantilistas; pero tanto más tiene de llamativo respecto de los que debieran estar interesados —dentro de lo razonable— en definir la autonomía de un contrato civil, que como sabemos aparece en el Código de manera bastante más completa que otros con mayor presencia en el tráfico negocial. O, al menos, son los civilistas los que deberían interesarse en averiguar si se mantiene la paridad entre el relieve que el Código concede a la sociedad civil y su importancia real en la actualidad, abogando por una adecuación de esa equivalencia, aunque tal cosa hubiera de suponer que se cediera campo de trabajo a los estudiosos del Derecho mercantil. En cualquier caso el hecho es que efectivamente las clasificaciones de la sociedad suelen ser parcas, tal vez por propia influencia del Derecho romano, se suelen limitar al empleo del criterio de la extensión de los bienes puestos en sociedad, y además los ensayos clasificatorios que se han hecho inciden casi exclusivamente en el

(1) En otro orden de cosas quiero advertir que, para no hacer demasiado prolija la relación de sentencias, me fijaré en el período jurisprudencial que va desde los años sesenta a la actualidad; además, para designar las sentencias concretas, recurro a los marginales de los repertorios de jurisprudencia de Aranzadi (Ar) y de la Colección Legislativa del Ministerio de Justicia (CL).

ámbito del Derecho mercantil (2). Cuando digo que es llamativa la escasa atención que suele prestarse en la doctrina al establecimiento de clasificaciones completas de la sociedad, y a la elaboración de criterios distintivos entre esas especies, estoy pensando concretamente en que los tratadistas del Derecho civil suelen coincidir en la considerable relevancia, si a número de páginas nos atenemos, que merece el contrato de sociedad; pero el que sea efectivamente el de sociedad un contrato importante y de cierta complejidad, se concilia mal con la escasa ayuda que el estudioso, y por qué no el profano que trata de aproximarse a la materia, encuentra en esas páginas para poder discernir cuándo una sociedad tiene naturaleza civil, y por tanto han de entrar en juego las normas que le son propias. Incluso existe un cierto prejuicio inducido por la realidad en que vivimos, que con frecuencia produce la sugestión de que las sociedades que se utilizan con normalidad son las mercantiles, y que por tanto las normas de la sociedad civil y los estudios sobre ese contrato casi tienen una consideración más histórica, por la importancia que otrora tuvo la sociedad, que actual. Aunque algo de cierto hay en todo ello (y no sólo para quienes contemplan el fenómeno societario sin estar predispuestos por una formación jurídica, también es una aprensión de algunos juristas), tiene de cierto lo que comúnmente permite toda idea que se enuncia de forma muy genérica. Pienso, al contrario, que la sociedad civil es algo vivo, cada vez más vivo diría yo, 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. Tampoco es fácil detectar esta constatación, precisamente por la perenne dificultad en diferenciar las sociedades constituidas con una naturaleza distinta a la mercantil, a menos que se examinen y se haga estadística de los pronunciamientos jurisprudenciales; de cualquier modo una regla de comprobación puede utilizarse, aunque sólo sea meramente aproximativa, dando cuenta de la mayor presencia que —tanto por ventajas de diversa índole, como por las dificultades que plantean otras soluciones— han ido adquiriendo las comunidades de bienes. Precisamente, la comunidad de bienes en buen número de casos puede ser un síntoma de que existe de manera solapada algo sustancialmente distinto, un contrato de sociedad, una sociedad que al irregularizarse ha perdido alguno de sus perfiles típicos, y en este campo de la irregularidad societaria el Derecho civil tiene un dominio propio y específico que no ha podido ser absorbido por el Derecho mercantil.

(2) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., «Del contrato de sociedad», en *Q. M. Scaevola, Código Civil*, Tomo XXV, parte 1.ª, Madrid, 1933, págs. 550-551.

Creo que, como ha sido mi intención sugerir en este breve esbozo previo a desarrollar el tema, es un poco precipitada la opinión de quienes han venido avisando de que la distinción entre sociedades civiles y mercantiles ha perdido interés (3). O cuando menos, al contrario, opino que esa distinción ha recobrado parte de un interés que nunca se ha podido perder del todo. El Derecho moderno ha traído muchas veces, con el afán de dar respuestas efectivas a las necesidades prácticas, un retroceso del conceptualismo entendido como rémora y complicación artificiosa; y en ese sentido no es infrecuente considerar que más importante que las denominaciones y categorías que deben emplearse, es determinar las normas que en cada caso deben disciplinar una determinada realidad societaria. Y son los Tribunales, con independencia de la voluntad de las partes o su declaración, los que deben fijar en último término la naturaleza de la entidad jurídica aplicando el Derecho hoy por hoy existente, que todavía sigue planteando el problema de hacer precisa una distinción entre las sociedades civiles y las que son mercantiles.

Para esa tarea no puedo dejar de considerar que, como ya he dicho, es singularmente CASTÁN TOBEÑAS quien de modo más extenso suministra criterios para clasificar las diferentes especies de sociedad; y ésa ha de ser la razón, forzosa, de que por mi parte tenga que ser reiterativo en la cita del autor y de su obra. En concreto, utiliza hasta quince argumentos o criterios básicos, que a su vez admiten con frecuencia otras subclasificaciones. Tales criterios, que luego desarrollaré limitadamente, son en general válidos, pese a que fueron escritos hace más de medio siglo. Se refieren a la nacionalidad (4), a

(3) Vgr., DORAL, J. A. y MARTÍN, D., «La persona jurídica hoy», *RGLJ*, marzo 1984, núm. 3, pág. 285 y sigs., recogiendo con gran claridad la correspondiente jurisprudencia sobre los medios o criterios diferenciadores, advierten que «la tendencia actual unificadora del Derecho civil y mercantil permite dudar del interés actual de esos criterios».

(4) Por el ámbito territorial o por la nacionalidad de las sociedades, puede hablarse de «sociedades nacionales» (en nuestro caso, españolas) y de «sociedades extranjeras», «sociedades multinacionales», «internacionales», sociedades de países que pertenecen o que no pertenecen a la CEE, etc.

Ténganse en cuenta el artículo 28 del Código Civil (que aplica, para determinar la nacionalidad de las sociedades, el criterio del domicilio) y, en particular para las sociedades mercantiles, el artículo 15 del Código de Comercio (que atiende al lugar de constitución), y el artículo 5 LSA (que sigue el criterio del domicilio, independientemente del lugar de constitución de las sociedades; del mismo modo el artículo 6 LSRL), y 81 RRM.

Cfr. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 21.ª ed., Madrid, 1994, pág. 181 y sigs.

Cfr. EGEA IBÁÑEZ, R., «Nacionalidad de las sociedades», *RCDI*, 1984-II, LX, págs. 1155-1182.

Cfr. GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1976, pág. 543 y sigs., cita como posibles criterios distintivos el del domicilio social, el lugar de explotación, el del control de la sociedad, y el del lugar de constitución y de incorporación.

la duración de la sociedad (5), a su denominación (6), a la personalidad jurídica, a la «visibilidad» de la sociedad y sus relaciones con terceras personas, a las condiciones de constitución y validez, a la forma de constitución y prueba de la sociedad, a la base del crédito de la sociedad y la extensión de la responsabilidad de los socios (7), al objeto de la sociedad y las normas por las que se rige, a la representación del capital social (8), a la estabilidad de ese capital

(5) Atendiendo al criterio de la vigencia en el tiempo, a la duración, se pueden clasificar las sociedades distinguiendo entre las que tienen una duración limitada, o «sociedades temporales», y las que la tienen ilimitada o «sociedades perpetuas», «sociedades indefinidas».

(6) Por la denominación o nombre que designa a la sociedad, se habla de «sociedades de nombre personal», aquéllas en que la firma o razón social se compone a partir del nombre de los socios que forman la sociedad (ya se tomen esos nombres literalmente, o abreviados), y «sociedades de nombre real», «sociedades de simple designación» que son aquéllas que carecen propiamente de razón o firma social, su nombre es fruto de la inventiva y normalmente guarda relación con el objeto social. Advierte CASTÁN, *vid.* «Del contrato de sociedad», cit., pág. 587, que en la generalidad de las legislaciones, incluida la nuestra, son las sociedades de responsabilidad ilimitada (colectivas y comanditarias) las que tienen razón social, mientras que carecen de ella las sociedades de responsabilidad limitada (sociedades anónimas).

(7) Por la responsabilidad que, a resultas del tipo de relación societaria, vincula a los socios frente a terceras personas ajenas a la sociedad, CASTÁN (cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 583) ofrece una casuística muy precisa. Pueden distinguirse tres clases de sociedad: las de responsabilidad limitada de los socios, las de responsabilidad ilimitada de una parte solamente de los socios (categoría a que pertenecen las sociedades comanditarias, las civiles con forma de mercantil comanditaria, y las sociedades mercantiles colectivas —no regulares— en que hay socios capitalistas y socios industriales), y las de responsabilidad única de la sociedad, siendo ésta además, limitada (las sociedades mercantiles anónimas y de responsabilidad limitada; CASTÁN, cfr. *ibidem*, pág. 583, incluye en este grupo a las sociedades «civiles constituidas bajo forma mercantil de responsabilidad limitada», pero el supuesto no cabe en la actualidad en vista del artículo 3 LSRL, que atribuye a ese tipo naturaleza mercantil cualquiera sea su objeto). En el grupo de las primeras puede distinguirse además, según que la responsabilidad de los socios sea solidaria (como en las sociedades mercantiles colectivas y las civiles en forma mercantil colectiva), o bien se trate de una responsabilidad no solidaria (como es el caso de la sociedad civil ordinaria, aunque este extremo haya llegado a discutirse).

Por tanto, en esta misma clasificación, las distinciones también pueden establecerse paralelamente y en el mismo orden por los sujetos responsables y la extensión de su garantía entre sociedades que tienen una base de crédito personal, las que la tienen tanto personal como real, y las que tienen una base de crédito simplemente real.

(8) Por la manera de estar representado el capital social, es decir, por la participación en él de cada socio, se distinguen las «sociedades por cuotas» o «sociedades de interés», y las «sociedades por acciones», distinción que puede entenderse como correlativa a la que se establece entre las «sociedades de personas» y las «sociedades de capitales». Estas expresiones, pese a su parecido, no hacen referencia a la personalidad o a la falta de personalidad de una sociedad. Porque, dejando al margen los requisitos por los que se adquiere, el artículo 116-2 del Código de Comercio reconoce dicha personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles que se hayan inscrito en el Registro Mercantil. Aunque el criterio clasificatorio entre sociedades de personas y sociedades de capitales influye en la clase de personalidad jurídica, ya que en las sociedades de personas, al

social (9), a la extensión de la comunidad entre los socios, a la naturaleza de los medios puestos en común (10), a la composición personal de la sociedad (11), y a la calidad de las personas que constituyen la sociedad (12).

tenerse más en cuenta las características personales de los socios, la separación entre la personalidad de éstos y la que corresponde a la sociedad es menor que en el caso de la sociedades de capitales que disfrutan de una consideración independiente de la influencia del elemento personal. Cfr. Res. DGRN de 21-6-90 (Ar. 5366). Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, págs. 231-232. El autor precitado dice que, en las sociedades de capitales, «se llega a un hermetismo o separación patrimonial entre el patrimonio social y el de los socios más acusado, con el resultado de que su personalidad jurídica es más completa». Y concluye señalando que en el fondo el criterio de distinción es relativo, «en cuanto existen sociedades de capitales en las que la personalidad de sus socios es determinante». La diferencia entre las «sociedades de personas» y las «sociedades de capitales» se cifra en que mientras las cuotas sólo son transferibles con carácter excepcional (al primar el carácter del *intuitu personae* contractual, el rasgo de ser un contrato de confianza), requiriéndose el consentimiento de los socios, en cambio las acciones son esencialmente transferibles. A la primera categoría, ya se defina como sociedad por cuotas o sociedad personalista, pertenecen tanto la sociedad civil como las mercantiles colectiva y comanditaria simple. A la segunda clasificación, sociedades por acciones o capitalistas, se adscriben las sociedades mercantiles anónima y comanditaria por acciones.

De todos modos, a la hora de asignar los términos por los que estas especies de sociedad se designan, ténganse en cuenta algunas críticas; así la que hacen autores como SÁNCHEZ CALERO, en el sentido de que pese a que la distinción entre sociedades de personas y de capitales a veces suele equipararse a la de sociedades personalistas y capitalistas, en realidad esta última distinción, como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, es un tanto arbitraria (cfr. *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, pág. 231). Otros, en cambio, no hacen reparos a esa terminología habitual, cfr. vgr. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.^a ed., Valencia, 1992, pág. 124.

(9) Por la estabilidad del capital social hay «sociedades de capital fijo» y «sociedades de capital variable», según que dicho capital pueda ser alterado sin que ello suponga modificación del contrato de sociedad, pues en las primeras tal cambio precisa de especiales requisitos de forma y publicidad, y supone una verdadera modificación de la entidad social.

(10) Por la naturaleza de los medios puestos en común, es decir, según la especie de las aportaciones sociales, se aprecian tres clases de sociedad, las «sociedades industriales», cuando los socios aportan simplemente su actividad o trabajo; las «sociedades capitalistas», cuando las aportaciones consisten en capital, y «sociedades mixtas», cuando son ambas cosas, tanto capital como trabajo, lo aportado.

CASTÁN, cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., págs. 558 y 559, cita previamente otra clasificación de que deriva la que yo recojo. Se trata de una versión o consecuencia del criterio clasificador utilizado, pero que en realidad resulta de utilización menos frecuente. Consiste en distinguir las «sociedades de medios materiales» (o *societates rerum*), cuando lo que aportan los socios son cosas; las «sociedades de medios personales» (o *societates operarum*), cuando la aportación consiste en actividad o servicios, y las «sociedades mixtas» (o *societates mixtae*), cuando son objeto de la sociedad tanto las cosas como los servicios.

(11) Por la composición personal, fija o variable de la sociedad, CASTÁN refiere la diferencia entre las «sociedades de personal fijo», en que la cualidad de sus sujetos componentes es esencial, y las «sociedades de personal variable», en que la composición

II. CLASIFICACIONES GENERALES DE LA SOCIEDAD

La sociedad, como en realidad suele suceder con la mayoría de los fenómenos jurídicos, admite diversas clasificaciones formuladas desde puntos de vista distintos, de los cuales ninguno es incontestable o, cuando menos, ninguno ha de formularse necesariamente de una manera predeterminada. Lo que ya invita a pensar que, salvo casos aislados, la enunciación de clases que resulta de los criterios apuntados no suele realizarse por la ley, sino que más bien la formula la doctrina como instrumento pedagógico o expositivo. Ya he anunciado que me propongo seguir en lo sustancial el esquema que proporciona CASTÁN (13), al ser el más completo que aparece en la doctrina científica nacional, pero sin que ello suponga una fidelidad estricta y exclusiva a su método y contenido. No en vano sería desproporcionado el entretenimiento de relatar con detalle todas y cada una de las categorías clasificatorias, tanto como el limitarme simplemente a transcribir al autor en que declaradamente

personal y su permanencia no es tan relevante. Aunque en realidad, en vez de ésta, añade que es más frecuente y en cierto modo equivalente la distinción entre «sociedades de personas», en donde prevalece el dato del *intuitu personae*, y «sociedades de capitales», que responden en cambio a un *intuitu rei*, porque lo realmente importante es la aportación del socio y no la cualidad de éste. En el primer grupo se encuentran la sociedad civil y las mercantiles colectivas y comanditarias simples; al segundo se adscribiría inmediatamente la sociedad anónima, pues, en cuanto a la sociedad comanditaria por acciones tanto se la ha considerado como un tipo mixto por reunir características de uno y de otro, como se la ha incluido directamente en las sociedades de capitales, al entender que prepondera el correspondiente rasgo característico (cfr. CASTÁN, *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 553 y sigs.; en realidad cita a MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, I, núm. 72 y sigs.). Por otra parte también se ha discutido, en la anterior tipología, dónde incluir la sociedad de responsabilidad limitada, si procede remitirla a las sociedades de personas o a las de capitales, aunque sin duda alguna la consideración o composición personal tiene mucha menor relevancia que en las colectivas, que son el prototipo de las sociedades personalistas.

(12) Por la calidad de las personas que constituyen la sociedad, según sean socios de la sociedad las personas físicas, o por el contrario lo sean personas jurídicas, otras sociedades, se habla respectivamente de «sociedades simples» (o «sociedades de primer grado») y de «sociedades compuestas» («sociedades de segundo grado», «sociedades de sociedades». A su vez, por la cualidad pública o privada de los socios, podrían calificarse las sociedades de «públicas» y «privadas».

(13) Por tanto habrá de confrontarse en general las páginas 550 a 630 de sus comentarios en *Del contrato de sociedad*, cit. Los criterios clasificatorios que utilizan otros civilistas, que escriben después sobre la sociedad, coinciden generalmente con los que CASTÁN empleó, aunque en ningún caso lleguen a ofrecer clasificaciones tan completas como éste.

Además de la referencia a los autores que sucesivamente voy consignando al desarrollar el tema, pueden tenerse en cuenta otros tratadistas que, aunque concedan escasa atención a la clasificación de las sociedades, por su brevedad son muy clarificadores; vgr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 497 y sigs.

me inspiro en este momento; considero más conveniente detenerme únicamente en las categorías de sociedad que guardan una mayor relación con el tema específico de que me ocupo, la distinción entre sociedades civiles y comerciales.

En relación con las clasificaciones de las sociedades, es especialmente relevante la que atiende a la personalidad de la sociedad. La personalidad jurídica es «la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el Derecho de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones. Significa el reconocimiento del principio de separación entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios» (14). Según este dato o criterio de la personalidad jurídica, se distinguen las sociedades que la tienen, llamadas a veces «sociedades personificadas», y las que carecen de ella. Sociedades con personalidad son en nuestro Derecho las sociedades civil y mercantil en su manifestación típica, mientras que están privadas de ella las sociedades a que se refiere el artículo 1.669 del Código Civil y las mercantiles que carezcan de algunos requisitos formales constitutivos.

Otra clasificación interesante es la que puede establecerse por la «visibilidad» de la sociedad y sus relaciones con terceras personas, es decir, atendiendo al dato de si la sociedad se manifiesta o no como tal. Desde tal punto de vista pueden diferenciarse las sociedades propiamente dichas, exteriorizadas o manifestadas, frente a las «sociedades ocultas» o «sociedades internas» (15).

Por las condiciones de constitución y validez de las sociedades, pueden éstas calificarse de «válidas» o «regulares», o por el contrario de «nulas», «inválidas», «irregulares», o de «sociedades de hecho». El criterio distintivo es pues la fidelidad que guarda una sociedad concreta con las normas legales que definen el tipo o modelo contractual. Aclara CASTÁN en cuanto a la utilización del término de «sociedad irregular», que «la clasificación de sociedades en regulares e irregulares parece seguida por nuestro Código mercantil, aunque sólo en su aplicación a las sociedades colectivas y con un sentido impreciso y distinto del que le atribuye la doctrina científica. El artículo 122 define, en efecto, la sociedad regular colectiva, sin que ningún

(14) Cfr. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*. 5.ª ed., Valencia, 1992, pág. 114.

(15) Aún podría desarrollarse más la nota distintiva, examinado cómo se manifiesta la titularidad que tienen los socios sobre las participaciones o derechos sociales. En tal sentido, esa relación se muestra perfecta o plenamente manifiesta en el caso de las sociedades civiles ordinarias (es decir, fuera del caso del art. 1.669 del Código Civil) y las sociedades colectivas; si por el contrario sólo se manifiesta la titularidad de una parte de los socios, se trata de sociedades comanditarias; y si sucede que ninguno de los socios exterioriza su condición ante terceros, estamos ante el supuesto dado en las sociedades anónimas. (Cfr. CASTÁN, *Del contrato de sociedad*, cit., págs. 585-586)

texto se ocupe de la *irregular colectiva*, al menos con su propia denominación» (16). Sin embargo, en la actualidad (y no se olvide que el trabajo de CASTÁN está fechado en 1933) el término «sociedad irregular» ha adquirido un mayor desarrollo. Qué duda cabe que la expresión, en sí misma, donde mayor carta de naturaleza ha alcanzado es a propósito de las sociedades mercantiles; principalmente porque ha sido positivado en las modernas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada; además, también se utiliza la expresión de sociedad irregular en ciertos supuestos que afectan a las sociedades colectivas; y, desde luego, tampoco la noción de «sociedad irregular» es ajena a la sociedad civil, sobre todo en relación al supuesto de hecho del artículo 1.669, al margen de la frecuencia con que suele utilizarse literalmente el término.

Por la forma de constitución y prueba de la sociedad, según como se manifiesta la voluntad de quienes desean contraerla, se utilizan las referencias de «sociedades expresas», cuando aparecen explícitamente queridas en las correspondientes declaraciones de voluntad de los sujetos contratantes, y de «sociedades tácitas», cuando la relación societaria sólo aparece de manera concluyente a partir de ciertos actos de las partes (17).

Atendiendo al objeto de la sociedad, las hay con objeto (18) civil, «sociedades civiles», y con objeto mercantil, «sociedades mercantiles o comerciales». La sociedad mercantil, por diversas razones prácticas, incluso de política legislativa, y tal vez por tener una organización más completa históricamente, ha conseguido alcanzar un franco predominio sobre la sociedad civil (19). Dentro de las primeras, distingue nuestro Derecho entre las sociedades civiles constituidas en forma civil, y las civiles por su objeto que se acogen a las formas previstas para las sociedades mercantiles (las llamadas «sociedades mixtas», que son posibles al amparo del art. 1.670 del Código Civil) (20).

(16) Cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 584

(17) Vgr., la llamada «compañía familiar gallega».

(18) Algunos autores prefieren que la distinción sociedad civil-mercantil sea resultado de un criterio que atienda a la naturaleza de la sociedad, vgr. CLEMENTE DE DIEGO, F., cfr. *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1959, pág. 166; aunque, evidentemente, la naturaleza no puede servir como criterio resolutorio del conflicto que se plantea, precisamente, sobre la naturaleza civil o mercantil de una sociedad, es simplemente un método clasificatorio de las sociedades, que tiene sobre todo en la determinación de un régimen jurídico su capital importancia.

(19) Cfr. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.ª ed., Valencia, 1992, pág. 123.

(20) En realidad CASTÁN, cfr. *Del contrato de sociedad*, cit., págs. 575-576, completa la clasificación expuesta con un ulterior desarrollo de los criterios por los que se obtiene, separando (especialmente en el ámbito mercantil) las llamadas «sociedades ordinarias» de las «sociedades especiales» (vgr., las sociedades mineras, las de seguros, las crediticias y bancarias, las ferroviarias y de obras públicas, etc.). «Las primeras se rigen por las reglas generales de la sociedad, según la forma (colectiva, comanditaria o anóni-

Dentro de esos tipos, o incluso como criterio clasificatorio que hace abstracción de la naturaleza civil o mercantil de las sociedades, algunos autores utilizan el dato de la finalidad social concretamente perseguida. Así lo hace CLEMENTE DE DIEGO (21) quien escribe, refiriéndose específicamente a las clases de sociedad civil, que «por razón del fin a que se dedican los capitales y la actividad de los socios, pueden ser tan varias como varios pueden ser aquellos fines; y así, hay sociedad agrícola, pecuaria, industrial, minera, etcétera, con respecto a las cuales habrá que tener en cuenta, además del Código, las leyes especiales que les sean aplicables». Me parece que la utilidad de ese modo de clasificar las sociedades es bastante relativa, fundamentalmente por varias razones: la primera, que precisamente esa amplitud de actividades o fines no ha de ser tal, habida cuenta de las posibilidades —lo que luego se expondrá— de que una sociedad sea civil por su objeto; en segundo lugar, porque si se pretendiera clasificar las sociedades por los fines que persigue, independientemente de su naturaleza civil o mercantil, entonces la lista sería demasiado extensa como para que tuviera utilidad; en tercer lugar, porque no puede olvidarse que la jurisprudencia ha sido constante en advertir que las denominaciones que empleen los particulares no son determinantes ni constitutivas de la naturaleza de los contratos que originen. Luego la clasificación de las sociedades por su fin, sólo podría hacerse una vez se haya entrado a calificar jurídicamente cada sociedad, examinado su verdadero objeto, y atribuyéndole la naturaleza que jurídicamente le corresponda. Por eso, en definitiva, parece más prudente contentarse con utilizar como criterio estructurador el más general que atiende a la naturaleza civil o comercial de las sociedades, desde el punto de vista de su objeto o finalidad. La última objeción que creo contribuye a relativizar los intentos clasificatorios de la sociedades (en particular de las mercantiles) por el objeto específico de la actividad social, es que el artículo 123 del Código de Comercio que precisamente hacía una relación de compañías atendiendo a su distinta finalidad fue derogado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades (22).

Por la extensión de la comunidad que se forma entre los socios, según los bienes que se comunican al ponerlos en sociedad, pueden distinguirse dos

ma) que revistan. Las segundas están sometidas a un régimen particular por razón de la naturaleza de sus operaciones; el Estado suele adoptar con respecto a ellas un sistema más restrictivo e intervencionista que con respecto a las ordinarias».

(21) CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1959, pág. 167.

(22) El desaparecido artículo 123 del Código de Comercio disponía que: «Por la índole de sus operaciones podrán ser las compañías mercantiles: Sociedad de crédito. Bancos de emisión y descuento. Compañías de crédito territorial. Compañías de minas. Bancos agrícolas. Concesionarias de ferrocarriles, tranvías, y obras públicas».

grandes categorías: la «sociedad universal» y la «sociedad particular» (23). La primera admite tres modalidades o subespecies, según el alcance de la comunidad y a qué bienes afecta, la «sociedad universal de todos los bienes presentes», «la sociedad universal de todas las ganancias», y la «sociedad universal de todos los bienes presentes y de todas las ganancias». La sociedad particular también admite tres modalidades: «la sociedad particular que tiene por objeto cosas determinadas, o el uso o los frutos de las mismas» (24), la «sociedad particular que tiene por objeto una determinada empresa» (25), y la «sociedad particular constituida para el ejercicio de una profesión o arte» (26).

III. SOCIEDADES CIVILES Y SOCIEDADES MERCANTILES

Al tratar de la clasificación general de las sociedades ya he aludido a la que se establece entre sociedades civiles y mercantiles o comerciales, que puede elaborarse atendiendo fundamentalmente al objeto y a la legislación por la que se rige la sociedad (27). Tales categorías admiten diversas subespecies o modalidades que habremos de ver con más detalle en otros epígrafes de este mismo trabajo. La contraposición entre sociedad civil y mercantil la considero en sí misma fundamental, sin perder no obstante de vista que es otro episodio de la separación entre el Derecho civil y el Derecho mercantil en general, por lo que no deja de tener la cuestión algunas aristas críticas (28). En cualquier caso, la distinción entre una y otra clase de sociedades

(23) HEINECIO, vid., *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, § 944, distinguía entre «sociedades universales», «sociedad general» y «sociedad singular». En la primera (*societas universorum bonorum*) se produce una comunicación de todos los bienes que los socios adquieran por cualquier título, en la sociedad general (*societas universorum quae ex quaestu veniunt*), la comunicación alcanza solamente a los bienes que adquieren por ganancias los socios, con exclusión de las ganancias de fortuna; en la sociedad particular (*societas alicuius negotiationis, societas alicuius rei*), la comunicación de bienes es más limitada, al tener por objeto algún negocio o alguna cosa.

En el Código Civil español ha sido absorbido el concepto de sociedad general por el de sociedad universal, categoría esta última que se acoge junto a la de sociedad particular

(24) Equivalente a la *societas unius rei romana*.

(25) Equivalente a la *societas alicuius negotiationis romana*.

(26) Equivalente a las sociedades profesionales

(27) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 576 y sigs. Incluso esa distinción, en cuanto pueda basarse en la realización de operaciones de naturaleza civil, puede servir para delimitar el concepto del contrato de sociedad, en tal sentido, cfr. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, cit., pág. 367.

(28) Desde luego no puedo entrar ahora en lo que es un tema, como digo, discutido críticamente, problemático, porque comprende en ocasiones la subsistencia —al menos en algunos sectores o ámbitos— de una autonomía normativa. Me parece interesante, simplemente como planteamiento del tema y en donde mayor relación tiene con el que yo a

es sin duda la más interesante, junto con las categorías de sociedades con o sin personalidad jurídica.

Si se recuerda que la expresión «sociedad» designa aspectos bien diferentes de una misma realidad (tiene una evidente polisemia, incluso dentro del marco de lo estrictamente jurídico), se comprende que esas mismas facetas sean también diferentes en ámbitos tan distintos como lo son el del Derecho civil y el mercantil. Así se pueden estudiar paralelamente, en ambas ramas del Derecho, el elemento negocial o contrato que origina el fenómeno societario, y la realidad o ente social, civil o mercantil, que con aquél se crea; todo lo cual, esa diversidad de posibilidades, ya constituye de por sí todo un problema pues, aunque se haya discutido la utilidad práctica de diferenciar las

mi vez trato, la opinión de SANTOS BRIZ, J., cfr. *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, pág. 259 y sigs., que, con brevedad y precisión, señalaba que «cuestión vital para el Derecho mercantil, dado el signo de aparente insuficiencia temática bajo el que siempre ha vivido .. es la de su sustantividad y autonomía frente al Derecho civil. Cuando se investiga para tratar de hallar la distinción entre ambas ramas del Derecho privado sólo se encuentra precisamente en las normas mercantiles de carácter público (regulación de instituciones auxiliares del tráfico negocial, normas administrativas o fiscales reguladoras de ese mismo tráfico). El intento resulta infructuoso cuando buscamos en el Derecho de la contratación una base firme de distinguir el Derecho civil del mercantil, a lo más que se llega es a hallar ciertas especialidades, no exclusivas, por otra parte, de las llamadas relaciones mercantiles que en ningún caso sirven para caracterizar las relaciones contractuales». Más adelante el mismo autor, cfr. *ibidem*, pág. 281, concluye tras el examen de la utilidad de la idea de los actos de comercio como nota distintiva de lo mercantil, que «dada la ambigüedad de los denominados actos de comercio, y como los contratos mercantiles son, claro es, actos de comercio, aquella imprecisión ha acarreado la de los contratos regulados en el Código de Comercio. El germen de la confusión se formó ya en las ideas de los legisladores .. No se intuyó que habría sido menos perturbador en la práctica (*en vez de establecerse la supletoriedad del Código Civil respecto de los contratos mercantiles*) incluir en el Código Civil las particularidades propias de los contratos derivadas de las actividades mercantiles. El criterio legal, recogido en los artículos 50 y siguientes del vigente Código de Comercio, ha obligado a la doctrina mercantilista a buscar notas y datos que sirvan para distinguir los contratos mercantiles de los civiles. En esta operación la conclusión siempre es la misma: que aquellas notas distintivas se hallan en criterios de economía ajenos a la esencia de los conceptos jurídicos, y que las verdaderas notas distintivas no pueden hallarse en las leyes del Derecho privado, sino en las de Derecho público (fiscales, administrativas, planificaciones económicas, etc.)».

También pueden encontrarse referencias al tema de la autonomía entre el Derecho civil y el mercantil en la mayoría de los autores de manuales generales, tanto civilistas como mercantilistas. Desde la perspectiva de un diagnóstico específico del Derecho civil, vid., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, págs. 17 a 20.

En muchas ocasiones, y singularmente en el terreno de las sociedades, la relación entre el Derecho civil y el mercantil supone que el primero acaba por sufrir una cierta «comercialización», y una pérdida de dominios anteriormente propios. BROSETA PONT, M., cfr. *Manual de Derecho mercantil*, 8.^a ed., Madrid, 1990, pág. 161, habla de un «proceso de generalización del Derecho mercantil o de comercialización del Derecho civil».

sociedades civiles de las mercantiles, es innegable que existe una dualidad de regímenes jurídicos que hace preciso saber, cuando menos, cuál de ellos es aplicable en cada caso (29). En realidad parte del problema de la distinción entre las sociedades civiles y mercantiles arranca de que sus respectivos conceptos legales (art. 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio) coinciden sustancialmente, o no establecen diferencias inmediatas entre ellas como no sea, además de la referencia mercantil a «compañía», el matiz de que para la sociedad civil se habla de «poner en común», mientras en la mercantil de «poner en fondo común» (30). El artículo 1.665 del Código Civil dispone que «*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*». Y el artículo 116 del Código de Comercio que «*El contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener un lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*». En relación al apuntado matiz, comenta PUIG BRUTAU (31) que «si el propósito de lucro o ganancia es común a las dos clases de sociedad, la diferencia estará en la clase de actos que realicen, según que sean o no actos de comercio, pues no hay duda de que también pueden obtenerse beneficios sin ejercer el comercio». Lo malo es que tampoco el propio concepto de actos de comercio es ajeno al fin lucrativo, sino que tradicionalmente se han caracterizado precisamente por ese dato (32).

(29) AZURZA, citando a SÁNCHEZ ROMÁN, dice que puede ser verdad que la distinción entre sociedades civiles y mercantiles carezca de interés científico, pero lo cierto es que existe en Derecho español una legislación diferente para unas y otras. Cfr. AZURZA Y OSCOZ, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pág. 126.

(30) Como señalaba LANGLE Y RUBIO, E., cfr. *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, pág. 350, las sociedades civiles y mercantiles «...tienen puntos básicos comunes que hacen pensar en una identidad de fondo (son elementos esenciales de una y otra las aportaciones y el fin de lucro)...»

(31) Cfr. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 499. Vid., *ibidem*, la doctrina en que se inspira.

(32) GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pág. 400. Puede verse, desde una perspectiva más amplia, el problema de la separación entre sociedad civil y mercantil en GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 61 y sigs.

En relación a la falibilidad del criterio de los actos de comercio, debe plantearse la hipótesis especial de que sean poco significativos, que se trate simplemente de actos aislados. Ya había puesto de manifiesto GIRÓN TENA (cfr. *Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho*, cit., pág. 399) la insuficiencia de los actos de comercio aislados para obtener una calificación de la sociedad: «...resulta en materia de sociedades que la *sociedad ocasional* provocaría una calificación que da mala base para aplicar las normas del *status* de comerciante —porque en su noción va su transitoriedad— y no encontraría

Mucho ha reflexionado la doctrina, y abundantes son las soluciones que ha elaborado la jurisprudencia, a propósito de cuáles deben ser los criterios distintivos de una y otra categoría de sociedad, sociedades civiles y comerciales, pues básicamente esa separación entraña una cuestión de régimen jurídico: la consecuencia práctica más importante es, dicho en síntesis, la aplicación a una clase de sociedades del estatuto del empresario (33). En tal sentido GARRIGUES cifra la diferencia entre sociedades civiles y comerciales en que estas últimas comportan la atribución de un *status*, que a su vez supone un especial régimen de publicidad, de documentación, y de insolvencia (34).

LANGLE hace una síntesis de las notas diferenciadoras que ensaya la doctrina, que atienden a la intención de las partes, a la cualidad de comerciantes de los socios, a la naturaleza de su actividad, a la forma de la sociedad, o a la inscripción registral. Pero aunque todos ellos comportan dificultades, destaca en particular la inutilidad de los dos primeros (35). También GARRIGUES hace una relación de posibilidades para separar las clases de sociedades, y aclara que no sirve atender al dato de la personalidad jurídica, pues pueden gozar de ella tanto las sociedades civiles como las comerciales (cfr. arts. 116 del Código de Comercio y 1.669 del Código Civil), ni a la forma adoptada, pues las civiles pueden revestirse de formas que corresponden a las sociedades mercantiles (cfr. art. 1.670 del Código Civil); en definitiva, «Hay que buscar, pues, el criterio distintivo de la sociedad mercantil fuera de la esencia del contrato de sociedad» (36).

Aun con la dificultad cierta de encontrar criterios que sean absolutamente seguros, entre todos los medios diferenciadores de la sociedad civil y la compañía mercantil destacan por su utilidad dos, que se califican respectiva-

enmarque adecuado en los tipos del Código de Comercio que no están pensados para esta hipótesis». Añade líneas más abajo, que «...la materia ha preocupado largamente a la doctrina desde el pasado siglo que intentó identificarlas con las "cuentas en participación", centrandó el análisis en una nota que no era adecuada porque la ocasionalidad lo mismo podía darse en la sociedad civil que en el tráfico comercial». Y a las dificultades teóricas que podrían plantear escrúpulos para atribuir una calificación jurídica a partir, tal vez, de un único acto de actuación por cuenta de la sociedad, habrían de agregarse las de tipo práctico, para encontrar un régimen jurídico, pues el mismo autor concluye que «...por otra parte los tipos contenidos en el Código de Comercio —en cuanto a la estructura jurídica de los mismos— no están configurados para servir a la sociedad ocasional, resulta que, incluso calificada de mercantil, no podría encontrarse en el Código de Comercio un régimen adecuado» (cfr. *ibidem*).

(33) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, págs. 229-230.

(34) Cfr. GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, págs. 8-10.

(35) Cfr. LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, págs. 350-352.

(36) Cfr. GARRIGUES, J., *loc. cit.*, pág. 11.

mente de «criterio formal o formalista» y «criterio objetivo, material, real» o «criterio finalista» (37). La conjugación de estos datos resolvía el problema de atribuir una determinada calificación jurídica, civil o mercantil (38); sin embargo el esquema fue alterado con la aparición de las leyes de sociedades de capitales, que establecían la naturaleza mercantil únicamente a partir del criterio de la forma: la constitución de una sociedad como anónima o de responsabilidad limitada comportaba automáticamente su consideración mercantil (cfr. los respectivos arts. 3 LSA de 1951, y LSRL de 1953) (39).

El primero está previsto en el Código de Comercio de 1885 (fundamentalmente en los arts. 116 y 119 del Código de Comercio) (40), atiende a la

(37) Evidentemente no son los únicos intentos para separar una de otra clase de sociedades, pero sí los más característicos e importantes, y en todo caso los más eficaces. Ejemplo de otros criterios puede ser para algunos el de la inscripción de las sociedades, es decir, se podría considerar sociedades mercantiles a las inscritas en el Registro Mercantil, pero lo malo es que no puede decirse correlativamente lo mismo en cuanto a las sociedades de naturaleza civil, pues por regla general no tienen por qué acceder al Registro de la Propiedad. En definitiva, el criterio de la inscripción sólo puede tener una utilidad relativa y parcial, porque de un lado es posible que sociedades dedicadas al ejercicio del comercio no se hayan inscrito (aunque se trataría con todo de sociedades mercantiles que se desenvolverían en términos de irregularidad), y por otro, sí resulta cierto que la sociedad inscrita como mercantil (en el Registro correspondiente) debe tener tal naturaleza, sobre todo teniendo en cuenta que la DGRN veda el acceso al Registro Mercantil de las sociedades que pretenden inscribirse como civiles (cfr. DGRN de 25-4-91, Ar. 3168).

Sobre los criterios para la distinción entre lo civil y lo mercantil, en general, vid., LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, pág. 25 y sigs.; puede verse además la aplicación y crítica de tales criterios en el caso específico del Derecho español, en pág. 38 y sigs.

En cuanto a cómo se plantea la distinción entre sociedades civiles y comerciales en el vigente Código de Comercio, vid., en general GIRÓN TENA, J., cfr. «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 29 y sigs.

(38) Parece que lo más conveniente es aplicar dichos criterios de forma conjunta, no contentándonos en particular con el cumplimiento de los requisitos formales propios de las sociedades mercantiles para atribuir esta naturaleza. De este modo GARRIGUES deduce *a contrario* del artículo 119 del Código de Comercio que «...por el solo hecho de haberse formalizado una sociedad en escritura pública y haberse inscrito luego en el Registro Mercantil no adquiere sin más la cualidad de comerciante, sino que necesita dedicarse al comercio, según el criterio real de la actividad que hemos destacado ya como decisivo para la separación entre sociedades civiles y sociedades mercantiles. Este criterio resuelve el problema de las sociedades civiles por su objeto que se constituyen adoptando una forma mercantil... y no cumplen el doble requisito del artículo 119.. En tal caso no habrá sociedad mercantil, ni regular, ni tampoco irregular». Cfr. «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, págs. 226-227.

(39) Cfr. GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, pág. 13

(40) El panorama con el Código de Comercio de 1829 era distinto, pues entre otras razones que recoge GIRÓN TENA, cfr. «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto de 1947,

forma de constitución, es decir, al tipo societario escogido, y permite considerar como mercantiles a aquellas sociedades que se constituyan ajustándose a alguno de los tipos previstos en las leyes mercantiles; lo que supone al tiempo exigir que esa constitución societaria se recoja en el soporte formal de una escritura pública y que la sociedad se inscriba en el Registro Mercantil. Así, para GARRIGUES «el concepto legal de la sociedad mercantil se compone de un doble elemento: material o real, representado por la naturaleza de su actividad, y formal, encarnado en una constitución especial (escritura e inscripción en el Registro)» (41). Y para evitar que pudiera entenderse que, por exclusión, al no resultar aplicable el criterio formal, las sociedades mercantiles carentes de escritura e inscripción pudieran considerarse como sociedades civiles, el autor citado aclara que la constitución de una compañía mercantil «...parece ser un hecho anterior a la inscripción y a la escritura. Supone este precepto (*se refiere al art. 119 del Código de Comercio*) que la compañía existe, al menos en el aspecto interno como contrato si reúne los requisitos esenciales del derecho (v. art. 117), pero antes de dar principio a sus operaciones (aspecto externo), le impone que haga constar su *constitución*, pactos y condiciones en escritura pública, etc. Hasta entonces tendremos una compañía sin personalidad para el tráfico jurídico (v. art. 118, *a contrario sensu*), pero será sin duda una compañía mercantil que, en sus relaciones internas, es decir, como contrato, habrá de regirse por el Código de Comercio...» (42).

De todos modos la contemplación del elemento formal no carece de inconvenientes (además de los que pueden resultar de la virtualidad del art. 1.670 del Código Civil) pues, como afirma LANGLE, la simple forma externa no debe actuar en todo caso determinando la naturaleza esencial de una entidad, y por otra parte tampoco puede rechazarse la posibilidad de que sociedades de naturaleza civil adopten las estructuras de las sociedades mercantiles (43). GONZÁLEZ ORDÓÑEZ quiere ver que de la Exposición de Motivos del Código de Comercio no solamente resulta sancionado el criterio diferenciador formalista, sino que a éste se añade el criterio del objeto social determinado por la índole

págs. 23-24, las sociedades se rigen por el Derecho civil tanto si realizan operaciones de comercio como si no, aunque en este último caso el Derecho civil sufre ciertas modificaciones que impone el Derecho mercantil; así puede concluirse que «no hay un concepto de sociedad civil y un concepto de sociedad mercantil... se piensa por el legislador que el Derecho mercantil de sociedades contiene únicamente desviaciones...»

(41) Cfr. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1936, pág. 163. En otro lugar, cfr. «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, pág. 12, opina el mismo autor que «...la jurisprudencia del TS posterior al Código Civil, ha entendido el requisito de la constitución con arreglo al Código de Comercio como equivalente a otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil, unificando, además, en esta doble formalidad la calificación de compañía mercantil».

(42) Cfr. «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, pág. 12

(43) Cfr. *Op. cit.*, pág. 351.

de las operaciones realizadas por la sociedad. Aunque cualquiera de ellos conduce en realidad al mismo resultado (a la atribución de una misma naturaleza), pues afirma el autor que no se exige la concurrencia de ambos criterios sino que funcionan separadamente (44). Sin embargo parece desprenderse de esa opinión que los datos del objeto y de la forma (que como se ha dicho no es necesario que concurren simultáneamente en el caso de la calificación de una naturaleza mercantil), en cambio deben exigirse con más rigor en cuanto se intente atribuir a una sociedad naturaleza civil, debiendo concurrir simultáneamente. «El pensamiento del legislador —explica el mismo autor— que descubrimos en la E. de M. del Código de Comercio, lleva a una consecuencia conveniente: la de reputar civiles tan sólo a las sociedades en que concurra la doble circunstancia de no dedicarse a operaciones de comercio ni adoptar ninguna de las formas genuinamente mercantiles. Esta solución es la más acertada mientras que la sociedad civil sea un molde rudimentario, que, además, en 1885 ni siquiera tenía en el Derecho español, la personalidad jurídica que después vino a concederle, generosamente, el Código Civil. No es satisfactorio el criterio exclusivo de la forma que reputaría civiles a sociedades que ejercen el comercio. Tampoco es preferible el criterio exclusivo de la dedicación que traería la consecuencia de someter sociedades colectivas, comanditarias o anónimas a la legislación civil. Menos acertado aún sería exigir la concurrencia de forma y objeto comerciales para calificar como mercantiles a las sociedades, porque tal criterio daría lugar a los inconvenientes de los otros dos sistemas poco razonables» (45). Y yo me pregunto, ¿cómo justificar este tratamiento dispar para resolver un mismo problema, según que el resultado sea una naturaleza civil o mercantil? Además, de admitirse se renunciaría de antemano a tratar de afirmar la naturaleza civil de las sociedades mixtas, como luego se verá. Al tiempo que en realidad lo que ocasiona es una extrema dificultad para conseguir encontrar sociedades que puedan ser llamadas civiles; porque en cuanto no se consiga comprobar que ni realizan actos de comercio, ni su forma se corresponde con un tipo mercantil, tales sociedades caerían en el ámbito de absorción de lo mercantil, en el cual es suficiente el defecto de uno de los datos indicados para poder sostener que la sociedad de que se trate ostenta esa naturaleza.

* * *

El otro criterio distintivo se califica como objetivo o finalista, pues atiende al objeto o fin perseguido por la sociedad, y por él se considerarán como

(44) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M.², «Los criterios del derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y civiles y sus consecuencias prácticas», *RDM*, 1956, núm. 59, pág. 71 y sigs., y en particular la conclusión que establece en la pág. 75.

(45) *Ibidem*, págs. 76-77.

sociedades comerciales aquéllas que realizan operaciones mercantiles (46). Tal modo de proceder ha sido predominante tanto entre civilistas como mercantilistas (47), aunque su conveniencia no está exenta de algunas dificultades de tipo práctico como las referentes a aquellos supuestos de actividad que

(46) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 607 y sigs. Idem, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, 15.ª ed., Madrid, 1993, pág. 599 y sigs.

Cfr. LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil*, Tomo I, Barcelona, 1950, pág. 351. Dicho autor califica este criterio como el más lógico, y el que es predominante en la doctrina, «...es la posición más realista y la mejor fundada, partiendo de la concepción dualista de nuestro Derecho privado».

Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, loc. cit., pág. 51 y sigs.

Cfr. AZURZA, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pág. 132 y sigs.

GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pág. 402, al tratar de «Los elementos de tipificación de las Sociedades mercantiles», y refiriéndose específicamente a las sociedades personalistas, señala que estas últimas «venían en la tradición doctrinal y legislativa ligadas a la Sociedad civil actual. La separación de Códigos tuvo que proponerse en el sistema objetivo, y como problema de técnica el tema de la fórmula para reflejar el enlace: siendo sociedades y repitiendo expresamente el Código la noción genérica (art. 116), está claro para el Derecho positivo que los tipos del Código de Comercio se presentaban como especiales, y, por tanto, habían de marcarse las diferencias específicas. Al marcarlas había que combinar distintos elementos. 1.º) Las notas jurídico-estructurales que hacían de estas sociedades subtipos en el campo de la pura organización jurídica. Esto lo hizo mal el Código, y la doctrina adicionó la nota de responsabilidad... 2.º) Atribuida la personalidad jurídica... se presentan las sociedades como «comerciantes colectivos»... De no hacerse tal cosa resultaría que podría darse una figura de sociedad con las características, por ejemplo, de la colectiva, cuya actividad no fuera mercantil; igualmente el caso inverso: Sociedad con objeto mercantil que no hubiera adoptado un tipo mercantil. Para el primer supuesto dictó normas —muy censuradas y censurables— el artículo 1.670 del Código civil...»

(47) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 7.ª ed., Barcelona, 1982, pág. 293, da una regla general y una excepción al criterio finalista (referida a las modernas leyes mercantiles) «Como regla, la distinción se basa en el fin que persigan ("objeto a que se consagren", según la terminología del art. 1.670). Mercantiles las que se encaminan a realizar actos de comercio; civiles, las que no». Cfr. *ibidem*, pág. 294.

Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 6.ª ed., Madrid, 1983, pág. 670.

De cualquier modo, no hace falta advertir que ni este criterio distintivo ni ninguno otro son inexorables, pues, como toda regla general, tienen supuestos excepcionales. Vgr., es frecuente considerar que las SAT tienen naturaleza civil, lo que se concilia mal con la constatación de que muchas veces esas sociedades persiguen su objeto mediante auténticas explotaciones mercantiles —cfr. el criterio finalista, objetivo, o de la actividad—. En otros supuestos sucede de modo parecido, que independientemente del dato que resulte de la actividad social, la ley atribuye a una sociedad una naturaleza determinada: al margen de los supuestos más conocidos, la LSA y la LSRL, puede verse ese fenómeno en otras como en la Ley 1/94, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, cuyo artículo 4 dice que tendrán siempre carácter mercantil.

Planteando las cosas desde otra perspectiva, las sociedades se pueden calificar (entre otros criterios, mediante el del objeto o actividad) como civiles o mercantiles. Pero, tales notas ¿atribuyen imperativamente una determinada naturaleza? Es decir, si los particulares expresamente desean quedar sometidos al régimen de la sociedad civil pese a que sus

no es fácil calificar inmediatamente como civil o mercantil (48). El inconveniente principal que desvirtúa relativamente la utilidad de tal criterio es que sus resultados en buen número de ocasiones no se corresponden con la calificación que los tribunales dan a ciertas sociedades, cuya actividad debiera ser calificada como mercantil. Esto último es fácilmente constatable en la jurisprudencia del TS, en donde no es raro encontrar con la calificación de sociedades civiles (muy frecuentemente irregulares) a sociedades que tienen por objeto un negocio: de espectáculos, cafeterías, bares, explotaciones mineras, de construcción e inmobiliarios, etc. (49). La explicación que puede darse es que se trata de negocios de *pequeña entidad*, aun mercantiles, que resultaría desproporcionado someter íntegramente a la normativa que el régimen mercantil comporta. Lo que no deja de ser, en cualquier caso, una arbitrariedad (pues depende de que se considere o no que una sociedad tiene por objeto un negocio poco relevante, por más que tampoco pueda averiguarse cómo se concreta este dato); es poco conforme con la seguridad jurídica de lo previsible, si es que la regla general ha de seguir siendo que el carácter o naturaleza mercantil se determina por el objeto o actividad social.

Al margen de las anteriores rémoras, el empleo del criterio de la actividad social debe relacionarse directamente con el fenómeno de la irregularidad societaria civil, concretamente con lo que prefigura el artículo 1.669 del Código Civil. Pues no resulta descabellado pensar, sobre todo si se considera la función que la normativa de la sociedad civil puede jugar en su papel de sociedad general de las personalistas, que cabe hablar propiamente de activi-

actividades pudieran ser calificables como mercantiles, ¿habría algún inconveniente? Claramente no lo habría en las relaciones internas, pero no resulta tan claro en las externas donde, por primar el interés de la protección de los terceros, los socios no son autónomos; así habremos de ver cómo la DGRN mantiene una postura firme, rechazando que se puedan inscribir en el Registro Mercantil sociedades que no respondan a la naturaleza mercantil.

Entre otras alternativas para comprobar hasta qué punto los socios son autónomos para atribuir una determinada naturaleza a la sociedad que constituyen, podríamos referirnos a la pregunta que se formulaba CASTÁN sobre si puede una sociedad civil, por su objeto, dividir su capital en acciones. El autor afirmaba, cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Del contrato de sociedad*, cit., pág. 571, que ello podía admitirse sin ninguna duda, pero evidentemente esa opinión, expresada en 1933, no sería hoy correcta —siempre que hablemos en términos de regularidad societaria—, dado que la LSA atribuye carácter mercantil a cualquier supuesto de sociedad que adopte la forma de la anónima.

(48) Cfr. LANGLE Y RUBIO, E., *Op. cit.*, pág. 351. Esas dificultades no tienen una solución general, sino que «La discriminación de tales actos será en cada caso una cuestión de hecho, que el Juez resolverá».

(49) Vid. FORNIES BAIGORRI, A., «Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo II, Valencia, 1995, pág. 1401 y sigs., que expone una interesante relación de actividades que puede desarrollar en la actualidad una sociedad civil.

dad social cuando ésta se desarrolla efectivamente en el tráfico por la sociedad. Lo que no tiene que ver, o es distinto, con los supuestos en que los socios mantienen oculto el pacto social y la actividad a desarrollar, contratando cada uno de ellos en su propio nombre con los terceros (cfr. art. 1.669-1 del Código Civil): cuando se trate de sociedades personalistas en que concurren tales circunstancias (sociedades irregulares, ocultas, internas...), es muy probable que se les aplique lo dispuesto en el artículo 1.669 del Código Civil (ha solido hacerlo con mucha frecuencia la jurisprudencia, tal como veremos), aunque la actividad a desarrollar fuera mercantil (50).

Lo que ciertamente no sirve como rasgo diferenciador de unas y otras sociedades es atender al régimen que se les aplica, considerando civiles aquellas que se someten al del Código Civil y mercantiles las que lo hacen al Código de Comercio. Este dato no tiene en sí mismo utilidad para establecer la naturaleza; puede parecer demasiado evidente aunque no lo es tanto ya que, de un lado, hay ciertas sociedades civiles (vgr. aquellas a que se refiere el art. 1.670 del Código Civil) en que la cuestión de su régimen es realmente álgida, y de otro porque a veces podría interesar que se pasase por alto la inconsistencia del argumento si es a cambio de cierta dosis de seguridad jurídica. Tal vez a eso se refiera GONZÁLEZ ORDÓÑEZ cuando dice que «...si partimos de un concepto genérico del contrato de sociedad valedero para las esferas civil y mercantil, y tenemos en cuenta que la legislación civil es Derecho común y la legislación mercantil Derecho especial, es claro que sociedad civil debe significar sociedad regida totalmente por la legislación civil, y sociedad mercantil debe querer decir sociedad regida total o al menos preferentemente

(50) Cfr. PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1302-1303. «Si una sociedad se dedica al tráfico mercantil, pero por otras circunstancias (luego se refiere a las sociedades internas y a las ocasionales) no puede ser encuadrada en un tipo mercantil, es claro que habrá de subsumirse en la normativa de la sociedad general». Debe retenerse además que, en opinión de este autor, la actividad social es uno de los elementos que califica como «no esenciales para el concepto de sociedad general» contenido en el Código Civil (cfr. *ibidem*).

Si antes comentaba por mi parte que la circunstancia de la irregularidad actúa condicionando la efectiva atribución de una determinada naturaleza jurídica, por encima de lo que resulte del objeto o actividad sociales, es preciso explicar que esta regla no es absoluta, lo que no impide que responda a cierta frecuencia de cumplimiento por el TS. En último término podría concluirse que, haciendo abstracción de los elementos fácticos de cada caso, tanto los principios casacionales (de competencia del juzgador en la calificación de la naturaleza de las relaciones en litigio, de vinculación a los motivos alegados con los recursos, de limitación en cuanto al conocimiento por el Tribunal de cuestiones nuevas no discutidas en la instancia, etc.), como la propia influencia de la calificación de irregularidad, pueden provocar que cuestiones parecidas reciban tratamientos dispares. Citemos por ejemplo, como *materia decidendi*, algunas resoluciones referidas a sociedades que tienen por objeto la explotación de garajes: mientras las STS de 8-11-83, de 26-4-88, y la de 27-5-93 consideran la existencia de una sociedad civil irregular, en cambio la STS de 20-6-91 califica la sociedad como irregular mercantil.

por la legislación mercantil (arts. 2 y 50 del Código Civil)... Podemos afirmar que sociedades mercantiles son las que se rigen por el Derecho comercial. Pero esta afirmación que es, o debe ser, exacta, no nos vale como definición, porque es una tautología (son sociedades mercantiles las sociedades mercantiles)». Aunque aproveche precisamente esa tautología para justificar que la calificación de la naturaleza de una sociedad debe conllevar necesariamente la del régimen jurídico que se le aplica (51).

Tampoco podemos fiamos para discriminar las clases de sociedades del criterio de las formalidades de constitución, es un dato inútil a esos fines (52). Sólo actúa *a posteriori*, porque solamente se podrán exigir esas formalidades una vez se haya averiguado que la sociedad tiene naturaleza mercantil.

* * *

Nuestro Código Civil, para distinguir las sociedades civiles de las mercantiles, acude efectivamente al criterio objetivo en el 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*». También la jurisprudencia ha hecho con frecuencia uso del referido criterio objetivo como instrumento para calificar las sociedades, sin prescindir tampoco del criterio formal; a este último respecto, no puede pasarse por alto cierta línea jurisprudencial, generalmente criticada por la doctrina científica, que, supeditando el dato objetivo de la finalidad perseguida por la sociedad al formal de su constitución, ha atribuido naturaleza civil a las sociedades mercantiles defectuosamente constituidas. Así sucede, vgr., en la STS de 26-6-59 (Ar. 2936, CL. 445), en la paradigmática de 3-3-60 (Ar. 944, CL. 151), a la cual se refieren otras posteriores como las de 1-10-86 (Ar. 5230, CL. 554), 9-10-87 (Ar. 6929, CL. 608) y 9-2-94 (Ar. 838, CL. 75). Tal modo de proceder, al margen de los reproches de que haya de ser objeto, podría encontrar su justificación en el papel que se sigue reservando a la sociedad civil como tipo general de las personalistas (53).

* * *

(51) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ. *loc. cit.*, págs. 67-68.

(52) Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 36.

(53) Incluso en algunos casos, por las propias circunstancias concurrentes en una sociedad que pretende efectuar actividades mercantiles, puede resultar desaconsejable acudir a las reglas de la sociedad colectiva que a su vez es el tipo o modelo general de las sociedades mercantiles de base preponderantemente personal. En tal sentido, vid., PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1315; aunque se sitúa en la línea de los críticos a la referida corriente jurisprudencial, parece apuntar una

La existencia de criterios paralelos y distintos (formal el del Código de Comercio de 1855, y objetivo el del Código Civil de 1889) para establecer separación entre sociedades civiles y mercantiles, plantea el lógico problema de tener que determinar por cuál de ellos se opta, cuando su aplicación llevase a resultados contradictorios. Para establecer la jerarquía entre esos principios, lo que se ha hecho es aplicar las reglas generales sobre preferencia entre disposiciones, haciéndose prevalecer como *lex posterior* el criterio objetivo o finalista que el Código Civil refería en el artículo 1.670 (54). Por eso, ha sido durante bastante tiempo mayoritaria la preferencia de la doctrina por el criterio objetivo o finalista para establecer la naturaleza de una sociedad. Los datos formales no se consideran ya adecuados para distinguir las sociedades civiles de las mercantiles, «en realidad —señala BLASCO GASCO— ni siquiera es el criterio previsto en el Código de Comercio, pues la sociedad (mercantil) se inscribe en el Registro Mercantil precisamente porque se trata de una sociedad mercantil y no es tal porque se haya inscrito en dicho Registro público» (55).

PUIG PEÑA sintetizaba acertadamente el devenir histórico, cómo ha sido la sucesión de criterios distintivos que han encontrado acogida en los Códigos de Comercio y Civil: «El Código de 1829 —*se refiere al Código de Comercio*— adoptó el puro criterio objetivo (art. 264); pero el vigente se pronuncia decididamente por el sistema de la forma —*en el art. 116*— ... Este criterio *formalista* hubiera decididamente triunfado en nuestro Derecho si no hubiera sido por el precepto del artículo 1.670... Con arreglo a esta disposición, el criterio de la forma ya no sirve, pues que tanto las comerciales *propio sensu* como las civiles pueden adoptar forma mercantil. Pero como, por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no quiere desprenderse en algunos supuestos del criterio de la forma, resulta que en

idea similar a la que refiero, a propósito de las sociedades mercantiles internas y las ocasionales, añade otra reflexión que puede ilustrar de otra manera aquel punto de vista: «La aplicación de la colectiva (*se refiere a su régimen normativo*) exige que concurren los requisitos mínimos de configuración de esa forma social —carácter externo y permanencia en la actividad—, de suerte que si faltan, como ocurre con la sociedad interna y la sociedad ocasional que actúan en el tráfico mercantil, el supuesto deviene atípico y es reabsorbido por la sociedad civil».

(54) Cfr. entre otros autores, todos en el mismo sentido, GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 33. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, pág. 57. Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, 7.ª ed., Barcelona, 1982, pág. 293, nota 2.

En cambio, GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, cfr. *loc. cit.*, pág. 60, se esfuerza en combatir la incidencia que tuvo el Código Civil —su art. 1.670— para alterar el criterio tipificador que había empleado antes el Código de Comercio.

(55) Cfr. «Los contratos societarios», en *Derecho de obligaciones y contratos*, de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. (Coord.), Valencia, 1994, pág. 730

nuestro Derecho se adopta un punto de vista conjunto...» (56). De tal modo que para las sociedades en que concuerda su naturaleza, civil o mercantil, con su forma, no se plantea ningún problema de calificación, ya se apliquen única o conjuntamente los criterios formal y objetivo. En cambio (afirmaba citando la STS de 5-7-40) si se trata de sociedades cuya naturaleza es mercantil, pero que no se han constituido con arreglo a las normas mercantiles correspondientes, se aplica exclusivamente el criterio de la forma, y se regirán solamente por la legislación común (57). Por último, en cuanto a las sociedades de naturaleza civil pero que al amparo del artículo 1.670 del Código Civil se han ajustado a alguna de las formas, al tipo, de las sociedades mercantiles, su carácter civil o mercantil se determinará como resultado de aplicarse el criterio objetivo; de tal modo que «...la sociedad será civil siempre que *por su objeto* se dedique a operaciones no comerciales (industrias agrícola, pecuaria, minera, pesca, etcétera, por regla general)». En definitiva, concluye el autor que estoy siguiendo —y con quien lo que vengo diciendo me pone en desacuerdo—, que «...la distinción entre la sociedad civil y la mercantil apenas si tiene trascendencia en nuestro Derecho...», salvo en relación a ciertos aspectos concretos, como pueden ser los relativos a situaciones de insolvencia (pues a las sociedades civiles se aplican las normas del concurso, y las de la quiebra a las mercantiles), a la llevanza de libros de comercio (que se exige para las sociedades mercantiles), o a la existencia de personas, gestores, a quienes especialmente se haya encargado de la administración social (pues, en la sociedad civil, es posible que esa gestión no se haya encargado especialmente a ninguno de los socios, en cuyo caso todos actuarán como administradores) (58).

No puede dejar de tratarse lo que supuso la consagración legislativa del criterio objetivo por el Código Civil, sin alabar la utilidad que reporta la clarificación del problema antes existente. Pues basta pensar que, de alguna manera, en apariencia se trasciende la cuestión de distinguir sociedad civil y sociedad mercantil, ya que ambas no llegan a confundirse: se considera que son fenómenos que pertenecen a ámbitos tan distintos como diferente es la actividad, civil o comercial, que en el ejercicio de la sociedad desenvuelven los socios. Pero realmente parece que el provecho (reconocido e indudable)

(56) Cfr. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, cit., págs. 367-368.

(57) La referencia, hecha literalmente a «sociedades mercantiles por naturaleza, pero no constituidas con arreglo a todas las prescripciones del Código de Comercio», cfr. *ibidem*, pág. 368, creo que puede entenderse equivalente al fenómeno de la irregularidad mercantil tal como se ha desarrollado hasta la actualidad. En tal sentido, me limito ahora a recordarlo, tiene una necesaria relevancia cierta línea jurisprudencial —ya antigua— que ha considerado como sociedades civiles a las mercantiles defectuosamente constituidas.

(58) Cfr. *Ibidem*.

del empleo del criterio objetivo no es absoluto, y espero que así se concluya en la lectura de las páginas siguientes (59).

La claridad que ofrece el criterio objetivo (que con todo no es sino aparente) podría oscurecerse si se tuviera en cuenta que, para retornar a la confusión inicial, hay quienes han querido ver que el principio del artículo 1.670 del Código Civil (en cuanto permite la posibilidad de que las sociedades civiles por su objeto adopten forma mercantil) ya no se halla vigente. Me refiero en concreto a SÁNCHEZ CALERO (60) quien dice que «...tal principio ha perdido su eficacia, hasta el punto de que puede considerarse derogado después de la promulgación de las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, y de la modificación del Código de Comercio en lo relativo a la sociedad en comandita por acciones (arts. 151-157), ya que como sabemos declaran que esas sociedades serán mercantiles cualquiera que sea su objeto. Por otro lado, el Código de Comercio presupone como esencial para las sociedades colectivas y comanditarias simples el que tengan un “objeto mercantil” (ver los arts. 127, relativo a la gestión de los socios colectivos; el 137 sobre la prohibición de éstos de hacer la competencia a la sociedad; el 923 sobre el sometimiento en la quiebra de los socios colectivos, etc.)». Sin contar con que la adopción de las formas mercantiles obliga a los socios (cfr. art. 119 del Código de Comercio) a inscribir la sociedad en el Registro Mercantil, y que —al margen de que quepa la posibilidad de que la sociedad se desenvuelva irregularmente— algunos tipos de sociedades mercantiles precisan de la inscripción con eficacia constitutiva, de modo que no existen tales tipos de sociedades sin la inscripción (61).

* * *

Por todo lo anterior, en la actualidad parece que por su certeza ha de prevalecer un doble criterio para determinar la naturaleza mercantil o civil de una sociedad, que creo que, entre otras ventajas, comporta la de su sencillez, aunque sólo fuere porque divide el problema (ello no obstante, luego intentaré demostrar que su utilidad tampoco es absoluta). Ese modo diverso de

(59) Por el momento, sirva de confianza en lo que digo la opinión de CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, págs. 57-58, en el sentido de que al reducirse la cuestión de distinguir sociedades civiles y mercantiles, por aplicación del criterio objetivo, «se empobrece notablemente su alcance, sin tener en cuenta la existencia de otras posibilidades y sin subrayar suficientemente el modo en que la adopción del criterio objetivo derogaba al criterio del tipo social adoptado...»

(60) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17^a ed., Madrid, 1994, pág. 230.

(61) Cfr. *Ibidem*

proceder consiste en examinar por una parte el objeto o materia de la sociedad, y por otro el tipo social, el modelo legal, al que intenta ajustarse. De tal manera que la solución es distinta según se trate de sociedades de personas o de sociedades de capitales. En las primeras, su carácter mercantil ha de resultar del dato objetivo de la actividad que constituya su fin: si persigue la realización de actos de comercio (cfr. art. 2 del Código de Comercio), la sociedad será mercantil (62).

En cambio las sociedades capitalistas tienen siempre carácter mercantil, en ellas podríamos decir que la forma determina de alguna manera la sustancia, su naturaleza, ya se trate de sociedades comanditarias por acciones, de sociedades anónimas, o de responsabilidad limitada (cfr. arts. 116 y sigs. del Código de Comercio, art. 3 LSA, art. 3 LSRL); en cuanto a ellas se aplica radicalmente el criterio de la forma, independientemente de su objeto o actividad (63). Con claridad lo expresa CAPILLA RONCERO (64), al decir que

(62) A propósito de los actos de comercio, conviene precisar que aunque han jugado en muchas ocasiones como elemento decisivo de mercantilidad, su valor tampoco puede ser desmedido. Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La contratación privada Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, pág. 259 y sigs.

Nuestro TS ha declarado con frecuencia que la calificación de los actos de comercio es cuestión de hecho, y como tal está reservada a la apreciación de los jueces, con la consiguiente dificultad para articular recursos de casación que pretendieran fundarse en una calificación errónea (lo que a su vez puede explicar alguna vez la ausencia de jurisprudencia específicamente destinada a establecer reglas generales para determinar la naturaleza civil o mercantil de una sociedad por constituir su objeto la realización de actos de comercio; dado que la defectuosa apreciación de tales actos de comercio, en que pudiera basarse la consideración de una sociedad como civil o mercantil, no tendría acceso directo a la vía casacional).

En la jurisprudencia (incluso desde antiguo, cfr. vgr., STS de 8-10-29, 19-12-33, 13-3-36, 9-3-43, 9-5-44) los actos de comercio se caracterizan por estar destinados a la circulación de la riqueza, por predominar en ellos el espíritu de lucro, y por ser necesariamente onerosos, por ser realizados habitualmente por los comerciantes en ejercicio de su profesión o industria. Cfr. SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pág. 280.

En cualquier caso, el recurso a los actos de comercio para calificar de mercantil la función de quien los realiza tropieza con un inconveniente de principio y es la semejanza en los términos que tanto el Código Civil (art. 1.665) como el Código de Comercio (art. 116) utilizan para establecer el concepto de sociedad a que respectivamente se refieren, pues ambos contienen una finalidad lucrativa, de tal modo que —en palabras de GIRÓN TENA, cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RDP*, 1954, pág. 400— «la nota especulativa que se atribuía a los actos de comercio se difumina para las sociedades».

(63) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., «Manual de Derecho civil español», vol. III, cit., pág. 670.

Cfr. BLASCO GASCO, F., «Los contratos societarios», en *Derecho de obligaciones y contratos*, cit., pág. 730.

(64) Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 59-60. Coincide en su opinión con la que expone GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Los criterios del derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y civiles y sus consecuencias prácticas*, cit., pág. 67 y sigs.

«...no es de extrañar que, atendiendo a los antecedentes y al tenor de diversos preceptos del Código de Comercio, se pueda aventurar la opinión de que en él se recogen como criterios distintivos realmente los dos apuntados (*el formal y el objetivo*), alternativamente: serán mercantiles, esto es, se someterán a las disposiciones del Código de Comercio, las sociedades que se dediquen a actividades mercantiles, sea cual sea el tipo social escogido, y las sociedades que adopten algunos de los tipos mercantiles regulados, sea cual sea la índole de las operaciones que constituyen su objeto».

Para el caso de que una sociedad que se constituyera sin acogerse a un tipo mercantil se dedicara por su objeto social a una actividad comercial, hay que inclinarse por atribuirle naturaleza mercantil, reconociendo la primacía del criterio objetivo; ahora bien, en tal situación, puede plantearse el problema —siempre más importante que la atribución de calificaciones— de determinar por qué régimen jurídico debe regirse esa sociedad (65). Creo que ese régimen dependerá tanto de la naturaleza civil o comercial, aplicándose normas de una u otra naturaleza, como, si se trata de una sociedad calificable de irregular, del criterio que se sustente sobre ese fenómeno más amplio. Si se trata de sociedades mercantiles, no hay demasiados problemas en ver que el régimen idóneo es el previsto por el Código de Comercio para las sociedades colectivas (tal sentido puede verse con frecuencia inspirando la jurisprudencia, además de que goza del valor de la tradición histórica, y de que es una consecuencia que resulta legalmente de la *mens legislatoris*, en lo que deja traslucir aquel Código); aun sin olvidar que (por muchos reproches que puedan hacerse no deja de ser algo real) existe un buen número de sentencias que han sometido las sociedades mercantiles irregulares a las normas del Código Civil, que jugaría en tales —y otros— supuestos el papel de Derecho común, también en cuanto a las sociedades. Sin duda lo más justo —para los terceros, cuyos intereses no deben sufrir un perjuicio fraudulento— es tratar de encontrar la naturaleza de una sociedad en la manera de actuar de quienes la componen, pero no siempre los actos de los socios se corresponden con la esencia de la sociedad. Además de que en ciertos casos, ante el cúmulo de inconvenientes con que pueden tropezar otras posibles soluciones, no queda más remedio que optar por la que mejor propicie la seguridad jurídica.

Me parece oportuno llamar la atención sobre el hecho de que tal vez no se ha destacado suficientemente por la doctrina (66) que, el criterio que estoy

(65) Sociedad que CAPILLA califica de «atípica», y en cuanto a la cual dice que es compartible la opinión de quienes mantienen el papel que la sociedad colectiva desempeña como Derecho común de las sociedades mercantiles. Cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 61.

(66) Aquí mismo podrá verse por las opiniones que seguidamente continuaré citando, tanto de civilistas como de mercantilistas.

examinando, pese a ofrecer un esquema tan lógico para distinguir sociedades civiles y mercantiles a partir de la separación de las sociedades capitalistas y personalistas, se basa en un presupuesto necesario que tal vez no se dé en algún caso concreto. Pretendo decir, ni más ni menos, que el criterio formal no siempre es aplicable, ni siquiera siempre ofrece resultados incuestionables, ni aunque se refiera a las sociedades capitalistas. Pues sólo tiene utilidad real en cuanto se trate de sociedades regulares, pues esa regularidad significará normalmente la conformidad de una sociedad con los elementos formales que las leyes le imponen. Si son sociedades regulares aquéllas que precisamente se han constituido acogiéndose a las exigencias formales que prescribe el Derecho, en casos distintos, en las situaciones de irregularidad provocadas precisamente por la omisión de los requisitos de forma, esos vacíos no pueden comportar la virtualidad de atribuir la naturaleza mercantil que las leyes reservan únicamente para las sociedades regulares (67).

Insistiendo en lo anterior, la regla de disociar dos grandes grupos de sociedades que tienen naturaleza mercantil, en cuanto al criterio de buscar el dato formal en las capitalistas, no nos sirve más que fuera del ámbito de la irregularidad societaria. Dado que en las sociedades capitalistas los requisitos de forma tienen carácter constitutivo, sólo en las sociedades capitalistas regularmente constituidas las formas o elementos formales podrán exteriorizar su naturaleza mercantil. Por el contrario, en las sociedades capitalistas irregulares, ya que en realidad no podrán considerarse como tales sociedades al carecer de algunas formalidades constitutivas, solamente a través del criterio de la actividad nos permitirán conocer su naturaleza mercantil (68).

A los autores antes citados, con las opiniones en pro del criterio calificador que aparece como más moderno, parecen agregarse otros como Díez-PICAZO y GULLÓN que opinan que en nuestro Derecho positivo la solución del problema de distinguir sociedades civiles y mercantiles tiene que obtenerse conjugando el criterio objetivo y el formal: «por ello, si la sociedad se constituye regularmente y adopta alguno de los tipos reconocidos por la legislación mercantil, debe calificarse como sociedad mercantil. No obstante, a tenor del artículo 1.670, si la sociedad es civil por su objeto, sólo le son aplicables las disposiciones de la legislación mercantil en cuanto no se opon-

(67) Cfr. en este mismo trabajo, las STS de 6-2-64 y de 20-2-88, además del artículo 16-2 LSA.

(68) Distinto sería el caso de las sociedades en formación, cfr. artículo 15 LSA. En ellas su mercantilidad no resulta de una actividad que el intérprete deba calificar, sino de los propios actos de los sujetos contratantes que exteriorizan su voluntad mediante el empleo de ciertas formas correspondientes e indicativas de la sociedad mercantil; en definitiva, aquí el carácter mercantil todavía puede resultar de la aplicación de un criterio legal que atribuye la naturaleza mercantil por la forma de constitución escogida, aunque todavía no se haya ultimado.

gan a las del Código Civil, salvo si el tipo elegido es la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Aquí la forma prejuzga totalmente el carácter mercantil y queda sometida a la legislación especial» (69).

Para el mercantilista URÍA «hoy, sin embargo, la vieja cuestión —*la de la distinción de las sociedades civiles y las mercantiles*— se ha simplificado notablemente, merced a que nuestro legislador ha vuelto a salir por los fueros de la forma, ratificando plenamente el primitivo criterio formal del Código de Comercio en las leyes reguladoras de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada... Ya no es posible, pues, plantear frente a esas formas sociales cuestión alguna acerca de su carácter o naturaleza, y el problema queda relegado, así, al campo de las sociedades colectivas y comanditarias. Pero aun en éstas, el criterio de la organización en empresa peculiar de la actividad mercantil en general permite simplificar notablemente la solución: las sociedades que desarrollen o exploten una empresa serán mercantiles; las que no se constituyan con esa finalidad u objeto tendrán índole civil, sin perjuicio de que en razón a su forma mercantil hayan de quedar sometidas —según quiere el art. 1.670 del Código Civil— a las disposiciones del Código de Comercio que no se opongan a las del Código Civil» (70).

VICENT CHULIÁ apunta que aunque «algunos interpretaron que el Código de Comercio establecía el principio de *mercantilidad por la forma*, es decir, que toda sociedad constituida en una de las cuatro formas o tipos mercantiles sería mercantil (tres, en la redacción del art. 122 del Código de Comercio de 1885, que las definía, hasta su modificación por la Ley 19/89)», sin embargo en la actualidad puede hacerse una interpretación conjunta del Código Civil y del Código de Comercio que lleva a la conclusión de que el sistema o criterio vigente es distinto. Efectivamente el sistema hoy existente resulta de distinguir según se trate de sociedades personalistas o de capitales. En las primeras, «es decir, colectiva y comanditaria simple, la sociedad es mercantil si lo es su actividad u objeto, es decir, si constituye “ejercicio del comercio”. Por ello, si una sociedad tiene objeto mercantil (“operaciones de giro y otras actividades lucrativas...”)) es mercantil, por lo que no puede inscribirse en el Registro Mercantil con la autocalificación de “civil”, dada la confusión que

(69) Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª ed., Madrid, 1989, pág. 522. Resulta llamativo que esa solución se refiera en su primer extremo específicamente a la sociedad constituida «regularmente», ¿acaso piensan estos autores que la fórmula variaría si se tratara de una sociedad irregularmente constituida, al tener que disociarse el ámbito interno (regido por el pacto social) el externo (en que se prima la protección de los terceros)? O ¿tal vez la solución distinta para la sociedad irregular estaría en sintonía con aquel argumento jurisprudencial que considera sociedades civiles a las mercantiles defectuosamente constituidas?

(70) Cfr. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 21.ª ed., Madrid, 1994, págs. 180-181.

originaría...» (71). En cambio para las sociedades de capitales, es decir, la sociedad anónima, la comanditaria por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada (y también la sociedad de garantía recíproca y la agrupación de interés económico, en cuanto tienen como regímenes supletorios respectivos el de la SA y el de la sociedad colectiva), se sigue el criterio formal, el de mercantilidad por la forma. De tal modo que «*son siempre mercantiles aunque su actividad sea agraria, artesana, profesional u otra calificada como civil*» (72).

BROSETA (73) explica el problema con una meridiana precisión, partiendo como otros autores de la premisa de que la solución debe ser distinta según el tipo o clase de sociedad (ya se trate de sociedades capitalistas o personalistas; aunque califica el criterio formal que se aplica a las primeras como afortunado, mientras que para las sociedades personalistas habla de una «enajenada y complicada interpretación», que consiste en el criterio objetivo). Para las sociedades capitalistas ha prevalecido el criterio formal, lo que al mismo tiempo «ha hecho desaparecer de nuestro Derecho las sociedades civiles con forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada». Tratándose de sociedades personalistas, opina que «nuestro Derecho positivo no establece con suficiente claridad cuál es el criterio de cuya presencia o ausencia depende su naturaleza mercantil o civil. La cuestión ha sido además enturbiada por la contradictoria y vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en un problema de cuya resolución en uno y otro sentido depende que las sociedades personalistas sean sometidas al Código de Comercio o al Código Civil». Al permitir el artículo 1.670 del Código Civil que las sociedades de naturaleza civil, sin dejar de serlo, pudieran adoptar algunas formas de las sociedades mercantiles, quedó derogado el criterio formal vigente antes de la promulgación del Código Civil para determinar la naturaleza mercantil de las sociedades. «¿Cuál es actualmente —se pregunta BROSETA— el criterio del que depende la mercantilidad de las sociedades colectivas y comanditarias? Sin duda, *la naturaleza mercantil o industrial de la actividad para cuya explotación la sociedad se constituye*. Así se desprende no sólo del artículo 1.670 del Código Civil, sino también de los artículos 117-2.º, 123 (antes de su reciente derogación) y 1-2.º del Código de Comercio». En definitiva, para este autor el criterio objetivo o de la actividad es decisivo en forma tajante cuando se trata de sociedades del tipo de las personalistas; en el supuesto del artículo 1.670 del Código Civil, las sociedades serán mercantiles cuando su

(71) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.ª ed., Valencia, 1992, págs. 123-124.

(72) *Ibidem*.

(73) Cfr. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 159 y sigs.

objeto sea mercantil o industrial, y serán en cambio civiles cuando se realicen actividades de naturaleza civil. Incluso es determinante de la naturaleza civil, en su caso, que puede tener una sociedad que ha de atribuírsele tal carácter tanto cuando las correspondientes sociedades colectivas o comanditarias se constituyan regularmente, con escritura pública que se inscriba en el Registro Mercantil, como cuando la sociedad caiga dentro del fenómeno de la irregularización (74).

* * *

¿Cómo se traduce en lo concreto el juego de criterios distintivos? Sería oportuno que nos planteásemos la cuestión de otro modo, preguntándonos qué actividades podrán constituir el objeto de la sociedad civil, habida cuenta de su proximidad a la mercantil. La respuesta es que tal materia se obtendrá por exclusión o eliminación del ámbito que es peculiar de la sociedad mercantil, atendiendo en cuenta que la sociedad mercantil está caracterizada por una enumeración específica de actividades y por una referencia genérica a su dedicación a la industria o al comercio (cfr. arts. 117, 123, 124 del Código de Comercio). En efecto, las posibilidades de que ante una sociedad dada, ésta tenga naturaleza mercantil, son grandes. De cualquier modo, al margen de los casos en que por razones no siempre idénticas el TS ha dado la consideración de sociedades civiles a las que tienen por objeto actividades como las de espectáculos y discotecas, cafeterías y bares, pueden considerarse sociedades civiles las agrícolas o pecuarias y las artesanales (cfr. art. 326 del Código de Comercio), acaso las explotaciones mineras, las sociedades de profesionales, y tal vez otros supuestos más llamativos como ciertas comunidades de propietarios (75).

Ha de reconocerse que es exigua la posibilidad de que una sociedad alcance carácter civil, y por lo mismo no sorprende que se haya podido llegar a pensar —y a escribir— que la sociedad de esa naturaleza ha acabado por ser un contrato realmente en desuso, cuando no pueda decirse incluso que resulta extravagante. Nada más lejos de la realidad. Lo que ha perdido desde hace mucho tiempo la sociedad civil (en cuanto a campo de aplicación de los supuestos a que puede referirse, de los objetos o fines civiles que admite una sociedad) (76) lo ha recobrado como contrapartida al adquirir el régimen de la sociedad civil, el catálogo preceptivo del Código, una importancia si no

(74) Cfr. *ibidem*, pág. 159.

(75) Cfr. CÁMARA ALVAREZ, M. DE LA, *Estudios de Derecho mercantil*, Tomo I, 2.^a ed., Madrid, 1977, pág. 150.

(76) Capitidisminución de que tiene tanta responsabilidad el legislador, la *mens legislatoris*, como la realidad del tráfico y sus necesidades de agilización.

creciente desde luego constante. Y el mérito de esa conservación de la sociedad civil, que impide que se la considere como un cadáver jurídico, en buena medida se ha cosechado por la jurisprudencia (77) y, en lo que pueda faltar para que sea absoluto ese mérito, es también del sentido jurídico popular que tal vez haya visto en la sencillez (sobre todo de manera comparativa con la tipología societaria mercantil), y plenitud del régimen del Código Civil una respuesta idónea para sociedades con escasas pretensiones (78). Y aún cabe añadir, siempre desde mi punto de vista, otra coordenada para situar el plano de influencia que actualmente ocupa la sociedad civil: donde más se afirma el papel que el régimen societario civil está llamado a seguir desempeñando, es en el ámbito de la irregularidad (79). Ya lo intuía de alguna manera GIRÓN TENA, para evitar ciertas contradicciones que en otro caso se plantean, «...en el orden del juego de conceptos de libertad de configuración debería permitir la entrada como concepto formal en el Derecho mercantil de las sociedades civiles para resolver problemas de atipicidad y de régimen» (80).

* * *

En definitiva, en el presente epígrafe se ha venido diciendo lo evidente, que las sociedades civiles son distintas de las mercantiles. Pero, algo que es igualmente lógico pero cuya evidencia a veces se escapa, la distinción conceptual de una y otra debe comportar necesariamente una diferenciación de

(77) Ya lo ponía de manifiesto PUIG PEÑA, F., cfr. *Tratado de Derecho civil español*, cit., pág. 364, nota 1, cuando relata brevemente la evolución histórica del contrato de sociedad explica cómo al aparecer las sociedades comerciales con su concepción de la personalidad jurídica la sociedad civil quedó un tanto relegada, pero ha sido la jurisprudencia la que poco a poco ha ido «...desarrollando insensiblemente una labor de parificación con la sociedad comercial en estos aspectos de la personalidad jurídica».

(78) Eso sucede muchas veces con sociedades para las que, aunque persigan fines de naturaleza mercantil, la complejidad y el costo económico del riguroso formalismo inherente a lo mercantil es suficientemente persuasivo, pues resulta más ventajosa la sencillez y el aformalismo característicos de las sociedades civiles.

(79) La actualidad de la sociedad civil (contra todo pronóstico) no sólo resulta positivamente de la propia importancia del régimen que el Código Civil previene para la sociedad que regula, sino que por exclusión también recoge lo que el Código de Comercio no puede resolver adecuadamente (como las sociedades internas), sin contar con las razones de orden tributario. En particular, si se considera que la sociedad mercantil se caracteriza no solamente por su objeto, sino porque está dotada de unas especiales garantías de publicidad, formas o formalismos constitutivos, y que las sociedades internas propician la omisión de tal publicación, no deja de resultar inconveniente encajar las sociedades internas dentro del Código de Comercio. Así lo afirma GIRÓN TENA, cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RD*, 1954, págs. 400 y 401.

(80) Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RD*, 1954, pág. 402.

régimen (81). Y, efectivamente, hemos visto que así sucede (con la salvedad de las sociedades *ex* 1.670 del Código Civil, como luego se entenderá), a las sociedades civiles se aplican especialmente las normas del Código Civil, y las del de Comercio a las mercantiles. Pero, ¿cómo encaja este sistema elemental las consecuencias que cabe extraer de la condición de Derecho común que tiene el Código Civil? Desde luego, esa relación entre uno y otro cuerpo normativo debe hacerse respetando el sistema de fuentes que en particular para el Código de Comercio establecen sus artículos 2 y 50. De tal modo que el Civil es supletorio del mercantil, el cual se aplicará en primer lugar —y por supuesto, no aquel otro Código— a las sociedades que tengan la correspondiente naturaleza comercial. Así se ha dicho por algún autor (82) que no es factible, no resulta justificable, pretender aplicar directamente el régimen de la sociedades civiles a las sociedades que sean mercantiles por su objeto o actividad; ni siquiera se admite la aplicación de normas civiles en caso de duda, que coincidirá muchas veces con las llamadas sociedades atípicas, pues con frecuencia se ha estimado preferible conservar el papel que la sociedad colectiva ha venido desempeñando tradicionalmente como sociedad mercantil general (83). Sin embargo yo entiendo que ni una ni otra afirmación tienen por qué ser inexorables. La primera, sobre que nunca se aplique directamente el Código Civil a sociedades mercantiles, tiene en la posibilidad de que se trate de sociedades irregulares la propia medida de su contingencia. Porque, en efecto, basta considerar, sin tener que aventurar una propuesta de régimen jurídico para las sociedades irregulares, que necesariamente han de escindirse dos ámbitos distintos, el interno y el externo, y en cuanto al relativo a las relaciones entre los socios siempre será el pacto el que se anteponga a normas tanto civiles como mercantiles; y además, en su defecto, si con frecuencia se considera la relación interna como de comunidad de bienes, esta consecuencia no se encuentra establecida en el Código de Comercio, sino por el Civil, en el artículo 1.669 del Código Civil, que remite al 392 y siguientes, el cual destaca precisamente la preeminencia de la voluntad de los contratantes para regir esa esfera interna (cfr. su segundo párrafo).

La otra afirmación que creo que también debe ser combatida, el sometimiento de los casos dudosos de sociedades mercantiles a las normas de las colectivas, aunque fundamentalmente es correcta y cada día con mayor fuerza la sustenta el Tribunal Supremo, ni siempre ha sido considerada así, ni tam-

(81) El tema de la irregularidad, si interesa por encima de las preocupaciones metodológicas, técnico-jurídicas, conceptuales, etc., es porque plantea toda una problemática referente a su régimen jurídico y los efectos que está llamada a producir.

(82) Vgr. CAPILLA RONCERO, F., cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 68-69.

(83) Sin duda ha sido GIRÓN TENA uno de los principales valedores de tal criterio.

poco siempre es así actualmente. Pues no faltan ocasiones de ahora y de épocas pasadas (más adelante haré una breve exposición de algunas) (84) en que, en caso de irregularidad societaria, se prefiere poner en marcha el juego de remisiones que hace el artículo 1.669 del Código Civil, aunque se trate de tutelar una entidad que tenga naturaleza mercantil. Realmente las dos posibilidades teóricas de asignar a las sociedades irregulares tanto el régimen civil como el mercantil, se han seguido en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo: a las sociedades, por su actividad mercantiles, se aplican normas de esa misma naturaleza, como algunas veces también se ha dicho que se someten a normas civiles; y a las sociedades de actividad civil se aplican normas civiles, aunque alguna vez suceda que por las circunstancias concurrentes se opte por normas mercantiles. Sin duda resulta verdaderamente llamativa esa falta de correlación de la naturaleza jurídica de las sociedades con la del régimen que se les aplica. La sorpresa es particularmente alarmante en los casos de sociedades irregulares, de hecho, etc., en que ocurra que se estén aplicando a una sociedad mercantil —por su objeto— las normas del Código Civil, lo que la doctrina científica no ha visto con agrado (85).

IV. SOCIEDADES CIVILES CON FORMA MERCANTIL: EL ARTICULO 1.670 DEL CODIGO CIVIL

Puede llamar la atención que yo independice, aparentemente, el tratamiento del artículo 1.670 del Código Civil dedicándole un epígrafe separado de la distinción de las sociedades civiles y mercantiles en general, especialmente cuando ha podido verse que ya fue preciso hacer referencia a aquel artículo. Esa extrañeza no tendría nada de sorprendente, pues sucede que algunos civilistas, cuando estudian (tan escuetamente como suele hacerse, en gene-

(84) De otras sentencias que no voy a transcribir conviene cuando menos citar su fecha, como sucede con aquéllas en que se procedió sometiendo la sociedad mercantil a las normas civiles en función de su irregularidad: vgr. STS 31-5-12, 25-5-27, 5-7-40, 26-6-59, 4-7-59.

(85) Vgr. CAPILLA RONCERO, cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 71-72, quien opina que la corriente jurisprudencial correcta, y además la relevante, es la que aplica a las sociedades mercantiles normas mercantiles, puesto que la otra, la integrada por sentencias que suponen la aplicación del Código Civil, «...en muchas ocasiones se ve forzada por el propio planteamiento del recurso; pero en la práctica totalidad de los casos, además resuelve cuestiones respecto de las que es en la práctica indiferente aplicar preceptos civiles o mercantiles, ya sea por la identidad sustancial de las soluciones dadas por ambos ordenamientos, ya sea porque son puntos carentes de regulación específica en el Código de Comercio, siendo entonces aplicable en última instancia el Código Civil. Así, incluso, parece advertirlo el Tribunal Supremo cuando, aplicando preceptos mercantiles, invoca en refuerzo de la solución facilitada normas del Código Civil de contenido sustancialmente idéntico o complementario».

ral) (86) la separación y diferencias de las sociedades civiles y de las sociedades mercantiles, reducen el ángulo de perspectiva, casi exclusivamente, al artículo 1.670 del Código Civil (87). Lo cierto es que (aunque nadie haya dicho lo contrario, tampoco se ha insistido en dejarlo claro) no todo lo que hay de interesante en escindir el ámbito societario civil del mercantil cabe dentro del estudio del artículo 1.670 (88). Más bien me parece que el tema de éste es un incidente o secuela de aquél otro más amplio y general. Incluso no puede reducirse el tratamiento de una cuestión a otra, porque en realidad lo que sucede con las sociedades a que se refiere el artículo 1.670 puede entenderse como un episodio tan importante que constituyó derogación del criterio formal que seguía el Código de Comercio (89). Y todavía las sociedades mixtas conllevan una temática referente a si deben entenderse como excepción o regla especial de los criterios distintivos más usuales, los que califican una sociedad como civil o como mercantil según su objeto o actividad, aspecto éste último de que a continuación me ocupo.

El artículo 1.670 del Código Civil dispone: «*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*» (90). Este precepto

(86) Es notable la severidad con que se ha juzgado la manera en que la doctrina civil trata el presente tema; vgr. vid. AZURZA Y OSCOZ, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, págs. 164-169.

(87) Vgr. ALBALADEJO, cfr. *Derecho Civil*, Tomo II, cit., pág. 293.

(88) Al margen de las que apunto, una última razón para que yo destaque en el presente epígrafe el artículo 1.670 separadamente del anterior, es la formal y anecdótica de que la extensión del precedente apartado puede acusar una sobretasa de ideas que las haga menos útiles.

(89) Como sabemos, la generalidad de la doctrina tanto civil como mercantil, se pronuncia hoy en día en favor de la primacía del criterio objetivo. Cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo II, cit., pág. 293. Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, cit., pág. 670.

(90) Algunas páginas más adelante me ocupo de indagar en el contenido específico de este interesante artículo.

A propósito del artículo 1.670, si bien la conclusión puede generalizarse para ámbitos diferentes, ALBALADEJO hace una precisión oportuna que, aunque muchas veces se puede tomar por sobreentendida, permite aclarar el sentido de los términos que utiliza el Código. Se refiere a lo equivoco del empleo de la expresión «forma», pues, aunque en el contexto del artículo 1.670 del Código Civil deba remitirse a la de «tipo», en realidad significa normalmente —y en otros preceptos del mismo régimen de la sociedad— soporte formal, envoltura formal. «Para referirse al *tipo* que una sociedad adopta, se suele hablar (así, Código Civil, art. 1.670) de que se constituye o de que reviste tal o cual *forma*. Y, en ese sentido, las sociedades pueden constituirse en *forma* civil o en *forma* mercantil (tipos de sociedades regulados en leyes mercantiles). Hablar, en ese sentido, de *forma* de las sociedades, puede producir confusión con el que tiene el término «*forma*» referido a la manera (forma) en que se celebra el contrato de sociedad (así, verbalmente [*forma oral*], o por escrito [*forma escrita*], en escritura pública, etc.). En este segundo sentido se habla

tiene un origen tan peculiar como el que le antecede en orden numérico, el 1.669 del Código Civil, pues ambos supusieron cambios de última hora sobre lo que iba a ser el Código Civil. «El anteproyecto de 1888 —escribía De CASTRO—, contiene en el título “de la sociedad” un artículo que, siguiendo las ideas dominantes en el momento, dice: “La sociedad civil no constituye una personalidad distinta de la de los asociados” (art. 5.º). La doctrina francesa, la que se estima entonces más autorizada, entendía que la sociedad civil por su objeto incurría en nulidad absoluta, si se le revestía de forma mercantil. Todo lo que resultaba era que una serie de sociedades de gran importancia económica (mineras, de construcción, agrarias) se veían privadas de gozar de personalidad jurídica. Advertido esto a última hora, el 18 de noviembre de 1888, cuando ya se había decretado la publicación en la Gaceta del Código Civil “adjunto” (6 de octubre de 1888), se interpolan los artículos 1.669 y 1.670» (91).

En efecto, el origen del artículo 1.670 es un tanto peculiar. Además, creo que, como podrá deducirse de lo que voy a exponer, no es extraño que se concluya que en realidad dicho precepto es algo sorprendente, difícil de entender cuando se busca extraer su significado más allá de la superficie de su literalidad. Puede venir a ser como una avanzadilla del Derecho civil en el Código mercantil, sin mayor trascendencia, o a la inversa como una cuña del Derecho mercantil en el Cuerpo del Derecho civil (lo que podría ser más significativo de la pujanza que aquel Derecho ha alcanzado a costa del civil), o por último también podría considerarse el exponente de una cierta comercialización del Derecho civil (92). Y la verdad es que, de cualquier forma, el aludido artículo no ha concitado demasiado entusiasmo en la doctrina científica, ni en la mercantil ni en la civil (93). Aunque se considere bueno o

de «forma» en el artículo 1.667 del Código Civil». Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Tomo II, cit., pág. 293

Sobre las situaciones parecidas a la que se refiere en el artículo 1.670 del Código Civil español, en el Derecho comparado, cfr. GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Español», *RDM*, vol. IV, núm. 10, julio-agosto 1947, pág. 47 y sigs.

(91) Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 84.

(92) Cfr. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 161.

(93) Vgr., es BROSETA, cfr., *op. cit.*, pág. 161, quien comenta que «la permisión de sociedades civiles con forma mercantil es altamente criticable, porque da lugar a la aparición de figuras cuyo régimen jurídico es contradictorio y oscuro, creando sociedades híbridas cuya virtualidad práctica es escasa». Sin embargo, se me ocurre oponer a este punto de vista —por lo demás acertado— que habría de matizarse que, cuando se aventura la utilidad que puede reportar el artículo 1.670 del Código Civil, en primer lugar ha de hacerse siempre reserva de cómo quieren los particulares contratantes conseguir lo que se proponen; y en segundo lugar también es de notar que muchas veces se piensa en el artículo 1.670 con una lógica que podríamos denominar mecánica, que toma en cuenta

criticable, es inevitable acabar considerando (al margen de otras reflexiones, propiamente *de lege ferenda*) que el artículo 1.670 existe tal cual es en el Derecho positivo y por ende en la realidad, y fuerza a establecer distinción entre los diferentes ámbitos civil y mercantil que pueden resultar entremezclados.

Las *sociedades mixtas* que introduce en el Código el artículo 1.670, son sociedades civiles con objeto mercantil, suponen efectivamente que puede darse una especie de sociedades que, en cuanto se ajustasen a las formas previstas para las sociedades mercantiles, aplicando el criterio formal tendrían la consideración de mercantiles. Pero es que del mismo modo cabría pensar que las sociedades del artículo 1.670 se comportan como excepción a la regla general, cuando ésta se corresponde con el criterio distintivo del objeto o actividad: no siempre se aplicaría íntegramente ese principio, que supondría en los casos típicos que las sociedades de actividad civil apareciesen —en su forma, formalmente— como tales sociedades civiles. La cuestión resultaría ya más compleja, o ya más fácilmente resuelta, si se creyese que las sociedades civiles con objeto mercantil deben inscribirse en el Registro Mercantil para poder gozar de personalidad jurídica: aunque la inscripción no juega como criterio determinativo autónomo de una naturaleza jurídica mercantil, no es menos cierto que las sociedades civiles no tienen por qué inscribirse, lo que sí es en cambio necesario para las comerciales (94).

Lo que está haciendo en realidad el artículo 1.670 es establecer dos órdenes de cuestiones diferenciables: las referentes a la actividad y la forma. En relación a cómo deban permanecer inalterados ambos aspectos, el artículo admite una distinta interpretación, todo depende de cómo se entienda la precisión «...*por el objeto a que se consagren...*». Una versión supondría que las sociedades civiles, que lo sean por tener objeto civil, podrán revestir las formas previstas en el Código de Comercio; y otra bien distinta sería entender que hay unas sociedades a las que por disposición del artículo 1.670 se atribuye naturaleza civil, independientemente de que se corresponda o no con su objeto o actividad. Esta segunda interpretación es de todo punto inadmisibile, tanto desde el literal como del lógico, y no encontraría razón sistemática. Así

sólo lo que se deduce de la literalidad de sus términos —que no son del todo dráfanos—, olvidando lo que debajo de esa apariencia permite relacionar el concepto de sociedad civil y mercantil dentro de un ámbito más o menos común que es el de la irregularidad societaria

(94) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 84. El autor lo que hace es extender al máximo la consecuencia de que la sociedad mixta pueda someterse a las formalidades previstas para las sociedades mercantiles. Pero puede comprenderse que ello tiene una mayor trascendencia si se observa el particular punto de vista crítico que sostiene a propósito de la personalidad jurídica de las sociedades civiles (cfr. *ibidem*, pág. 85) que no adopten las formas mercantiles y se hayan inscrito en el Registro Mercantil.

que el artículo debe referirse a que nada impide que algunas sociedades que tendrían naturaleza civil por perseguir actividades civiles, puedan revestirse de la forma que en situación distinta correspondería a sociedades mercantiles. Y *a contrario*, se deduce que no tiene sentido plantear la hipótesis de una sociedad que pretendiera emplear las formas mercantiles, que persiguiera objeto mercantil, y que pese a ello tuviera atribuida una naturaleza civil por el dictado del artículo 1.670 del Código Civil (95).

Por tanto la función que tuvo en su momento el artículo 1.670 del Código Civil, fue doble. De un lado dio entrada al criterio objetivo; de otro, por su virtualidad como ley posterior, derogó el criterio formal anteriormente consagrado (principalmente en el art. 116) por el Código de Comercio. No se puede extender a más el sentido del artículo, y en cualquier caso no se puede interpretar de modo que se quiera ver que la *sociedad mixta* suponga una importante modalización del criterio objetivo, en el sentido apuntado, que supusiera admitir sociedades civiles con objeto mercantil.

No podía ser de otra manera (lo supraescrito basta para ser fiel a esta razón de necesidad), pero a veces se puede insistir demasiado en una redundancia, que la sociedad *civil mixta* tiene naturaleza *civil* (96). Ya digo que buena parte de lo que opino, sobre el contenido del artículo 1.670, es fácilmente refutable con sólo negar esa naturaleza civil. En realidad no es tan fácil, si se tienen en cuenta, además de los argumentos lógicos y los de autoridad de la doctrina, lo que positivamente se establece en artículos como el 1.-2.º del Código de Comercio (que califica como mercantiles «*las compañías mercantiles o industriales que se constituyan con arreglo a este Códigi-*

(95) Lo que estaría sucediendo en esa situación inimaginable es que se querría ver en el legislador civil, el del 1889, una emulación del modo de proceder que se ha adoptado en la legislación de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

(96) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, 15.ª ed., Madrid, 1993, págs. 604-605. Expone su propia opinión, y la de otros destacados autores como GARRIGUES, GIRÓN, etc., en el sentido de que las sociedades que no tienen objeto y finalidad mercantil y revisten las formas del Código de Comercio siguen siendo sustancialmente civiles, es decir, no adquieren el *status* de comerciante. Cfr. en el mismo sentido, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, cit., pág. 161. De esa opinión discrepa GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loc cit.*, pág. 60, a cuyo juicio «...si bien es cierto que en el pensamiento del legislador mercantil la constitución con arreglo al D. de c. alude a las formas de sociedad, no lo es que el Código de Comercio adoptara el criterio *exclusivo* de la forma, ni tampoco que el artículo 1.670 del Código Civil *decidiera* que las sociedades no dedicadas a operaciones comerciales hubieran de reputarse civiles *en todo caso*».

BLASCO GASCO, F., *Derecho de obligaciones y contratos*, cit., cfr. pág. 731, señala que la sociedad constituida al amparo del artículo 1.670 continúa siendo sociedad civil, «por lo que la forma de mercantilidad de que se puede revestir sólo puede ser la colectiva o la comanditaria simple, pues el resto (anónimas, comanditarias por acciones y limitadas) son siempre mercantiles, cualquiera que sea su objeto. Por otro lado, no podrán acceder al Registro Mercantil, el cual se reserva sólo a las sociedades mercantiles».

go»), o el artículo 119 del Código de Comercio (que hace una relación de requisitos formales que deben concurrir en las sociedades mercantiles), o el 122 (que hace una relación de clases o especies de sociedades mercantiles, entre las que no se encuentra la sociedad mixta), etc. (97).

Hay que volver a destacar que la posibilidad de sociedades *ex* artículo 1.670 del Código Civil, que conserven su naturaleza civil pese al objeto mercantil a que se dediquen, es más aparente que real. En particular porque su ámbito de aplicación se limitó ya desde 1951, por la LSA de ese año y la LSRL de 1953. Limitación que continúa tras las últimas reformas habidas en la legislación de las sociedades de capital (vid. Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la Ley mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades), pues el actual artículo 3 LSA dispone que *«La sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil y, en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley»*. Y el renovado (nuevo en cuanto fue afectado por aquella reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, pero la modificación no alcanzó al apartado que transcribo y que por tanto coincide con su redacción de 1953) artículo 3 LSRL señala en su último párrafo que *«Cualquiera que sea su objeto, la sociedad tendrá carácter mercantil y quedará sometida a los preceptos de esta Ley»*. La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Ley 26/1995, de 23 de marzo, dice sustancialmente lo mismo que en su redacción anterior aunque con un sentido más directo: *«La sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil»*. Y por si cupiera alguna duda de que la sociedad de responsabilidad limitada es mercantil *ope legis*, independientemente de su objeto, el artículo 87 de la nueva LSRL, relativo a la transformación de esas sociedades, establece en su apartado segundo que *«Cuando el objeto de la sociedad de responsabilidad limitada no sea mercantil, podrá transformarse además en sociedad civil»*, lo que creo

(97) Y autores (poco sospechosos de estar dispuestos a ceder gratuitamente ocasiones a la expansión mercantil en materia de sociedades) como GIRÓN, cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RDP*, 1954, pág. 401, ven la resistencia que ofrecen, en particular, los supuestos de sociedades internas para quedar sometidos a los tipos comerciales. Porque si se tiene en cuenta que las sociedades de naturaleza mercantil no solamente deben tener un objeto mercantil, sino que además han de reunir unos requisitos de forma, de publicación, se llega a un callejón sin salida cuando se trate de sociedades internas: por un lado ha de suponerse que no puede ser civil la sociedad que actúe en el tráfico comercial, por otro, al ser esenciales las notas de publicidad para la sociedad mercantil, tampoco cabría atribuir esta naturaleza. GIRÓN llega más lejos en las consecuencias de este planteamiento, por el que concluye que «no cabe duda de que siendo Sociedades —desde el punto de vista del concepto general de Sociedad— lo seguirán siendo aunque se dediquen al tráfico mercantil; lo que ocurrirá es que no podrá encontrarse un régimen adecuado bajo las figuras del Código de Comercio».

que es suficientemente expresivo de que puede haber una sociedad con objeto civil pero que tenga naturaleza mercantil, por la simple adopción del tipo mercantil de la SRL. Y a la misma conclusión permite llegar el artículo 92 que abordando la hipótesis simétricamente contaría a la anterior, se ocupa de la transformación de sociedades civiles, colectivas, comanditarias, anónimas o agrupaciones de interés económico en sociedad de responsabilidad limitada. En cambio, parece que la transformación de una sociedad anónima en sociedad civil no es posible, pues el artículo 223 LSA permite la transformación en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada, y su apartado segundo señala que «*Salvo disposición legal en contrario, cualquier otra transformación en una sociedad de tipo distinto será nula*».

Todo ello ha de suponer en definitiva que, por el imperativo excluyente de ambas leyes (LSA y LSRL), que las sociedades civiles que se constituyan como mercantiles sólo conservarán aquella naturaleza cuando las normas a que se sometan sean las propias de las sociedades colectivas o comanditarias simples (no en cambio, si se tratara de sociedad comanditaria por acciones y tampoco si fuese una SA o SRL). Y aún en cuanto a las colectivas puede llegar a discutirse: para VICENT CHULIÁ (98), «según el artículo 1.670 del Código Civil es posible constituir una sociedad civil... en forma de sociedad colectiva o comanditaria simple. Sin embargo, el artículo 1.698 del Código Civil impone de manera imperativa la responsabilidad mancomunada subsidiaria de los socios por las deudas sociales, con lo que el tipo social de la colectiva parece quedar excluido».

* * *

En cuanto al régimen que debe aplicarse a las sociedades mixtas, del sentido literal del artículo 1.670 del Código Civil resulta que se aplican los preceptos del Código de Comercio «...*en cuanto no se opongan a las del presente Código*». Lo que no se matiza es si esa aplicación de las normas mercantiles es preferente, excluyente, principal o subsidiaria, de la que pueda hacerse del Código Civil. Así podría darse pie a la afirmación, de algún modo coherente con que la sociedad mixta siga teniendo naturaleza civil, de que en realidad se debe aplicar con carácter general el régimen del Código Civil, salvo en las cuestiones que regule el Código de Comercio de la misma manera que el Civil, y sin oponerse a él. «Este modo de entender el artículo 1.670 —señala CAPILLA RONCERO (99)— no es, sin embargo, satisfactorio,

(98) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 5.^a ed., Valencia, 1992, pág. 132.

(99) CAPILLA RONCERO, F., cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 64-65. De la literalidad de los términos contenidos en el artículo 1 670 se

pues implica, salvo en materia de causas de disolución, que realmente sólo se aplican las disposiciones del Código Civil, ya directamente, ya cuando se encuentren recogidas materialmente en las disposiciones del Código de Comercio» (100). Concluye el mismo autor más adelante que «en suma se llega a un resultado poco razonable: la adopción de un tipo mercantil determinado se convertiría en mera opción decorativa, privada de consecuencias materiales de importancia, pues, en definitiva, se acabaría siempre aplicando, especialmente en las materias importantes, el régimen del Código Civil. De este modo se desconoce la virtualidad de la elección del tipo social mercantil, de particular trascendencia en lo que se refiere a la determinación del sistema de administración y responsabilidad, notas diferenciadoras de cada uno de los tipos de sociedades mercantiles por excelencia. Y así, cabrían sociedades colectivas con responsabilidad no solidaria de los socios. O, acaso, sociedades comanditarias en las que los socios comanditarios tuvieran facultades de administración y representación de la sociedad. Fácilmente se comprende que este resultado es rechazable».

De una forma elaborada GONZÁLEZ ORDÓÑEZ responde a aquella misma cuestión, distinguiendo según se trate de aplicar a la sociedad mixta preceptos dispositivos o imperativos, cuando resulten incompatibles el del Código Civil y el Código de Comercio. Si son preceptos civiles dispositivos en caso de contradicción con lo previsto por el Código de Comercio prevalecerá este último sobre aquél: «la adopción de la forma mercantil excluye las normas civiles de carácter dispositivo» (101). En otro caso, cuando se trate de normas imperativas del Código Civil parte de la premisa de considerar que únicamente tienen ese carácter los preceptos del contrato de sociedad referentes a la responsabilidad de los socios (art. 1.698 del Código Civil), a la preferencia de los acreedores sociales sobre los acreedores particulares de los socios

desprende «... que se aplica el régimen del Código Civil con carácter general, excepto en aquellas cuestiones reguladas por el Código de Comercio que no se opongan a las disposiciones del Código Civil. El meollo de la cuestión estriba, como es claro, en determinar qué significa la no oposición. La primera posibilidad es entender que el Código de Comercio solamente se aplica cuando su criterio coincida exactamente con el Código Civil. Única excepción a dicha regla sería en materia de causas de disolución, donde, por expresa disposición del artículo 1.700, último párrafo, se aplicaría preferentemente el régimen del Código de Comercio».

(100) En este sentido no serían aplicables ni el régimen de responsabilidad de los socios colectivos (pues ésta es solidaria, y no lo es la de los socios civiles, cfr. art. 1.698 del Código Civil), ni tampoco el de responsabilidad de los socios comanditarios (pues los socios comanditarios no responden ilimitadamente de las deudas sociales, como es el caso de los socios civiles); lo que sí parece aplicable es el régimen de administración que previene el Código de Comercio para las sociedades mercantiles. Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., págs. 64-65.

(101) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loc. cit.*, pág. 90. En esta opinión, el mismo autor manifiesta su coincidencia con GARRIGUES y su discrepancia con LANGLE.

(art. 1.699), y algunas de las causas extintivas de la sociedad (art. 1.700), siendo dispositivos en su opinión todos los demás. Al tiempo que entre esas posibilidades de preceptos imperativos solamente puede darse verdadera contradicción con los correlativos del Código de Comercio en materia de responsabilidad de los socios (102), y en cuanto a algunas causas extintivas, ya que en los demás casos ambos Códigos establecen un régimen similar. Por tanto —en opinión del autor citado— esas son las únicas situaciones en que puede plantearse verdaderamente un conflicto entre el del Código Civil y el Código de Comercio, en las que no tiene inconveniente en admitir que «...cabría dudar si, por una aplicación literalmente rigorista del artículo 1.670 del Código Civil, debiera darse preferencia a las reglas civiles. Sin embargo, se da el caso, aparentemente paradójico, de que es ésta la cuestión para la cual más pacíficamente se produce la mayoría de opiniones favorable a la aplicación absoluta de los preceptos mercantiles... Creemos rotundamente que hay que aplicar las normas del Código de Comercio sobre responsabilidad de los socios... No se aplica ninguno de los preceptos comprendidos entre el 1.665 al 1.708 del Código Civil. *Lo cual significa, pura y simplemente, el fracaso del propósito que presidió la redacción del artículo*» (103). Consecuentemente con esta opinión, afirma además la aplicación a las sociedades mixtas del *status* del comerciante (en lo referente a la necesidad de llevanza de libros de comercio, inscripción en el Registro Mercantil, tributación, quiebra...), porque «*tales sociedades tienen, contrariamente a lo que se viene afirmando, naturaleza mercantil'* *¿Son sociedades mercantiles por la forma!*» (104).

(102) Cfr. en el Código Civil el artículo 1.698, y en el Código de Comercio los artículos 127 y 148; en el primero, la responsabilidad de los socios es ilimitada y mancomunada, en cambio en el otro es ilimitada y solidaria en el caso de los socios colectivos, mientras que los comanditarios responden solamente hasta el límite de sus aportaciones.

(103) Cfr. *ibidem*, págs. 91-93. En particular en cuanto al extremo referido a la responsabilidad, afirma que se plantea un conflicto entre las normas que establecen la responsabilidad de los socios, pues son de orden público tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio (aquí, es de orden público que en las sociedades que adopten la forma comercial, los socios colectivos respondan solidariamente y que los comanditarios lo hagan de forma limitada) Se plantea —como el autor dice— un auténtico nudo gordiano, y se decide a cortarlo a favor de los preceptos mercantiles, «precisamente porque toda la razón de ser de las formas de sociedad colectiva y comanditaria radica en la peculiar responsabilidad de los socios»

(104) Cfr. *ibidem*, pág. 93. El autor, situándose frente a la doctrina anteriormente expuesta, quiere ignorar que efectivamente el artículo 1.670 existe, y que su virtualidad como ley posterior tuvo que afectar de alguna manera al criterio formal sustentado por el Código de Comercio. Aunque es permisible el tratar de llegar a conclusiones que, en mi opinión, el artículo 1.670 no ampara, lo que no puede hacerse es prescindir de él: criticable o no, lo cierto es que el precepto existe.

GIRÓN TENA escribe que con el artículo 1.670 se autoriza expresamente que puedan adoptarse figuras mercantiles para la consecución de objetos o finalidades civiles y además, en cuanto al régimen de estas sociedades, se confiere una prelación a las normas del Código Civil respecto de las del Código de Comercio. Para el caso de que la normativa de aquél entrase en colisión con la mercantil del Código de Comercio, «El problema se resuelve, sencillamente, admitiendo la distinción de dos conceptos en juego: estas sociedades no serán “Comerciantes”, pero sí son las Sociedades del tipo jurídico mercantil elegido. Las normas del *status* de comerciante no son de aplicar (105). Sí, en cambio, todas las correspondientes al tipo adoptado» (106).

Entre los civilistas LACRUZ BERDEJO, al utilizar como criterio atributivo de la naturaleza mercantil el ejercicio por una sociedad de actos de comercio, opta por un criterio aparentemente sencillo afirmando lacónicamente que «Si una sociedad no ejerce el comercio, nunca es mercantil» (107). Y con la misma generalización (108) se inclina en favor del régimen jurídico civil o mercantil que resulte de atender a la naturaleza de la actividad que la sociedad desenvuelve: «Cuando una sociedad civil —es decir, que no ejerce el comercio— adopta una forma mercantil colectiva o comanditaria, pese a la superioridad de rango de las normas civiles proclamada por el artículo 1.670 se entiende que se gobierna por aquellos preceptos mercantiles que caracterizan y distinguen al tipo concreto de sociedad adoptado, y en particular las relativas a la responsabilidad de los socios por deudas sociales» (109). Tan

(105) Entre esas normas características del estatuto del comerciante estarían las relativas a la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil o el sometimiento a la quiebra (cfr. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, Tomo I, vol. 1, Madrid, 1947, pág. 474; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, págs. 67-68; PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1381; VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, págs. 92-93). Como escribe el último precitado, cfr. *ibidem*, la no consideración de la sociedad mixta como comerciante supone que «...una sociedad civil con forma mercantil no inscrita tampoco puede ser considerada sociedad irregular, pues no tenía obligación de inscribirse», de la misma manera que «la sociedad civil a que se refiere el artículo 16. II LSA, sociedad con objeto civil que actúa bajo el nombre de anónima pero que no se ha inscrito como tal, no es una sociedad irregular, es, simplemente, una sociedad civil».

(106) Cfr. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 92. Sobre esta misma problemática, vid. AZURZA, *loc. cit.*, pág. 40; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *loc. cit.*, pág. 82 y sigs.; PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 1382-1383.

(107) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, 3.^a ed., vol. 2, Barcelona, 1995, pág. 281.

(108) Pues creo que los fenómenos de irregularidad escapan precisamente a buena parte de las reglas generales que han de entenderse comúnmente aplicables a las sociedades regulares para las que están formuladas.

(109) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *ibidem*, pág. 281.

breves palabras encierran en el sentido de la frase un profundo contenido, pues se aborda simultáneamente la cuestión vital de la naturaleza de las sociedades, y también la del régimen al que han de quedar sometidas, que es todavía más importante, a mi modo de ver. Y entiendo que todo ello, porque son cuestiones esenciales que se enuncian sin hacer acepción de las diferentes situaciones societarias a que pueden resultar aplicables, no resulta completamente correcto en los supuestos de sociedad ciertamente peculiares que pueden originarse al amparo del artículo 1.670 del Código Civil.

Respetuosamente, no estoy de acuerdo con quienes, por los caminos expuestos, se muestran partidarios de sujetar las sociedades mixtas civiles, en una generalidad de casos, al régimen previsto por el Código de Comercio. Pienso que la cuestión de cómo y cuándo se aplican a dichas sociedades los preceptos que el Código Civil, se resuelve más fácilmente si adoptamos una actitud práctica. Efectivamente, no podemos dejar de preguntarnos, ante un supuesto de sociedad mixta *ex* 1.670 del Código Civil, *para qué..., por qué..., qué se proponen quienes la contratan, qué buscan con esa posibilidad que no puedan conseguir de otro modo distinto*. Si los particulares quieren actuar la virtualidad del artículo 1.670, necesariamente ha de ser porque eso les interesa, más que otras posibilidades. Les interesa mejor o antes que, persiguiendo una sociedad con objeto mercantil, constituir la correspondiente sociedad mercantil a la cual evidentemente se aplicarían las normas mercantiles del Código de Comercio; les interesa más, siendo mercantil la actividad, hacer uso de la posibilidad que les brinda el artículo 1.670 que el constituir una sociedad con forma civil (especialmente cuando el intento teórico de constituir sociedades con objeto mercantil y forma civil es difícilmente admisible) (110); les interesaría mejor, siendo la actividad civil, en lugar de constituir una sociedad civil carente de especialidades respecto del régimen del Código Civil que sería el aplicable. En definitiva, la única posibilidad teórica

(110) En particular, tal posibilidad resultaría contraria a la doctrina de la DGRN: cfr. Res. DGRN de 28-6-85 (Ar. 3501) y la de 25-4-91 (Ar. 3168). Respecto a la Res. DGRN de 28-6-85, vid. GARCÍA MÁZ, F. J., «La sociedad civil y su conexión registral», *RCDI*, 1990, núm. 599, págs. 165 y 166, *idem*, «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico (un análisis jurisprudencial)», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo IX, Madrid, 1996, págs. 102-104; y en cuanto a la otra Resolución de 28-6-85, vid. *ibidem*, pág. 104 y sigs. Vid. MONTEAGUDO MONEDERO, M., «Nota a la Res. DGRN de 25-4-91», en *RGD*, núm. 571, 1992, págs. 2939 y sigs. Puede contrastarse el criterio de esta Resolución con el sostenido en la STS de 26-1-67, que admitió la existencia de sociedades mercantiles, irregulares, con forma civil que se rigen por las reglas de la comunidad.

Pese a lo que resulta de las citadas resoluciones, GIRÓN TENA señalaba años antes (cfr. «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», *RDP*, 1954, pág. 402) que cabía la posibilidad de que una sociedad tenga un objeto mercantil y no haya adoptado un tipo mercantil, aunque esto último «...no ha sido tratado, pero está admitido en el artículo 117 y en el primer inciso del 122 del Código de Comercio».

sería, para que tuviera sentido el supuesto de hecho del artículo 1.670, que se buscara la sociedad mixta para dar cobertura en forma de sociedad mercantil a una actividad de naturaleza civil. Lo que en referencia al régimen jurídico de que ese supuesto está dotado debe conducir a un régimen distinto del que podría obtenerse utilizando posibilidades diferentes del 1.670. Porque creo que, en lo esencial, la especialidad que comporta el artículo es una opción de un régimen jurídico que no cabría aplicar al margen o no haciendo uso del contenido del precepto. Digámoslo con prudencia pero con convicción, ese régimen jurídico no puede ser el mercantil, el que prescribe el Código de Comercio para las sociedades que se constituyan adoptando alguno de los tipos comerciales. Luego la sociedad mixta opino que debe disciplinarse por las normas civiles que establece el Código Civil, aun sin excluir la aplicación de las mercantiles que tengan el mismo sentido. Y si esta especialidad de régimen —se me dijese— no existiera, entonces sí que resultaría correcta, aunque invirtiendo los términos, la apreciación que hacía un autor antes referido —CAPILLA RONCERO—, el artículo 1.670 sería una opción meramente decorativa, vacía de contenido (111).

Mi opinión (aunque reconozco que la doctrina se ha desenvuelto en la dirección contraria) es que visto de esta manera es cuando el artículo 1.670 puede significar algo con sentido lógico y práctico, hay que descubrir en él los tres nervios que dan firmeza a la construcción, a modo de tres coordenadas que definen una determinada realidad, un supuesto de hecho específico y peculiar del que se acoge en otras normas. Esos tres aspectos distintos entranados en el precepto son el de la forma que adopta la sociedad en concreto, el de la actividad u objeto que realmente persigue y, como corolario, el del régimen jurídico que debe aplicarse. Tal como he expuesto, si llenando esas coordenadas se van ensayando sucesivamente las posibilidades que en teoría podrían darse, éstas podrían establecerse distinguiendo las siguientes hipótesis: forma civil-actividad civil; forma civil-actividad mercantil; forma mercantil-actividad mercantil, forma mercantil-actividad civil. Y si se busca para ellas un régimen jurídico, el del supuesto de hecho del artículo 1.670 del Código Civil bien podría ser el que para la sociedad civil establece el Código Civil. Pero veámoslo paso a paso. En el primer caso, que teóricamente se

(111) También debo añadir que si no concluyera, como lo hago, que a las sociedades mixtas tiene que aplicarse de una u otra manera el Código Civil, incurriría en contradicción con lo que anteriormente he escrito. Pues resulta evidente que el nombre, la atribución de una naturaleza, no es nada si no comporta la aplicación del régimen que esa naturaleza supone: así se aplica el régimen civil a las sociedades de naturaleza civil, y el del Código de Comercio a las que sean mercantiles; por tanto, si he concluido que la naturaleza de la sociedad mixta es la de ser una sociedad civil sería inútil o errónea tal afirmación si no supusiera que a esa sociedad se le aplican las normas del Código Civil (o las del Código de Comercio que sean coincidentes)

puede plantear (en el orden en que los he enunciado), el régimen jurídico correspondiente sería el civil; en el siguiente, ya que la hipótesis de que se utilice la forma civil para encubrir actividades mercantiles no puede darse, tal como ya he dicho antes, lo más lógico sería que esa situación quedase disciplinada por normas mercantiles; en la tercera hipótesis, no hay problemas en decir que quedaría bajo el ámbito de las normas mercantiles; y, finalmente, la sociedad que utilizase forma mercantil, aun siendo civiles sus actividades, es decir, la situación descrita por el artículo 1.670 del Código Civil, bien podría quedar sometida a las normas del Código Civil. ¿Por qué? Pues, entre otras razones, esta posibilidad sería la única que comportaría una solución distinta y genuina a las demás hipótesis, la única que daría sentido y utilidad a la previsión especial que el artículo 1.670 hace; porque lo contrario de lo que señalo sería concluir que a la sociedad mixta debe aplicarse preferentemente el régimen mercantil, es decir, la consecuencia sería la misma que se podría esperar cuando se tratase tanto de sociedades con forma civil y actividad mercantil como de sociedades con forma y actividad mercantil. Afirmar que sería idéntico el resultado es lo mismo que decir que el artículo 1.670 carece de especialidad, porque la aplicación del régimen mercantil que se propusieran las partes podría obtenerse por otras vías distintas.

Otra ventaja adicional de la solución que propongo es que, si como digo se entiende que debe aplicarse a la sociedad mixta el régimen del Código Civil, se hace innecesaria la tarea de analizar comparativamente en qué son distintas las normas del Código Civil y las del de Comercio, como hacen algunos autores (112).

Y, por último, también se puede hacer una consideración práctica. La posibilidad real de sociedades civiles con objeto mercantil es bastante limitada en la práctica, al menos en condiciones distintas a las que se desenvuelven al amparo de una manifestación de irregularidad societaria. Lo que aboca la cuestión, realmente no a la búsqueda de un régimen jurídico que la literalidad del artículo 1.670 no aclara, sino al fenómeno a que se refiere el artículo 1.669 del Código Civil, precisamente porque pienso que ambos están llamados a tener una afinidad que va más allá de su secuencia numérica (113). Así pues resulta desproporcionado (en relación a la posibilidad de sociedades

(112) Vgr. AZURZA Y OSCOZ, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pág. 126 y sigs., que señala que las diferencias prácticas entre sociedades civiles y mercantiles se han referido a la insolvencia, la prescripción, la transmisión y negociación de valores, a diferencias fiscales, etc.

También CASTÁN TOBEÑAS, J., cfr. *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, cit., págs. 602-603.

(113) Tampoco puede resultar meramente casual el que ambos artículos se introdujeran en el texto codificado en un mismo momento, y por la misma causa. Cfr. CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 84.

verdaderamente mixtas, y teniendo en cuenta el rigor y formalismo de los preceptos mercantiles, sería, si se me permite por esta vez, como matar hormigas a cañonazos), y sobre todo es inútil buscar el régimen de las sociedades mixtas en las disposiciones mercantiles previstas para sociedades regulares, dado que en realidad ese régimen es el que establece el artículo 1.669 para las sociedades civiles irregulares (lo cual a su vez es un predicado lógico con la atribución a la sociedad mixta de una naturaleza civil).

Por tanto, necesariamente tampoco puedo estar completamente de acuerdo con otros autores como BROSETA PONT. Autor éste que, tras calificar la existencia de sociedades *ex* 1.670 del Código Civil como «altamente criticable» (114), concluye el examen del precepto señalando que «aun cuando no lo establezca expresamente el artículo 1.670 del Código Civil, como regla general puede admitirse que las normas mercantiles prevalecerán sobre las normas civiles que no posean carácter imperativo, porque la sumisión a la forma y al régimen de las sociedades mercantiles presupone la voluntad de los socios de excluir la aplicación de las normas civiles de carácter dispositivo» (115). Por razones distintas a las que me llevan a poner algunos interrogantes a esta consecuencia (que comportaría la extensión omnímoda del régimen mercantil sobre cualquier supuesto de sociedad mixta), igualmente creo que pueden hacerse ciertas objeciones al punto de vista de BROSETA; así en cuanto afirma que las sociedades mixtas con forma mercantil colectiva o comanditaria «aun cuando se hayan constituido en escritura pública, no podrán inscribirse en el Registro Mercantil (reservado para las sociedades de naturaleza mercantil)» (116); pues creo que esta consideración no sólo es discutible, aunque conforme a la doctrina de la DGRN, sino que entra en contradicción (o al menos no se advierte de la existencia de una especialidad) con lo que poco antes (117) había dicho él mismo en el sentido de que «podemos concluir que la sociedad colectiva y la comanditaria serán mercantiles cuando el objeto para cuya explotación se constituya sea mercantil o industrial, y que serán civiles, aunque adopten aquellas formas, cuando la actividad a la que se consagren sea civil... Afirmación que es válida tanto para la sociedad colectiva y comanditaria regularmente constituida (mediante

(114) Cfr. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 161 y nota 4.

(115) Cfr. *ibidem*, pág. 162. En nota al pie de la página precedente se puntualiza que «de poco sirve crear una sociedad colectiva de carácter civil, si la responsabilidad solidaria de sus socios establecida en el artículo 127 del Código de Comercio le es inaplicable por oponerse a ello el artículo 1.698 del Código Civil. Estimamos, sin embargo, que pese al tenor literal del artículo 1.670 debe prevalecer la responsabilidad del artículo 127 del Código de Comercio».

(116) Cfr. *ibidem*, pág. 161.

(117) Cfr. *ibidem*, pág. 160.

escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil) como para las sociedades regulares». Digo que hay una contradicción, o una excepción, cuando se afirma la naturaleza civil de sociedades que, en el caso del artículo 1.670, pueden ser inscritas como colectivas o comanditarias en el Registro Mercantil, cuando se dice por otro lado que las sociedades que no tengan naturaleza mercantil no pueden inscribirse.

Hay otras consideraciones que me quedan por hacer, ya he dicho que la conclusión a que llego es el resultado de combinar posibilidades teóricas. Y, en primer lugar, tal vez puede escaparse lo que es más exacto en estricta realidad: que el supuesto de hecho del artículo 1.670 del Código Civil parece pensado para situaciones un tanto extrañas (siendo civil la actividad social y mercantil el tipo social escogido), que exigieran formas de desenvolvimiento más rigurosas tanto para la relación de los socios entre sí como en el aspecto externo de relación con terceros. Quiero decir que el artículo 1.670, en cuanto comporta la utilización de formas, tipos, mercantiles, está exigiendo una publicidad y un formalismo que puede actuar desde luego incrementando el índice de seguridad jurídica, pero que supone también una mayor complejidad en el funcionamiento de la sociedad, una ralentización de su desenvolvimiento. Especialmente estas características son acusadas si se comparan respectivamente las sociedades civiles en general, con la especialidad que suponen aquellas sociedades a que se refiere el artículo 1.670 del Código Civil; lo que a su vez me permite insistir en el argumento de que ese supuesto de hecho debe conducir a un régimen jurídico peculiar y distinto de otras posibilidades.

Por último, quisiera preguntar qué sucedería si (pese a lo expuesto hace un momento, sobre que la sociedad mixta postula inmanentemente su publicación) fuese intención de los socios el dejar que la sociedad se desenvolviese solamente como sociedad interna, irregular o de hecho. Sería muy riguroso afirmar, como solución general, que deberían aplicarse sin más las normas de la sociedad colectiva mercantil, tal como suele hacerse en la mayoría de casos de irregularidad societaria. Fácilmente se entiende que esta postura puede resultar un poco forzada. Es preferible proceder más correctamente, distinguiendo como en todos los supuestos de irregularidad societaria dos ámbitos, el interno y el externo. El ámbito externo se refiere a las relaciones sociales con terceras personas ajenas a la sociedad; en él se desenvuelven las actividades sociales, se cumplen los fines de la sociedad (118). Y ya que las actividades sociales son civiles (*«Las sociedades civiles, por el objeto*

(118) Pues no es fácil imaginar un supuesto de sociedad en que la utilidad que persiguen los socios pueda obtenerse sin tener que relacionarse con terceros, solamente por la actividad entre los socios entre sí; en cualquier caso sería una sociedad irregular o interna.

a que se consagren...»), sería desorbitado —incluso para cualquier nivel de seguridad jurídica—, el pretender que los terceros pueden adivinar que en sus relaciones con quienes resultan ser socios entre sí pueden acogerse a las normas de la sociedad colectiva (119). Parecería más justo que en esa situación se actuase lo previsto en el artículo 1.669 del Código Civil que remite al régimen de la comunidad de bienes. En el ámbito interno de esa hipotética sociedad mixta e irregular, necesariamente, debe primar el régimen jurídico pactado por los socios. Lo que entiendo que sucede en las relaciones internas y externas, me lleva a insistir de nuevo en que creo preferible hablar de régimen jurídico civil en sociedades civiles que adopten formas mercantiles, en lo que permite el artículo 1.670 (120).

* * *

Sea como fuere, convenza o no mi opinión, lo que resulta incuestionable es que para averiguar el régimen que debe aplicarse a las sociedades mixtas, es imprescindible extraer el significado de la expresión «no oposición» (121), a qué se refiere el Código Civil cuando establece que a las sociedades civi-

(119) No solamente es poco razonable, sino que pienso que incluso es poco habitual. Cuando se contrata por primera vez, sin una relación de confianza previa, no tiene por qué ser regla general el averiguar cumplidamente, acudiendo al Registro Mercantil, vgr., si el sujeto que es parte contractual al mismo tiempo lo es también en una sociedad regularmente constituida. Un proceder semejante, plausible desde luego, tal vez por excesivamente cauto, suele padecer una acumulación de trámites, prevenciones y medidas de verificación, con el costo económico consiguiente y tal vez la pérdida de la ocasión, que pueden afectar al buen desenvolvimiento de un negocio (de la misma manera que la conducta excesivamente descuidada puede acabar con él, si la buena fortuna no lo remedia). Más bien sucede que las medidas de comprobación son las mínimas, referentes a la solvencia y responsabilidad de quienes contratan, y el episodio suele agilizarse cuando ya ha habido una previa relación contractual que no haya resultado fallida. De tal modo que es *a posteriori*, cuando se hace preciso articular una demanda judicial cuando surge el problema de establecer los fundamentos del derecho que se reclama, el régimen jurídico que amparaba las relaciones económicas que han resultado fallidas.

(120) Sin dejar de consignar que éste es un argumento a tener en cuenta cuando se habla mal, y no con justicia siempre, de la línea jurisprudencial que considera como sociedades civiles a las mercantiles irregulares; creo que lo que se ha dicho ejemplifica una posible utilidad de adoptar siempre el mismo criterio, por supuesto en las relaciones externas, dando mayor relevancia y generalizando la aplicación del artículo 1.669 del Código Civil.

(121) Vid. AZURZA Y OSOZ, *loc. cit.*, pág. 164 y sigs., cuya opinión CAPILLA RONCERO considera inadmisibles, cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 66, en el sentido de que la casi totalidad de los preceptos civiles sobre la sociedad sean dispositivos, aunque reconoce lo positivo de tal criterio al poner de manifiesto que en la duda debe estimarse preferible la vigencia de las normas mercantiles, en la medida que resultan caracterizadoras del tipo social escogido, pues la utilización de configuraciones mercantiles implica que deban aplicarse los preceptos que las caracterizan.

les revestidas con alguna de las formas reconocidas por el Código de Comercio, les sean aplicables las disposiciones de este último en cuanto no se opongan a las del Civil. Para la opinión común (122) —según la interpreta CAPILLA— (123) a las sociedades mixtas se debe aplicar íntegramente el régimen correspondiente al tipo mercantil que se haya escogido, con la salvedad de las normas que hagan referencia a la condición de comerciante de la sociedad, aunque de todos modos también es cierto que, comparando ambos regímenes, el civil y el mercantil, «el único punto en que se puede apreciar contradicción evidente entre las normas civiles y las mercantiles es en el relativo a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales»; y a tal efecto sucede por otra parte que, precisamente sobre la responsabilidad de los socios, se acepta generalizadamente que prevalecen las normas mercantiles sobre las civiles. Luego las posibilidades de aplicación de las normas del Código Civil son realmente exiguas, se limitan a lo referente a ciertas causas extintivas (cfr. art. 1.700 del Código Civil *in fine*).

* * *

Reservo el examen de la jurisprudencia para su exposición en el epígrafe siguiente, relativo a la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, aunque de entre ella pueden apuntarse (por ser particularmente representativas de la problemática que encierra el art. 1.670 del Código Civil) las STS de 21-12-65, 21-6-83, 24-3-84, 30-5-92. Téngase en cuenta que es certera una consideración que ya he hecho anteriormente: no deja de ser raro que el TS entre a ver los problemas de sociedades en litigio haciendo referencia exclusiva al artículo 1.670 del Código Civil; más bien esta temática aparece embebida en supuestos de irregularidad societaria en sentido amplio. Por eso mismo las soluciones que se elaboran hacen más referencia al tratamiento de la irregularidad societaria que, directamente, al artículo 1.670.

Para evitar reiteraciones innecesarias aludo ahora solamente a algunas de las sentencias citadas. La STS de 24-3-84 (Ar. 1759, CL. 186) (124) resuelve, con un criterio de técnica seguramente poco correcta, el problema originado

(122) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. III, cit., pág. 670.

(123) Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág. 67

(124) Se refiere a esta sentencia la de 19-9-86. Vid. el comentario de CALZADA CONDE, M.^a A., en *CCJC*, núm. 5, 1984, pág. 1531 y sigs. Vid. PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 1357, que cita la presente sentencia como un ejemplo del criterio de que la sociedad civil, en su condición de sociedad general, es de aplicación supletoria. Sobre esta última función de la sociedad del Código Civil puede verse, *ibidem*, pág. 1299 y sigs., y pág. 1314 y sigs.

cuando una Oficina Recaudadora de Tributos provincial trabó embargo sobre una finca perteneciente a su deudor, el cual la había aportado previamente a una sociedad anónima no inscrita, la que por su parte promovió tercería de dominio y después recurre en casación. Lo que me interesa destacar ahora es que el Tribunal para llegar a la conclusión de que tal sociedad anónima no inscrita, aunque no reúne los requisitos constitutivos como tal SA, sí tiene una forma de existencia como «sociedad privada de índole civil», hace un empleo ciertamente curioso del artículo 1.670. Puesto que es este artículo, *a contrario sensu*, el que —al parecer— le permite asegurar que es posible una sociedad mercantil anónima, por supuesto irregular, que tenga naturaleza civil; lo que al mismo tiempo puede dar pie a entender, pese a lo que en contra he dicho páginas atrás, que la sociedad mixta también pueda revestir las formas de una sociedad mercantil (vid. Considerando segundo).

La STS de 30-5-92 (Ar. 4831, CL. 543) resuelve un litigio sobre una sociedad constituida para la explotación de un supermercado, considerando que existe una sociedad de carácter mercantil, ciertamente irregular en cuanto no se han observado en su constitución los requisitos formales propios de esa clase de sociedades. Aunque el TS encuentra ocasión para pronunciarse sobre el significado del artículo 1.670, me interesa mejor resaltar que (tal como he venido sugiriendo, al destacar la gran relación existente entre las sociedades mixtas y las irregulares) el tema debatido gira sobre una sociedad mercantil (por su objeto o actividad) irregular, a la que ya parece razonable que se apliquen las normas del Código de Comercio, cuando no sean (por la vía del art. 1.669 del Código Civil) las de la comunidad de bienes. Es decir, pese a lo que se afirma en la sentencia, resulta cuando menos dudoso que se pueda pensar que se trata propiamente de una sociedad mixta, sociedad civil que adopte formas mercantiles, cuando ni el objeto social es de tal naturaleza ni se está ante una sociedad regular o formalizada de acuerdo a las exigencias mercantiles (vid. Fundamento de Derecho quinto).

V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE DISTINCION DE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES

Justo es que advierta, en primer lugar, que las citas jurisprudenciales no son indiscriminadas pues, en la misma medida que a tratar de esclarecer la diferencia entre lo civil y lo mercantil, están destinadas a insistir en la tesis que sostengo en el presente trabajo: considero que en el tema general de la distinción entre sociedades civiles y comerciales, a su vez el fenómeno de la irregularidad societaria está llamado a desempeñar un papel de extraordinaria importancia. Ahora señalaré algunas sentencias significativas, en cuanto permiten definir opciones en favor de uno u otro criterio para el deslinde entre

la sociedad civil y la que es comercial. Pero recalco lo dicho, que en particular me interesa traer aquí aquellos pronunciamientos jurisprudenciales en que la matización entre lo civil y lo mercantil es una cuestión involucrada en alguna manifestación de sociedad irregular. La sistematización de las sentencias que considero relevantes no es nada sencilla, por la razón evidente de que es realmente extraño que en cada una de ellas se acoja una única *ratio decidendi*. Más bien al contrario lo cierto es que la gran mayoría combina diversos argumentos para llegar al fallo; elegir cuál tiene más peso es arriesgado, ya que no siempre lo aclara el TS, y en cualquier caso ello responderá seguramente a un criterio subjetivo en la interpretación de lo que ha querido decir el ponente. Además —no se olvide— en todas las ocasiones, al menos teóricamente, el Tribunal Supremo tiene que ajustarse y respetar los motivos de casación articulados por los recurrentes, lo que le resta posibilidades para expresarse libremente. De cualquier modo, aunque no resulte del todo correcta la simplificación a la hora de confeccionar grupos de sentencias, para facilitar el estudio de la jurisprudencia creo que pueden obtenerse al menos dos criterios principales. El primero ha permitido al TS trascender o hacer abstracción del problema de la distinción entre sociedades comerciales y civiles, dándose a aquéllas cuando se irregularizan el nombre de sociedades civiles irregulares. El otro, contrariamente, consiste en respetar la naturaleza civil o mercantil que resulte —por lo general— del criterio de distinción objetivo o de actividad social, haciéndose aplicación de la normativa del Código de Comercio, y en particular del régimen de las sociedades mercantiles colectivas. Aún cabría una tercera posibilidad, que de alguna manera intenta una combinación de las anteriores, pero por lo que se dirá tiene menor importancia. Paso a exponer estos tres criterios jurisprudenciales, en el mismo orden en que han sido enunciados.

La STS de 3-3-60 (Ar. 944, CL. 151) (125) se refiere a una sociedad mercantil dedicada a la compraventa de mármol; tal naturaleza mercantil se establece, en realidad de una manera incidental, aplicando el criterio objetivo, en relación a la actividad de la sociedad (vid. Considerando segundo). Esta sentencia (así como la apuntada en nota de 26-6-59, con la que concuerda) tiene de llamativo que el Tribunal hace una doble y distinta calificación de la naturaleza social. Puesto que efectivamente somete a consideración, en ambos casos, el criterio de la actividad para determinar la naturaleza que ordinariamente, si no fueran especiales las circunstancias concurrentes, hubiera correspondido a la sociedad; y en cambio lo que se hace es, inaplicando el criterio objetivo, someter la calificación a las consecuencias del criterio formal. No se admite la calificación de sociedad mercantil si falta la corres-

(125) Se refieren a esta sentencia las STS de 9-10-87 y de 9-2-94.

pondiente forma, prevista en las leyes mercantiles, y por eso podría pensarse que efectivamente se da prioridad al criterio de la forma sobre el del fin. Pero creo que no es así, al menos que no existe preferencia derivada de la contraposición en términos de igualdad de un criterio u otro. En realidad resulta patente que el criterio que realmente aplica el Tribunal para calificar la mercantilidad es el del objeto, actividad o fin, y esa naturaleza comercial es la que en sí misma tiene la sociedad. Ahora bien, esa calificación no solamente no se altera, sino que debe pensarse antes en por qué se dice una cosa para luego decir otra, por qué se toma el ponente el trabajo de formular una opción en pro de una naturaleza jurídica que luego parece enmendarse: sencillamente porque no hay contradicción, efectivamente la naturaleza jurídica es la que es, pero ello nada empece para que, en un ámbito distinto se opte por la aplicación de unas normas distintas. Y es que realmente lo importante no es hacer pronunciamiento de una naturaleza jurídica, sino establecer las consecuencias que de esa calificación resultan, en suma, su régimen jurídico. En las dos esferas de intereses que aparecen en toda sociedad, la interna o de los socios, y la externa, en relación a terceros, ha de determinarse el régimen jurídico aplicable, que es lo que en el caso comentado hace el Tribunal Supremo. En el ámbito interno, dado que se rige por las normas estatuidas por los socios, y en su defecto, supletoriamente por las normas codificadas, es importante saber si la sociedad es civil o comercial para acudir a las normas correspondientes a esa naturaleza; en cambio, en el ámbito externo, donde prima la protección de los terceros, al entenderse que al omitirse los requisitos de forma constitutivos de la sociedad la garantía de los terceros es insuficiente, se intenta reforzarla determinando un régimen mínimamente evasivo de responsabilidades, poco artificioso, como es el de la sociedad civil irregular (126).

La STS de 7-10-61 (Ar. 3593, CL. 612) trata de una sociedad dedicada a negocios de construcción. Si fuese mercantil (aunque lo es por su actividad, pues con frecuencia el TS ha considerado verdaderas sociedades civiles a las de construcción o parcelación), la sentencia interesaría especialmente cuando se dicen aplicables a esa sociedad las normas de la comunidad de bienes, lo que sería una forma implícita de entender que la sociedad irregular mercantil se rige por las normas civiles. En realidad, parece que sin lugar a dudas está considerando el Tribunal que se trata de una sociedad mercantil, como puede inferirse de la relación que hace de los problemas debatidos, y que se refieren a la irregularidad que se dice originada por defectos formales en la constitución de la sociedad, a la existencia de un capital social, órganos de gestión, etc. (vid. Considerandos segundo y sexto).

(126) Sin detallarlo ahora, supone inmediatamente que no pueda interponerse una personalidad (y responsabilidad) distinta de los socios.

En la STS de 19-10-62 (Ar. 3669, CL. 727) el TS hace una equiparación —en último término, de régimen— entre sociedad irregular y comunidad, en cuanto las normas de una y otra son las mismas, y en el causídico se hubiera llegado a idénticas consecuencias, ya se pretendiera la existencia de una sociedad irregular en vez de una comunidad de bienes. Con ello parece entenderse que la distinción entre sociedades de naturaleza civil y mercantil es irrelevante cuando se trata de fenómenos irregulares, pues habrá de aplicarse la previsión que hace el Código Civil en el artículo 1.669 (vid. Considerando segundo).

En la STS de 24-1-64 (Ar. 353, CL. 57), de nuevo puede verse cómo el TS hace abstracción del carácter mercantil de la sociedad que aparece en el pleito, que tiene por objeto la explotación de una industria instalada en una lonja (o local de negocios), y se hace declaración de su régimen, que ha de ser el que prevé el Código Civil en su artículo 1.669 (vid. Considerando primero).

Igualmente la STS de 7-2-64 (Ar. 633, CL. 109) (127) aplica las normas de la comunidad del Código Civil a una sociedad mercantil irregular, a través de lo dispuesto en el artículo 1.669 del Código Civil (vid. Considerando primero).

Parecida doctrina, trascendiendo los problemas de calificación de las sociedades como civiles o mercantiles, puede verse mantenida en la STS de 31-12-64 (Ar. 5915, CL. 1000), y STS de 11-11-66 (Ar. 4884, CL. 668) (128). En ambas se falla haciendo aplicación del artículo 1.669 del Código Civil. La primera da la consideración de sociedad civil irregular, a la que tenía por objeto la explotación de un cine. La de 11-11-66 resuelve en casación el pleito planteado cuanto los actores formularon juicio declarativo de mayor cuantía, sobre reconocimiento y disolución de sociedad privada para la venta de electrodomésticos, contra el demandado, obteniendo pronunciamientos favorables en ambas instancias (tras la apelación del demandado). El TS estimó el recurso de casación, pero sólo en cuanto a uno de los motivos en los que se amparó el recurrente, dictando segunda sentencia (vid. Considerando séptimo).

La STS de 26-1-67 (Ar. 250, CL. 40) (129) es realmente interesante, se refiere a una sociedad para la explotación de algunos barcos pesqueros. Fue su ponente JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, y sostiene que lo mismo que existen sociedades civiles con forma mercantil, supuesto del artículo 1.670 del Código Civil, puede también haber sociedades mercantiles, aunque ciertamente irregulares, con forma civil que se rigen por las reglas de la comunidad (130).

(127) Se refieren a ésta las STS de 1-10-86 y 11-10-90

(128) A ésta se refieren las STS de 20-12-80, 22-12-86 y la STS de 20-12-80 y 11-10-90

(129) Hay una referencia a esta sentencia en la de 19-11-82 (Ar. 6549, CL. 466), ambas tienen el mismo ponente, y coinciden en su doctrina. A aquella última me refiero expresamente un poco más adelante.

(130) En contra de tal posibilidad, cfr. las RRDGRN de 28-6-85 y de 25-4-91.

En definitiva creo que esta sentencia puede relacionarse con la línea de las demás que pertenecen a este grupo, como la STS de 26-6-59 y la STS de 3-3-60, que más arriba he expuesto; y digo que son concordes, más allá de lo que no demuestra la apariencia, pues conducen a un mismo resultado. Porque da igual plantear que las sociedades mercantiles defectuosamente (irregularmente) constituidas pasen a tener la consideración de sociedades civiles y se apliquen las normas de la irregularidad civil, como el admitir sociedades mercantiles con la forma de sociedad civil (tratándose igualmente de una sociedad mercantil irregular), a las cuales han de aplicarse las normas previstas en el Código Civil aunque aquéllas conserven su naturaleza mercantil. Además, la sentencia hace una calificación del carácter mercantil de la sociedad, aplicando el criterio objetivo (vid., especialmente, Considerandos séptimo y octavo). Obsérvese en la sentencia, no solamente lo que tiene como más relevante de sugerir la existencia de sociedades civiles con forma mercantil, que el Considerando octavo parece dar al artículo 1.669 del Código Civil una consideración como norma general que resulta aplicable tanto a sociedades civiles como comerciales, como soporte de todos supuestos de irregularidad societaria. Lo que supone generalizar el régimen de dicho artículo del Código Civil, como norma básica para las sociedades irregulares de base personalista.

En la STS de 11-2-67 (Ar. 658, CL. 92) en realidad no se suministran criterios expresos en cuanto a la sociedad civil irregular (para la explotación de una gasolinera) a que el pleito se refiere; pero al exponer los motivos del recurso del actor y al contrastarlos con la sentencia de la AT de Burgos, ratificándose la decisión de ésta, resulta de todo ello una determinada postura en cuanto al tema de la irregularidad en el contrato de sociedad civil. Esto es, creo que puede afirmarse, que el Tribunal resuelve aplicar normas civiles a una sociedad por su objeto mercantil (vid. Considerando séptimo).

La STS de 10-4-70 (Ar. 1945, CL. 174) se refiere a una sociedad dedicada a la exportación de melones, a una sociedad irregular, puesto que siendo mercantil su actividad no ha sido constituida correctamente. Pero para lo que ahora me interesa la referencia a esta sentencia es para continuar ejemplificando que hay ocasiones, que coinciden frecuentemente con las situaciones de irregularidad societaria, en que pese a que puede tener importancia la determinación de la naturaleza civil o comercial de una sociedad, ello se supedita a las consecuencias que debe producir la irregularidad en orden a la protección de terceros. La naturaleza o clase de la sociedad aparece como una cuestión dependiente en importancia a la de la tipicidad o regularidad (131).

(131) Me refiero a una jerarquía en la importancia de los problemas planteados (si hay una cuestión de irregularidad no es preciso ensayar la aplicación de los criterios para calificar su naturaleza, pues en cualquier caso el régimen será el previsto en el Código Civil), y no al orden cronológico en que han determinarse la irregularidad y la naturaleza

Tal es el caso de autos en que para negar su responsabilidad solidaria uno de los codemandados, entre otras razones, aduce al motivar el recurso que la sociedad entre ellos constituida no puede calificarse de mercantil, pese a que eso se pretenda en función de su actividad u objeto, por no concurrir los requisitos formales exigidos para la colectiva (explicándolo mal, podría decirse con otros términos, se pretende que la sociedad irregular —por serlo— no puede tener naturaleza mercantil); sino que en consecuencia ha de regularse la sociedad por las normas del Código Civil que limita la solidaridad y establece taxativamente cuándo procede, frente a las normas del Código de Comercio que establecen claramente una responsabilidad de tipo solidario. En la sentencia se hace primar ante todo la protección de los terceros, independientemente de la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, cuestión que queda en un segundo plano (vid. Considerando cuarto).

Según la STS de 12-2-71 (Ar. 685, CL. 71) (vid. segundo Considerando) en las sociedades mercantiles irregulares (calificación que resulta de la falta de escritura e inscripción registral) el contrato es válido entre los interesados, y la sociedad habrá de regirse por los pactos establecidos, siempre que en ellos concurren los requisitos de los artículos 1.261 y 1.266 del Código Civil, pero sin que sean aplicables los demás preceptos que para las sociedades mercantiles se contienen en el Código de Comercio; es decir, las sociedades irregulares, aunque posean carácter mercantil, han de someterse al Código Civil en lo que sea insuficiente el contrato que las origina.

La STS de 15-6-71 (Ar. 3243, CL. 354) afirma en su Considerando primero que la sociedad mercantil irregular que carece de personalidad (por estar falta de escritura e inscripción) ha de regirse por las normas de la comunidad.

La STS de 30-6-72 (Ar. 3333, CL. 375) (132) es otra de las que dan la consideración de sociedad civil a la mercantil irregular objeto del litigio (que tenía por objeto la explotación de una cantera), o cuando menos dispone la aplicación de las disposiciones del Código Civil para la irregularidad societaria (vid. Considerando tercero).

La STS de 28-6-75 (Ar. 2616, CL. 262) trae causa de un juicio declarativo de menor cuantía, en que los litigantes son hermanos, sobre rendición de cuentas y otros extremos, respecto de un negocio —mercantil— de ferretería y armería adquirido por herencia de su padre común. De nuevo puede verse que una sociedad mercantil por su actividad es considerada como sociedad civil en cuanto se aprecia una irregular constitución, pero con la particularidad de que no se contenta la sentencia con concluir la aplicabilidad del artículo 1.669, sino

civil o mercantil. Pues, concretamente en cuanto a esto último, pienso que es antes determinar si una sociedad es civil o mercantil que el calificarla como irregular, si llega el caso.

(132) Se refiere a ella la STS de 19-11-82.

que llega más lejos incluyendo el supuesto societario en el tipo previsto en el artículo 1.665 del Código Civil (vid. Considerando segundo).

Creo que el mismo fenómeno que en casos anteriores puede verse manifestado en la STS de 10-11-78 (Ar. 4061, CL. 365) (133); la naturaleza jurídica se considera cuestión menos importante, o en todo caso supeditada a la protección de terceros que se hace urgente en las situaciones de irregularidad. La sociedad de autos, sociedad irregular para la explotación de una empresa dedicada a la elaboración de aceites y derivados, es por su actividad una entidad mercantil, y sin embargo el TS resuelve el causídico aplicando normas de naturaleza civil. Se aplica la normativa del contrato de sociedad civil a una sociedad cuya irregularidad se decreta al no concurrir los requisitos de las sociedades mercantiles. Así podríamos decir que, figuradamente, el TS ha razonado determinando en primer lugar la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, aunque realmente luego prescinde de dejar constancia expresa de tal averiguación; al entender que, por el objeto y actividad la sociedad es mercantil, han de ser las normas de este tipo las que debieron cumplirse en la constitución de la sociedad; como no ha sido así, se decreta la irregularidad social, y como se trata de encontrar un régimen jurídico —civil o mercantil— que resuelva el litigio, se acude a las normas del contrato de sociedad civil. De todo ello resulta, por ende, que lo que es una entidad mercantil, al irregularizarse, queda absorbida por el régimen de la sociedad civil, que aparece con una pretensión de generalidad a cualquier caso en que, independientemente de la naturaleza, haya una deformación, una irregularidad, de los tipos sociales (vid. Considerando segundo).

La STS de 2-6-81 (Ar. 2492, CL. 242) es ilustrativa de cómo un negocio mercantil (el de autos tiene por objeto la explotación de un bar y cafetería) no solamente puede recibir la consideración de sociedad civil, sino que se le aplica el régimen normativo de ésta. En la medida en que se trata de una sociedad irregular, se integra en la corriente jurisprudencial a la que pertenecen la mayor parte de las sentencias que vengo exponiendo hasta el momento. De nuevo se considera que aquella sociedad pertenece al tipo descrito en el artículo 1.665 del Código Civil (vid. Considerando sexto).

La STS de 19-11-82 (Ar. 6549, CL. 466) (134) es una más de las que someten las sociedades mercantiles irregulares al régimen de las civiles (vid. Considerando primero).

(133) Se refiere a esta sentencia la STS de 9-10-87.

(134) Se refieren a la sentencia las STS de 3-4-82 y 30-4-86. MIQUEL (cfr. «Comentario a los artículos 392 a 395 y 397 a 406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, V.-2, Madrid, 1985) con respecto a los problemas que plantea la explotación de una empresa dentro de una comunidad de bienes, alude a esta sentencia, que decide «...que procede la tramitación unitaria de la suspensión de pagos de tres comerciantes individuales que explotan en común un negocio de carpintería mediante

En la STS de 20-3-84 (Ar. 1311, CL. 171), aunque parece que incidentalmente (y la de autos es una sociedad que tiene por objeto el realizar determinadas actividades relacionadas con la agricultura), una sociedad irregular mercantil obtiene la consideración de civil irregular en cuanto a su régimen, independientemente de su naturaleza (vid. Considerando octavo).

En el mismo sentido anterior, la STS de 12-11-85 (Ar. 5576, CL. 656) (135). Las partes litigantes, que son cuñados, concertaron una sociedad civil para un negocio de compraventa de vinos. Evidentemente el negocio, la actividad u objeto de la sociedad, es de naturaleza comercial, y en particular, por las circunstancias concurrentes, se trata de una sociedad mercantil irregular. Ello no obstante, el TS en ningún momento califica la naturaleza o especie de la sociedad, más aún, se alegan en el recurso, y la sentencia aplica exclusivamente normas societarias civiles (136). En realidad la determinación de la naturaleza civil o comercial no influía en la resolución de las cuestiones principales planteadas en el pleito; mas lo que me interesa destacar, al margen de la conveniencia de que el Tribunal hiciese una clara mención de qué naturaleza correspondía a la sociedad, es cómo sucede, en efecto, que la cuestión de esa naturaleza aparece como problema subordinado al de determinar un régimen en la situación societaria irregular planteada, siendo ese régimen el del Código Civil (vid., especialmente, Fundamentos de Derecho primero y quinto).

* * *

Al margen de la anterior línea jurisprudencial, que como puede verse se ha continuado durante muchos años, aunque tal vez alcanzó su esplendor en la década de los sesenta, puede hacerse referencia a aquella otra referida a la

una sociedad interna entre ellos, cuando esos tres comerciantes solicitan conjuntamente la declaración de suspensión de pagos y hacen manifestación en el activo de ésta de la totalidad de sus patrimonios personales». Cfr., el comentario que hace de la sentencia CUESTA RUTE, J. M. DE LA, *La Ley*, 1983-1, pág. 832 y sigs.

(135) Vid. el comentario que de la sentencia hacen MORENO CATENA, V. y CAPILLA RONCERO, F., en *CCJC*, núm. 9, septiembre-diciembre 1985, pág. 3073 y sigs.

(136) Cfr. MORENO CATENA y CAPILLA RONCERO, *loc. cit.*, pág. 3082. «En efecto, el negocio de compra de vinos para revenderlos, lucrándose en la reventa, es claramente un supuesto de compraventa mercantil, de acuerdo con el artículo 325 del Código de Comercio. Y, ciertamente, no encaja en la excepción del número 2 del artículo 326 del mismo cuerpo legal, pues del caso comentado parece desprenderse con claridad que no se trataba de la venta de vinos producidos por las explotaciones agrícolas de los propios socios o de la sociedad. Objeto claramente mercantil, pues, el que tenía la sociedad constituida entre el actor y el demandado. Y, sin embargo, tanto el recurso como la sentencia se mueven, con la excepción de la referencia a las normas sobre las cuentas en participación, en el ámbito de artículos del Código Civil, aparte de las cuestiones estrictamente probatorias».

distinción entre sociedades civiles y mercantiles, haciendo aplicación de los criterios que tuve ocasión de exponer en el epígrafe III de este trabajo. Si bien es de notar que, con cierta frecuencia, los pronunciamientos son meramente incidentales (simplemente aparecen junto a otras cuestiones que sí son decisorias —como la irregularidad—), y que suelen estar en relación con la consideración irregular de las sociedades cuya calificación se intenta. Lo cual puede interpretarse en dos sentidos, que es cierto que el tema de la distinción de las clases de sociedad tiene en la irregularidad una de sus mejores aplicaciones; y que entra dentro de lo previsible que nadie busque articular un recurso de casación solamente para discutir cuestiones de naturaleza jurídica: más bien lo que se suele pretender es un régimen que resuelva situaciones societarias frecuentemente poco clarificadas, y por ello mismo rayanas en la irregularidad. A propósito de esto último, repárese en que las sentencias que observan sin correcciones el resultado de los criterios técnico-jurídicos de calificación de las sociedades, suelen ser al mismo tiempo de aquéllas que (apartándose del criterio otras tantas veces sostenido) no consideran automáticamente como sociedades civiles a las mercantiles irregulares; son sentencias que reconocen la propia autonomía de la irregularidad societaria mercantil, cuando menos de las sociedades de base personal. Lo cual da ocasión para seguir insistiendo en que, de una u otra manera, lo que tiene de interesante la distinción entre sociedades civiles y mercantiles cabe dentro del tratamiento de la irregularidad societaria, al menos desde la práctica jurisprudencial.

En buena parte de las sentencias que a continuación se exponen también se aprecia un interesante cambio (respecto de aquéllas otras representativas de la absorción de la irregularidad mercantil por el régimen de la sociedad civil) que es paralelo de la pérdida del papel de la sociedad civil como general a todas las irregulares: contrariamente, se viene a afirmar ahora que las sociedades mercantiles irregulares (como sociedades comerciales) deben regirse por las normas de la sociedad colectiva, la cual ostenta la función de sociedad general del tipo de las personalistas mercantiles. En cuanto a los criterios cualificados para determinar la naturaleza civil o mercantil de las sociedades, es comprobable cómo se prima el que atiende al objeto o actividad social, aunque no dejen de aparecer otros.

La STS de 6-4-61 (Ar. 1254, CL. 267) (137), se diferencia de aquellas otras que atribuyen carácter civil a las sociedades mercantiles irregulares. En

(137) Esta sentencia concuerda con las STS de 8-2-60 y 16-4-80, y se refiere también a ella la STS de 25-3-87. Todas tienen en común el ser expresivas de una idea general, pues creo que resulta muy claramente expuesto que en la sociedad suelen plantearse tres órdenes de problemas, distintos en sí mismos, pero que están íntimamente relacionados. Una cosa es el contrato social, como expresión de una voluntad asociativa, otra distinta es el carácter (naturaleza civil o mercantil de la sociedad, determinada básicamente por la actividad) del ente creado (si es que tiene personalidad jurídica, lo cual

ella se hace referencia a una sociedad irregular de «intereses particulares de naturaleza mercantil». Se trata de una asociación a la que por el juego de los artículos 35 y 36 del Código Civil le son aplicables las normas de la sociedad, según la naturaleza de ésta, civil o mercantil; en el caso concreto, la naturaleza correspondiente es la comercial. Para asignarla se utiliza el criterio objetivo, de actividad y fin de la sociedad, situando el otro criterio, el basado en los requisitos formales, simplemente en el papel determinante del carácter irregular de aquel ente social (vid. Considerando primero). El Considerando quinto, insistiendo en las mismas ideas, precisa mejor qué se tiene en cuenta para la atribución de naturaleza comercial a la sociedad de autos, y cómo viene entendida la irregularidad societaria. En cuanto al primer extremo, «...el consorcio es mercantil por la naturaleza de sus operaciones...», pero si ello, en relación al tráfico que se persigue, constituye el «elemento material o real de toda sociedad mercantil», en cambio falta el «elemento de carácter formal» de inscripción de la correspondiente escritura en el Registro Mercantil; y esta omisión formal es precisamente la que origina la irregularidad societaria, con la consecuencia de que no hay distinción de personalidad entre los socios y la sociedad, pues ésta carece de aquélla, con las consecuencias procesales que a los efectos del litigio ello comporta. Algo que llama la atención en la sentencia es que trata de generalizar la solución a que llega, situando claramente el fundamento legal y la preferencia que debe hacerse entre los típicos criterios distintivos de la naturaleza civil o comercial de las sociedades. Se opone a la consideración que ha tenido el criterio formal como característico del Código de Comercio, y al contrario se aclara que ni mucho menos es el único a tener en cuenta, ni ha querido el legislador mercantil que fuese preeminente al otro criterio que atiende al objeto de la sociedad. Desgraciadamente la utilidad del argumento resulta mermada, al basarse, además de en la Exposición de Motivos del Código de Comercio, en dos disposiciones, el párrafo segundo del artículo 117 y el artículo 123, que fueron recientemente derogadas por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades.

La STS de 8-2-63 (Ar. 783, CL. 128) se refiere a una sociedad mercantil cuyo carácter se determina por el criterio del objeto o actividad (vid. Considerando cuarto).

En la STS de 6-2-64 (Ar. 614, CL. 98) (138) se hace aplicación del criterio objetivo (vid. Considerando tercero). Se trata de una sociedad anóni-

a su vez viene especialmente determinado por los requisitos formales), y, finalmente, otra cuestión es la regularidad o irregularidad de una sociedad.

(138) Esta sentencia es citada por la importante STS de 6-3-81. Vid. el comentario que, en relación a la presente sentencia, hago al ocuparme de la STS de 20-2-88.

ma cuya irregularidad dimana de la omisión de requisitos formales. Se determina la mercantilidad de la sociedad atendiendo a su objeto o actividad, lo que es llamativo por varias razones. La primera, que siendo una sociedad anónima debería jugar la atribución legal de naturaleza mercantil que, como correspondiente al tipo social, hacía el artículo 3 LSA en ese momento vigente, sin necesidad de examinar el objeto social; pero lo que sucede es que su condición irregular priva a la sociedad de todo reconocimiento como sociedad capitalista, ya que los requisitos formales se consideran constitutivos de su existencia. La segunda razón, por la que el argumento de la sentencia es interesante, hace referencia precisamente al objeto, actividad extractiva, pues se trata de una sociedad minera. Quiero decir que en el caso concreto la aplicación del criterio objetivo suponía la necesidad de un pronunciamiento sobre cuándo las actividades destinadas a la extracción de minerales, por tener una mayor dimensión industrial y a resultados mercantil, no deben ser consideradas como objeto de una sociedad calificable de civil; cosa que no hubiera sido precisa si la irregularidad no impidiera tener en cuenta una naturaleza mercantil que resultaría directamente y por disposición legal del propio tipo societario elegido.

La STS de 30-4-64 (Ar. 2166, CL. 389) (139), relativa a un contrato de cuentas en participación, enuncia incidentalmente el criterio objetivo para atribuir la mercantilidad (vid. Considerando cuarto).

La STS de 21-12-65 (Ar. 5958, CL. 886) (140) se refiere a una sociedad mixta. En ella se analiza la naturaleza que resultaría de aplicar los dos criterios tradicionales para saber si se trata de una sociedad civil o mercantil. Se concluye que el ente objeto del litigio es, en verdad algo curioso, una *sociedad civil de tipo colectivo*; lo que podría explicarse por la tendencia vigente en la época de considerar las sociedades mercantiles irregulares como sociedades civiles, siendo el tipo mercantil deformado —en el presente caso— el correspondiente a una sociedad colectiva. De cualquier modo ni el criterio parece tener demasiada importancia, ni tampoco la determinación de una u otra naturaleza, en cuanto se concluye por aplicar las normas del Código de Comercio a la sociedad de autos, advirtiendo son las que corresponden a exigencias de la realidad, tanto para las sociedades mercantiles propiamente dichas como para las sociedades civiles.

(139) Posteriormente a esta sentencia, téngase en cuenta la STS de 26-1-67, en cuanto se refiere al criterio objetivo para determinar la naturaleza de las sociedades, que ha quedado expuesta en la línea jurisprudencial anterior.

(140) Se ocupa en mencionar esta sentencia SÁNCHEZ CALERO, F., cfr *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17.^a ed., Madrid, 1994, pág. 247, como expresiva de la línea en que se justifica la responsabilidad solidaria de los socios mediante la aplicación del régimen de la sociedad colectiva; también GIRÓN TENA, J., cfr *Derecho de sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 242.

En el orden cronológico, aunque menos explícitas, las STS de 24-1-69 (Ar. 202, CL. 34) y STS de 22-11-73 (Ar. 4415, CL. 513), ambas con el mismo ponente, califican sendas sociedades como mercantiles por el criterio objetivo, sometiéndolas a la normativa del Código de Comercio. La primera es una Sociedad constituida mediante documento privado para la explotación de un «Bodegón-Bar-Terraza»; su Considerando primero recoge —incidentalmente— que las sociedades mercantiles irregulares han de regirse subsidiariamente, en defecto de lo pactado, por las normas de las sociedades colectivas (141). La otra es una «sociedad privada» dedicada a un negocio de fabricación de forja de aceros, estampaciones metálicas y de diversa tubería.

La STS de 15-10-74 (Ar. 3802, CL. 386) resuelve un litigio sobre una sociedad constituida con el fin de explotar una industria de pescadería y freiduría. Varios datos interesantes han de considerarse, como el que determine el carácter mercantil de la sociedad por su objeto o actividad y que se opte por incluir la sociedad irregular de autos en el régimen de las sociedades mercantiles, en concreto se la somete al régimen establecido por el Código de Comercio para la sociedad colectiva.

La STS de 22-12-76 (Ar. 5576, CL. 398) recuerda la doctrina de la Sala que acoge como criterio diferenciador entre sociedades civiles y mercantiles el del objeto o actividad. Además se insiste en que eso es así no obstante la irregularidad, es decir, que el hecho de que haya una constitución defectuosa de la sociedad, por sí mismo no determina la naturaleza civil o mercantil de una sociedad, ni tampoco ha de suceder que las sociedades mercantiles —por su objeto— irregulares deban considerarse como civiles (vid. Considerando segundo).

De nuevo vemos utilizado el criterio objetivo en la STS de 30-4-83 (Ar. 2200, CL. 234) (142) (vid. Considerando primero).

En la línea de considerar como mercantiles las sociedades cuya naturaleza resulte de aplicar los criterios usuales, y respetándose en cualquier caso esa naturaleza pese al carácter irregular de la sociedad, debe tenerse en cuenta la STS de 21-6-83 (Ar. 3647, CL. 356) (143). Destaca decididamente la primacía del criterio objetivo, haciéndose eco de lo que dice que sucede en la doctrina científica. Se trataba de una sociedad que tiene por objeto un negocio dedicado a la manufactura y venta de productos del ganado porcino (vid. Considerando cuarto).

(141) Además se hace en ella un ensayo o una comprobación, examinando qué sucedería de aplicarse los preceptos civiles, lo que debe recordarse en orden a una manera de proceder del TS que podríamos llamar cumulativa, y a la que me referiré al final de este epígrafe.

(142) Vid. el Comentario a la STS de 30-4-83 de GALÁN CORONA, E., en *CCJC*, núm. 2, abril-agosto 1983, pág. 565 y sigs.

(143) Se refieren a ésta las STS de 1-10-86, 20-2-88 y de 6-10-90.

Criterio objetivo es también el que se emplea en la STS de 1-10-86 (Ar. 5230, CL. 554), que presenta la particularidad de que es precisamente su objeto o actividad (la explotación de un negocio de gasolinera) lo que se establece como índice para determinar el régimen aplicable a la sociedad irregular en cuestión. Hace interesantes pronunciamientos a propósito del concepto (causa) de la irregularidad, y del ámbito (de relaciones internas) al que se aplicará el régimen normativo correspondiente (el de las sociedades colectivas del Código de Comercio).

La STS de 20-2-88 (Ar. 1073, CL. 124) (144) se refiere a una situación de hecho en que las partes litigantes se comprometieron en documento privado a constituir una sociedad anónima dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de su suscripción, señalando como objeto de tal sociedad, entre otros fines, la realización de alumbramientos, suministros, abastecimientos, riegos, transformaciones de fincas rústicas, y demás explotaciones realizadas con el agua. En ningún momento se llegó al otorgamiento de la prevista escritura pública de constitución de sociedad anónima, y por tanto no se produjo su inscripción en el Registro Mercantil, ni el nacimiento de la pretendida sociedad anónima, de tal manera que el reconocimiento de su carácter mercantil se hace calificando la actividad societaria, aplicando el criterio objetivo (vid. Fundamento de Derecho quinto). Esta sentencia, junto con la STS de 6-2-64 (Ar. 614, CL. 98) anteriormente expuesta, induce a pensar que sin perjuicio de que el criterio de distinguir si se trata de sociedades de base personal o de sociedades capitalistas, para calificar su naturaleza jurídica (utilizando el dato objetivo para aquéllas y el formal para estas últimas), es práctico y correcto, tampoco es infalible. Ya lo he escrito antes, y ahora lo refrendo con la jurisprudencia correspondiente. El defecto de criterio que la forma padece, es que está llamado a ser útil sólo en las situaciones de regularidad societaria, pues en casos distintos no se podrá aplicar en todos sus extremos; el dato formal de considerar mercantil la sociedad que adopte formas mercantiles, sólo podrá observarse cuando las formas, que son requisito constitutivo de las sociedades de capital, no se hayan omitido. Pues de no ser así todo quedaría reducido simplemente a una determinación de la naturaleza jurídica civil o comercial a partir del dato de la actividad social del criterio objetivo. Puede decirse en consecuencia que la irregularidad societaria opera un desplazamiento del criterio formal, que en otra situación sería normalmente aplicable, reduciendo las posibilidades para determinar una naturaleza societaria a la utilización de los datos objetivos o de actividad. Aunque opino que esto entra en lo razonable, tampoco ha de olvidarse que la práctica (dada la escasa ocasión que el carácter expansivo de las normas mercantiles conce-

(144) Se refieren a esta sentencia las STS de 16-3-89, y la de 6-10-90

den para que una sociedad pueda tener naturaleza civil) enseña que el resultado de la aplicación del criterio objetivo normalmente coincidirá con el que se hubiera alcanzado, si el formal hubiese podido ser aplicado. En último término cabe concluir de todo lo dicho que, efectivamente, la irregularidad de las sociedades en su versión civil o mercantil no es sólo un episodio o incidente dentro del reconocido problema tradicional de la distinción entre sociedades civiles y comerciales, sino algo mucho más relevante e íntimamente relacionado con esa disociación.

En la STS de 16-3-89 (Ar. 2154, CL. 239) al tiempo que se hace aplicación del criterio objetivo para calificar la naturaleza mercantil de la sociedad (irregular) por su actividad (fabricación de embutidos), puede verse otra vez cómo la determinación del régimen jurídico que deba aplicarse a las relaciones sociales en debate, es deudora de la otra de averiguar la naturaleza, civil o mercantil, de la sociedad. En efecto, al ser mercantil la sociedad de autos, en el ámbito externo, le son aplicables las normas de las sociedades colectivas (vid. Fundamento de Derecho cuarto).

La STS de 6-10-90 (Ar. 7475, CL.540) (145) ensaya también el método o criterio objetivo para calificar el carácter mercantil de la sociedad a partir de una actividad de hostelería (vid. Fundamento de Derecho sexto). Como puede verse, la cuestión de la naturaleza societaria sigue siendo pareja con la de la irregularidad, aunque en la corriente jurisprudencial en que la sentencia se inserta se haya superado ya la antigua dependencia que tenía la irregularidad mercantil del régimen de las sociedades civiles.

Se sigue el criterio objetivo también en la STS de 3-4-91 (Ar. 2633, CL. 249) (146); en este caso se trataba de una sociedad irregular para la explotación de un camping. La propia sentencia ilustra con la cita de otras, tanto los criterios sobre la irregularidad societaria, como los que permiten determinar su naturaleza civil o mercantil (vid. Fundamento de Derecho quinto).

Particularmente clarificadora de la situación que ocupa el tema de la naturaleza de la sociedad en relación al fenómeno de la irregularidad, es la STS de 9-3-92 (Ar. 2009, CL. 234) (147), que utiliza el criterio objetivo de la mercantilidad de las operaciones de la sociedad para determinar su carácter mercantil. Permite insistir, como ya he hecho, en que atribuir naturaleza civil o comercial a la sociedad de que se trate, de alguna manera es un *prius* lógico respecto de su calificación como regular o irregular (148). Si ésta es la conclusión a la que

(145) Vid. EMBID IRUJO, J. M., «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 6 de octubre de 1990», *La Ley*, 1991-1, pág. 295 y sigs.

(146) A ésta se refieren las STS de 8-7-93, 18-5-92 y de 8-7-93.

(147) Vid. el comentario de esta misma sentencia, hecho por MARTÍNEZ SANZ, F., *La Ley*, 1992-4, págs. 182-188.

(148) También es esta la conclusión que explicita GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, cfr., *loc. cit.*, pág. 62: «...en el orden lógico, la calificación de mercantil precede a los requisitos de

llego, he de explicar por qué. Aunque sea un poco aparatoso, podemos discutir metódicamente planteando qué sucedería en las hipótesis previsibles. Así, en primer lugar, podemos preguntarnos qué pasaría si se calificara la irregularidad antes que la naturaleza de la sociedad: lo que ocurriría es que tal modo de proceder tropezaría con el inconveniente de que buena parte de las causas de irregularidad vienen provocadas por la omisión o infracción de las normas que sean aplicables a un tipo o clase de sociedad; luego, en tales casos al menos, para determinar qué régimen jurídico es aplicable, y así saber cuando al vulnerarse surge la irregularización, hemos de conocer previamente si han de utilizarse normas mercantiles o civiles: es decir, la declaración de irregularidad no puede preceder a la de la naturaleza. La otra hipótesis manejable coincide precisamente con la conclusión que acabo de sentar, que tiene que examinarse *a posteriori* la irregularidad societaria. Pero tampoco en tal caso dejan de apreciarse dificultades, provocadas precisamente por el propio planteamiento del supuesto de hecho: que haya una situación de irregularidad societaria. Pues en efecto, si una sociedad es irregular podrán observarse en ella dos ámbitos normativos y de intereses distintos: el de las relaciones internas, y el de las relaciones externas. En este último ámbito es relevante la determinación de la naturaleza civil o mercantil que resulte de atender al dato objetivo de su fin o actividad (al criterio objetivo, no al formal, pues ya he dicho que no creo que sea éste el aplicable cuando sean precisamente los defectos formales los que provocan la irregularidad); el régimen jurídico a tener en cuenta sería ya el de la sociedad mercantil colectiva, ya el de la comunidad de bienes (tanto se aplique éste exclusivamente a las sociedades de naturaleza civil, como si lo es también a las mercantiles irregulares), y de ése régimen resultará en buena medida (149) si la sociedad es regular o irregular. En el otro ámbito, el de las relaciones entre los socios, ya que se regirán en primer lugar por lo pactado tanto si son «comerciantes» como si no, y después por el régimen social que hayan escogido, ya que es su propia voluntad la que determina el régimen aplicable, sucede de un lado que al igual que en la primera hipótesis planteada la irregularidad debería ser una cuestión posterior, y por otro que esa voluntad, por ser interna u oculta, no permite determinar ese resultado previo que es la naturaleza civil o mercantil. Repito que en estas últimas circunstancias realmente se plantea una situación difícil: si (se puede generalizar) lo irregular es lo que no trasciende a terceros, y así no podemos averiguar la naturaleza de la sociedad

formalización pública, y, por tanto, debe basarse en datos diferentes de la observancia de estos requisitos», aunque sigue caminos distintos, y en el contexto de un planteamiento radicalmente opuesto al que yo hago sobre la irregularidad societaria en general, y sobre el artículo 1.670 en particular.

(149) Aunque no quiero prejuzgar qué es la irregularidad, no resulta difícil admitir en su concepto los supuestos de infracción normativa y los de falta de trascendencia para terceras personas del pacto societario.

que no se manifieste, va a ocurrir que antes se tendrá conocimiento de que una situación es irregular, que de la naturaleza jurídica que le corresponde a esa sociedad. Es decir, lo que debería ser una calificación posterior tiene que ser determinado antes —que hay irregularidad—, para posteriormente buscar las normas civiles o mercantiles que vayan a disciplinar la situación (150). Las dificultades, tanto de orden en las operaciones a realizar como de homogeneidad en el tratamiento de supuestos similares, se reducirían considerablemente si lo irregular se recondujese siempre a un régimen único, de tal modo que pudiera prescindirse de la tarea de calificar la mercantilidad o el carácter civil de una sociedad. Aunque esta razón de seguridad jurídica, perfectamente lógica cuando se identifica la sociedad irregular con la sociedad interna, en los restantes supuestos de irregularidad acabe cediendo en favor de la identificación de tipos societarios civiles o mercantiles para aplicar un régimen (civil o mercantil) específico.

La dicha Sentencia de 9-3-92 se refiere a una sociedad que en función del criterio objetivo o en atención a su actividad (está dedicada a un negocio de ferretería) es considerada como mercantil. Además el ponente reconoce la dificultad de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, en particular cuando se trata de sociedades irregulares; pese a la referida complicación, como sucede en otras ocasiones en que está implicada la cuestión de distinguir una de otra clase de sociedades, se dice que la solución al caso en debate sería la misma independientemente de la naturaleza que se atribuya a la sociedad (vid. Fundamento de Derecho octavo).

Las STS de 30-5-92 (Ar. 4831, CL. 543) y de 29-9-92 (Ar. 7331, CL. 841) tienen en común que, tratándose de sociedades irregulares, ambas de naturaleza mercantil (siendo su objeto, respectivamente, la explotación de un supermercado y de una fábrica de hielo), ni son consideradas como sociedades civiles, ni se aplica el régimen prevenido en el artículo 1.669 del Código Civil, ni tampoco se invocan expresamente las disposiciones de las sociedades colectivas, sino simple y genéricamente las del Código de Comercio.

La STS de 8-7-93 (Ar. 6326, CL. 700) (151) apunta la falta de trascendencia que puede tener la calificación de la sociedad de autos (constituida

(150) Al tiempo, la aplicación de las normas civiles, la calificación de la sociedad irregular como mercantil tendrá que basarse en el dato objetivo de la actividad, con la dificultad añadida de que para saber la actividad social habrá de estarse a cómo se exterioriza lo que (por definición es fácil que suceda en cualquier sociedad irregular) puede no conocerse de modo nítido. Realmente es un problema difícil de resolver. En todo caso son estas cuestiones que tienen que ver con los conceptos que se asignen a la irregularidad societaria.

(151) Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 17ª ed., Madrid, 1994, pág. 246. Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ALVAREZ, M. M.ª, «Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en Derecho español» (STS 8 julio 1993), en *RDS*, núm. 3, 1994, pág. 267 y sigs.

para la distribución de determinados productos) como civil o como mercantil, aunque igualmente se acoja el criterio de determinar su naturaleza conforme a su actividad, y ello pese a la denominación que pueda atribuírsele como «sociedad civil irregular». Dada la condición de sociedad mercantil irregular, el régimen que se le aplica es el prevenido por el Código de Comercio para las sociedades colectivas (vid. Fundamento de Derecho segundo).

La STS de 1-3-94 (Ar. 1638, CL. 168) es importante en cuanto ilustradora de que aunque la teoría objetiva, de la actividad o fin de la sociedad, es generosamente acogida en la jurisprudencia —como puede verse en las sentencias que se han citado— este criterio no deja de ser un mera aproximación para resolver la cuestión de la naturaleza civil o mercantil de una sociedad. Y es que fuera de la imputación legal de naturaleza mercantil, como sucede con las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la calificación de una sociedad como civil o comercial no es inexorable, es una tarea que cuenta con posibilidades, si no absolutamente libres, sí defendibles. En este sentido, el margen de maniobra se ensancha considerablemente si la sociedad de que se trate se desenvuelve en la dinámica de las situaciones irregulares. La sentencia en realidad no tiene otra cosa de interesante que lo que puede deducirse del hecho de que no se combata la afirmación de que la sociedad de autos, que es una sociedad irregular, teniendo por objeto la explotación de un bar, sea no obstante de naturaleza civil; ya he dicho que deben tenerse en cuenta los principios de técnica casacional y de vinculación a los términos del recurso, pero es ésta una de las ocasiones en que la personalidad del ponente (GULLÓN BALLESTEROS) podría haber propiciado una especial clarificación del temario irregularidad-naturaleza jurídica. Aunque tampoco hay inconveniente en reconocer que, tal vez, no ha sido voluntad del juzgador el dar por buena una calificación de naturaleza jurídica que no se corresponde con la realidad, sino que lo que sucede es que rectificar en tal sentido los elementos fácticos suponía una actividad innecesaria, que se avenía mal con el respeto a la congruencia de lo pedido en el recurso de casación; es posible. Pero aunque fuera así no creo tampoco que pueda desvirtuarse lo que ya he dicho al advertir sobre la flexibilidad que admite la calificación de la especie de las sociedades, y particularmente cuando de sociedades irregulares se trata, porque se dejaría caer en el vacío las citas jurisprudenciales que con aquella intención se han ido desgranando.

En la STS de 5-6-96 (Ar. 4724) (152) se acude al criterio objetivo para calificar como mercantil una sociedad irregular, dedicada a la fabricación de tuercas.

(152) No puede ofrecer el marginal CL, al no haberse distribuido hasta la fecha los correspondientes ejemplares del Repertorio.

También en la STS de 11-7-96 (Ar. 5667) se determina el carácter mercantil de una sociedad irregular atendiendo a su objeto, la explotación de un supermercado.

* * *

Si recapitulamos lo que llevamos visto en el presente epígrafe, debe recordarse que han sido expuestas dos corrientes de pensamiento, distintas, del TS en relación a la distinción de sociedades civiles y comerciales: en la primera el Tribunal resolvía (o cuando menos no modificaba) el sometimiento de cualquier clase de sociedad irregular al concepto de sociedad civil, produciéndose eventualmente una mutación de la naturaleza jurídica que, de haber sido regular, tendría la sociedad; en la otra línea, el TS optó por mantener, pese a la consideración de irregularidad, la naturaleza societaria que resultase del objeto o actividad social. Pero a las anteriores, aún cabría añadir una tercera posibilidad, otra forma de proceder del TS que en otras muchas ocasiones adopta el criterio de aplicar conjuntamente tanto las normas civiles como las mercantiles, o cuando menos de preferir uno sin postergar totalmente el otro; el problema para aislar este criterio en sentencias concretas es que la mayoría de ellas, al final, suelen inclinarse como solución preferente en favor de cualquiera de las otras dos posibilidades (considerando la sociedad, siempre como civil irregular, o teniéndola propiamente como mercantil, si tiene esta naturaleza) (153). Este último fenómeno puede darse en varias versiones; así puede suceder que, aunque se decante una sentencia concreta por considerar que la sociedad irregular a que se refiera será mercantil si su objeto o actividad lo es, ello no obstante se verifica una especie de comprobación, demostrativa de que en cualquier caso, aplicando uno u otro régimen, la solución del litigio debatido sería idéntica. Otras veces sucede lo mismo

(153) La aplicación cumulativa a que hacía alusión puede verse, entre otras, en las STS de 22-11-73 (Ar. 4415, CL 513) y de 15-10-74 (Ar. 3802, CL. 386). Ambas son objeto de examen en este mismo epígrafe. Es CAPILLA RONCERO quien cita la referida sentencia de 15-10-74 en el sentido apuntado: cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pág 72 y nota 28. Por mi parte, en realidad, me resulta muy difícil explicar su pertenencia a la línea jurisprudencial a que me estoy refiriendo, pues, si CAPILLA dice que en ella «...se ventila la disolución de una sociedad de objeto mercantil por renuncia a la sociedad, aplicando el artículo 224 del Código de Comercio, pero invocándose además el 1.705», creo que más que de una invocación se trata de una alusión en que se busca una *ratio* para ambos preceptos: «...a mayor abundamiento el derecho establecido en el citado artículo 224 del Cuerpo legal mencionado, al igual que el 1.705 del Código Civil, tiene su razón de ser en que una responsabilidad ilimitada en relación con las deudas sociales no puede imponerse a perpetuidad, porque ello supondría una vinculación eterna de los socios entre sí y respecto a la sociedad, por lo que es visto que procede acoger la pretensión de disolución de la misma.. »

pero planteado a la inversa, que se prefiere considerar como civil a la sociedad irregular con objeto mercantil, pero sin perjuicio de explicar simultáneamente que la decisión no cambiaría si en vez de las civiles se hubiese considerado la aplicación de las normas mercantiles.

De cualquier modo, tampoco sería correcto desorbitar la importancia de esta línea jurisprudencial, no debe suponer que se coloquen en pie de igualdad las posibilidades de que la normas mercantiles y las civiles puedan aplicarse indistintamente, con independencia del criterio que resulte del objeto de la sociedad, siempre que se trate de una sociedad irregular. De ser así la seguridad jurídica estaría completamente desterrada en cualquier dominio de la irregularidad societaria, haciéndose el tratamiento de la figura mucho más problemático; lo que a lo peor tal vez sucede, como inevitable. La necesidad de que existan criterios precognoscibles para determinar qué normas deben aplicarse, nos lleva a tratar de encontrar en la variada jurisprudencia una clave que explique, entre la diversidad, cuál es el argumento decisorio. Tal vez no lo haya, o si lo hay, tal vez no siempre se observa. O puede que hayamos de preguntarnos si la cuestión no es en realidad más sencilla, y lo cierto es que se produce una coincidencia de régimen si se comparan las normas civiles y mercantiles que son básicamente aplicables a las sociedades que pierden su regularidad típica. Aquí sólo quiero dar argumentos para explicar por qué ese ensayo conjunto de soluciones civiles y mercantiles a los casos de irregularidad, no es necesariamente tan significativo; podría tratarse simplemente de una manera de expresarse el Tribunal, que presenta la ventaja de trascender la prolija discusión en torno a las cuestiones de la irregularidad societaria, y que emplea una dualidad de argumentos como criterio de superioridad, como forma contundente de convicción a mayor abundamiento. Lo que debería resultar extraño, más cuando no puede olvidarse que los Tribunales están llamados antes de nada a cumplir la eminente función práctica de imponer la justicia del caso concreto, y las teorizaciones que en las sentencias pueden hacerse suelen ser ocasionales, y cuando las hay son extrapolaciones casi literales de lo que la doctrina nacional o extranjera ha podido establecer acerca de una figura o institución.

VIII. CONCLUSIONES

Creo haber insistido con convicción en la trascendencia del (ya viejo, y no resuelto completamente) tema de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles. Sociedades civiles y mercantiles son realidades distintas, especialmente son diferentes y distinguibles cuando se manifiestan en su tipicidad; en cambio su separación no es tan sencilla cuando los contornos respectivos se difuminan, al sufrir una alteración de sus rasgos típicos, al

irregularizarse. Conviene además precisar, es más correcto, que no solamente son las sociedades civiles distintas de las comerciales, sino que sobre todo la diferenciación hace referencia a ámbitos paralelos y separados, en los que se utiliza por los particulares el contrato de sociedad: uno es el de la actividad propia de los comerciantes, otro el de los particulares que no se proponen realizar labores de intermediación en el tráfico. De ahí que la mayor posibilidad de confusión entre unas y otras se produce cuando ambos modelos se confunden, cuando se hace actuar comercialmente a una sociedad civil; esto es, en el supuesto del artículo 1.670 del Código Civil. El cual precisamente, por lo general, es un precepto que debe leerse en clave de irregularidad societaria, al menos así es las más de cuantas veces se ha ocupado del tema el TS.

En definitiva, aunque no ha sido frecuente que la doctrina científica lo exponga así, pienso que la distinción de las sociedades según su naturaleza —civil o mercantil— constituye a su vez un episodio del problema de la irregularidad societaria en sentido amplio. En cambio no tiene dificultad cuando se trata de calificar las sociedades regularmente constituidas. Pues en cuanto a éstas, ya el criterio de la forma (particularmente útil cuando se trata de sociedades de capitales, al establecerse imperativamente una naturaleza comercial), o el criterio objetivo (la actividad de una sociedad, según resulta de su contrato constitutivo, documentado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil), proclamarán sin lugar a dudas su carácter mercantil, y en consecuencia que no se trata de sociedades de naturaleza civil.

Hay otra cosa evidente, que el discutir la consideración de una sociedad como civil o como mercantil es importante solamente cuando, al aplicarse a la controversia que se halle planteada un régimen jurídico en vez de otro, esa calificación comporte resultados distintos. Por lo que una forma de evitar complicaciones innecesarias, puede ser la de ensayar sucesivamente sobre un supuesto dado tanto el régimen de la sociedad civil como el de la mercantil. Si el resultado es el mismo, la importancia de atribuir una correcta naturaleza jurídica solamente puede continuarse en términos de mera especulación sin consecuencias. En otro caso el problema de discernir cuándo es mercantil una sociedad, queda incólume.

Con las sociedades irregulares, esa cuestión reviste perfiles propios, se complica hasta constituir un círculo vicioso, que todavía no ha sido roto ni por la doctrina científica, ni por la jurisprudencial, que a lo sumo llegan a formular soluciones acomodaticias, parcialmente válidas, y cambiantes con el tiempo. Ello se explica porque el concepto de irregularidad societaria se construye de diversa manera, tiene distinto origen, según sea civil o mercantil una sociedad determinada. Pero para averiguar este último extremo hay que contar con que no sirven de modo infalible los criterios tradicionalmente empleados: ni el de la forma, ni el del objeto. No sirve el criterio formal,

porque algunas sociedades son irregulares precisamente por no ajustarse a las prescripciones que sobre la forma establecen las leyes; pero para saber qué leyes son éstas, y en consecuencia cuál es el régimen jurídico aplicable, ha de conocerse previamente la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, pues su propia normativa establece específicos requisitos formales.

Tampoco es universalmente válido el criterio distintivo que atiende al objeto o actividad, porque éste tiene como presupuesto lógico y necesario que exista tal actividad social en las relaciones externas con terceros, y sucede que ciertas sociedades son irregulares, precisamente, por carecer de trascendencia como tales, por no estar dotadas de la necesaria publicidad, ya de hecho, ya de derecho; incluso esto último, la publicidad exigible al vínculo societario puede atribuirse a las formalidades especiales que deba cumplir una sociedad, lo cual a su vez —se ha dicho— depende del régimen aplicable, y éste por su parte de la naturaleza civil o mercantil de una sociedad. Lo que pretendía ser solución viene a quedarse en los mismos términos de planteamiento del problema. En última instancia no hay más remedio que reconocer que la calificación de un supuesto concreto de sociedad irregular, como de naturaleza civil o comercial, no tiene solución evidente; o al menos está en dependencia de la que corresponda por su parte a los problemas que la irregularidad societaria comporta, de ahí que tenga que resolverse previamente qué son las sociedades irregulares, por qué causas viene provocado tal fenómeno. Puede intentarse ahora ofrecer una solución que concilie lo que con la doctrina y la jurisprudencia se ha venido exponiendo. ¿Cuándo una sociedad irregular será civil o mercantil? En el modo de proceder del TS se suceden principalmente dos distintas soluciones, que de alguna manera tienen en cuenta si el problema se ha planteado en la esfera de relaciones internas, o bien *ad extra*, pero que en ocasiones se aplican indiscriminadamente. Esos dos criterios más significativos son, el primero, considerar como sociedades civiles del artículo 1.669 del Código Civil a las mercantiles irregulares o formalmente defectuosas; el otro, al contrario, supone respetar la naturaleza propia de la sociedad según su objeto o actividad, dando entrada al régimen de las sociedades colectivas cuando la irregular de que se trate tenga naturaleza mercantil. La primera, puede decirse que es una «solución por elevación», ya que cuando una sociedad es irregular se prescinde de la naturaleza específica que tenga, para aplicar en cualquier caso un mismo régimen especialmente previsto para las situaciones de irregularidad. De cualquier modo ha concitado la oposición unánime tanto de la doctrina mercantilista como de la civil que se ha pronunciado sobre el tema. Y a su vez la aplicación automática del régimen de las sociedades colectivas deja pendiente el tema calificar la naturaleza (necesariamente mercantil, para que pueda procederse de esta manera) de la sociedad.

Pero creo que podría intentarse una solución más elástica que la propuesta anteriormente. En mi opinión, tanto la sociedad irregular que no ha entrado en relación con terceros (en que sería un parallogismo entender que se realizan actos de comercio), la que constituya simplemente un fenómeno de sociedad interna, y también —según la opinión más autorizada— la sociedad ocasional, deben reconducirse con independencia de su naturaleza a lo previsto en el artículo 1.669 del Código Civil (que da preferencia al contenido del pacto entre los socios). En cuanto a las sociedades que exteriorizan o manifiestan el vínculo social, cuando éste es evidente para terceros y quienes pueden vincular a la sociedad realizan actos de comercio, parece aconsejable considerar que se trata de sociedades mercantiles; *ad intra* se tendrá en cuenta el régimen de las sociedades colectivas (que es el tipo genérico de las sociedades mercantiles personalistas) en lo que sea insuficiente el pacto; *ad extra*, la solución —nunca general— viene determinada por la manera en que mejor pueda evitarse el perjuicio injustificado de los terceros ajenos al contrato de sociedad que se irregulariza, y en relación a cómo deba ser protegida su buena fe y la confianza en la apariencia prestada en la apariencia societaria.

ISAAC TENA PIAZUELO
Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho civil
en la Universidad de Zaragoza

Extracto sobre la multipropiedad y su anteproyecto

SUMARIO: I PRESENTACION DEFINICIONES LEGALES.—II. MARCO INSTITUCIONAL: EL ALOJAMIENTO TURISTICO-VACACIONAL.—III. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA MULTIPROPIEDAD: A) CARACTERIZACIÓN COMO DERECHO PERSONAL. B) LA OPCIÓN COMO DERECHO REAL. C) NUESTROS PROYECTOS.—IV. LA DIRECTIVA EUROPEA 94/97/CE: A) «ÍTER» Y ÁMBITO DE LA NORMA. B) CONTEXTOS NACIONALES. C) EN ESPAÑA.—V. UN PRIMER PROBLEMA: LA DENOMINACION.—VI. EL ANTEPROYECTO DE 1977: A) ÁMBITO Y CARÁCTER. B) PRESUPUESTOS JURÍDICOS. C) ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.—VII. LA PROTECCION DEL ADQUIRENTE EN EL ANTEPROYECTO: A) CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN. B) PROMOCIÓN Y VENTA. C) DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL ADQUIRENTE. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO D) RÉGIMEN JURÍDICO DE «LOS SERVICIOS». E) LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VIII. JUICIO DE VALORACION —IX. EPILOGO SOBRE DERECHO COMPARADO: A) ORDENAMIENTOS PIONEROS: 1. *Estados Unidos*. 2. *Francia*. 3. *México*. 4. *Portugal*. 5. *Grecia*. 6. *Bermuda*.—B) LOS PROYECTOS DE ORDENACIÓN: 1. *Argentina*. 2. *Italia*. 3. *Uruguay*.—C) ORDENAMIENTOS SIN REGULACIÓN: 1. *Reino Unido*. 2. *República Federal de Alemania*. 3. *Otros ordenamientos*.—BIBLIOGRAFIA CLASICA.

I. PRESENTACION. DEFINICIONES LEGALES

Pretende el presente ensayo ser un «extracto» del conocimiento jurídico actual de la multipropiedad, escorándose hacia su proyección positiva en nuestro ordenamiento: la Directiva de la Unión Europea sobre la materia y el Anteproyecto de la Ley que se está discutiendo en las Cortes.

Empieza el Anteproyecto por hablar de multipropiedad como variedad de fórmulas por las que se transmite el derecho a disfrutar de un departamento durante un período determinado cada año. Supone la *división temporal* del derecho a disfrutar de un bien.

La Directiva 94/97/CE habla de contrato o grupo de contratos celebrado para un período mínimo de tres años por el que, mediante el pago de un determinado precio global, se cree, se transfiera o se establezca compromiso

de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana (art. 2).

En España, el artículo 1.1 del Anteproyecto define el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles como aquel que atribuye la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de un año, un departamento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en que se integra, dotado del mobiliario permanente adecuado.

Antecedente suyo es, en Canarias, el régimen jurídico de *dulas*, o división temporal del derecho a la explotación del agua entre los diversos titulares, o la dula de aprovechamiento de pastos.

II. MARCO INSTITUCIONAL: EL ALOJAMIENTO TURISTICO-VACACIONAL

Bajo la moderna denominación de «alojamiento vacacional» se entienden comprendidas las diversas modalidades jurídicas de disfrute de un inmueble por un tiempo o temporada limitados al año, sea a través de un título personal, sea a través de uno real.

Son opciones de alojamiento vacacional *personales*, esto es, derivadas de la atribución de un derecho de carácter obligacional:

a) El *hospedaje* en un *hotel*, contratando la ocupación de una habitación y el disfrute de unos servicios complementarios de hostelería. Se rige por el Código Civil (arts. 1.783, 1.784, 1.922 y 1.967.4.º), amén de las disposiciones administrativas en la materia (v.gr., Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el Estatuto ordenador de las empresas y las actividades turísticas privadas; Real Decreto 1643/1983, de 15 de junio, por el que se establecen las normas de clasificación de los establecimientos hoteleros y disposiciones de los órganos competentes de las respectivas Comunidades Autónomas).

b) El *arrendamiento de un apartamento*. La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos regula (art. 1) los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda. Considera (art. 2) «de vivienda» aquel que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad «permanente» de vivienda, comprendiendo mobiliario, trasteros, garajes y accesorios. El arrendamiento para «uso distinto» se delimita por vía residual (art. 3), en especial: el *de temporada*, sea ésta de verano o cualquier otra (además del destinado a actividad industrial, comercial, profesional, artesanal...).

La Ley (art. 4) impone la aplicación de sus Títulos I, IV y V a todos sus arrendamientos. Además, los de vivienda «permanente» se rigen por el Título II, en su defecto por la voluntad de las partes y, supletoriamente, por el Código Civil. Se exceptúan las viviendas «suntuarias» de más de trescientos metros cuadrados de superficie o de renta superior a 5,5 veces el salario mínimo interprofesional, sujetos primero por la voluntad, luego el Título II y, supletoriamente, por el Código Civil. Los arrendamientos «de temporada» y asimilados se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por el Título III y, supletoriamente, por el Código Civil.

Cuando la vivienda tenga calificación de «apartamento turístico» (ofrecida de modo habitual, de forma empresarial, con fines vacacionales o turísticos, dotada de equipo para inmediata ocupación) intervienen también las normas administrativas; con respecto a las competencias autonómicas a nivel estatal: Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, y Orden de 17 de enero de 1967, modificada por las de 12 de febrero de 1972 y 14 de marzo de 1975.

c) Los campamentos de turismo «*camping*», que vienen a ser una especialidad del hospedaje, sujetos a las disposiciones administrativas de las Comunidades Autónomas y, supletoriamente, al Real Decreto 2545/1982, de 27 de agosto, y la Orden de 28 de julio de 1966. También análogo es el alojamiento en *ciudad de vacaciones* (Orden de 28 de octubre de 1968).

Del alojamiento vacacional como derecho *real*, señalar dos hipótesis:

1.^a La adquisición de *vivienda individual* o unifamiliar habitualmente por compraventa. En este ámbito hay que destacar la aparición de las *urbanizaciones privadas*: complejos en que, junto a las parcelas individuales en que se emplazan las viviendas unifamiliares, existen unos elementos y servicios comunes a todos los vecinos (zonas recreativas, de esparcimiento, infraestructuras). Entre diversas opciones jurídicas se les ha querido aplicar, *mutatis mutandis*, el régimen de la propiedad horizontal (Ley 49/1960, de 21 de julio, modificada por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, y la Ley 3/1990, de 21 de junio): propiedades horizontales «tumbadas». Les afecta especialmente la legislación urbanística: Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en lo que subsiste tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, amén de las abundantes disposiciones autonómicas en la materia.

2.^a El *departamento* de un edificio en propiedad horizontal: el campo propio de la multipropiedad. Surge sobre 1965 como «club-hotel» en las estaciones invernales (Tignes, Chamrousse, Deux-Alpes...). Luego en Suiza a través de la Operation Caddies en Crans-sur-Sierre y el grupo Hapimag. Y se extendió a Italia, Bélgica (a través de las sociedades Promibel y De Duve), Grecia (v.gr., el complejo Mikonos), Portugal y Alemania. En el Reino Unido

no ha tenido gran difusión. En Estados Unidos, tarde, pero intensa. Y de América Latina sobre todo en Argentina y México.

Existen fórmulas *transaccionales* de alojamiento vacacional configuradas a través de un título real, la propiedad, combinado con la prestación de servicios similares a los del hospedaje en hotel: el «aparthotel» y el «sistema Eurohotel».

III. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA MULTIPROPIEDAD

En términos generales, se ha propuesto caracterizar la multipropiedad como un derecho procesal o bien en el ámbito de los derechos reales.

A) CARACTERIZACIÓN COMO DERECHO PERSONAL

Dentro de la perspectiva personalista se han presentado varias hipótesis de configuración de la multipropiedad, que en esta sede sólo *lato sensu* podrá designarse así, por lo de «propiedad»:

A) Un *pacto de mera eficacia obligacional* entre los titulares de un apartamento por cuotas indivisas. No tiene acceso al Registro de la Propiedad conforme a los artículos 2, *a sensu contrario*, y 98 de la Ley Hipotecaria, 9 y 51, reglas 6.^a y 7.^a. En consecuencia carece de la eficacia frente a terceros propia de la inscripción, lo que va a suponer una falta total de garantías en caso de enajenación de alguna de las cuotas de copropiedad a un tercero, quien no se va a ver sujeto al primigenio acuerdo. Otro inconveniente viene de la armonización con el régimen de propiedad horizontal en que está inmerso el apartamento. Así, por ejemplo, el derecho de voto, único del apartamento, se habrá de delegar en uno de los copropietarios (art. 14.2 LPH); por las actividades prohibidas del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal de uno solo de ellos podrían verse privados del uso (*ex art. 19.1 LPH*) el conjunto.

B) Mediante la constitución de una *sociedad*. Su objeto social consistiría en adquirir un inmueble dividido en apartamentos y locales, su mobiliario y accesorios adecuados a su destino, ponerlo a disposición de los socios en condiciones de disfrute, además de gestionar su administración. Quien ostenta la titularidad dominical sobre el inmueble es la sociedad y nunca el socio multipropietario, que únicamente tiene un derecho de carácter social y disfruta de la propiedad de forma indirecta o mediata. El contenido del régimen estatutario admite múltiples posibilidades. A modo esquemático pueden darse las siguientes pautas.

Suele pactarse la duración indefinida de la sociedad renunciando los socios a pedir la disolución del artículo 1.700.4.º del Código Civil, por lo que

sólo se disolverá por las causas 1.^a y 2.^a del mismo artículo y el acuerdo unánime o de mayoría cualificada en la Junta general. El capital social se distribuye en equis participaciones, cada una —o más— de las cuales atribuye el derecho inherente al disfrute exclusivo de algunos —o a cada uno de los diferentes— elementos privativos del inmueble por un período de tiempo. Hay una Junta general de socios, órgano deliberante depositario de la voluntad social, y una *Gerencia*, unipersonal o plural, encargada de administrar y representar a la sociedad y que es nombrada por la Junta. Las participaciones pueden transmitirse *inter vivos* y *mortis causa*. Al respecto pueden establecerse restricciones, especialmente a los *inter vivos*, por ejemplo, sometiendo la enajenación a extraños a conocimiento y consentimiento de la sociedad.

Su máximo paradigma es el sistema del *club inglés*. Se ha preconizado por las empresas extranjeras del sector por su agilidad: se transmite automáticamente el período de disfrute con la cesión de la participación social, acción si la sociedad fuera anónima. Y por su menor coste fiscal. Y hay quien argumenta *de lege ferenda* su utilidad, si no general, sí para las «grandes multipropiedades», con muchos partícipes y servicios complementarios (HERRERO GARCÍA); o, al menos, su «optatividad», junto a la copropiedad indivisa atípica (RULLÁN CASTAÑER).

La sociedad civil, por su objeto, según el artículo 1.670 del Código Civil, puede revestir todas las formas admitidas en el tráfico mercantil. Puesto que el sujeto interesado en obtener unos días de descanso en un apartamento vacacional no querrá ver comprometido su patrimonio (*ex arts.* 1.911 CC y 127 y 148 CCom), no parece que las formas personalistas «colectiva» y «comanditaria» (art. 122 CCom) vayan a satisfacer ese interés. Por lo cual la configuración básica es la de una sociedad *anónima* sujeta al Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, o una sociedad *de responsabilidad limitada* regida por la Ley 2/1995, de 23 de marzo.

Sin embargo, se percibe una «disfunción» entre el régimen propio de la multipropiedad y el esquema social derivada de la «inevitable conexión real» que implica el disfrute del inmueble:

a) Las relaciones entre socios se rigen por las normas sociales, pero en cuanto titulares de un derecho de uso y goce sobre un mismo inmueble quedan sujetos a normas propias de una situación de «comunidad de carácter real» (v.gr., contribución a gastos de mantenimiento y administración).

b) Además, no es lógico objeto de una sociedad «capitalista» con ánimo de lucro la mera administración de un inmueble. Tampoco se entiende que sea propietaria del inmueble y, en la práctica, actúe como gestora. Y es que el problema ataca a la propia *causa* del contrato (arts. 1.261.3.º y 1.274 y sigs. CC): lucro o bien recreo.

c) El régimen de mayorías propio de las sociedades de capital (arts. 93 LSA y 43 LSRL) choca con la necesidad de unanimidad en la multipropiedad si no se quieren frustrar las expectativas de disfrute de cada individuo.

d) La titularidad del derecho de disfrute ligada a unas participaciones sociales fácilmente transmisibles —incluso por endoso o tradición si se incorporan a títulos-valores—, sin contratación registral, carece de la seguridad jurídica derivada de la inscripción.

e) No es comprensible la incorporación a una acción del derecho de uso exclusivo de un bien social si por Ley el socio no tiene derecho directo sobre ningún bien social hasta la disolución [arts. 48.2.a) y concordantes LSA].

f) En caso de ser extranjera la sociedad, la regulación de los derechos de disfrute sobre un inmueble radicado en España como parte del régimen de funcionamiento de la persona jurídica debería quedar sometido a su estatuto personal, la legislación extranjera (art. 9.11 CC), en contradicción con el artículo 10.1 del Código Civil (estatuto territorial).

En particular, en el modelo societario *anglosajón* el contrato se basa en un *equitable interest* que se incorpora a un título privado de pertenencia al club. Pero conforme a los artículos 1.218, 1.225, 1.278 y 1.280 del Código Civil, ese título no es oponible a tercero ni tiene fecha fehaciente en tanto no se cumpla el artículo 1.217. Además, en la adquisición del inmueble por la sociedad promotora suele intervenir garantía hipotecaria. El adquirente de una participación es ajeno a ello, pero puede verse privado de su derecho en caso de ejecución. Por otra parte, el *trust* británico no es importable a nuestro ordenamiento ni por autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) al incidir en el sistema de propiedad y derechos reales con trascendencia de orden público.

C) Finalmente, algún autor (ver MUÑOZ DE DIOS) ha propuesto el modelo de la *cooperativa* para la constitución de la multipropiedad al amparo de la Ley General 3/1987, de 2 de abril, especialmente al amparo de la Sección 4.^a de su Capítulo XII, dedicada a las cooperativas de viviendas (arts. 129 y 132, en relación con el 1, 6, 7 y 31).

B) LA OPCIÓN COMO DERECHO REAL

En contraposición a las construcciones personalistas, la realista ofrece, al precio de menos agilidad, menos ductilidad, unas garantías y una seguridad jurídica sin duda deseables, no ya por evidente, para el adquirente-consumidor, sino también para los promotores, desde el momento en que la seguridad a medio plazo es un acicate para el mercado de su producto. Igualmente, en este ámbito se han propuesto diversas modalidades de caracterización jurídica del fenómeno multipropietario: como forma de comunidad prodiviso, como forma

de comunidad de bienes, como comunidad atípica funcional, como propiedad horizontal atípica, como nuevo régimen jurídico inmobiliario, como un nuevo supuesto de propiedad caudridimensional y como un derecho real limitado.

1. Como *comunidad prodiviso* significa una propiedad de varios, recayente sobre un mismo objeto material, distinta de la comunidad ordinaria: dividida por tiempo de utilización o periódica. Cada multipropietario es titular del derecho de propiedad sobre el apartamento en el tiempo que dura su período de disfrute. Es una tesis algo rudimentaria: plantea el problema de cómo explicar que el aprovechamiento del que es titular el multipropietario tiene una duración anual limitada, si bien con el transcurso del tiempo vuelve a resurgir.

2. Presentarla como *comunidad de bienes* nos remite al Título III del Libro II del Código Civil: artículos 392-406. Sería una copropiedad en que se otorga un período de disfrute temporal a cada condómino. Interesa al caso el artículo 394, según el cual cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho. Y el artículo 398.1, conforme al cual para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. Aquí ese uso o disfrute debe ser «por turnos».

Pero plantea el problema al transmitir una de las cuotas, por cuanto puede el adquirente discordar y pretender modificar el acuerdo de la mayoría, en que no intervino, a no pactarse estatutariamente la vinculación de futuros adquirentes. Precisamente ese régimen de mayorías ocasiona otro problema, cual es la posibilidad de modificar el turno de un multipropietario sin su consentimiento.

Por otro flanco, el artículo 400.1 consagra el derecho de cada copropietario a solicitar la división de la cosa común en cualquier momento: *in comunione nemo compellitur invitus detinere*. Y el artículo 1.965 sienta la imprescriptibilidad de la *actio communi dividundo*. Y, sin embargo, la multipropiedad no es, *per se*, una situación de interinidad indeseada, sino creada *de intento*. Habría que acudir al *pacto de indivisión* del párrafo 2.º del artículo 400. Mas no parece inspirado para el caso: conservar la cosa indivisa «por tiempo determinado, que no exceda de diez años», prorrogable por «nueva convención». Podría conceptuarse como cosa indivisible del artículo 401.1; pero entonces intervendría el artículo 404: convenir que se adjudique a un copropietario indemnizando a los demás o venderla y repartir su precio.

Y no olvidemos que el copropietario de una cosa común podrá usar del *retracto* en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos (art. 1.522.1 CC). Nuevamente el fantasma de la situación indeseable y transitoria que se pretende eliminar.

3. Como una *comunidad funcional y atípica* en el marco de la comunidad de bienes, pero con marcadas diferencias respecto al modelo de los ar-

títulos 392 y sucesivos del Código Civil. Es la tesis de PAU PEDRÓN: una comunidad voluntariamente creada con vocación de permanencia y durabilidad, organizada y orientada a la consecución de un destino común. Se fundamenta en la autonomía de la voluntad en derecho patrimonial, capaz de crear «o modificar» derechos reales (arts. 1.255 CC, 2 LH y 7 RH; Res. DGRN de 1 de abril de 1981). Cuenta con el apoyo jurisprudencial de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1983, que acepta una comunidad funcional y atípica sobre un local subterráneo destinado a garaje, con exclusión de los derechos de tanteo y retracto de los comuneros y de la acción de división.

A su imagen y semejanza se construye la multipropiedad, excluyendo la alteración de turnos asignados a cada cuota salvo acuerdo unánime y, por tanto, la extralimitación temporal en el uso. En el Registro se inscribe cada cuota con el anejo período de disfrute.

Se le critica que desfigura la clásica comunidad romana a cuya normativa precisamente se acude.

4. Multipropiedad como *propiedad horizontal atípica* o propiedad horizontal por períodos: los elementos de un edificio en propiedad horizontal se venden a varios sujetos, que pasan a ser titulares, con un turno temporal de aprovechamiento. No es una copropiedad —se dice—, ya que la adquisición se lleva a cabo de forma *independiente* por los diferentes titulares sin previo concierto entre ellos. Sin embargo, también puede el fenómeno comunitario sobrevenir de tal manera. Se liga necesariamente a un inmueble con propiedad horizontal constituida, por lo que no soluciona las multipropiedades sobre viviendas individuales. En todo caso se critica la construcción de insuficiente, ya que la propiedad horizontal es una combinación de propiedad privativa y copropiedad de elementos comunes, mientras que en la multipropiedad la esencial distribución por tiempos exige una reformulación del derecho subjetivo.

5. Multipropiedad como *nuevo régimen jurídico inmobiliario* (BADOSA COLL): una nueva institución jurídica sobre bienes inmuebles que reclama una normativa propia, sin encorsetarla en otros regímenes preexistentes (comunidad de bienes, propiedad horizontal). Así soluciona automáticamente los obstáculos de la acción de división y el retracto de comuneros. Tampoco es que se cree «de la nada»: parte de una situación de cotitularidad del derecho de propiedad, por lo que algunos aspectos de la regulación civil de la comunidad de bienes (CC) y de la propiedad horizontal (LPH) encajarían en su seno, pero sin sentirse vinculada a su completo *chip* normativo. Por el contrario, a ese sustrato «conocido» se le completa *ex novo* con los accesorios diferenciales de la multipropiedad.

El nuevo régimen de trascendencia real es inscribible en el Registro de la Propiedad al amparo de los artículos 7 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. Con base a la Resolución de la DGRN de 2 de abril de 1980 y el artículo 68

RH se propone el sistema registral de *triple folio*: una inscripción «extensa general» para todo el conjunto (*ex art. 8.4 LH*), con transcripción de estatutos, hojas registrales nuevas para los distintos departamentos del edificio y tantas inscripciones en hojas nuevas como períodos de uso. Al margen de la inscripción general, nota de división en apartamentos con referencia a sus folios; al margen de cada departamento, nota expresiva de la transmisión de los distintos turnos, indicando la hoja respectiva.

Esta tesis ofrece mayor versatilidad y libertad de configuración. Por ello inspiró los Borradores de Anteproyecto de febrero de 1988 y 20 de octubre de 1989. Aunque quizás haya que reconocer en su contra que para supuestos de pequeña dimensión tiene sentido un funcionamiento comunitario.

6. La teoría de la multipropiedad como un *nuevo supuesto de propiedad «cuatridimensional»*, de origen italiano, fue defendida en España por LEYVA DE LEYVA: se crea un derecho que tiene un objeto con cuatro dimensiones: espacio más tiempo. Así, del mismo modo que el propietario puede dividir su finca espacialmente en distintas parcelas, puede también dividir su departamento en fracciones temporales, atribuyendo a diferentes sujetos la propiedad de cada una. Mediante el espacio y el tiempo se crean objetos de derechos individualizados. No existe una comunidad porque los derechos están totalmente separados, es más bien como las relaciones entre propietarios de predios vecinos.

Semejante construcción de derechos de propiedad temporal independientes conlleva la dificultad de explicar la sucesión en el goce. Más aún: ¿hasta qué punto puede hablarse de diversos derechos de propiedad? Inevitablemente hay un condicionamiento recíproco entre los multipropietarios que limita su respectiva «propiedad».

7. Finalmente, se ha concebido el derecho de aprovechamiento temporal de apartamentos como «derecho real limitado» (*ius in re aliena*). *Ab initio*, planteado con referencia al derecho de usufructo o de habitación, fue descartado porque entre los caracteres estructurales de ambos derechos aparece su carácter vitalicio (arts. 513 y 529 CC), lo que elimina su posible transmisión *mortis causa*. Es más, el derecho de habitación no puede traspasarse a otro ni *inter vivos* (art. 515). Portugal creó un «derecho real nuevo de habitación periódica», suprimiendo su intransmisibilidad. Este parece ser el enfoque del Anteproyecto de Ley de 20 de enero de 1997, que más adelante abordaré.

C) NUESTROS PROYECTOS

Parecía que el legislador español iba a decantarse por el nuevo régimen jurídico inmobiliario. El Borrador de 1988 empleaba profusamente la denominación «régimen» (arts. 2.2 y 8.4) y regulaba el conjunto de facultades, deberes y obligaciones de cada multipropietario y los órganos de la multipropiedad. El

Borrador de 1989 dio un paso adelante regulando *ex novo* diferentes regímenes jurídicos inmobiliarios, como el común denominador de la existencia de una propiedad sobre la finca edificada o edificable y el inherente derecho de comunidad especial sobre los elementos de utilidad o servicio común (art. 1.1). Específicamente se declaraba (art. 1.2) aplicable a los complejos urbanísticos —urbanizaciones privadas—, propiedad horizontal y propiedad por períodos —multipropiedad—. Ya el Borrador de diciembre de 1991 vacila entre la anterior y dos opciones más: un derecho real «limitado de aprovechamiento por turnos», constituyendo una comunidad de titulares, y un derecho «obligacional» de aprovechamiento de duración entre tres y quince años. A continuación se formuló un Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, admitiendo la «propiedad por períodos»; el «usufructo por períodos» y la constitución de una «sociedad» propietaria del inmueble que transmite «acciones». El 8 de noviembre de 1994 se elabora por el Ministerio de Justicia e Interior un Borrador de Anteproyecto de Ley sobre «aprovechamientos por turno de bienes inmuebles».

El último de los Borradores esboza hasta tres configuraciones jurídicas posibles:

a) «Multipropiedad *strictu sensu*», o sea, atribución del «dominio» de una vivienda o local a varios partícipes en proindiviso, de modo que corresponde a cada uno un turno de aprovechamiento durante un período fijo de cada año. El régimen dura treinta años, prorrogable de cinco en cinco años, hasta un máximo de cincuenta (arts. 18 y 20).

b) Un derecho «real limitado» o, literalmente, «una comunidad de aprovechamientos por turno» que «grava» la propiedad de un edificio o, al menos, tres departamentos. Cada participación da derecho al disfrute exclusivo del elemento y su mobiliario por un período fijo cada año y al uso compartido de los elementos comunes (art. 21). Dura entre tres y treinta años (art. 22).

c) Un derecho de aprovechamiento por turno «sin carácter real», para los que el artículo 50 exigía una duración entre tres y quince años.

En última instancia, la Ley puede adoptar la solución del derecho real limitado, aunque el texto, por el momento muy preocupado por la disciplina administrativa de la institución y el compromiso europeo, no desenvuelve suficientemente su contenido civil.

IV. LA DIRECTIVA EUROPEA 94/97/CE

A) «ITER» Y ÁMBITO DE LA NORMA

En el seno de la Unión Europea, preocupada por el fraude en el sector, surge un Documento de Trabajo al respecto elaborado por la Comisión el 26

de mayo de 1986. El 17 de octubre siguiente el Parlamento Europeo denuncia, vía propuesta de resolución, la necesidad de colmar la laguna jurídica en materia de multipropiedad. Siguiéron las Resoluciones del Parlamento de 13 de octubre de 1988, 14 de septiembre de 1989 y 11 de junio de 1991. El 2 de julio de 1992 la Comisión presenta la Propuesta de Directiva, que el 26 de octubre de 1994 se alumbra definitiva como Directiva 94/97/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.

Esta Norma de la Unión Europea tiene por objeto (art. 1) aproximar las legislaciones de los Estados miembros en la materia en cuanto a información sobre el contenido contractual, procedimientos y formas de resolución. Se establece una duración mínima del derecho de tres años para dar estabilidad al mercado.

Como «Directiva» que es marca, «dirige» unas directrices a los Estados miembros (art. 13), correspondiendo a éstos dar el adecuado cumplimiento mediante las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias en un término de treinta meses desde su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (art. 12), lo que fue el 29 de octubre de 1994. Se recortó el plazo, inicialmente cifrado en tres años, en aras a la urgencia de la materia. Otra cosa es que se cumpla (v.gr., España).

Tiene un ámbito de actuación muy limitado. Estatuye un *mínimo de protección* al adquirente, sin obstaculizar la adopción de disposiciones más favorables en el seno de los ordenamientos nacionales (art. 11): principio de normas más favorable o *favor consumatoris*. La disparidad de regulaciones donde las había, o propuesta en otros de estos ordenamientos nacionales, puede explicar la parquedad de la Norma común. Más asequible parece fijar un núcleo de común coincidencia que pretender una uniformización presumiblemente abocada al fracaso. Por eso, el párrafo final del artículo 1 reserva a la competencia nacional determinar la naturaleza jurídica de los derechos transmitidos y protegidos, sea personal o real, y, dentro de cada competencia, con sus particularidades.

B) CONTEXTOS NACIONALES

Al nacimiento de la Directiva, la configuración de la institución escogida en los Estados miembros que la habían contemplado era como sigue. En *Portugal* los Decretos-Ley 385/1981, de 31 de diciembre, y 368/1983, de 4 de octubre, modificados por el Decreto-Ley 130/1989, de 18 de abril, crean el derecho «real de habitación periódica». En *Francia* la Ley 18/1986, de 6 de enero, regula las sociedades de «atribución de inmuebles en régimen de

disfrute a tiempo compartido». En *Grecia* la Ley 1652/1986, de 14 de octubre, regula el *timesharing* y ha sido desarrollada por Orden Ministerial de 15 de diciembre de 1987, de atribución de las viviendas turísticas en régimen de «arrendamiento a tiempo compartido». En el *Reino Unido*, la *Timeshare Act*, de 16 de marzo de 1992, muestra su preocupación en el tema. En *Italia* hay que citar el Proyecto de Ley del Gobierno n.º 3987, de disciplina de la «multipropiedad», de 27 de junio de 1987, y el de ELIO FONTANA, de 2 de julio de 1987, sobre disciplina de la «multipropiedad» de los inmuebles de destino residencial o turístico-hotelero. *Alemania* sólo conocía la constitución de un organismo de protección de los adquirentes desde 1987: el *Timeshare Verband*.

Concretando: desde un nuevo «derecho real limitado» en Portugal, pasando por una caracterización «societaria» en Francia, o como un contrato de «arrendamiento especial» en Grecia, hasta la indefinición de Gran Bretaña, más preocupada por la protección del adquirente que por la configuración jurídica. Aunque el considerando 5 de la Directiva excluya al arrendamiento, no perjudica a Grecia: es por diferir en la forma de pago sucesiva, mientras que en el multiarrendamiento o multiinquilinato griego el pago se entiende realizado de forma única en no más de dieciocho meses desde el contrato.

C) EN ESPAÑA

En *España*, como se ha visto, hubo un Borrador para un Anteproyecto de Ley de Multipropiedad en febrero de 1988 que plantea un derecho real en un «nuevo régimen jurídico inmobiliario». Luego dos versiones de un Borrador para un Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios: una en octubre de 1989, en la línea de la anterior, y otra en diciembre de 1991. Esta última baraja distintas modalidades: un derecho real de multipropiedad a imagen de los anteriores textos, un derecho real «limitado de aprovechamiento por turnos» y un derecho «obligacional» de aprovechamiento de entre tres y quince años. A continuación el Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido, admitiendo la «propiedad por períodos», el «usufructo por períodos» y la constitución de una «sociedad» propietaria del inmueble que transmite «acciones». El Borrador de Anteproyecto de Ley sobre «aprovechamientos por turno de bienes inmuebles», de 8 de noviembre de 1994, esboza hasta tres configuraciones: «multipropiedad *strictu sensu*, un derecho «real limitado» o, literalmente, «una comunidad de aprovechamiento por turno» que «grava» la propiedad de un edificio; y un derecho de aprovechamiento por turno «sin carácter real», para los que exigía una duración entre tres y quince años.

En las Comunidades Autónomas más afectadas se dictaron la Orden de la Consejería de Turismo y Transportes de Canarias de 25 de agosto de 1988,

completada por la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, y la Orden n.º 1843 de la Consejería de Turismo de Baleares, de 15 de enero de 1990, previa una Resolución del Parlamento Balear de 26 de noviembre de 1987.

En jurisprudencia, citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de mayo de 1986 que, *obiter dicta*, se refiere a la multipropiedad. La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993, que tiene poca trascendencia en cuanto a la protección al consumidor. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala 14) de 29 de abril de 1995.

V. UN PRIMER PROBLEMA: LA DENOMINACION

La multiplicidad de denominaciones va pareja no sólo a las diversas ordenaciones jurídicas, sino también a la inventiva empresarial que intenta hacer más atractivo el producto. En 1967 se inscribió en el Registro de la Propiedad Industrial de Francia el término «multiporpiété». «*Multipropiedad*» es el término más habitual. «Tiempo compartido», traducción del inglés «*time-sharing*», liga la institución a una de sus modalidades, tan arraigada en Gran Bretaña, como es el «club-trustee». La Directiva 94/97/CE se refiere a «derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido», no tanto para alejar a aquellas u otras —como el *hapimag* suizo—, sino, al contrario, para excluirlas en la denominación. El anteproyecto opta por la expresión «*derecho de aprovechamiento por turno*», más amplia, capaz de englobar la forma societaria del ordenamiento francés y cualquiera otra, sea de carácter real —el derecho de habitación periódica portugués— o sea personal —el multiarriendo griego—. Es más, según el artículo 1.4, en ningún caso podrá denominarse multipropiedad ni de cualquier otra manera que contenga la palabra «propiedad», prohibiendo el artículo 8.1 la venta con tales vocablos de derechos sujetos a la Ley.

VI. EL ANTEPROYECTO DE 1997

En armonía con las instituciones propias de nuestro ordenamiento, el Anteproyecto configura el derecho como *real limitado*, dejando *extra legem* a las demás opciones del derecho comparado (art. 1.4). Mas en ningún caso podrá vincularse a una cuota indivisa de la propiedad: cada uno de los derechos reales de aprovechamiento por turno constituidos sobre un departamento *gravan*, en conjunto, la total propiedad del mismo. La reunión del derecho real limitado y la propiedad, o una cuota de ella, en un mismo titular no

extingue el derecho de aprovechamiento por turno, que subsiste por toda la vida del régimen.

Con arreglo al artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, es materia de competencia *estatal* en cuanto «legislación civil y mercantil» del Estado. Por ello, la disposición final 2.^a da al Anteproyecto carácter de legislación *plena*. El dictado de apartados en materia turística y de protección de consumidores y usuarios pretende ampararse bajo el concepto de «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles» en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a de la Carta Magna). Sin embargo, no hay que descartar el planteamiento por órganos autonómicos de conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional.

El «Anteproyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», de 20 de enero de 1997, consta de 19 artículos, distribuidos en cuatro capítulos, dos disposiciones adicionales, tres transitorias y tres finales. Propende a colmar el régimen jurídico de la institución, ampliando el desarrollo de las garantías mínimas de la Directiva de la Unión Europea.

A) ÁMBITO Y CARÁCTER

El texto tiene carácter *imperativo* (art. 1.4). Se aplica al propietario, promotor o cualquier profesional del sector (apdo. 5). Ya la Directiva, según su artículo 2, iba referida a toda persona física o jurídica que en los contratos comprendidos dentro de su ámbito y en el marco de su actividad profesional cree, transfiera o se comprometa a transferir el derecho objeto del contrato: «el vendedor». Quedan al margen los particulares que *revendan* su derecho. El Anteproyecto abarca los arrendamientos «de temporada de vacaciones» entre tres y quince temporadas, con anticipo de renta de tres (apdo. 6). Tiende a preservar (carácter *tuitivo*) al adquirente: sujeto «particular» perteneciente al colectivo de los consumidores y usuarios, remitiendo a su legislación protectora —incluida la turística de publicidad y de establecimientos hoteleros— todo instrumento análogo de disfrute temporal de inmuebles que quede fuera de su ámbito de aplicación (apdo. 7). Ámbito éste sujeto a una intensa intervención de las autoridades administrativas.

La Directiva 94/97/CE promueve a los Estados miembros a que sus ordenamientos jurídicos nacionales prevengan la *renuncia* del adquirente a sus derechos frente al vendedor, despojándola de vínculo jurídico para aquél (art. 8). En tal línea, el artículo 2 del Anteproyecto sanciona con la *nulidad*:

- a) la «renuncia del adquirente a sus derechos (con sanción para los promotores conforme a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios);

- b) la exoneración al propietario de sus responsabilidades legales;
- c) y la sumisión al arbitraje, que no sea «de consumo», pactado antes de la contienda.

En definitiva, una cláusula ordinaria en los contratos que, como éstos, suelen ser de «adhesión» o unilateralmente predispuestos por una de las partes económicamente más poderosa. Según el artículo 9 *in fine*, en caso de *divergencia* entre versiones lingüísticas prevalecerá la más favorable al adquirente.

Extiende su *ámbito de aplicación* —disposición final 2.^a— a todos los contratos sobre derechos de aprovechamiento por período determinado del año de inmuebles situados en España, cualesquiera que sean el lugar y fecha de celebración. Se trata de evitar, conforme a los postulados de la Directiva Europea, que mediante el pacto *inter partes* se eluda la jurisdicción territorial (*lex rei sitae*), remitiendo a la legislación de terceros Estados en los que no es de aplicación la normativa comunitaria. Disposición apoyada en los artículos 16 de los Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y Lugano de 16 de septiembre de 1988. Según el artículo 9 de la Directiva, los Estados se comprometen a que no quede privado de su protección el adquirente de derechos sobre inmuebles situados en alguno de aquéllos. Por otra parte, ello es acorde con el contenido del artículo 10.1 del Código Civil al someter la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre los bienes inmuebles, así como su publicidad, a la Ley del lugar donde se hallen.

Pretende aplicarse desde la entrada en vigor, a su publicación (disposición final 3.^a), a toda promoción y venta de derechos reales de aprovechamiento por turno de inmuebles construidos o en construcción (disposición transitoria 1.^a). Lógico cuando se pretende reglamentar un nuevo régimen jurídico con intereses más que privados en juego. Se concede un lapso de dos años para *adaptación* de los regímenes preexistentes cuya constitución conste fehacientemente (disposición transitoria 2.^a) mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad con los requisitos de la Ley.

B) PRESUPUESTOS JURÍDICOS

El aprovechamiento por turno sólo puede constituirse (apdos. 2 y 3 del art. 1.^o) sobre un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos con un *mínimo* de diez departamentos, *todos* sujetos al régimen. «Departamento» es cada elemento del inmueble sujeto al régimen susceptible de ser utilizado como «alojamiento»: se excluyen los locales, amén de otros inmuebles no destinados a vivienda como los amarres y, desde luego, las embarcaciones. Los turnos anuales serán *iguales*, de no menos de *siete* días consecutivos, reservando otro mínimo de siete días para reparación de cada departamento.

Dura entre quince y treinta años desde la inscripción registral del régimen o, caso de edificio en construcción, desde la terminación. Concluido, no hay indemnización para los titulares (art. 3).

De conformidad con la disposición transitoria 2.^a, los regímenes preexistentes a la entrada en vigor de la nueva Ley se extinguirán a los cincuenta años de la entrada en vigor de la Ley, a no ser que tuvieran duración inferior o en la adaptación se prevea otro plazo o continuidad indefinida.

C) ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

1. La Resolución de la *Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993* atiende el caso de un edificio en régimen de propiedad horizontal en que algunos pisos se encuentran vendidos e inscritos a favor de terceros y el promotor vende una cuota indivisa a uno de ellos en régimen de «propiedad por turnos» o multipropiedad. El Registrador lo calificó con defectos:

a) Supone una «alteración del régimen de propiedad horizontal» existente sin consentimiento de todos los copropietarios (arts. 5 y 16 LPH). Y argumenta que se altera el normal destino del inmueble; que es una actividad no prevista en los estatutos contraria a la naturaleza de la vivienda; que excede de los límites de la mera tolerancia (relaciones de vecindad); que vendidos algunos pisos no puede el promotor alterar por sí el destino de los restantes. La Dirección revoca el defecto por el principio de *libertad que rige el dominio* de cada departamento: el propietario, sin más limitaciones que las de la Ley y el respeto a los derechos de los copropietarios, puede disponer de su derecho, enajenándolo a una o varias personas, en copropiedad ordinaria o en multipropiedad.

b) Falta la previa «*inscripción del régimen*» de multipropiedad. La Dirección General lo confirma porque la tesis del *numerus apertus* en cuanto a la creación de derechos reales debe entenderse desde el respeto a las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes. En particular la «oponibilidad *erga omnes*», característica de los derechos reales, aplicada a la multipropiedad implica: 1) «Determinación jurídica» del específico régimen de comunidad que se crea y de las unidades inmobiliarias que la integran, con sus cuotas porcentuales de participación y el régimen orgánico y de funcionamiento de la comunidad; y 2) «Viabilidad o concreción económica», esto es, que se dé solución con garantías al problema de la limpieza y adecuación del apartamento al comienzo de cada período; en definitiva, la puesta a disposición en condiciones de disfrute, así como la determinación del precio de los servicios que hayan de prestarse.

c) Prohíbe todo uso distinto de alojamiento vacacional alterando el destino a vivienda que aparece en los estatutos de la propiedad horizontal. Sin embargo, para la Dirección General no altera el destino económico de la totalidad del inmueble y, por tanto, el régimen de propiedad horizontal, pues sólo acota el destino del concreto apartamento controvertido, sin rebasar aquel régimen siquiera, apunta la Dirección, la *falta de causa social* de la prohibición de destinar a vivienda habitual.

d) No concreta las bases para completar el calendario por parte de la sociedad, quedando al arbitrio de ésta. Se revoca el impedimento del Registrador porque la misión encomendada se reduce a dar expresión formal a un calendario realmente deducible del título. Esta facultad de la sociedad de servicios se contemplaba *de lege ferenda* en el artículo 37.L del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991: se trataba de una sociedad de administración con funciones por un mínimo de cinco años.

e) No es válida la *reserva* para la vendedora de la acción de *desahucio*, que sólo compete a los órganos comunitarios. La Dirección así lo acepta. Mas si, como se ha dicho, la sociedad de servicios ejercita las funciones de administrador, ¿no «actúa como» un órgano comunitario, siquiera sea por delegación estatutaria? Es discutible.

f) La *prohibición del uso* del apartamento por impago de servicios. Se admite por la autonomía de la voluntad (véase la Ley 473 de la Compilación Navarra) para constreñir el pago de los gastos comunes. Cuestión candente, pues ocurre que tras los primeros períodos algunos multipropietarios abandonan su período de disfrute y su obligación de pago. Ejemplo que de cundir merma los recursos para la atención de los servicios del inmueble en detrimento de la colectividad.

g) No es válida la *reserva* de adaptar los estatutos a las disposiciones que en el futuro se dicten hecha por la entidad prestadora de servicios porque hay una variable, las leyes futuras, que es desconocida y porque normalmente tendrá intereses opuestos a los comunitarios. Habría que añadir que esa no es propiamente una función de «gestión», pues al afectar a la constitución del régimen reclama la voluntad de los multipropietarios: su Junta general. Su *ratio* se comprende por ser la sociedad de servicios, con frecuencia filial o «satélite» de la promotora, interesada en mantener el control de la promoción en su favor ante las modificaciones normativas.

h) Prohíbe los derechos de *tanteo*, *retracto* y acción de *división* (arts. 1.522 y 400 CC). Serían admisibles (véase Resolución de 18 de mayo de 1983) previa la formal constitución del régimen, con inscripción en el Registro de la Propiedad. Acción de división y derechos de adquisición preferente son lógicos instrumentos en las comunidades incidentales y no deseadas. Mas en la multipropiedad la comunidad ha sido creada de intento y sería contradictorio que se facilitara su extinción; es la propia razón de ser de la institución.

En conclusión, se acepta la inscripción y, por ende, el propio ser de la multipropiedad. En sus alegaciones, el Notario y el Registrador califican la figura multipropietaria, respectivamente, como una comunidad funcional atípica —tesis de PAU PEDRÓN— y como un nuevo régimen jurídico inmobiliario —postura de BADOSA—. Sin embargo, la Dirección General no se pronuncia más que para descartar la propiedad horizontal atípica por la posible coexistencia de multipropiedad y propiedad horizontal.

Por lo demás, decir que durante su estancia cada multipropietario ostenta la posesión material del apartamento y durante el resto del año tiene la posesión incorporal. Y en los períodos intermedios entre turno y turno, ¿quién posee materialmente el piso? Lo mejor sería considerarlos reservados a la entidad de administración para reparaciones y limpieza necesarias.

2. La Sentencia de la *Audiencia Provincial de Barcelona* (Sección 14) de 29 de abril de 1995 se plantea un contrato de compraventa de la «propiedad de una cuota» de un apartamento —sistema de período fijo, contrapuesto al flotante— de un complejo adscrito al sistema de intercambio de Resort Condominium International, con tres períodos temporales anuales, sin alusión al carácter limitado en el tiempo. Una cláusula contractual prevé que si en el plazo de siete días desde la fecha del contrato fuese sometido a la aprobación de cualquier Letrado y se encontrase alguna irregularidad quedaría automáticamente rescindido. Interpuesta demanda de rescisión en primera instancia se desestima, lo que revoca la Audiencia dando lugar a los pedimentos de los actores.

En realidad no es subsumible en ninguno de los supuestos de rescisión del artículo 1.291 del Código Civil. Se trata de una cláusula *defectuosa* y engañosa, pues no contempla un auténtico derecho de desistimiento. En efecto, si efectivamente hay alguna irregularidad se aplicarían las normas pertinentes sobre «ineficacia» de los contratos según la categoría de que se tratase: nulidad, inexistencia, anulabilidad, rescisión o resolución. No se determina en qué puede consistir tal «irregularidad», por lo que se aplicaría la regla interpretativa del artículo 1.288 del Código Civil en contra del causante de la oscuridad. Por último, falta la unilateralidad y ausencia de condicionantes propias del desistimiento.

El adquirente era un consumidor —afirmó el Juzgado de Primera Instancia—, siéndole aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (art. 1.2). La debatida es una cláusula de las del artículo 10.2: previa y unilateralmente redactada por una empresa, cuya aplicación no puede evitar el consumidor que quiere el bien dado. Por consiguiente, le es exigible la «concreción, claridad y sencillez», la «buena fe, justo equilibrio y exclusión de abusos» que impone el artículo 10. De otro modo, cual es el caso, se considera nula y se tiene por no puesta (art. 10.4, párrafo 1.º); justamente lo contrario que dictaminó la Sentencia de dicho Juzgado.

También era de aplicación el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Efectivamente, es una compraventa de —una cuota de— vivienda en el marco de una actividad empresarial dirigida a consumidores (art. 1.º). Por lo que estaría sujeta al deber de información del artículo 4, cuya infracción (*ex art. 11.1*) acarrea las multas del artículo 11.3. Por análogo incumplimiento la Directiva 94/97/CE sanciona con la facultad de resolución.

La Sentencia de la Audiencia apreció *dolo precontractual* del artículo 1.269 del Código Civil: frente a la detallada regulación precedente, la parca información proporcionada y el exiguo plazo de rescisión, captando su voluntad con maniobras, delata la manipulación de la voluntad constitutiva de dolo.

VII. LA PROTECCION DEL ADQUIRENTE EN EL ANTEPROYECTO

A) CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN

El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituye —y en su caso se modifica (art. 5.3)— mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad (*inscripción constitutiva*) de la correspondiente escritura pública, con concurso de la respectiva sociedad de servicios, previo cumplimiento *excluyente* —para Notario y Registrador— de los requerimientos del artículo 4 al promotor:

1. *Inscripción de propiedad* a su favor en el Registro y de la *obra nueva* concluida o iniciada.
2. *Licencias* administrativas de obra, actividad turística, apertura, primera ocupación de departamentos, zonas y servicios accesorios y cédula de habitabilidad. La disposición final 1.ª insiste sobre la sujeción a la explotación de inmuebles en régimen de aprovechamientos por turnos como *actividad turística* a las disposiciones administrativas aplicables en tal materia.
3. Contrato con una *sociedad de servicios*, esencial para la vida y ejercicio del régimen.
4. *Seguros*.

La inscripción contendrá las *circunstancias* mínimas del artículo 5:

- a) Descripción de la finca con los servicios comunes a utilizar y la fecha de terminación si estuviese en construcción. Su situación registral, catastral, urbanística y turística. Plano del proyecto aprobado en la licencia de obra.
- b) Descripción de los departamentos numerados correlativamente con referencia a la finca, indicando los destinados a titulares que por *imposibili-*

dad ocasional no puedan usar el suyo —un 3 por 100, mínimo uno—. *Turnos*: número, duración, período para «mantenimiento», numeración correlativa. Cuota del departamento en la finca total y la de cada turno en el departamento.

c) Contratos con la sociedad de servicios, con su contraprestación; y de seguros de daños y perjuicios causados por dependientes del promotor, por los ocupantes de las viviendas, y de daños generales del edificio (art. 7). Una copia autenticada se archivará en el Registro. En su caso, contrato con tercero para *intercambio* de derechos de aprovechamiento; si es persona jurídica con sucursal en España, indicando datos del Registro Mercantil. Los otorgantes responden penalmente (art. 396 del Código Penal) de la realidad de los contratos incorporados.

d) Estatutos del régimen de aprovechamiento por turno y duración de éste. Gastos de comunidad.

Un testimonio de la copia inscrita de la escritura o certificación literal del Registro se debe remitir a la Autoridad turística del lugar antes de todo contrato de aprovechamiento por turno del propietario (art. 6).

Dada la hipótesis de obra en construcción, debe *inscribirse la conclusión* en los tres meses siguientes a que ocurra, con las licencias pendientes [de las del art. 4.1.b)]. Entre tanto no discurre el plazo de desistimiento de los adquirentes. El promotor debe comunicar tal inscripción a los adquirentes anteriores a ella (art. 5 *in fine*).

B) PROMOCIÓN Y VENTA

La Directiva Comunitaria impone al vendedor obligación de *información* al adquirente a través de un documento informativo previo, al estilo de las «leyes modelos» de Estados Unidos o del Proyecto Irti italiano, el cual debe incluir: descripción del bien, su estado, servicios e instalaciones, identidad del promotor, derecho transmitido, precio y derecho de resolución (art. 3). Cualquier publicidad hará referencia a ese documento. Y su información no puede ser alterada con posterioridad por el vendedor salvo por circunstancias ajenas a su voluntad. Debe ponerse en relación con la Directiva en materia de publicidad engañosa de 10 de septiembre de 1984 (84/450).

Según el Anteproyecto, toda publicidad, promoción u oferta sobre derechos de aprovechamiento por turno debe *indicar* los datos de *inscripción* del régimen en el Registro de la Propiedad, expresando titularidad y cargas en base a nota simple informativa en relación, advirtiendo que para conocer la situación jurídica del inmueble y el contenido íntegro del régimen de aprovechamiento por turno hay que *consultar el Registro*. Para proceder a la venta

hay que editar, para entrega al interesado, un *folleto informativo* con las menciones del artículo 8 —incluida la indicación y advertencia anteriores—, cuyas menciones formarán parte integrante del eventual contrato para evitar el típico fraude de ofrecer un producto que se desfigura a la hora de la verdad:

1. Datos del promotor; de la finca, en construcción o concluida; servicios e instalaciones comunes utilizables y condiciones de su disfrute.

2. Naturaleza *real* de los derechos que se venden y fecha de extinción del régimen según nota del Registro. Posibilidad de intercambio: tercero encargado.

3. *Precio* medio y máximo de los derechos de aprovechamiento por turno, así como de la sociedad de servicios, con expresión de su nombre.

4. Información sobre el derecho de *desestimiento unilateral* que tendrá el adquirente, expresando el tiempo de que dispondrá según Ley para ejercerlo, que no tendrá a su cargo ningún gasto para el ejercicio del mismo e indicación de la persona y domicilio a quien deberá comunicarse si se ejerce. Si la obra está en construcción, indicación de que el derecho de desistimiento sólo se extingue una vez concluida aquélla y se haya comenzado a disfrutar por primera vez del derecho de aprovechamiento por turno.

5. Posibilidad de informarse de sus derechos en organismos y profesionales oficiales: oficinas de turismo, Instituto Nacional del Consumo, organismos autónomos competentes, oficinas municipales de consumo, Registradores de la Propiedad y Notarios.

El propietario debe tener un inventario del completo mobiliario del departamento a disposición del interesado.

La Directiva Comunitaria encomienda (art. 4) a los Estados miembros exigir en el *contrato*, obligatoriamente «escrito», ciertas menciones informativas. Y sanciona (art. 5.1) la ausencia de estas últimas con un derecho unilateral de *resolución* para el adquirente, sobre el que luego volveremos.

El Anteproyecto ratifica la exigencia de contrato escrito para dotarle de seguridad en orden a su prueba. El *contenido* mínimo del *contrato* celebrado por profesional sobre derechos de aprovechamiento por turno incluye (art. 9):

A) Fecha, lugar y firma, datos de la escritura reguladora del régimen y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Naturaleza *real* del derecho, fecha de extinción y necesidad de escritura notarial inscrita en el Registro.

B) Descripción del edificio, terminado o en construcción, y del departamento, datos registrales, servicios e instalaciones comunes y condiciones de disfrute. Si está sin terminar: fase del edificio y los servicios comunes, plazo para concluir, licencia y Ayuntamiento, domicilio para notificar la terminación al adquirente.

C) El contenido del «turno» —días y horas—. Posibilidad de intercambio: condiciones, costes, nombre del tercero encargado.

D) Precio del derecho, regulación legal literal del desistimiento y pago anual a la sociedad de servicios, actualizable con arreglo al IPC que publica el INE. Esta fijación puede prevenir los abusos que sobre el particular se comentan.

E) Nombre o razón social e inscripción en el Registro Mercantil del propietario o promotor, del adquirente, de la sociedad de servicios y del tercer encargado del intercambio. Y derecho del adquirente a la comprobación registral y a exigir escritura e inscripción (derecho a «compeler» análogo a lo dispuesto en el art. 1.279 CC).

En anexo inseparable suscrito por las partes se unirá el inventario de mobiliario e instalaciones y las adicionales condiciones generales.

Según el apartado 3 del artículo 9, que es trasunto del artículo 4.2 de la Directiva Europea, la redacción del contrato y documentos informativos ha de ser en la lengua elegida por el adquirente del Estado de la Unión Europea, de su nacionalidad o en que resida, y en lengua española oficial en el lugar. Cualquiera de esas lenguas debe ser reconocida como oficial de la Unión. El extranjero ni nacional ni residente en la Unión Europea puede exigir traducción a una lengua oficial en ella. Se trata de una copia más para evitar que por desconocimiento pueda ser engañado. Los traductores deberán ser habilitados legalmente.

C) DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL ADQUIRENTE. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La Directiva Europea reconoció al adquirente un derecho de desistimiento o resolución unilateral en los diez días siguientes a la celebración del contrato. «*Ad nutum*», sin tener que aducir razón o motivo: una facultad «unilateral e incondicionada» que arrastra consigo la resolución del *préstamo* del vendedor o de tercero que, en su caso, se haya pactado como instrumento financiero. Con la expresión «desistimiento» se denota precisamente el carácter unilateral e incondicionado de la facultad. Se establece en el artículo 5.1, además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos, un derecho del adquirente a «resolver» el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de «diez días naturales» a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante. En caso de que el décimo día sea festivo se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente.

El derecho de separación responde a un unánime deseo de todas las instancias comunitarias y hay que relacionarlo con la teoría civil de extinción de las obligaciones. La Propuesta Modificada fijaba un plazo exagerado de vein-

tiocho días, con riesgo de paralizar y encarecer el mercado. Nada habían previsto Francia y Gracia, catorce días el Reino Unido y siete días Portugal y el anterior Borrador español.

En el Anteproyecto de 20 de enero de 1997 dice el artículo 10 que el adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de *diez días*, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su *libre albedrío*. Si el último día del mencionado plazo es inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. La fecha del contrato se tendrá por cierta mientras no se demuestre lo contrario; si no fuera cierta por causa imputable al propietario o promotor o sus dependientes, sin perjuicio de la responsabilidad penal, tendrá la consideración de falta muy grave a los efectos de la legislación turística. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

En el caso de que en el momento de celebrar el contrato el inmueble se encuentre *en construcción*, los diez días del plazo no empezarán a contar sino desde el *séptimo día* anterior a que el adquirente *ocupe* el inmueble por primera vez, y siempre que la terminación de la obra esté inscrita en el Registro de la Propiedad. Si el inmueble llegara a ser ocupado por primera vez por el adquirente antes de la inscripción de la terminación de la obra, el plazo de diez días se contará desde la fecha en que ésta se inscriba (apdo. 1).

Por otra parte, la Directiva Europea sanciona (art. 5.1) la ausencia en el contrato de la información *mínima* mencionada en su Anexo último con un derecho unilateral de *resolución* para el adquirente en el plazo de tres meses desde la celebración. Este derecho, aunque en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* se traduce igual (resolución), es distinto del de «desistimiento» porque está «condicionado» al incumplimiento del vendedor; digamos que la terminación de la relación viene legitimada por una justa causa legalmente contemplada. Mientras, el desistimiento unilateral es esencialmente «incondicionado» sin alegar motivos, espontáneo y libre *ad nutum*: es una denuncia, un receso.

El Anteproyecto prevé que si el contrato *no contiene las menciones* a las que se refiere el artículo 9, el adquirente podrá *resolverlo* en *cualquier momento* y sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno. Se debilita la posición de promotores y propietarios. Sin duda ello les presionará a abstenerse de obviar tales informaciones y a hacer efectivas las expectativas creadas mediante la propaganda.

Completado el contenido mínimo del contrato, el adquirente podrá desistir dentro de los diez días siguientes al de la subsanación, según lo establecido en el apartado 1 del artículo (apdo. 2).

De acuerdo con la normativa comunitaria, el desistimiento o resolución del contrato deberá *notificarse* al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure en el contrato. Si no figurara ninguno, bastará que se

haga al lugar donde se celebró el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío. La Directiva (art. 5.2) exige una comunicación «de forma que pueda ser probada conforme a la legislación nacional, con arreglo a las condiciones que se deben especificar en el contrato». Tratándose de desistimiento, será suficiente que el envío se realice antes de la expiración del plazo.

Si el contrato consta en escritura pública, la facultad de desistimiento subsiste pese a la garantía de imparcialidad y asesoramiento que éste implica. La Directiva de 1994 no contemplaba excepción. Lo que sí debe hacerse es ejercitarlo en acta notarial como documento público equivalente a la escritura de formalización. Esta será título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del vendedor (apdo. 3).

La Norma Europea establece (art. 5.3 y 4) que si el adquirente ejerce el derecho de desistimiento sólo podrá obligársele al pago, si procede, de los gastos que de acuerdo con las legislaciones nacionales se hayan producido debido a la perfección del contrato y a su resolución y que correspondan a actos que deban realizarse «preceptivamente» antes del final del plazo de diez días. Estos gastos deben mencionarse explícitamente en el contrato. Si el adquirente ejerce el derecho de resolución por falta de menciones informativas, no podrá exigírsele pago alguno. Acto seguido (art. 6) encarga a los Estados miembros legislar la prohibición de cualquier pago de anticipos por el adquirente antes del final del período de desestimiento.

En el Anteproyecto español queda *prohibido* por el artículo 11 el pago de cualquier *anticipo* por el adquirente al vendedor antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución a las que se refiere el artículo 10. No obstante, podrán las partes establecer los pactos y condiciones que tengan por conveniente para *garantizar* el pago del precio aplazado siempre que no sean contrarios a dicha prohibición y no impliquen que el vendedor reciba, directa o indirectamente, cualquier tipo de contraprestación en caso de ejercicio de la mencionada facultad de desistir.

Si algo preocupa sensiblemente a las instituciones de la Unión, los Estados miembros y las organizaciones de consumidores es el avance agresivo de las técnicas de *marketing*. Estas suelen incluir últimamente regalos no encargados que implican un gasto inesperado para el adquirente potencial, lo cual supone un encubierto anticipo del precio que, en cierta medida, puede desanimar una actuación contraria a la adquisición ya consumada (v.gr., contratos con ocasión de viajes organizados con este fin).

Si el adquirente hubiera anticipado alguna cantidad, el Anteproyecto le reconoce derecho a la *devolución* de lo entregado y a la *indemnización* de daños y perjuicios.

Añade la Directiva que en caso de precio cubierto por préstamo concedido al adquirente por el vendedor o por tercero, el contrato de préstamo quedará resuelto «sin penalización» cuando se ejerza cualesquiera de los derechos de resolución contemplados, en los términos y modalidades que desarrollen los Estados miembros (art. 7). Con arreglo al artículo 12 de nuestro Anteproyecto, los *préstamos* concedidos por el vendedor o por un tercero que hubiese actuado de acuerdo con el vendedor quedarán *resueltos* cuando el adquirente desista o resuelva en alguno de los casos previstos en el artículo 10. Con tal resolución «automática» se evitan las posibles reservas mentales del adquirente para ejercer esas facultades de desistir del contrato en el supuesto de que medie un préstamo para la adquisición.

No podrá incluirse en los préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al adquirente para el caso de desistimiento o resolución.

Si el adquirente se hubiera *subrogado* en un préstamo concedido al vendedor, ejercitado el desistimiento o resolución, subsistirá el préstamo a cargo de éste.

D) RÉGIMEN JURÍDICO DE «LOS SERVICIOS»

La «sociedad de servicios» constituye el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de aprovechamiento por turno. Este órgano de administración del régimen es una pieza clave si tenemos en cuenta que, por la propia idiosincrasia de la institución, las relaciones entre los multipropietarios del inmueble, y más aún de cada departamento, serán casi inexistentes al no coincidir por definición su período de disfrute. Por ello se hace necesario que exista un órgano de gestión y de administración que ofrezca mayores garantías en orden al mantenimiento del inmueble y que vele por el normal desenvolvimiento de la actividad en el seno del mismo. El Anteproyecto pretende regular sus condiciones mínimas: particularidades jurídico-mercantiles y obligaciones civiles.

Las sociedades de servicios, siempre *anónimas*, tendrán por único objeto social atender al inmueble en régimen de aprovechamiento por turno. Habrán de tener un *capital mínimo* totalmente desembolsado de un millón de pesetas por cada departamento, dividido en acciones nominativas.

Celebrarán un *contrato* con el propietario o promotor por toda la duración del régimen. Y antes de formalizar la escritura de constitución del mismo suscribirán un *seguro de caución* para cubrir indemnizaciones a su cargo por incumplimiento y daños (art. 14).

Son sus *obligaciones* las del artículo 15:

1.^a Mantener en condiciones de disfrute los departamentos mediante la vigilancia, conservación y reparación de los daños que se produzcan, entre-

gando con el departamento relación de mobiliario e instalaciones. Y atender la limpieza y funcionamiento de los elementos comunes.

2.^a Gestionar el pago de gastos de cada partícipe en teléfono, agua, gas, electricidad y contribuciones fiscales previa provisión de fondos y justificándolos con los recibos.

3.^a Velar por la ordenada convivencia, requiriendo el cese de actividades incómodas, peligrosas, insalubres o prohibidas en los estatutos.

4.^a Ejercitar la defensa de la posesión del inmueble y de cada departamento, asegurando el *tránsito* del disfrute de cada partícipe al siguiente.

La *retribución* de la sociedad de servicios (art. 16) puede consistir en el goce de instalaciones, locales u otros elementos del conjunto no exigidos para la habitabilidad de los departamentos. Se actualiza conforme al IPC. Y su impago le habilita para *negar y retener en pago* el disfrute del departamento. Hábil solución esta al problema del impago denunciado por los empresarios del sector, pues alcanzando el 30 por 100 de los partícipes puede abocar el complejo a la quiebra.

El promotor *responde* de la prestación de los servicios frente a los titulares de derechos de aprovechamiento, quienes pueden exigírsela. Si la sociedad encargada no cumple, el propietario tiene que ejercitar su acción de resolución contra aquélla y subrogar a otra en su lugar (art. 17).

Para la Directiva comunitaria (art. 10) es competencia doméstica el tratamiento jurídico de los incumplimientos de aquella norma. Los artículos 18 y 19 del Anteproyecto califican las infracciones de la Ley, remitiendo su sanción a la legislación turística o de consumidores, según el caso. Son materias transferidas a la mayoría de las Comunidades Autónomas. Se pretende, según la Exposición de Motivos, que el «oficio» de Notarios y Registradores «prevenga» en lo posible del recurso a la policía administrativa. Lógico, pues a ellos se está trasladando, se diría «encarnando», la Administración.

La disposición adicional 1.^a confiere derecho a las organizaciones de consumidores y usuarios a verificar el cumplimiento de la normativa sobre la documentación del empresario comercializador.

E) LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Mediante la inscripción constitutiva de la escritura del régimen de aprovechamiento por turnos (art. 4.2) se confía en la función *calificadora* del Registrador de la Propiedad (art. 18 LH), de *control último* de la legalidad del régimen y el «nacimiento» de éste a la vida jurídica.

Podrá inscribirse —dice el art. 13 en cambio— en el Registro de la Propiedad la *adquisición* y la *transmisión* de derechos reales de aprovechamiento por turno. A tal efecto, debe elevarse a escritura pública el contrato

escrito formulado con arreglo al artículo 9. La elevación sólo podrá llevarse a término cuando hayan transcurrido los diez días que para el desistimiento dispone el adquirente —por el art. 10— sin haberlo ejercitado. Los otorgantes, a requerimiento del Notario, se han de manifestar expresamente sobre la certeza de la fecha del documento privado que contiene el contrato. En la hipótesis de que conste en escritura notarial el contrato de adquisición del derecho real de aprovechamiento, el texto de la misma contendrá *advertencia* del autorizante del derecho de desistimiento del adquirente con arreglo al artículo 10, cuyo derecho ha de ejercitarse vía acta notarial, amén de los demás derechos que legalmente se le reconocen.

La *mecánica registral* se traduce en *apertura de folio* independiente a cada turno cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión, quedando siempre a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Si el contrato no contiene las menciones que exige el artículo 9, ni el Notario debe autorizar ni el Registrador inscribir el respectivo derecho de aprovechamiento por turno.

VIII. JUICIO DE VALORACION

Se ha mejorado en el nivel y rigor técnico respecto a ensayos precedentes, tanto en lo que se refiere a contenido de ideas como redacción y articulación de los preceptos.

Si la Exposición de Motivos expresaba el objetivo de dotar de completo régimen jurídico de la institución, habría que reducir el logro, eso sí, afortunado, de un más que modesto desarrollo de las garantías mínimas de la Directiva de la Unión Europea.

No obstante, pese al choque que puede suponer respecto a las potentes tesis contradictorias formuladas, la configuración jurídica finalmente adoptada de derecho real limitado, al poco de nacer en el texto se encuentra huérfana de contenido. Se echa en falta un tratado de la dinámica del régimen en funcionamiento: derechos, obligaciones, transmisión *inter vivos* y *mortis causa* del derecho de goce, conflictos, organización, acuerdos; y aspectos esenciales de técnica registral.

En términos generales resulta plausible este desarrollo ampliado de la Ley de mínimos comunitaria, siquiera sea avanzando en la «administración» de las instituciones jurídicas civiles. A cambio se obtiene protección, seguridad para los particulares adquirentes. Puede decirse, sí, que satisface las expectativas de defensa de consumidores y usuarios, puestas de manifiesto por las diversas organizaciones de éstos. Pero, exclusión hecha de los derechos de desistimiento y resolución técnicamente estructurados, es difícil ver más garantías en sentido de eficacia. Recuérdesse la doctrina de la Dirección General

de Registros y del Notariado sobre el valor de la legislación sobre protección de consumidores y usuarios en la contratación de préstamos hipotecarios. Hay que distinguir lo que es una norma eficaz y las palabras o declaraciones programáticas de buenas intenciones. Pero ahí tocamos con la política legislativa, que no es incumbencia del jurista.

En otro orden de cosas, hay que pensar que también las empresas del sector dispuestas a intervenir en el *fair play* (juego limpio) se beneficiarán del relanzamiento que para su actividad supondrá un marco legal estable y claro que excluya a los oportunistas del fraude, concediendo a sus feligreses un galardón de garantía y legitimidad.

IX. EPILOGO SOBRE DERECHO COMPARADO

Ya ha quedado evidenciado la inexistencia de un único supuesto, una configuración unívoca de multipropiedad, siquiera existan intentos dignos de elogio de uniformar legislaciones como el de la Unión Europea. He aquí, a modo de colofón, una sinopsis sobre los diversos regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado. A efectos sistemáticos podrían formarse tres grupos atendiendo a la madurez de su normativa. Las legislaciones de Estados Unidos, Francia, México, Portugal, Bermuda y Grecia fueron pioneras. Luego proyectaron su regulación Argentina, Italia y Uruguay. En último término han carecido o carecen de regulación de legislación Reino Unido, Alemania, Bélgica y Guatemala.

A) ORDENAMIENTOS PIONEROS

1. *Estados Unidos*

En Norteamérica se ofrece el *timesharing*, que puede enmarcarse en el ámbito del derecho de la propiedad o como un mero derecho de uso.

a) Como derechos de *propiedad* o *fee ownership* supone realizar una división del pleno dominio de un apartamento en diferentes períodos, ofreciendo varias posibilidades:

1.ª *Tenancy in common* o *time span ownership*. El promotor crea un condominio y cede la propiedad absoluta («fee simple interest») sobre el apartamento («unit») a los adquirentes por períodos que quedan como copropietarios: «tenants in common». Se adquiere un derecho de propiedad indivisa sobre el inmueble y un derecho de aprovechamiento exclusivo para determinado tiempo, según un acuerdo entre comuneros: «supplemental declaration of covenants, conditions and restrictions».

2.^a *Interval Ownership* o propiedad a intervalos. Menos frecuente. No existe una propiedad absoluta sino temporal, *estate for years*; normalmente quince días para un período de cincuenta o sesenta años. A su término el adquirente deviene copropietario y con los demás, en comunidad, pueden pactar continuar en esa situación, renovarla o vender el inmueble. En la «tenancy in common» el derecho viene delimitado por el acuerdo posterior: aquí el adquirente tiene ya un derecho «actual», limitado y temporal.

3.^a *Fee simple absolute* o propiedad plena. Parte de la concepción cuadrimensional de la propiedad: tres espaciales más tiempo. El adquirente tiene un derecho pleno, pero únicamente por el período asignado. Ha sido poco utilizada.

b) El «timesharing» como *right to use* (derecho de uso) consiste en derecho personal frente al promotor («contratual right») a disfrutar un tipo de apartamento en un período dado por cierto número de años, sin alcance real sobre una finca concreta. Permite distintas opciones:

1.^a Un arrendamiento *discontinuo* por temporada o *vacation lease*, que dura unos años. Es de «legal interest», admitiendo su inscripción y, por tanto, con prioridad registral sobre gravámenes posteriores.

2.^a *Vacation licences* o permiso de temporada. El promotor transmite un permiso o licencia para usar la estancia, un simple privilegio de carácter personal, revocable, sin otorgar derecho de uso, *easement*.

3.^a *Club membership - Vacation plan timesharing*. Se constituye una sociedad que adquiere o alquila un inmueble y crea un *club*, ofreciendo su inscripción. Cada miembro recibe un certificado de pertenencia, con derecho a usar un apartamento un período anual preestablecido o «flotante», esto es, determinable cada año previo acuerdo con el club. La relación dura de diez a veinte años; después puede renovarse o transmitirse el certificado a un tercero.

Modernamente surge la utilización de la estructura cooperativa: *timeshared cooperatives*. Para unos es un híbrido real/personal, para otros un subtipo del club.

La legislación norteamericana sobre el «timesharing» tiende a la protección de los consumidores. A nivel federal pretendieron una regulación uniforme la «American Land Development Association» y la «National Association of Real Estate License Law Officials», aprobándose la Ley Modelo «Model Timeshare Act» de 1979, revisada en 1983. En 1980 se presenta la «Uniform Real Estate Time Share Act», de los juristas de la «National Conference of Commissioners on Uniform State Laws».

En el seno de los Estados miembros, señalar las modificaciones de las Leyes sobre Condominio («Amendments of condominiums laws»; v.gr., Utah)

y las Leyes sobre compraventa de inmuebles o parcelaciones de suelo («land sales-subdivided land laws»; v.gr., California).

2. Francia

Ya he mencionado los albores de la multipropiedad en las estaciones invernales francesas. La doctrina gala se plantea su construcción jurídica real personal.

a) Como derecho *real*, se suscita el encaje en alguno de los esquemas conocidos:

1. La *comunidad o indivisión* es regulada por la Ley n.º 76-1286, de 31 de diciembre de 1976, que modifica el artículo 815 del Código Civil. Es contemplada con disfavor, con pretensiones de eliminación vía acción de división, salvo pacto excepcional de indivisión. No se adapta a la vocación de perpetuidad de la multipropiedad.

2. La *Copropriété des immeubles bâties*. Es la propiedad horizontal, regida por Ley de 10 de junio de 1965, pensada en criterios sólo espaciales. Por aplicación de los artículos 2 y 3, el elemento en multipropiedad podría recibir la consideración de elemento común. No encaja bien si se parte de la base gala de que la propiedad la adquiere una sociedad.

3. Los derechos de *uso y habitación* no sirven por su carácter vitalicio e intransmisible. También el *usufructo* es sólo vitalicio y la carga de la diligencia o la restitución son esenciales.

b) Como derecho *personal* caben:

1. La *multilocación* o alquiler por la sociedad promotora del derecho de uso temporal anual por una renta pagada de una vez.

2. La *sociedad civil de atribución*. La Ley de 16 de julio de 1971 las conceptúa como sociedades constituidas en vistas a la adquisición de un inmueble y su atribución a los socios por fracciones divididas. Su capital social se divide en «pars sociales», proporcionales al valor de las fracciones del inmueble a las que se refieren, con relación al valor del conjunto. La titularidad de una participación otorga al socio un derecho de estancia, *droit de séjour*, que se ve limitado a un período concreto del año sobre un determinado apartamento. Y tiene obligación de participar en las cargas ocasionadas por los servicios e instalaciones colectivas (art. 10).

Suscitaba algunos problemas: el abandono anticipado de un socio puede originar una incómoda copropiedad, su disolución por la llegada de la fecha prevista y la dificultad de reflejo registral.

Actualmente la multipropiedad está regulada por la Ley 86-18, de 6 de enero de 1986, de sociedades de atribución de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido. Ya en su primer artículo erradica la idea del derecho real, consagrando la sociedad en disfrute: constituida con el objeto de la atribución, en su integridad o en forma fraccionada, de inmuebles destinados con carácter principal a vivienda en régimen de disfrute periódico a sus socios, sin concesión de derecho alguno de propiedad ni de ningún otro derecho real en contraprestación a sus aportaciones.

Puede revestir forma de sociedad civil o de cooperativa. El artículo 11 exige antes de la entrada en disfrute por los socios la aprobación de un documento descriptivo de segregación o delimitación de partes comunes y privativas y un Reglamento de organización. Los socios aportan los fondos necesarios para la adquisición y acondicionamiento del inmueble y contribuyen a sostener las cargas derivadas de su mantenimiento (arts. 3 y 9). Hay una Junta general, un gerente, un consejo de vigilancia y un interventor de cuentas. El artículo 23 reconoce a los socios derecho a ceder o arrendar el local por su turno. El derecho de socio es transmisible.

3. *México*

Como en el resto de Hispanoamérica, en México no encontramos una legislación unitaria, sino normas federales y estatales parciales: artículo 27 de la Constitución de la República Federal, Ley para promover la inversión mexicana y regular la extranjera (arts. 18-22), Ley Federal de Turismo (art. 40.1), Ley Federal de Protección al Consumidor (art. 30), etc. Puede hablarse de hasta cinco sistemas de caracterización jurídica de la multipropiedad:

- a) *Venta de acciones de sociedades* inmobiliarias que incorporan el derecho ínsito del socio a disfrutar un apartamento un período de días anualmente.
- b) Venta de una *cuota del condominio* de un apartamento cuya propiedad se estructura en unidades proindiviso por razón del tiempo dentro de un edificio en que existen varios apartamentos en tal condominio.
- c) Venta del derecho *personal al uso* de la estancia por determinado tiempo.
- d) El *fideicomiso*, negocio jurídico por el que el «fideicomitente», titular del inmueble, encomienda a un intermediario, «fiduciario», una institución crediticia que lo destine a proporcionar a terceros, «fideicomisarios», el uso o aprovechamiento de aquél por períodos temporales. Permite a los turistas extranjeros adquirir multipropiedad sin problemas, especialmente en zonas restringidas.

- e) El *Club de vacaciones*. El propietario alquila el inmueble a un club, que otorga *membresías* a sus socios por las que obtienen derecho a usar una unidad vacacional.

4. Portugal

Los Decretos-Ley 355/1981, de 31 de diciembre, y 368/1983, de 4 de octubre, hablan de *derecho real de habitación periódica* en inmuebles o conjuntos inmobiliarios destinados a fines turísticos, derecho de *uso temporal de habitación* de vacaciones y, simplemente, de *direito de habitação periódica*, «derecho de habitación periódica».

Es un derecho *real* que se ejerce plenamente únicamente unos períodos determinados (una o más semanas) y cada año se renueva. Para su participación e integración el Decreto-Ley de 1981 remite a las disposiciones del Código Civil sobre usufructo, derecho de habitación tradicional y propiedad horizontal.

Puede darse sobre inmuebles, conjuntos inmobiliarios o fracciones autónomas de un inmueble, para fines «turísticos», por parte de un titular único, individual o social. Se constituye por un mínimo de veinte años en «acta pública» declarativa del propietario del contenido del régimen, que debe inscribirse en el Registro Inmobiliario.

El artículo 5 establece la obligación de que se emita por el Conservador del Registro Inmobiliario, en relación a cada derecho de habitación periódica, un *certificado inmobiliario* que incorpore el derecho correspondiente, que será el vínculo legitimador de la enajenación o gravamen del derecho.

5. Grecia

Con la denominación anglosajona de «timesharing» se regula en la Ley 1652/1986, de 14 de octubre, un contrato de *arrendamiento «discontinuo»* por un número de días de cada año de su duración (entre cinco y sesenta). Produce efectos personales: el arrendador asume la responsabilidad de poner a disposición del arrendatario, cada año y durante el período de duración del contrato, el uso de un alojamiento de destino turístico y de procurarle los servicios conexos durante el período que determina el contrato; mientras que el arrendatario está obligado a entregar el precio del arriendo convenido. Obligatoriamente se constituye mediante elevación a escritura pública notarial del contrato y su posterior inscripción en el Registro.

6. *Bermudas*

Para no prolongar demasiado el trabajo, simplemente señalaré «The Timesharing (Licensing and Control) Act», de 1981, y «The Timesharing (Licensing and Control) Regulations», de 1982.

B) LOS PROYECTOS DE ORDENACIÓN

1. *Argentina*

ALBERTO NATALE en agosto de 1986 y RICARDO A. TERRILE, en unión de NORMA ALLEGRONE DE FONTE, formularon sendos Proyectos de regulación de la multipropiedad. El Proyecto Natale la define, dentro del ámbito de los derechos reales, como derecho a usar durante un período de tiempo semanal, todos los años, una unidad habitacional de un edificio que tiene además unos servicios generales. Tiene caracteres del condominio, la indivisión forzosa perpetua y de la propiedad horizontal: constitución del consorcio de multipropietarios, derechos y obligaciones, concesión de personalidad jurídica.

También como derecho real caracteriza la figura el Proyecto Fonte-Terrile: derecho real que una persona tiene, por una cuota parte indivisa, sobre una unidad habitacional exclusiva equipada para su uso y goce durante un período de tiempo, con periodicidad y alternancia anual previamente determinadas. Las cuotas partes indivisas numeradas y su coeficiente porcentual recibirán regístralmente, en su respectivo folio, la consideración de finca independiente, conforme a la Ley.

Finalmente, extensa referencia a la multipropiedad hace el Proyecto de Ley de unificación de la legislación civil y comercial de la nación. Según el artículo 2.175, hay también indivisión forzosa cuando la Ley prohíba la división de cosa común o cuando la prohíba una estipulación válida y temporal de los condóminos, o el acto de última voluntad, también temporal, que no exceda, en uno y otro caso, el término de cinco años, o cuando la división fuese nociva por cualquier motivo. La indivisión forzosa perdurará mientras subsista el sistema, en el supuesto de constitución de condominio sobre un conjunto de cosas, con asignación a los condóminos de usos y *goces sucesivos y alternados por períodos* determinados.

2. *Italia*

Como se ha indicado en anterior sede, el *Gobierno* italiano elaboró un Proyecto de Ley sobre multipropiedad, entendida como una *comunidad de*

nuevo tipo, a partir del goce pleno y exclusivo para un período del año (no inferior a siete días) de un inmueble o mueble registrado. Se le critica la falta de referencia al poder de disposición del titular y de referencia a la indivisibilidad e inmodificabilidad del bien. Se obliga a la constitución por escrito, estableciendo un Reglamento del condominio, y se da lugar a la inscripción registral del derecho.

No obstante, se previó la posibilidad de multipropiedad societaria mediante la emisión y circulación de títulos que atribuyesen el derecho de goce de un inmueble por determinado período bajo el control de la Comisión Nacional para las Sociedades y Bolsa.

ELIO FONTANA encabezó un grupo de senadores con una propuesta que configura el régimen como constitución de varios derechos de *propiedad* sobre las partes singulares o cuotas fraccionadas en el tiempo entre varios sujetos: derechos de *copropiedad indivisa*. Estos derechos dan lugar a una propiedad horizontal (arts. 1-2), o mejor, una comunidad: todos son cotitulares de un derecho de propiedad sobre el apartamento, siquiera en diferentes momentos temporales, y de una propiedad horizontal entre todas las unidades del inmueble. Se constituye mediante título público declarativos del objeto y el régimen, que accede al Registro Inmobiliario. Este puede expedir una *certificación registral* relativa a la inscripción de cada derecho de multipropiedad. Este es transmisible por su titular.

3. *Uruguay*

Los trabajos uruguayos en multipropiedad la orientan hacia una forma de propiedad transmitida a varias personas que concurren a compartir el derecho de goce en fracciones de tiempo separadas como cotitulares. En 1986 se propone un Anteproyecto de Ley de tiempo compartido, elevado a Proyecto de Ley al presentarse a la Cámara de Representantes de la República en 1988 por ARIEL LAUSAROT. En 1987 MABEL PLADA CAMACHO presenta otro Anteproyecto de Ley de Multipropiedad.

C) ORDENAMIENTOS SIN REGULACIÓN

1. *Reino Unido*

El *timesharing* británico es, quizás, el más extendido a nivel empresarial en el mundo y objeto de conocidos fraudes y escándalos, denunciados por el eurodiputado E. MACMILLAN SCOTT, que han llevado a los promotores a ela-

borar unas «Reglas y Código de Ética» (v.gr., la «Timeshare Developers Association»).

La institución adolece de normativa jurídica específica. Pero siempre se ha movido en campo ajeno al del derecho real de propiedad bajo fórmulas de derechos *personales*. arrendamiento, licencia, sociedad o «club». Atendiendo a la «Law of property Act» de 1925, no es posible articular el «timesharing» mediante transmisión directa de un derecho de propiedad ya que no devendría en una copropiedad.

a) El *timeshare holiday lease* o arrendamiento vacacional es una construcción arrendaticia a intervalos temporales, pero no siendo el arrendamiento titular de los períodos consecutivos, sino que el apartamento va circulando por turnos fijados al año entre los diversos arrendatarios.

b) La *timeshare holiday license* o licencia de vacaciones consiste en que el propietario-promotor concede al adquirente una licencia que incorpora el derecho de uso del complejo durante las semanas y por la duración acordada. La licencia en el ordenamiento jurídico británico es una institución próxima aunque distinta del arrendamiento. Habrá que estar al clausulado contractual en cada caso para deslindar una de otro.

c) El sistema de club o *club plans* es el más extendido en el Reino Unido bajo tres posibles esquemas:

1. *Club proprietary*, en que el promotor retiene la propiedad del edificio y otorga a los «timesharers» un certificado de miembro que acredita su derecho de ser miembro del club. Es un derecho contractual de uso del complejo, sin derecho sobre los beneficios directos que produce, que corresponden al propietario del club, quien provee los servicios correspondientes.

2. *Unincorporated members' club*, sociedades cuyos miembros cambian constantemente. Carece de personalidad jurídica distinta de los miembros, no es una sociedad personalista («partnership») ni una asociación con fines de lucro. Existe un comité de miembros elegidos con arreglo a las normas de constitución del club. Estas constan en el documento o escritura de constitución otorgado por la voluntad de los miembros, en el que normalmente se determina la transmisión del dominio del inmueble del club a un *trustee* y la expedición de *holiday certificates* o certificados de vacaciones por cada unidad de que conste el complejo. Los certificados se entregan al promotor en contraprestación a la transmisión del dominio, el cual los va entregando a los compradores de derechos de «timesharing». Se añade una escritura de *trust* por la que se atribuye la propiedad del club al *trustee*, pero *en beneficio de los miembros*, por no más se ochenta años («rule against perpetuity»).

3. *Incorporated members' club* o club con personalidad jurídica propia —diferencia del «unincorporated members' club»— y en el que el promotor no retiene la propiedad —a contraste con el «proprietary club»—, sino que

se transmite a la sociedad para *beneficio de sus socios*. Se otorga escritura de constitución de la sociedad con previsión de inexistencia de reparto de beneficios y reglas de actuación del club (turnos, derechos y deberes), y contrato de *gestión y mantenimiento* entre la sociedad del club y la empresa prestataria de tales servicios.

d) Hay que adicionar los *Corporate plans* o fórmula corporativa, semejante a las «sociétés d'attribution» francesas. Consiste en una *public limited company*, una sociedad de carácter público, titular del edificio destinado a «timesharing», sujeta a la «Companies Act» de 1985. Cada socio tiene por su participación derecho de goce sobre una habitación por un período de tiempo determinado en el «Memorandum & articles of Association» (documento constitutivo).

2. República Federal de Alemania

Aunque no ha contado con ordenación específica, Alemania ha experimentado ampliamente la multipropiedad en diversas configuraciones personales y sociales:

a) Opciones personales.

Las *sociedades civiles* incorporan a las participaciones el derecho del socio a disfrutar de alguna de las estancias del complejo social durante un período limitado de tiempo. En los estatutos sociales se pacta la concesión recíproca de derechos de goce oponibles a cualquier nuevo socio. Menos utilizadas, las *sociedades de capital* difícilmente pueden cumplir esos objetivos.

b) Opciones reales.

Puede transformarse la propiedad única de un edificio en una *multitud de derechos de propiedad individuales* para limitados períodos de tiempo al año (arts. 925.2 BGB y 54.2 de la Ley sobre Copropiedad). Puede también configurarse como que los adquirentes de un período de disfrute del apartamento devienen *copropietarios indivisos* del mismo (arts. 741 y sigs., y 1.008 y sigs. BGB). Sin embargo, el artículo 751.2 BGB estatuye la inoponibilidad de la renuncia a la acción de división frente a los acreedores.

Un recurso al derecho real, «in re aliena» es la constitución por el propietario de la finca de una *servidumbre personal* o un *derecho de uso y habitación* a cambio de un canon único o periódico, con inscripción registral del mismo rango para todos los constituidos sobre el inmueble. Si bien con el inconveniente del carácter personalísimo e intransmisible. Lo que obvia con la creación de un específico derecho de *habitación permanente periódico* a imagen del «direito de habitação periodica» portuguesa, por un intervalo de

tiempo concreto al año y con una duración perpetua, salvo pacto en contrario, transmisible *inter vivos* y *mortis causa*.

3. Otros ordenamientos

Para acabar, sólo indicar que en Bélgica se ha propuesto la comunidad voluntaria (bastante criticada), el derecho de uso y la asociación. En Guatemala la participación sin dominio: el club, la participación social, el derecho real de propiedad plena y el contrato de fideicomiso.

ANTONI-MIQUEL TORRENS SÁNCHEZ
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- «La multipropiedad en el Derecho comparado», por ANTONIO PAU PEDRÓN. *Revista de Derecho Registral*, núm. 10, 1984, págs. 23-67.
- «La multipropietat como a règim jurídic immobiliari», por FERRÁN BADOSA COLL. *Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa: Règim de la propietat urbana colectiva a Catalunya*, Barcelona, 1988, págs. 13-45.
- «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», por ANTONIO PAU PEDRÓN. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 584, enero-febrero 1988, págs. 9-29.
- Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado*, de PEDRO A. MUNAR BERNAT. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- «La propiedad cuatridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad», de JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, págs. 29-107.
- La multipropiedad (Principios teóricos, precedentes doctrinales y jurisprudenciales Legislaciones extranjeras)*, por EMANUELE CALO-TOMMASO ANTONIO CORDA. Traducción e introducción de JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SÁENZ. Madrid, 1985.
- La multipropiedad*, por MARÍA JOSÉ HERRERO GARCÍA. Madrid, 1988.
- Presente y futuro de la multipropiedad*, de PEDRO A. MUNAR BERNAT. Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- «Más sobre la multipropiedad. A propósito de la RDGRN de 4 de marzo de 1993», por GERARDO MUÑOZ DE DIOS. *La Ley*, núm. 3369, 14 octubre 1993, págs. 1-3.
- «En torno a la multipropiedad», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 623, 1994, págs. 1665-1684.

«La Directiva 94/97 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad. Análisis de sus aspectos más relevantes», de PEDRO A. MUNAR BERNAT. *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*. Boletín noviembre-diciembre 1994, págs. 17-25.

«La multipropiedad y la RDGRN de 4 de marzo de 1993», por JAVIER LETE ACHIRICA. *Revista de Derecho Privado*, junio 1995, págs. 523-537.

Nuevas reflexiones sobre la multipropiedad. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (S. 14) de 29 de abril de 1995, por PEDRO A. MUNAR BERNAT.

La multipropriété dans les législations et pratiques nationales. Commission des Affaires Europeenes - Union Du Noatriat Latin. Viena, mayo de 1986.

La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones

SUMARIO: I. LA ANOTACION DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA:

1. LA ACCIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA. 2. LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. 3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. 4. LA POSIBLE ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA INSCRITA. 5. LOS REQUISITOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA: a) *El tracto sucesivo*. b) *El objeto de la demanda*. 6. LOS EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA: a) *El principio de legitimación en entredicho*. b) *La interpretación lógica del artículo 132*. c) *La opinión de la doctrina*. d) *La doctrina de la DGRN en materia de asientos de quiebra posteriores a la hipoteca ejecutada*. e) *La sentencia del Tribunal Supremo*. f) *La regulación del procedimiento ejecutivo extrajudicial*. 7. LA COMPETENCIA PARA APRECIAR EL SUPUESTO DE HECHO. 8. CONCLUSIÓN PROVISIONAL Y CRÍTICA. 9. LOS ASIENTOS INTERMEDIOS: a) *Los asientos intermedios entre la hipoteca y la anotación de demanda de nulidad no deben ser objeto de cancelación en tanto no se resuelva el declarativo*. b) *Todos los asientos intermedios deben ser cancelados con excepción de la anotación preventiva de demanda de nulidad y del asiento del actor o interesado*. c) *Cancelación de todos los asientos intermedios con salvaguardia de la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca*.

—II. LA ANOTACION DE DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES: 1. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA: a) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento sin toma de razón en el Registro de la Propiedad*. b) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento con toma de razón en el Registro de la Propiedad*. c) *Declaración de nulidad del procedimiento sumario decretada en vía de apelación*. d) *Declaración de nulidad de oficio una vez terminado el procedimiento con reflejo en el Registro de la Propiedad*. 2. LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN: a) *Demanda entablada antes de la finalización del procedimiento sumario*. b) *Demanda entablada después de finalizado el procedimiento sumario de ejecución*.

La eficacia ofensiva del principio de prioridad registral en virtud del cual los asientos anteriores son preferidos frente a los posteriores, produciendo efectos en su perjuicio, tiene en la hipoteca uno de sus mejores ejemplos prácticos. El desenvolvimiento de la hipoteca en su fase de ejecución lleva, como resultado final, a la extinción de todos los asientos que con posterioridad a la misma hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad.

La purga de los derechos posteriormente inscritos en el Registro supone la declaración *iuris tantum* de su inexistencia toda vez que la fuerza que emana de la inscripción de la hipoteca arrastra a los títulos retrasados. Un efecto tan devastador no se ve menoscabado por la posibilidad de suspender el procedimiento hipotecario en tanto se discute sobre los aspectos que sirven de base al mismo, sino que, por el contrario, la legislación hipotecaria reserva la posibilidad de suspenderlo a casos contados realmente excepcionales.

Cualquier pretensión que no sea una de las contempladas taxativamente en la Ley Hipotecaria y su reglamento no son tenidas en cuenta dentro del procedimiento, sino que deben ser alegadas en el procedimiento declarativo correspondiente sin otro efecto que el de retener el importe de la subasta en beneficio del actor y siempre que tal efecto sea solicitado del juzgador.

Resulta claro que la pretensión del actor de la demanda civil puede verse plenamente satisfecha en aquellos supuestos en que se discuta el importe de la deuda a satisfacer por el deudor o la prioridad en el cobro respecto del acreedor de la hipoteca. Sin embargo, existen otros supuestos en los que la pretensión es muy otra y, no poco frecuentemente, completamente distinta a la derivada de la estricta regulación legal. Así ocurrirá cuando se impugne la validez de la hipoteca por un tercer poseedor posterior a la inscripción de aquella o, en general, por un tercero posterior que teme fundadamente la desaparición de su derecho a consecuencia de la ejecución hipotecaria.

Estos terceros pretenden la cancelación del derecho de hipoteca de forma que no pueda perjudicarles. Dado que no pueden paralizar el procedimiento de ejecución jamás conseguirán su pretensión una vez que la hipoteca haya entrado en su fase dinámica.

No cabe duda de que la regulación legal así vista choca con principios básicos del Código Civil, en virtud de los cuales los negocios jurídicos nulos no despliegan efectos ni pueden ser causa de atribuciones patrimoniales. Ciertamente la legislación hipotecaria se caracteriza, entre otras muchas cosas, por tratar de dar una respuesta de seguridad jurídica a situaciones civilmente inestables, pero ni tal protección es absoluta ni se predica de cualquier situación en la que existe un litigio civil de nulidad.

Es el supuesto de litigio sobre la propia validez de la hipoteca en la que se sustenta el procedimiento de ejecución y el litigio sobre la validez de la ejecución misma aquellos en que con más claridad se aprecia la necesidad de compaginar la naturaleza y efecto sumario del procedimiento estrictamente

hipotecario con los procedimientos de nulidad de los derechos que les sirven de base.

Decir que el principio de legitimación que protege la hipoteca inscrita es suficiente para justificar que, en caso de litigio sobre su validez, el actor no podrá obtener satisfacción más que por una vía indemnizatoria es desconocer que la legitimación solo protege *iuris tantum* y que el Registro de la Propiedad aspira a reflejar fielmente la realidad extratabular.

Se impone, por tanto, un análisis de la normativa civil e hipotecaria que permitan dar soluciones lógicas a un problema que cada vez con más frecuencia está llegando a los libros del Registro de la Propiedad de forma que los distintos intereses en juego tengan acceso a la protección del Derecho y a su instrumento que es la Oficina del Registro sin aceptar sin más el sacrificio de unos en beneficio de otros.

Para ello debemos centrarnos en el supuesto de hecho en el que se plantea el problema que trataremos de resolver: En los libros registrales consta inscrita una hipoteca a la que siguen diversos asientos posteriores. La hipoteca entra en fase de ejecución por el procedimiento sumario y es a la vez objeto de litigio en cuanto a su propia validez, litigio que accede al Registro de la Propiedad en forma de anotación preventiva de demanda. Llegada la finalización del procedimiento de ejecución se pretende por el adjudicatario del mismo la inscripción de su derecho y la purga de todos los posteriormente inscritos a la hipoteca en base a la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y al artículo 132 del mismo texto, que declara cuáles son los posibles derechos de terceros cuando no procede la suspensión del procedimiento de ejecución.

Dos son las cuestiones que hay que plantear: una, relativa a si debe anotarse en el Registro de la Propiedad la demanda de nulidad y, sobre todo, si una vez anotada la purga alcanza o no a la demanda posterior. El actor del procedimiento declarativo de nulidad tiene que saber si el Registro le protege y en qué medida y si la protección que puede derivársele de la anotación de su derecho depende de que antes llegue a término la ejecución de la hipoteca que está atacando.

La segunda cuestión, mucho más conflictiva y pendiente de estudio, alude a si la purga en sí misma considerada puede llevarse a cabo mientras esté vigente la anotación preventiva de demanda. Se parte, por tanto, de que la demanda ha sido anotada, que el procedimiento de ejecución ha finalizado y que no se ha purgado la anotación; si existen titularidades intermedias, que incluso pueden ser las del actor del procedimiento declarativo, hay que estudiar qué consecuencias se les depara si se cancelan sus derechos cuando posteriormente es estimada la demanda de nulidad y si existe base legal para afirmar, en su caso, que sus derechos no deben ser cancelados en tanto no se resuelva el pleito civil.

Estas cuestiones se reproducen cuando la anotación de demanda se basa en la pretensión de nulidad del mismo procedimiento de ejecución, pero sin discutir la validez de la hipoteca que le sirve de base. Los distintos presupuestos en que una y otra se fundamentan justifican un estudio separado de ambos litigios sin perjuicio de las coincidencias que puedan producirse en las posibles soluciones.

I. LA ANOTACION DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA

1. LA ACCIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA

Si bien no es objeto de este trabajo la nulidad de la hipoteca contemplada desde el punto de vista civil, es evidente que si deseamos centrar la cuestión y determinar los efectos de la acción de nulidad en relación al concretísimo asiento de hipoteca, es preciso, siquiera brevemente, recordar algunas cuestiones de derecho civil puro que posteriormente nos servirán al hablar de sus repercusiones hipotecarias.

La hipoteca se constituye habitualmente por negocio jurídico *inter vivos*, siendo excepcional cualquier otra forma de nacimiento del derecho real a la vida jurídica. En consecuencia, podemos afirmar que, como cualquier otro negocio similar, las causas de nulidad son básicamente dos: la contravención de la Ley y la ausencia de alguno de los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento para la constitución del derecho.

La hipoteca puede haber sido constituida violando algún precepto de carácter imperativo, como cuando se hipotecan bienes de menores sin respetar las limitaciones impuestas a sus representantes legales, cuando se constituye hipoteca por quien carece del poder de disposición sobre la finca o por cualquier otro motivo de igual naturaleza. La jurisprudencia es tajante al afirmar que la contravención de la norma imperativa acarrea la nulidad del negocio jurídico. Al ser la hipoteca un derecho de constitución registral el principio de legalidad ayuda a que se estreche el margen de constitución de hipotecas nulas, pues tanto el Notario autorizante de la escritura como el Registrador que la inscribe califican el negocio y son responsables por su calificación. Evidentemente pueden ser insuficientes ambos filtros, en cuyo caso el Registro publicaría un derecho inexistente como existente en virtud del principio de legitimación registral con los efectos propios de dicha declaración, singularmente la presunción de exactitud y validez en tanto judicialmente no se declare lo contrario.

La hipoteca puede ser nula por no reunir alguno o algunos de los requisitos esenciales del negocio. Determina el artículo 1.261 del Código Civil: *«No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1.º *Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º *Causa de la obligación que se establezca.»*

En términos similares y para lo que nos interesa añade el artículo 1.857: *«Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:*

- 1.º *Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.*
- 2.º *Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.*
- 3.º *Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.*

Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes»

Sabido es también que, por imperativo de lo establecido en los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca debe, bajo sanción de nulidad, constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Dice el artículo 145: *«Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere.*

- 1.º *Que se hayan constituido en escritura pública.*
- 2.º *Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».*

El hecho de que la hipoteca sea de constitución registral añade una posibilidad más de declaración de nulidad pues al ser la inscripción parte integrante del negocio jurídico el incumplimiento de sus requisitos conlleva la nulidad de la hipoteca. El artículo 30 de la Ley Hipotecaria declara la nulidad de las inscripciones que no reúnan los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria, añadiendo el artículo 79.4 que serán cancelables las inscripciones cuya nulidad haya sido declarada.

2. LA LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Dice DE CASTRO refiriéndose a la legitimación activa de la acción de nulidad que *«El carácter absoluto de la nulidad, lleva a que la acción de nulidad puede ser ejercitada por cualquiera que tenga un interés legítimo en ello. Además de los directamente afectados, se entiende que lo tienen los obligados subsidiariamente (fiador, quienes constituyan prenda o hipoteca en favor de otro), titulares de derechos reales afectados por otro derecho real (usufructo, servi-*

dumbres, censos, segundas hipotecas), acreedores perjudicados (sin necesidad de acudir al artículo 1.291), legitimarios, retrayentes, arrendatarios, subarrendatarios, comuneros, supuestos de colisión de derechos (doble venta), etc., etc» (1). En materia de hipoteca, por tanto, la legitimación activa para impugnarla corresponde no sólo a cualquiera de las partes intervinientes en el negocio jurídico de constitución (ya sea como acreedor hipotecario, como deudor hipotecario o como hipotecante no deudor), sino también a los titulares de derechos que puedan ser perjudicados por la existencia de la hipoteca (titulares posteriores de cualquier derecho eventualmente cancelable por efecto de la purga) e incluso simples acreedores (embargantes posteriores, titulares de segundas hipotecas), etc. En general, podemos afirmar que cualquier titular de un derecho o de una anotación posterior a la hipoteca discutida tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción.

Del examen de la no muy abundante jurisprudencia sobre nulidad de hipotecas se pone de manifiesto que el ejercicio de la acción ha sido instado bien por el hipotecante, persona, por tanto, en relación directa con el negocio, bien por terceros ajenos al mismo, pero perjudicados por su existencia. Merece la pena que nos detengamos un momento en esta cuestión, siquiera para acercarnos a la realidad de la impugnación de la hipoteca:

Dentro del primer grupo de sentencias (2) la característica común es que el ejercicio de la acción se basa en la voluntad del deudor de que la hipoteca no produzca efecto alguno bien por ser simulada, bien por ser usuraria. Es de gran importancia determinar que la pretensión del actor ha sido siempre evitar el perjuicio que el ejercicio de la hipoteca podría producirle.

El segundo grupo de sentencias (3) se caracterizan porque los terceros ajenos al negocio de hipoteca son acreedores del deudor, distintos de los que consiguieron la constitución a su favor, y que se ven perjudicados por la preferencia o garantía especial que la hipoteca supone. Nuevamente la pretensión esencial es que la hipoteca constituida no produzca efectos en su perjuicio, perjuicio consistente en la consecución de una situación de privilegio por el acreedor hipotecario que asegura el cobro de la deuda y que impide al resto de acreedores perseguir, con posibilidades de éxito, el patrimonio que quede al deudor.

Lamentablemente de ninguna de las sentencias analizadas se deduce lo que sería el supuesto de hecho más interesante, el del tercero acreedor posterior a la hipoteca cuyo derecho se vería extinguido precisamente por el

(1) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, pág. 482 Civitas. Edición facsímil 1991.

(2) Véanse las SSTs de 14 de junio de 1984, 24 de febrero de 1992, 18 de noviembre de 1993, 27 de septiembre de 1995.

(3) Sentencias de 19 de abril de 1993, 23 de mayo de 1994, 12 de diciembre de 1995

ejercicio de la hipoteca preferente impugnada. Tal sería el supuesto de ulterior acreedor hipotecario o el de acreedor con embargo anotado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca impugnada.

Evidentemente la legitimación activa es cuestión que no compete al Registrador apreciar pero desde el punto de vista registral es importante saber que, como dice el propio DE CASTRO, ha de ser actual al momento del ejercicio de la acción, desapareciendo con el derecho que le sirve de base si éste pasa a poder de un tercero o se ha extinguido por prescripción. Si como consecuencia de la purga derivada de la ejecución de la hipoteca el derecho del actor se extingue (por ejemplo, el usufructo posterior que se cancela) o se transfiere a un tercero (por ejemplo, el dominio que se adjudica al mejor postor de la subasta) cabe incluso preguntarse si se pierde la legitimación para el ejercicio de la acción y, por tanto, si no hay inconveniente alguno para cancelar y hacer desaparecer del Registro todo asiento afectado por la purga y la subasta. Evidentemente no es así; lo que dice el autor citado es que la legitimación se transmite con el derecho lesionado, pero no por ello desaparece el interés que le sirve de justificación. Si el titular posterior a la hipoteca ve cómo su derecho se cancela como consecuencia del desarrollo ejecutivo de la misma, conserva intacto su interés en que se declare la nulidad del derecho, sin el cual, tal efecto no se produciría.

En cuanto a los legitimados pasivamente son, según la doctrina y reiterada jurisprudencia, todos los que puedan quedar afectados como consecuencia de la declaración de nulidad. En sede de hipoteca deben ser demandados, por tanto, los constituyentes de la misma en el negocio jurídico del que procede o sus causahabientes. Es evidente el interés del acreedor hipotecario en mantener la validez del negocio impugnado, pues se trata de una garantía de la que es titular. Por la misma razón deben ser demandados los cesionarios, subhipotecantes y, en general, los titulares de derechos sobre la hipoteca. También debe ser demandado el deudor propietario o titular del derecho hipotecado, en cuanto parte en el negocio, y en la medida que el decaimiento de la garantía prestada puede acarrear consecuencias gravosas para el cumplimiento de la obligación (4).

El círculo de personas afectadas por la declaración de nulidad es empero mucho más amplio, pues de la declaración de nulidad de la hipoteca pueden resultar beneficiados todos aquellos titulares de derechos posteriores que, de no existir la hipoteca, no se verían perturbados por su posible ejecución. Registralmente se aprecia con gran facilidad el evidente interés de todos los titulares de créditos anotados preventivamente con posterioridad a la hipoteca

(4) Así puede ocurrir cuando la declaración de la nulidad de la garantía vaya pareja con la obligación garantizada o cuando la obligación se contrajo sólo en cuanto que existía la garantía (véase el artículo 1.129 del Código Civil).

o el de los titulares de derechos reales o terceros poseedores también posteriores. Ahora bien, el hecho de que puedan resultar beneficiados de forma indirecta por la declaración de nulidad no implica que deban ser demandados, pues la validez de sus derechos no depende de la existencia de la hipoteca y la posible nulidad no les afecta directamente. Cualquier persona que sea titular de derechos que puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio del deudor hipotecario o del hipotecante no deudor podría verse beneficiada por la desaparición de la hipoteca lo que ensancharía el abanico de posibles legitimados hasta límites absurdos, resultando, por tanto, evidente que dichos titulares no han de ser demandados; bien al contrario, si desean interesarse en el desarrollo del procedimiento de declaración de nulidad deben sumarse al mismo como legitimados activamente.

En las sentencias a que hemos hecho referencia si el actor era el propio deudor hipotecante la legitimación pasiva recaía invariablemente en el acreedor hipotecario, cuando la acción la ejercitaba un tercero ajeno al negocio de constitución de la hipoteca, la demanda se ha dirigido conjuntamente contra el deudor y el acreedor hipotecario (en ambos casos sin perjuicio de la existencia de otros demandados).

3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Los efectos de la declaración de nulidad son de la mayor importancia. Al decir de DE CASTRO, el efecto primario es la propia declaración de nulidad, dejar sentado con la eficacia de la cosa juzgada que el negocio impugnado nunca existió. Son, sin embargo, los efectos secundarios de la declaración de nulidad los que a nosotros más nos interesan y en los que hemos de detenernos con la finalidad de centrar el problema.

La primera consecuencia secundaria de la declaración de nulidad es que serán igualmente nulos todos los títulos o derechos que se basen en el negocio declarado inválido. El carácter retroactivo de la nulidad impone que, tratándose de hipotecas, todos los derechos derivados de la misma queden viciados en la misma forma. De este modo los adquirentes de la hipoteca por contrato de cesión o por herencia o los subhipotecantes verán cómo la nulidad alcanza a sus derechos. Igualmente si la hipoteca ha sido ejecutada y existe un adquirente o sucesivos subadquirentes de la finca se verán afectados y sus títulos estarán tachados de nulidad. En todos los casos empero, la declaración de nulidad no afectará a aquellos terceros que, por reunir los requisitos que la Ley Hipotecaria establece para ello en su artículo 34 estén protegidos por el Registro.

La otra consecuencia secundaria de la declaración de nulidad es lo que se conoce como «represtinación» de la situación jurídica anterior o restitución de las cosas a su estado anterior. Si la hipoteca no ha sido ejecutada el efecto de la

declaración de nulidad se agota en la cancelación del asiento del acreedor hipotecario o de sus causahabientes en el Registro de la Propiedad con la consiguiente liberación de la carga que su existencia supone. Pero si ha existido ejecución y adjudicación a un tercero (o incluso al propio acreedor) del derecho gravado, la declaración de nulidad implica la obligada restitución de la finca a favor de quien la hipotecó devolviendo el estado de cosas al momento anterior al negocio declarado inválido. Nuevamente sólo si existe un tercero protegido la declaración de nulidad no impondrá el efecto restitutorio, pues no siendo atacable el título del tercero desaparece la causa para la restitución.

Ahora bien el efecto «repristinador» no sólo afecta a los directamente involucrados en la declaración de nulidad, a aquellos cuyos títulos se ven arrastrados por la nulidad de la hipoteca. La restitución de las cosas a su estado anterior impone, en pura teoría, que también los afectados indirectamente por la declaración de la nulidad se beneficien de forma que toda la situación jurídica vuelva a la situación que el negocio nulo alteró de forma ilícita.

Cuando la hipoteca no ha sido ejecutada este efecto restitutorio se produce por la simple desaparición de la garantía que puede afectar a terceros. En la medida que la declaración de nulidad priva a la hipoteca de la posibilidad de perjudicar otras titularidades que no traen causa de la misma desaparece la perturbación jurídica para estos otros titulares. Pero si la hipoteca ya ha sido objeto de ejecución y, como consecuencia del principio de purga, se ha decretado la extinción de otros derechos cabe preguntarse si la declaración de nulidad debe restituir las cosas a su estado anterior de forma que aquellos titulares sean repuestos en la situación jurídica perturbada. Si como consecuencia de la ejecución un acreedor posterior con anotación de embargo a su favor, un titular de un derecho real limitado, un tercer poseedor propietario de la cosa o cualquier otro posible titular, han visto desaparecer sus derechos, sería preciso que se les restituyese en la situación anterior como si la hipoteca nunca hubiera estado inscrita.

Debemos por tanto llegar a la conclusión de que los titulares registrales posteriores a la hipoteca son afectados directa o indirectamente por la acción de nulidad dependiendo de cuál sea el momento procesal en que se encuentre el procedimiento sumario cuando se entable dicha acción de nulidad. Cuando la acción de nulidad no les afecta directamente pues el procedimiento sumario no está entablado o no está finalizado el interés de los terceros es completamente lateral (5). Cuando el procedimiento sumario ha finalizado y como

(5) STS 25 de febrero de 1992: «Esta sala tiene reiteradamente declarado que no basta la existencia de un mero interés en el resultado del litigio para que haya que demandar a todos los que acrediten el mismo, pues es un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litesconsorcio pasivo necesario»

consecuencia de la acción de nulidad la subsistencia de sus derechos depende completamente de lo que en ella se decida su interés es directo. Esta conclusión concuerda perfectamente con el carácter de legitimados activamente para entablar la acción tal y como quedó dicho poco más arriba cuando el interés es indirecto y con la necesidad de demandar a los terceros cuando su interés sea directo.

Procesalmente la cuestión tiene importancia no sólo desde el punto de vista de la legitimación, sino también porque es preciso deslindar cuáles son las posibilidades de los terceros de intervenir en el proceso, lo cual a su vez también tendrá su importancia a la hora de determinar los efectos registrales.

En cuanto interesados indirectamente, cuando la hipoteca no está ejecutada o está en trance de ejecutarse, queda descartada la necesaria concurrencia de los terceros en el procedimiento, ya que no existe un litisconsorcio activo necesario (6). Más discutible es la posibilidad de que se produzca lo que se conoce como litisconsorcio cuasinecesario (7), que es aquel que se define «cuando varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad de calidad, de tal modo que, teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas, sin embargo, la resolución que los Tribunales puedan adoptar les afectará a todos, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad» (8). La consecuencia fundamental de aceptar la aplicación de esta figura procesal es que los titulares posteriores afectados no están obligados a pleitear, pero si lo hacen deben hacerlo en el mismo proceso, a fin de que exista una sola sentencia. El mecanismo procesal para que así sea será la excepción opuesta por el demandado.

Fuera de estos supuestos la intervención del tercero en el procedimiento de nulidad puede producirse tanto en el momento de la demanda (litisconsorcio activo voluntario) como incluso en un momento posterior mediante lo que se conoce como intervención litisconsorcial de un tercero en un procedimiento en marcha mediante la solicitud dirigida al Juez que conozca a fin de que le permita adquirir la cualidad de parte. Finalmente puede que el tercero decida no acudir en absoluto a un procedimiento que se va a entablar o que ya lo está de presente por considerar que prefiere ejercer su propia acción independiente. Aun en este supuesto se puede producir la acumulación de autos a instancia de cualquiera de las partes intervinientes en cualquiera de

(6) Puede existir litisconsorcio necesario pero no porque existan terceros afectados si no porque existan una pluralidad de acreedores hipotecarios o de deudores hipotecantes respecto de los cuales la acción de nulidad ha de entablararse conjuntamente.

(7) Para las cuestiones procesales seguimos el tratado *Derecho Procesal Civil* FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ. José María Bosch, editor, S.A 1992

(8) Definición del profesor FAIREN recogida en la obra a que se refiere la precedente nota.

los procedimientos abiertos (véase artículos 160 a 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cuando los terceros son interesados directos en la declaración de nulidad porque sus derechos han sido purgados por la hipoteca deben ser necesariamente demandados formando un litisconsorcio pasivo necesario.

Todo esto ha sido aquí traído para poner de manifiesto la eficacia que puede tener la sentencia frente a los terceros posteriores a la hipoteca inscrita y las diversas posibilidades que el ordenamiento les otorga a fin de intervenir en una cuestión que tan esencialmente les afecta.

No es preciso llamar la atención sobre la importancia de este efecto secundario de la declaración de nulidad y sobre su incidencia en el Registro de la Propiedad, motivo fundamental de este trabajo. Será en un momento posterior cuando intentemos cohesionar las exigencias civiles derivadas de la declaración de nulidad de la hipoteca con los mecanismos que gobiernan el funcionamiento del Registro y con las garantías legalmente establecidas en favor de los titulares registrales posteriores.

Sí que haremos, sin embargo, una primera aproximación a los efectos en relación con el derecho principal impugnado: Si la hipoteca está constituida, pero no ha sido objeto de ejercicio, la declaración de nulidad se agota en la declaración de inexistencia del derecho (9).

Si la hipoteca se encuentra en ejecución, la declaración de nulidad supone o debe suponer la inmediata paralización del procedimiento desde que se ponga de manifiesto al Juez que conozca de la ejecución que falta la base del mismo. En efecto el artículo 132 de la Ley Hipotecaria dispone que el procedimiento sumario se suspenderá... «3.º Si se presentare certificación del

(9) La interesante STS de 14 de junio de 1984, para un supuesto de declaración de nulidad de un préstamo hipotecario por aplicación de la Ley de represión de la usura mantiene la vigencia de la hipoteca en tanto no se restituya por el prestatario la cantidad recibida: « el pronunciamiento de nulidad alcanza al negocio usurario en la medida que lo afecta la mácula que lo determina, sin que sea posible desconocer que se ha producido un desplazamiento patrimonial por efecto de una básica operación de préstamo, cuya realidad subyace e impone la devolución de la suma verdaderamente entregada asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida y, por consiguiente no se desnaturaliza el carácter accesorio de la hipoteca consagrado en los artículos 1.528 y 1.857, número 1.º, del Código Civil, y 105 de la Ley Hipotecaria, como ligada que está a la existencia del derecho principal asegurado la nulidad expresada no envuelve una nulidad radical o inexistencia del contrato por falta de alguno de los requisitos esenciales para su nacimiento, sino que es una nulidad decretada por el legislador debido a hallarse viciado el negocio por la concurrencia de alguna de las circunstancias que según el artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre represión de la usura, pueden motivar la calificación de usurario del préstamo, pero al quedar subsistente la obligación de devolver el importe de la cantidad efectivamente percibida...es evidente que los efectos de aquel contrato no desaparecen en su integridad y por ende el accesorio de fianza subsiste, si bien reducido a la extensión de la obligación principal.. »

Registro, expresiva de quedar cancelada la hipoteca, en virtud de la cual se proceda,...» añadiendo más adelante que «... El Juez convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime prudente dentro del segundo día».

Si la hipoteca ya ha sido ejecutada y ha finalizado el procedimiento en su integridad, la declaración de nulidad de la hipoteca arrastra a todo lo que de ella resulte, por lo que igualmente serán nulas las consecuencias de la ejecución (10).

Ahora bien, en la medida que la hipoteca es un derecho de constitución registral que vive y se desarrolla bajo su amparo, la declaración de nulidad debe contemplarse no sólo desde el punto de vista civil, sino imprescindiblemente desde el punto de vista del Registro de la Propiedad.

La Ley Hipotecaria contempla la declaración de nulidad como un supuesto de inexactitud registral. En la medida que la sentencia declara que la hipoteca nunca existió debe corregirse la publicidad opuesta que resulta de los libros del Registro (11). Dice así el artículo 40 de la Ley Hipotecaria: «*La rectificación*

(10) Por ejemplo la STS de 12 de diciembre de 1995 declara la nulidad de la hipoteca constituida por un quebrado, así como las adquisiciones derivadas de la misma: «*Tanto en esta resolución (se refiere a la sentencia recurrida) como en la del Juzgado, se da lugar a la demanda, declarando la nulidad solicitada, así como todas las consecuencias posteriores de este contrato y sus respectivos asientos registrales.* ».

La importantísima STS de 18 de noviembre de 1993 declara también la nulidad de una hipoteca, de la adquisición derivada de la ejecución y la adquisición posterior de un subadquirente.

(11) Dice ROCA en su *Derecho Hipotecario*, 1979, tomo III, pág. 310, que generalmente se trata de supuestos en que el negocio es nulo a pesar de figurar inscrito debido generalmente a que el Registrador los inscribió por carecer de elementos suficientes de juicio reveladores de aquellos vicios. Así es en efecto, de la jurisprudencia examinada se deduce claramente que la razón jurídica en que se basa la declaración de la nulidad del negocio de hipoteca era indetectable por el Notario y por el Registrador bien porque se trataba de cuestiones de competencia estrictamente judicial (como ocurre en los supuestos de declaración de nulidad por el carácter usurario del préstamo), bien porque se trataba de problemas de causa negocial simulada (es el motivo mas frecuentemente alegado por el actor para instar la nulidad). El control derivado del principio de legalidad se ha mostrado por tanto como un eficaz filtro en la práctica judicial para evitar la impugnación de derechos inscritos. La intervención de Notarios y Registradores asegura que sea muy difícil impugnar una hipoteca por contravención directa de la Ley, por falta o defecto de consentimiento o por falta o ilicitud del objeto; sólo en materia de defectos causales puede prosperar con mas facilidad la acción de nulidad y precisamente por eso es el motivo principal de impugnación ante los Tribunales de Justicia.

La STS de 12 de diciembre de 1995 declara la nulidad de la hipoteca por causa de quiebra posterior del deudor pero es evidente que tal circunstancia era indetectable a priori.

La STS de 19 de abril de 1993 declara la nulidad de la hipoteca constituida por el suspenso con el concurso de los interventores por ilicitud de la causa al haberla constituido con una finalidad distinta para la que fue autorizada.

del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas:

d) Cuando la inexactitud proviniere de la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.

En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (12), y se substanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente...

En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto».

El problema del ejercicio de esta acción de nulidad y de rectificación del Registro en relación a la hipoteca ejecutada es que, por un lado, al llegar al Registro de la Propiedad la sentencia declarativa pueden haber aparecido terceros que no hayan sido parte en el procedimiento y, por otro, que aún si se han tomado cautelas para evitar la aparición de terceros protegidos, la mera interposición de la demanda no detiene el procedimiento sumario de ejecución de la hipoteca. Es decir, que aún el actor diligente en la defensa de sus derechos puede verse perjudicado por la ejecución de una hipoteca cuya inoperancia es la base de su pretensión debido a la especial naturaleza del procedimiento de ejecución de la hipoteca.

Es preciso por consiguiente dar un paso más y analizar las posibilidades de protección que tiene el actor de la demanda de nulidad, su viabilidad y los posibles efectos en relación al Registro de la Propiedad.

4. LA POSIBLE ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA INSCRITA

La regla general en materia de toma de razón de anotaciones preventivas de demanda se encuentra en el n.º 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria al establecer:

«Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

La STS de 27 de septiembre de 1995 plantea la nulidad de una hipoteca hecha sin la suficiente representación (en virtud del artículo 1.259 Código Civil), pero en un supuesto de hecho en que el representante de una cooperativa había actuado en base a un acta falsa de la Asamblea General.

(12) Legitimación pasiva.

1.^º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real».

A la luz de este precepto es evidente que el actor podrá solicitar del Juez que conozca de la demanda que ordene al Registrador competente la toma de razón de la demanda.

El problema se plantea porque un estudio más detallado de los efectos de la demanda en relación al procedimiento judicial sumario pueden hacernos llegar a la conclusión de que, al carecer de efectos posibles sobre el procedimiento, la anotación es inoperante y por tanto se debe rechazar la posibilidad de practicarla. Dice el artículo 132 de la Ley Hipotecaria tras enumerar las causas de suspensión del procedimiento sumario:

«Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley.

La competencia para conocer de este juicio declarativo se determinará por las reglas ordinarias.

Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el párrafo precedente o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que establece la presente Ley, sea entregada al actor».

Lo que dice el artículo 132 es que aun cuando se reclame la nulidad de la hipoteca el procedimiento sigue su camino hasta su terminación sin que sea objeto de suspensión ni de entorpecimiento. La satisfacción del actor no se obtendría por la cancelación de la hipoteca impugnada si no por la entrega del importe, total o parcial, del remate. Si esto es así es evidente que la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad ni va a suspender ni va a entorpecer el procedimiento sumario que desplegará todos sus efectos, señaladamente la cancelación por purga de todos los asientos posteriores y, con ellos, el de la anotación de demanda. En consecuencia, la anotación es inútil, pues ni asegura la inscripción del fallo ni tiene otra efectividad que la mera publicidad de la existencia de una demanda. Si el actor desea paralizar los efectos de la hipoteca no tiene otro remedio que pagar lo reclamado, a fin de que el procedimiento se detenga y pueda la inscripción hipotecaria ser objeto de cancelación.

Un análisis más detenido de la cuestión debe, sin embargo, poner de manifiesto algunas precisiones a la literalidad del artículo 132:

a) El precepto se refiere sólo al supuesto de que el procedimiento esté en marcha como claramente se deduce de su formulación. Si el procedimiento no ha comenzado en absoluto es evidente que la titularidad hipotecaria, como cualquier otra, puede ser objeto de impugnación (13) en cuyo caso la anotación no sólo asegurará la inscripción de la sentencia estimatoria (cancelación de la hipoteca) si no que también facilitará su oposición frente a terceros no demandados (adquirentes de derechos sobre la hipoteca).

Si el procedimiento sumario está totalmente finalizado e incluso se ha procedido a la inscripción en favor del adjudicatario es evidente también la utilidad de la anotación que no tendrá más especialidad que la necesaria extensión de la demanda a quien ahora es titular registral.

Pero es que aun cuando admitiendo que el artículo 132 se está refiriendo al efecto de la demanda sobre la hipoteca en ejecución es preciso advertir que parte de la base de que la finalización del procedimiento sumario va a ser anterior al declarativo pues, si como vimos, la sentencia firme de declaración de nulidad se inscribe en el Registro y se cancela la hipoteca, el procedimiento sumario se paralizará por aplicación de lo dispuesto en el número 3 del propio artículo 132.

b) Ya hemos advertido a lo largo de las páginas anteriores cómo el artículo 132 mezcla acciones con pretensiones muy diversas: No tiene la misma pretensión el deudor que se limita a negar que la deuda sea exigible que el deudor que afirma que la hipoteca es nula por simulación absoluta. En el primer caso se desea que no se lleve a ejecución la finca por no darse el presupuesto para ello, en el segundo se pretende que la hipoteca sea cancelada en el Registro de la Propiedad por inexistente. La impugnación por quiebra del deudor no tiene la misma pretensión que la acción encaminada a cobrar en primer lugar, pues aquí no sólo no se quiere la paralización del procedimiento si no que se aspira a que finalice en la forma más adecuada para los intereses del actor mientras que allí se desea la cancelación de la hipoteca para evitar perjuicios a la masa de la quiebra.

Es preciso, por tanto, armonizar el contenido del artículo 132 con la lícita pretensión de la acción del declarativo de nulidad, ya que decir al actor que sólo podrá resarcirse de su interés con el resultado de la subasta es concederle exactamente lo contrario a lo que pretende.

Dice así la STS de 18 de noviembre de 1993, sobre la que volveremos por su interés: *«Afirmar que todas las consecuencias derivadas de la posible nulidad del título se limitarán a dar al dueño de la finca lo que por ella se haya obtenido, cualquier cantidad por pequeña que sea tras sucesivas subastas y que a los licitadores, que no son aún terceros hipotecarios, se les mantendrá en su adquisición, es desconocer que la nulidad declarada en el*

(13) Artículo 1 de la Ley Hipotecaria en relación con el 38

juicio civil por apreciar conducta usuraria tiene carácter firme, no puede ser aquí discutida y es además, nulidad plena, porque así lo dice la parte dispositiva de la sentencia». Por tanto, si los titulares registrales no tienen la protección que les depara el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no pueden ser mantenidos en su adquisición por aplicación de una norma procesal y no sustantiva.

c) Enlazado directamente con lo anterior está el principio general de que el Registro no sana lo viciado; al decir el artículo 33 de la Ley Hipotecaria que «*La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*» está afirmando algo evidente pero de gran importancia. Si la hipoteca es nula, sigue siendo nula aún después de la inscripción y por tanto se produce un supuesto de inexactitud registral que es preciso corregir a fin de evitar una publicidad errónea.

d) A pesar de que la hipoteca disfruta de un procedimiento especial de ejecución no se diferencia de otros derechos inscritos en cuanto a la protección que el Registro de la Propiedad le proporciona. No existe un privilegio en favor del acreedor hipotecario en virtud del cual su inscripción le otorgue mayor protección que a otro titular. En consecuencia si impugnabile es cualquier titularidad, impugnabile es la inscripción de hipoteca sin que deba confundirse la protección general que a todo derecho proporciona el Registro con la circunstancia de que el derecho real de hipoteca pueda ejercitarse por un procedimiento especial. Si puede, por tanto, impugnarse el contenido del Registro en cuanto a la hipoteca (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria) es claro que tal circunstancia puede hacerse constar en sus libros exactamente igual que con relación a otro derecho.

Debemos concluir, por tanto, que cualquiera que sea el estado en que se encuentre la hipoteca la anotación, si reúne los requisitos para ello, es practicable en los asientos del Registro.

5. LOS REQUISITOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA

Admitida la práctica de la anotación no hay especialidades en cuanto a los requisitos exigibles para la toma de razón en el Registro. Rigen pues las reglas generales y a ellas debe sujetarse el interesado y el Registrador.

Sólo es de interés resaltar dos circunstancias de especial importancia relativas al tracto sucesivo y al contenido de la demanda:

a) El tracto sucesivo si la hipoteca está en fase latente o en fase de ejecución queda cumplido siempre que el titular registral de la hipoteca sea el demandado conforme a la previsión del artículo 40, d) de la Ley Hipotecaria. Ya vimos anteriormente cómo cuando es el propio deudor hipotecante el que impugna la validez de la hipoteca la demanda se dirige contra el

acreedor hipotecario. Si, por el contrario, la acción la ejercita un tercero la acción se dirige contra el acreedor pero también contra el deudor hipotecante.

Desde el punto de vista del Registro es preciso que el titular del derecho real de hipoteca sea demandado en el procedimiento. Si existen otros terceros interesados con derechos inscritos sobre la hipoteca deben ser ellos los demandados, solos o junto al acreedor, (cesionarios, subhipotecantes) ya que si la sentencia prospera sus derechos se verán afectados.

Más problemática es la cuestión de si debe ser igualmente demandado el propietario constituyente de la hipoteca, sea o no deudor, pues en cuanto parte del negocio jurídico de constitución de hipoteca presenta un evidente interés en la declaración de nulidad. Procesalmente es muy claro que debe ser demandado el hipotecante lo cual no quiere decir que necesariamente deba constar tal circunstancia para proceder a la anotación en el Registro de la Propiedad.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley Hipotecaria la función calificadora del Registrador debe ceñirse en un supuesto como el presente a comprobar que el titular registral cuyo derecho se impugna ha sido debidamente demandado. Si existen otras titularidades no impugnadas, que pueden resultar afectadas por la declaración de nulidad, es algo que queda fuera de calificación pues se refiere a un problema procesal, la debida construcción de la relación jurídico procesal, que sólo compete decidir al Juez a petición de parte. En consecuencia la anotación podrá practicarse aunque no resulte del mandamiento que el propietario o titular hipotecante ha sido debidamente demandado.

La Res. DGRN de 5 de abril de 1995 se enfrenta a un supuesto en que la demanda se había entablado por el deudor no hipotecante contra el acreedor hipotecario sin demandar simultáneamente al hipotecante no deudor.

A juicio de la Dirección General, que por cierto no cita el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, no existe problema de tracto, pues la demanda afecta exclusivamente al derecho de hipoteca y no al del hipotecante por lo que sea cual sea el resultado del pleito su titularidad no se verá afectada por la misma (14).

Por la misma razón no es preciso demandar a los terceros posteriores a la hipoteca en la medida que sus derechos inscritos o anotados no son objeto de impugnación.

(14) Es de tener en cuenta que la resolución se refiere a un supuesto de nulidad de actuaciones y no de impugnación de hipoteca, no hay, por tanto, impugnación en ningún caso del contenido del Registro, pese a lo cual, al tratarse de una acción declarativa, hay que demandar al interesado en el mantenimiento de la situación jurídica: el acreedor hipotecario.

Por otro lado, véase la Res. DGRN de 25 de febrero de 1994 en relación a la imposibilidad del Registrador para calificar la correcta construcción de la relación jurídico procesal.

Distinta es la situación cuando el procedimiento de ejecución se ha llevado a cabo y la finca está inscrita a nombre del adjudicatario de la subasta o de un tercero ulterior. En este supuesto en cuanto afectados directamente deben ser demandados para poder practicar la anotación. Los terceros cuyos derechos han sido cancelados como consecuencia de la purga deben también ser demandados pues el objeto de la demanda es impugnar el contenido de sus derechos en el Registro de la Propiedad.

b) El objeto de la demanda debe estar perfectamente delimitado en la anotación y en la demanda que le sirve de base. Dice ROCA SASTRE: «*Si según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria la anotación preventiva en general y, por tanto, la de demanda no impide que el titular registral de los bienes o derechos inscritos objeto de dicha anotación pueda enajenarlos o gravarlos, el adquirente de estos conviene que sepa con claridad cuál sea concretamente la pretensión que se ejercita en la demanda, pues de lo contrario, o sea, de haber confusión sobre el litigio, los bienes anotados sufrirán en el tráfico jurídico inmobiliario, ya que el adquirente, a la vista de dicho objeto de la demanda, puede a veces fundadamente pensar en que la tal demanda anotada no prevalecerá, cosa imposible de dilucidar ante la imprecisión del objeto de la demanda anotada preventivamente*» (15).

La determinación del objeto de la demanda cumple efectivamente, como dice ROCA, una función de publicidad de la situación anotada y es exigencia reglamentaria, artículo 166.2 del Reglamento Hipotecario. En el caso que nos ocupa hay algo más, porque, aunque no existen especialidades en los requisitos para la toma de razón de la demanda, lo que es objeto de discusión es si debe haber especialidades en relación a la purga derivada de la ejecución de la hipoteca. Si existe tal trato especial será precisamente por razón del objeto de la demanda por lo que el mandamiento que ordene la anotación debe dejar absolutamente claro, y así debe constar en el asiento correspondiente, que la demanda va dirigida a la declaración de la nulidad del título o de la inscripción o ambas cosas a la vez.

Entiende el autor citado que el objeto está determinado si consta la pretensión del actor y la causa de la misma, lo que significa, por lo que nos afecta, que debe constar la solicitud de declaración de nulidad y su fundamento, ya sea la contravención de la Ley o cualquiera de las otras causas de nulidad negocial (16).

(15) ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario* Bosch. 1979. 7.ª edición, tomo IV, pág. 53.

(16) Lo fundamental es desde luego que conste la pretensión, la solicitud de nulidad que es la que va a determinar la especialidad en el tratamiento. Su fundamento jurídico proporciona conocimiento a un tercero pero no determina por sí mismo especialidad alguna.

Tratándose de responsabilidad civil derivada del delito la pretensión de nulidad no será necesariamente de parte, puesto que el procedimiento no precisa de su existencia, sin perjuicio de lo cual deberá tomarse anotación siempre que resulte con claridad que existe la pretensión y siempre que se cumplan los demás requisitos precisos para este tipo de anotaciones (17).

6. LOS EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA

En principio son los propios de toda anotación de demanda, asegurar las resultas del procedimiento y vincular a los terceros a su resultado. Cuando la hipoteca no se ha llegado a ejecutar y ha permanecido en estado silente no existe ninguna especialidad, la hipoteca y los asientos de ella derivados se cancelarán o no según el resultado de la acción en la forma y con las limitaciones que se derivan de la regulación del Reglamento Hipotecario en su artículo 198.

Es, desde luego, en el momento de la ejecución cuando se plantea el problema, ya sea la anotación de demanda anterior a la iniciación del procedimiento sumario, ya sea posterior; lo importante es que se produzca un conflicto entre el auto que pone fin al procedimiento sumario y en virtud del cual se ordena cancelar los asientos posteriores a la hipoteca y el contenido de la anotación preventiva que pone en entredicho la fuerza cancelatoria del asiento de hipoteca, su propia existencia.

Si seguimos la práctica habitual en virtud de la cual se ordena y se practica la cancelación de todo asiento posterior a la hipoteca, habremos frustrado la pretensión del actor de la demanda y le obligaremos a ampliarla en la persona del adjudicatario y a volver a anotarla. Equivale a decir que la eficacia de la anotación preventiva de asegurar las resultas del procedimiento no puede llevarse a cabo, que no tendrá eficacia en cuanto a la vinculación de terceros al resultado del proceso. La anotación preventiva de nulidad sólo desplegaría sus efectos para el supuesto de que la hipoteca no se lleve a ejecución, único supuesto en que el actor tendría una protección plena del Registro de la Propiedad. Puesta en ejecución la hipoteca el actor sólo tendrá el remedo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria de solicitar la retención del precio de remate.

Hemos, por tanto, de buscar una solución que respete la legítima pretensión del actor de nulidad y que al mismo tiempo no violente la regulación

(17) No toda responsabilidad penal acarrea un efecto de nulidad en el ámbito civil por lo que debe extremarse el cuidado cuando no resulte con claridad del mandamiento. Un somero análisis de estas anotaciones de responsabilidad civil derivada del delito puede verse en mi estudio publicado en el n.º 69 del *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*.

especialísima del procedimiento sumario de ejecución de hipoteca. La solución no puede ser otra que la subsistencia de la anotación preventiva de demanda de nulidad que, a salvo de la purga, desplegará todos sus efectos en perjuicio del acreedor hipotecario y de quienes traigan causa de él. Evidentemente esta afirmación tiene que estar suficientemente fundada ya que, de aceptarla, supone una cualificadísima excepción al principio de prioridad registral, al principio de purga de él derivado y a sus consecuencias procesales en el procedimiento sumario de ejecución. Busquemos por tanto los argumentos que nos permitan mantener la subsistencia de la anotación de demanda de nulidad frente a la purga derivada de la ejecución de la hipoteca:

a) *El principio de legitimación en entredicho*

La purga registral, en cuanto manifestación del principio de prioridad, es consecuencia directa de la legitimación registral; sólo en la medida en que los pronunciamientos del Registro se presumen veraces pueden desplegar todos sus efectos y singularmente el de prioridad. Si un interesado quiere alterar el orden de prioridad que publica el Registro, tiene que impugnar su contenido y destruir la presunción de legitimación, no por otra cosa exige el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que se impugne el contenido del Registro cuando se inste una acción contradictoria de un derecho inscrito (18).

Desde este punto de vista podemos sostener que si la base sobre la que se asienta la fuerza ofensiva de la hipoteca es objeto de impugnación no cabe que el efecto cancelatorio se haga valer en tanto se conozca si efectivamente la hipoteca es válida o no. La consecuencia inevitable de la falta del pleno juego de la legitimación será la paralización de la eficacia derivada del Registro.

El argumento es atractivo pero endeble. Ciertamente la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es susceptible de ser destruida, lo cual no quiere decir que no surta todos sus efectos mientras que tal cosa ocurra, mientras que no exista una resolución judicial no susceptible de recurso. La existencia de una impugnación del contenido del Registro publica frente a terceros la existencia del procedimiento pero carece de efectos suspensivos de la presunción del artículo 38, por lo que el titular registral puede ejercitar su derecho en la forma publicada por su asiento sin más límite que el derivado del eventual resultado de la acción de impugnación (19).

(18) Sobre el principio de legitimación en relación con la hipoteca y el procedimiento sumario, véase ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 7.ª edición, tomo IV-2, pág. 1104.

(19) ROCA SASTRE en su *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 354, considera que el principio de legitimación no juega si existe contradicción del asiento que publica el Registro «Esta contradicción surgirá, a nuestro juicio, cuando se haya practicado ano-

Aceptar otra solución equivaldría a poner en entredicho el contenido del Registro por el mero ejercicio de una acción y a privar al titular de los derechos reconocidos por la Ley hasta la resolución del pleito, limitación que ni existe en Derecho Civil ni tampoco en Derecho hipotecario. La litigiosidad del derecho no priva jamás al titular civil de las facultades inherentes al mismo ni las deja en suspenso, lo cual no quiere decir que sea irrelevante: la venta de cosa litigiosa despliega todos sus efectos sin perjuicio del resultado del pleito y del posible saneamiento; la venta de crédito litigioso está expresamente regulada por el Código Civil en el artículo 1.535 sin perjuicio del derecho del deudor a extinguirlo en los términos del precepto; la Ley Hipotecaria acepta expresamente que la litigiosidad de un derecho no cierra el Registro en el artículo 71, pero sin perjuicio del resultado de la acción; más concretamente se regula la hipoteca del inmueble litigioso en el artículo 107.9, cuya única especialidad es precisamente que habrá de estarse a lo que decida el Juez en el procedimiento.

Descartado, por tanto, que el mero ejercicio de la acción y su anotación en el Registro sea argumento suficiente para mantener la excepción a la regla de purga sigamos con otras posibilidades.

b) *La interpretación lógica del artículo 132*

Ya vimos anteriormente cómo una interpretación excesivamente rigorista de lo que dicho precepto proclama puede llevar a la conclusión de que es inviable la propia práctica de la anotación en el Registro. En realidad el precepto se limita a regular las causas de suspensión del procedimiento sumario del artículo 131 y a ofrecer al actor que no puede suspenderlo la posibilidad de solicitar la retención del precio del remate. Nada obsta, sin embargo, a que el actor utilice otras posibilidades para la defensa de sus intereses no contempladas en dicho precepto, cual es la anotación preventiva de demanda que, ciertamente, no interrumpe el curso del procedimiento en marcha. Ahora bien, aceptar que del artículo 132 de la Ley Hipotecaria no se deriva una imposibilidad de anotar preventivamente la demanda de nulidad no lleva a la

*tación preventiva de demanda en la que se ejercite alguna acción contradictoria del derecho inscrito». La opinión de ROCA, que prescinde por completo de la dicción del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, tiene consecuencias gravísimas, señaladamente la imposibilidad de ejercitar las acciones derivadas del artículo 41 de la Ley GARCÍA GARCÍA en su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas, 1988, tomo I, pág 849 y ss., recoge estas afirmaciones de ROCA SASTRE y de otros autores y las contrasta con las de aquellos (fundamentalmente AZPIAZU) que piensan que la mera existencia de anotación de demanda en el Registro no priva al titular registral de sus facultades debiéndose interpretar el artículo 41 en el sentido de que sólo si el asiento en que se apoya la acción no está plenamente vigente hay un obstáculo registral para ejercitarla por falta de base registral.*

conclusión sin más de que dicha anotación deba subsistir a la ejecución hipotecaria. Lo único cierto que podemos deducir es que el actor que no se conforme con la retención del precio de remate puede instar la anotación de su pretensión en el Registro, pero no que dicha anotación tenga un régimen especial en relación al procedimiento sumario. Debemos, por tanto, continuar nuestra búsqueda de un argumento lo suficientemente sólido.

c) *La opinión de la doctrina*

No es este un tema del que la doctrina se haya ocupado extensamente, a pesar de lo cual existen referencias muy meritorias.

ROCA SASTRE insinúa la posibilidad de que la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca subsista a la ejecución en dos lugares de su Derecho Hipotecario: Comentando la eficacia general de la anotación preventiva y en concreto la regulación del inciso final del párrafo segundo del artículo 198 del Reglamento Hipotecario (20) dice así: *«Esta norma última está dictada para destacar una excepción a la regla de que triunfante la demanda anotada preventivamente se derrumban y, por tanto, han de cancelarse las inscripciones de títulos de fecha posterior a la de la anotación preventiva, pues es lógico que, si, por ejemplo, constaba inscrita una hipoteca al tiempo de la anotación preventiva de la demanda que no persiguiese la nulidad o ineficacia del título constitutivo de tal hipoteca, y ésta, por impago del crédito garantido, acudiese a la ejecución y de ella resultase la correspondiente adquisición de lo hipotecado a favor del mejor postor o del mismo acreedor hipotecario, naturalmente esta adquisición, a pesar de ser en virtud de un título de fecha posterior al de la anotación preventiva de demanda, se trata de una consecuencia natural de un acto ya inscrito antes de practicada la anotación, es decir, se está ante un título ulterior que deriva de asientos que gozan de prelación sobre el de la anotación preventiva de demanda»* (21).

Esta larga recensión pone de manifiesto cómo el autor intuye que el adjudicatario de la subasta derivada de la hipoteca cuya nulidad se plantea sí que queda sujeto a las resultas del procedimiento cuya anotación de nulidad consta con posterioridad a la hipoteca. Pero para que tal cosa ocurra es imprescindible que la anotación no haya sido cancelada, pues de otra forma no sería posible la oponibilidad que propugna el autor. Si, como afirma, la eficacia de la anota-

(20) Que dice «La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no sólo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación».

(21) El subrayado es mío. Tomo IV-1, pág. 41, 7.ª edición

ción produce el derrumbamiento de las inscripciones practicadas en virtud de títulos de fecha posterior es porque la propia anotación sigue vigente y ha sobrevivido a la purga derivada de la ejecución hipotecaria.

Más adelante dice el mismo autor comentando el artículo 132 de la Ley Hipotecaria y la posibilidad de que el actor del procedimiento declarativo solicite la retención del precio de la subasta: *«Como el procedimiento judicial sumario puede terminar adjudicando la finca al acreedor, entonces no es posible ordenar la retención de dicha cantidad, puesto que el acreedor adjudicatario no debe percibir cantidad alguna, ya que cobra con la finca. Morrell entiende que en este caso debe ordenarse al acreedor que consigne, pero creemos con Vallés y Pujals, que lo procedente en este supuesto sería obtener una anotación preventiva que indicara que la finca adjudicada al acreedor queda afecta a las resultas del juicio declarativo entablado»*. Nuevamente se intuye que la protección del actor de la demanda puede ir más allá de la retención del remate. Como la anotación preventiva a que se refiere se puede solicitar en el mismo momento de la interposición de la demanda para el caso de que se adjudique la finca al acreedor es evidente que dicha anotación solo podrá tener eficacia si no es objeto de purga al ejecutarse la hipoteca.

A pesar de estas opiniones, ROCA SASTRE no llega a defender la subsistencia de la anotación preventiva a la purga derivada de la hipoteca y tampoco nos ofrece un argumento que nos sirva de suficiente base para mantenerlo.

Más recientemente GARCÍA GARCÍA ha sostenido indubitadamente la opinión de que el procedimiento sumario no debe arrastrar la anotación de nulidad de la hipoteca: *«Tampoco pueden ser cancelados asientos posteriores que pongan en entredicho la hipoteca misma base del procedimiento judicial sumario»*.

Respecto a estas anotaciones de demanda de nulidad o de reclamaciones relativas al procedimiento, entendemos que lo procedente es no cancelarlas, pues en otro caso se puede producir indefensión del demandante, cuando el procedimiento judicial sumario ha sido declarado constitucional precisamente por la posibilidad que cualquier interesado tiene de acudir al juicio declarativo ordinario» (22).

Este autor no sólo defiende la no cancelación de la anotación de demanda, sino que además nos ofrece, sin desarrollarlos, dos argumentos de interés, la duda sobre el derecho inscrito y el principio de tutela judicial efectiva. Sin embargo, ya hemos visto cómo la simple contradicción del contenido del Registro de la Propiedad no priva al mismo de eficacia, pues es preciso que un Tribunal lo declare con carácter firme; la tutela judicial efectiva por otro

(22) GARCÍA GARCÍA, *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 282.

lado puede ser la causa última de la subsistencia de la anotación en el Registro, pero es difícil de invocar por sí sola, especialmente cuando el actor es precisamente quien en ejercicio de su derecho ha instado la acción declarativa y porque su derecho de impugnación sigue incólume a pesar de la eventual cancelación de la anotación. Más que indefensión hay que hablar de frustración absoluta de la anotación preventiva que impide su finalidad principal de asegurar los resultados del procedimiento sin necesidad de ir ampliando la demanda a sucesivos titulares o terceros.

La opinión de estos autorizadísimos autores nos sirve en consecuencia para apoyar lo que deben ser argumentos jurisprudenciales y legales en el mantenimiento de la vigencia de la anotación preventiva de demanda de nulidad de hipoteca.

d) *La doctrina de la DGRN en materia de asientos de quiebra posteriores a la hipoteca ejecutada.*

La Dirección General ha tenido ocasión de enfrentarse con supuestos en los que el Juez del procedimiento sumario, en uso de las competencias derivadas de las normas de procedimiento, ordenaba la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca cuya ejecución conocía siendo así que con posterioridad había sido inscrita o anotada la declaración de quiebra del titular registral.

En la Res. DGRN de 7 de noviembre de 1990 se pone de manifiesto que el auto declarativo del estado de la quiebra no es título hábil para cancelar asientos anteriores, sino que, de acuerdo con las normas generales, será preciso o bien el consentimiento del titular registral, o bien resolución judicial firme dictada en un procedimiento declarativo en el que haya sido parte el titular.

En la Res. DGRN de 8 de noviembre de 1990, y ya en un supuesto en que el Juez del procedimiento sumario ordena la cancelación de un asiento posterior de inscripción del estado de quiebra, la Dirección deniega la cancelación de dicho asiento en base a dos argumentos distintos: uno, que a pesar de la vigencia del asiento de hipoteca está cuestionada su validez (23) y, dos, que, el asiento que se pretende cancelar en cuanto emanado de la autoridad judicial y por su finalidad no es de aquellos que pueden ser cancelados sin

(23) «... Pero, a la vez, y dados los términos del asiento relativo a la declaración de quiebra, es evidente que el Registro que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento de quiebra. Pero la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra anunciados en la inscripción de la declaración».

más (24). De lo dicho hasta ahora resulta claro que la mera puesta en entredicho de la inscripción de hipoteca no es argumento suficiente para justificar que no despliegue todos sus efectos; sin embargo la Dirección añade algo más de gran interés, el asiento posterior que pone en duda la vigencia de la hipoteca no es cancelable automáticamente y sigue la regla general de exigir, a falta de consentimiento, resolución judicial firme señalando en los vistos los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria como fundamento legal.

La Res. DGRN de 14 de noviembre de 1990 en un supuesto de hecho similar, y tras afirmar que la hipoteca sigue vigente y no hay asiento definitivo contra el titular de la hipoteca, la Dirección en línea con la anterior Resolución afirma que no es procedente la cancelación porque la anotación de quiebra, en cuanto pone en duda el derecho de hipoteca, no es de las que pueden cancelarse automáticamente como si se tratase de gravámenes no preferentes (25). Por tanto ya tenemos un importante argumento legal consistente en la lectura armonizada del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla 17 y de los artículos 82, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria que regulan la cancelación de los asientos en el Registro (26), en virtud de la cual el asiento posterior de origen judicial que ponga en cuestión la validez o eficacia de la hipoteca no puede cancelarse automáticamente, como consecuencia del efecto de purga, sino que debe ordenarlo así el Juez que conozca de esta instancia.

Para terminar la Res. DGRN de 12 de abril de 1991 repite los argumentos de la anterior respecto a la necesidad de providencia ejecutoria dictada por el Juez que conoció del asunto.

Con independencia de cual sea el juicio que merece dicha doctrina en relación con los asientos que publican el estado de quiebra (27), lo cierto es que

(24) «Un asiento registral, como el de inscripción de la declaración quiebra, practicado en virtud de un mandamiento de la autoridad judicial, y que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es de los que pueden cancelarse en virtud sólo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca. Respecto de tal asiento, como practicado en virtud de mandamiento judicial, regirán las demás reglas y, por tanto no se cancelará sino en virtud de resolución judicial».

(25) «... pues estas inscripciones al poner en cuestión el derecho de hipoteca del que es titular la misma entidad que, después resulta adjudicataria, no son de aquellas cuya cancelación pueda proceder como si de gravámenes no preferentes se tratara, sino que respecto de ellas se exige providencia ejecutoria dictada por el Juez que la mandó hacer (cfr. artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria).

(26) Un comentario a las anteriores Resoluciones puede leerse en el n.º 611 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pág. 1931, a cargo de FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.

(27) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA hace una muy convincente crítica en su obra, *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 362 y ss., al poner de manifiesto cómo la mera declaración de quiebra, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es suficiente para considerar cuestionada la validez de una hipoteca siendo preciso que los síndicos de la quiebra, en representación e interés de

trasladados al asiento de anotación preventiva de demanda de nulidad de hipoteca nos son de gran utilidad para mantener que no todos los asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca son cancelables sin más, sino que la anotación a que nos referimos sólo podrá ser objeto de cancelación cuando se ponga fin al procedimiento que la sustenta y por el Juez que del mismo conoce (28).

e) *La Sentencia del Tribunal Supremo*

Ciertamente no existe una jurisprudencia sobre el caso que nos sirve de estudio, pero sí que existe una sentencia en la que, sin ser idéntico el supuesto de hecho, se plantea una situación en la que se pone de manifiesto la colisión entre la eficacia de la hipoteca y de su procedimiento sumario de ejecución y la impugnación de la misma en procedimiento ordinario. Para su mejor comprensión es indispensable resumir el complicado supuesto a que tuvo que hacer frente el alto Tribunal en su Sentencia de 18 de noviembre de 1993 en la que fue ponente el Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez Pardo:

Doña Asunción BU hipoteca una finca de su propiedad en favor de la señora Carolina RB en garantía de un préstamo que de la misma recibió en escritura de fecha 17 de febrero de 1976. Doña Asunción demandó de nulidad por usurario contra la prestamista doña Carolina y anotó su demanda en el Registro de la Propiedad en fecha 27 de noviembre de 1978 (el asiento de presentación fue practicado el anterior día 7 de octubre).

Antes de recaer sentencia la señora acreedora hipotecaria insta, por impago, la ejecución de la hipoteca por los trámites del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, expidiéndose la certificación de cargas de la regla 4.^a en fecha 3 de agosto de 1976, en la que lógicamente no aparece la anotación de demanda. La demandada en este procedimiento, la prestataria señora Asunción BU, insta del Juez que conoce de la ejecución que suspenda el procedimiento, a lo que no se accedió, por lo que la finca se adjudicó por Auto de fecha 24 de noviembre de 1978 a dos postores que la adquirieron por

la masa, insten el oportuno procedimiento declarativo en el que sea parte el acreedor hipotecario o su causahabiente y en el que pueda defenderse con igualdad de recursos que aquélla.

(28) Que existen asientos posteriores a la hipoteca que no son objeto de cancelación ya lo había declarado la doctrina en base a la interpretación armonizada de la regla 17 de la Ley Hipotecaria poniéndose como ejemplos la no cancelación del asiento posterior de declaración de exceso de cabida, del asiento de obra nueva declarada por un tercero, de los asientos de rectificación de asientos anteriores a la hipoteca que no perjudicasen a la misma etc. En general siempre que se tratase de asientos que no produjeran perjuicio alguno a la hipoteca inscrita ni impidiesen su perfecto desenvolvimiento. Sobre las mismas véase el comentario de GARCÍA GARCÍA en su obra sobre el procedimiento sumario, ya reseñada, pág. 287

mitad y *pro indiviso*, inscribiéndola a su favor el día 24 de abril de 1979. Como consecuencia del mandamiento de cancelación de cargas el Registrador canceló la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca en fecha 2 de junio de 1981. Los titulares registrales por adjudicación enajenan la finca a un tercero, Sr. FC el día 20 de mayo de 1983 en documento privado y el día 10 de junio del mismo año en escritura, quien inscribe su derecho.

El procedimiento declarativo mientras tanto siguió su curso, recayendo sentencia estimatoria en primera instancia, que fue confirmada por la Audiencia, quien ordenó la cancelación de las inscripciones causadas por el mutuo anulado, y finalmente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de enero de 1984.

Frustrada la actora doña Asunción BU formuló nuevamente demanda en procedimiento declarativo contra los adjudicatarios por mitad en la subasta derivada de la ejecución de la hipoteca y contra el titular registral y subadquirente Sr. FC. En Primera instancia recayó sentencia estimatoria que fue confirmada por la Audiencia que declara nulo el procedimiento judicial sumario, el auto aprobatorio del mismo y el contrato de compraventa ulterior en favor del subadquirente condenando a entregar a la actora la finca objeto del pleito.

El Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos confirma los anteriores pronunciamientos. Nótese que en el supuesto existen dos sucesivos adquirentes, los rematantes y un tercero, auténtico subadquirente, posteriores a la anotación de demanda y, en el caso de éste último, posterior a la cancelación de la anotación de demanda en el Registro de la Propiedad que el Registrador había llevado a cabo en cumplimiento de lo ordenado por el Juez que conocía del procedimiento sumario. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia negando la invocación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria hecha por los demandados al carecer de la buena fe necesaria que habría hecho inexpugnable su derecho.

No es el fallo de la sentencia el que nos interesa sino el estudio que hace del problema esencial planteado que no es otro que el conflicto que se produce entre dos pronunciamientos judiciales contradictorios seguidos ante Jueces distintos y por procedimientos distintos: uno por el que se ejecuta la hipoteca y otro por el que se afirma la nulidad de la misma. Merece la pena que extractemos lo principal, a pesar de su extensión, que a este respecto recoge la sentencia:

«**TERCERO...**

La anotación de demanda tiene un doble contenido, el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiere dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto el calificativo de medida cautelar, y el contenido sustantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de

prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular...

Desde este último día 7 (se refiere a la fecha de presentación en el diario del mandamiento de anotación de demanda), el Registro avisa a los terceros que existe el litigio y que puede afectar a los actos y contratos, a los derechos nacidos con posterioridad a la anotación. Por ello cualquier derecho, como la adquisición por los demandados de los bienes en pública subasta, que fue posterior a la anotación, puede quedar subordinada a la resolución judicial...

CUARTO.—En el presente caso el lapso transcurrido entre la expedición de la certificación de cargas y el día de la celebración de la subasta pudo producir en los asistentes el error de creer que no podía haber ningún derecho posterior...Pero este carácter de nota marginal...tampoco produce cierre registral, puesto que su alcance es sólo informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación...En modo alguno produce cierre registral ni paraliza las facultades dispositivas del deudor, pero impide a los adquirentes invocar de buena fe el principio de publicidad hipotecaria. .

QUINTO.—...Y quienes acuden a la subasta pueden hasta ese mismo día tratar de conocer cuanto el Registro recoja, posible por no producirse el cierre, y no pueden alegar la fe pública registral en apoyo de su pretensión contraria a la anotación de demanda...

SEXTO.—La colisión de las decisiones judiciales exige valorar las circunstancias que la producen, porque seguidos sendos procesos en dos Juzgados distintos el que conoce de la usura acuerda legítimamente la anotación y el que ejecuta la hipoteca no puede en principio conocer vicisitudes posteriores a la expedición de la certificación y conocidas, como en el caso de autos, por manifestación escrita de la demandante de la nulidad del préstamo, no pudo legalmente impedir la celebración de la subasta. Pero lo que si pudo es tratar de interpretar las normas del artículo 233 del Reglamento Hipotecario y de la 131 regla 17.^a buscando el sentido de todas sus palabras y la equidad para ponderarlas como aconseja el artículo 6.2 del Código Civil.

Según la regla 17.^a del art. 131, verificado el remate se dictará auto aprobándolo y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso (nótese bien, en su caso), la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.^a (aquí otra muestra legal de que no existe cierre registral). La frase «en su caso» no cabe entenderla como referida a si las hubiere, pues si todas se hubieren de cancelar sobra. Que todas no han de cancelarse hasta lo anuncia la regla 8.^a antes descrita.

De lo anterior se desprende que el Juzgado que ejecutó la hipoteca pudo ordenar sin identificarlas (art. 233 del Reglamento Hipotecario) que se can-

celen todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la fecha de la certificación, pero eso siempre que éstas no deban subsistir por alguna causa, puesto que de no entenderlo así no tendría sentido la regla 17.^a del art. 131 al establecer que la orden de cancelación abarcará «en su caso» (luego no en todos).

... los rematantes no adquirieron el derecho de propiedad hasta después de practicada la anotación preventiva, por lo que su derecho estaba subordinado al resultado de la demanda ..

Si la hipoteca nace viciada de nulidad como aquí ha sucedido por aplicación de la Ley de 1908, si la decisión judicial que así lo declaró no puede aquí discutirse, si la sentencia del juicio declarativo siempre se dictará tras la inscripción de la hipoteca, cuando vaya a hacerse efectiva o se le reconoce la prioridad que nace de la anotación de la demanda o nunca podrá conseguir que se cumpla con lo ordenado en la sentencia.

Esta solución deja a salvo todos los principios registrales, puesto que los rematantes adquieren su derecho con posterioridad a la anotación, por lo que su derecho está a ella subordinado...».

El Tribunal Supremo parte de un argumento de lógica dogmática para después, aportando el fundamento legal, llegar a la conclusión de que la anotación de demanda de nulidad de hipoteca no debe ser objeto de purga en el procedimiento sumario. Para el alto Tribunal la colisión entre la prioridad que a la hipoteca le proporciona su inscripción en el Registro de la Propiedad, en virtud de la cual todos los asientos posteriores sufrirán su ejercicio, y la propia de la anotación preventiva de demanda de nulidad, por la que se asegura el resultado del procedimiento frente a terceros, no puede resolverse en la postergación de la segunda por la primera, pues ello equivaldría a vaciar a la anotación de contenido, ya que, por definición, la prioridad registral de la anotación será siempre posterior a la de la inscripción. La conciliación de ambos asientos implica que la hipoteca respete a la anotación preventiva.

Ciertamente las afirmaciones del Tribunal Supremo no encajan absolutamente con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ha interpretado muy rigurosamente el principio de prioridad distinguiendo lo que constituye prioridad puramente civil, que ha de ser acreditada en el procedimiento correspondiente, y prioridad registral, que es puramente tabular y se caracteriza por su automatismo. Así ocurrió en las conocidas Resoluciones de 6 de septiembre de 1988 y de 22 de noviembre del mismo año en las que la Dirección consideró que la aplicación del principio de prioridad no podía verse entorpecido por la posible existencia de una preferencia civil distinta a la que resultaba de los libros del Registro.

En el primer caso se trataba de dilucidar si un embargo anotado preventivamente podía provocar la cancelación de una inscripción posterior provocada por una venta de fecha anterior a la anotación. La Dirección afirma que

el principio de prioridad perjudica al titular de la inscripción frente al de la anotación por ser ésta de fecha anterior y porque compete al que se vea perjudicado por dicha situación instar la oportuna tercería de dominio con el fin de levantar el embargo. Ciertamente el razonamiento de la Dirección es muy sólido pero lo interesante habría sido saber qué habría ocurrido si el adquirente retrasado efectivamente hubiese instado tercería y hubiese anotado en el Registro (29). Aplicar sin más la regla de prioridad tabular produciría la frustración de un tercero que, no olvidemos, ha sido diligente y ha agotado las posibilidades procesales de defensa de su derecho. Lo lógico en un caso semejante sería mantener la anotación preventiva en el Registro hasta que se conociese su resultado. Es precisamente lo que ha hecho la propia Dirección en materia de quiebra como vimos más arriba.

En el segundo supuesto se trataba de decidir si la anotación de embargo anterior puede producir, por purga, la cancelación de la anotación posterior de embargo basado en un crédito de los denominados superprivilegiados, en concreto el derivado del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. El Centro Directivo llega a idéntica conclusión que en el supuesto anterior si bien distinguiendo la existencia, no de un conflicto de adquisiciones, sino de preferencia de créditos que debe ventilarse en un procedimiento ordinario de tercería de mejor derecho (30).

El actual artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario ha reconocido la extraordinaria fuerza de la prioridad registral al decir que *«Cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieren a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta.»*

A pesar de lo tajante de la dicción del precepto, hemos de tener en cuenta que es un mero precepto reglamentario y que no obsta ni a las reglas generales de la Ley Hipotecaria ni a la existencia de excepciones a las mismas como hemos visto ha reconocido la propia Dirección General (31).

(29) Es un supuesto que no debe producirse. En el procedimiento ejecutivo la interposición de la tercería de dominio suspende, de conformidad con el artículo 1.535 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el remate de la finca hasta que finalice el incidente por resolución firme.

(30) La pretensión del actor en un caso y otro es radicalmente distinta. En el caso de la tercería de mejor derecho el actor que la ejercita pretende cobrar antes que el acreedor que ha llevado a cabo la ejecución (art. 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero de ningún modo le interesa paralizarla, bien al contrario. En la tercería de dominio el actor pretende precisamente la suspensión de la venta del bien (art. 1.535 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil).

(31) Así la Res. de 15 de enero de 1997.

Precisamente el Tribunal Supremo se apoya en la norma legal, el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como base positiva de su argumentación, pues efectivamente el precepto da pie para afirmar que el mandamiento de cancelación de cargas puede dejar a salvo los asientos posteriores que el Juez estime oportuno. Es posible que el legislador se refiriera no al supuesto que contemplamos en este trabajo, sino precisamente a aquellos otros en los que por no existir contradicción entre el asiento de hipoteca y los posteriores se acepta pacíficamente su subsistencia, pero también es cierto que con independencia de lo anterior ya hemos visto como dicho precepto puede interpretarse de forma armónica con otros que permiten su aplicación al supuesto de la anotación por demanda de nulidad.

Lo importante es que ya disponemos de una base legal sólida para mantener que el procedimiento judicial sumario no tiene la virtud de cancelar la posterior anotación de demanda de nulidad; además es la solución legal para un procedimiento, también sumario y de ejecución de la hipoteca, el extrajudicial previsto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y regulado en el Reglamento Hipotecario.

f) *La regulación del procedimiento ejecutivo extrajudicial*

Dispone el artículo 236-1, 3 del Reglamento tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo: *«La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquéllos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca».*

Como vemos, el Reglamento reconoce explícitamente que la fuerza ofensiva de la ejecución de la hipoteca llevada a cabo por este procedimiento se detiene ante los asientos que reúnan dos condiciones: haber sido ordenados por la autoridad judicial y publicar el litigio sobre la vigencia de la hipoteca. Aunque la dicción no es muy precisa, sobre todo en lo referente a este último inciso, no hace falta esforzarse mucho para reconocer la anotación preventiva de demanda de nulidad como supuesto de hecho del precepto (32). De hecho la propia Exposición de Motivos lo dice claramente *«...que la posible colisión entre los derechos del acreedor y los de terceros se resuelve por el exclusivo criterio de prioridad registral, de sencilla constatación por parte del Notario, sin perjuicio del establecimiento de un cauce adecuado para resolver posi-*

(32) Aunque también parece dejar cabida al supuesto de la quiebra

bles tercerías de mejor derecho, que no paraliza la enajenación del bien y que la regulación de la suspensión del procedimiento (por las mismas causas previstas para el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria), se conjuga con la debida salvaguardia del derecho de impugnación de la hipoteca objeto de ejecución en tanto ésta no se haya consumado».

Nótese que es la propia Exposición la que afirma que el principio de prioridad registral tiene una cualificada excepción en tanto se resuelva el procedimiento de impugnación de la hipoteca.

El antecedente de un precepto tan llamativo está en la antigua regulación del procedimiento extrajudicial y en concreto en el artículo 236 que decía lo siguiente: *«Se suspenderá el procedimiento regulado en los dos artículos precedentes por las causas expresadas en el artículo 132 de la Ley, en cuanto fueran aplicables, y además cuando con anterioridad a la subasta se anotare preventivamente la oposición al mismo formulada en juicio declarativo. A este efecto, el Juez, al mismo tiempo que ordene la anotación de la demanda, notificará al Notario la resolución recaída.*

Si dicha anotación se hubiere practicado con anterioridad al trámite de la regla 3.ª del artículo anterior, el Registrador denegará la nota prevenida en la misma y no podrá seguirse el procedimiento».

La regulación anterior a 1992 era una de las responsables de la absoluta inaplicación del procedimiento extrajudicial como medio para proceder a la ejecución de las hipotecas y, en especial, el precepto transcrito que suponía la inmediata paralización del procedimiento con la mera oposición al mismo formulada en procedimiento declarativo que incluso impedía la iniciación del expediente si ya se había tomado anotación de la demanda en el Registro.

La reforma del 92 ha procurado soslayar este efecto acercando la regulación del procedimiento extrajudicial a la del procedimiento sumario, limitando los supuestos de suspensión a los regulados en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero lo que era innecesario ha sido la previsión específica de no cancelación de los asientos ulteriores ordenados por autoridad judicial y de los que resulte el cuestionamiento de la vigencia de la hipoteca. Innecesario porque tal circunstancia no es un supuesto de suspensión del procedimiento, ni sumario ni extrajudicial, y porque existiese o no la previsión reglamentaria habría que llegar a esa conclusión a la luz de todo lo visto hasta ahora. Es decir, la reforma aprovecha la modificación del procedimiento extrajudicial para incluir la doctrina que la Dirección General había elaborado para los supuestos de asientos de quiebra posteriores a la hipoteca.

Necesaria o no lo cierto es que el texto actual nos es de gran utilidad como reconocimiento explícito de que el conflicto de prioridades derivados del doble procedimiento, de ejecución y judicial, no puede resolverse siempre y sin más en beneficio del primero. Ciertamente no se trata de aplicar esta normativa directamente al procedimiento sumario, pues de hecho la previsión

legal es justo la contraria, ya que el artículo 236-o se remite al artículo 132 de la Ley Hipotecaria, pero es claro que el reconocimiento explícito que la regulación reglamentaria contiene es un argumento de peso para que tal reconocimiento se predique también del procedimiento sumario ante la evidente identidad de razón entre un supuesto y otro.

7. LA COMPETENCIA PARA APRECIAR EL SUPUESTO DE HECHO

Admitido que la ejecución de la hipoteca no purga sin más la anotación de demanda de nulidad del título o de la inscripción, nos queda por determinar un aspecto importante, que es el que da nombre a este epígrafe y que desde el punto de vista registral es esencial, ya que de la respuesta que se dé dependerá si el Registrador puede apreciar por sí mismo la concurrencia del supuesto y, por tanto, negarse a la cancelación genérica o expresamente ordenada.

GARCÍA GARCÍA entiende que son tres las posibilidades (33):

La primera es solicitar del Juez que conozca del procedimiento de ejecución que no ordene la cancelación, habida cuenta de la situación de indeterminación sobre la viabilidad de la hipoteca. Es la postura que el Tribunal Supremo entiende que hubo de adoptarse en el supuesto de hecho de la Sentencia más arriba comentada de 18 de noviembre de 1993. Es, desde luego, la solución ideal, ya que el Juez que conoce del asunto, a instancia de parte, determina, con arreglo a la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuáles de los asientos posteriores a la hipoteca deben ser considerados como gravámenes posteriores y cuáles por razón de su contenido y de la autoridad que los dictó deben permanecer incólumes. Tiene esta solución el inconveniente de que sólo si el actor de la demanda declarativa tiene esta concreta iniciativa se salvaguardará su derecho, siendo así que el demandante ya ha agotado sus posibilidades de defensa con el ejercicio de la acción y con su anotación en el Registro de la Propiedad (34). Por otro lado, puede darse el supuesto de que el Juez se niegue a salvar asiento alguno a pesar de la solicitud del actor, lo cual no quiere decir que su derecho deba ser postergado, ya que es en el procedimiento declarativo y no en el ejecutivo sumario donde se ha de dilucidar tal cuestión. Puede incluso que al tiempo de expedir

(33) *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 282.

(34) Como pone de relieve la STS de 18 de noviembre de 1993 si la anotación de demanda se practica en el Registro de la Propiedad después de expedida la certificación a que se refiere la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria el Juez no conocerá en absoluto su existencia salvo precisamente que le sea puesta de manifiesto por parte interesada.

el mandamiento de cancelación de cargas no existiese todavía la anotación de demanda, lo que habría hecho imposible su toma de consideración por el Juez del sumario.

La segunda solución propuesta es que el demandante de la acción ordinaria solicite del Juez que conozca de la misma la ampliación de su contenido al adjudicatario de la subasta, con anotación en el Registro de la Propiedad para evitar perjuicios si la anterior es cancelada. Esta solución no es factible; en primer lugar, porque implica el reconocimiento de lo que se trata de evitar, que es la purga de la anotación de la demanda de nulidad y, en segundo lugar, porque obliga al actor a un ejercicio de seguimiento del adjudicatario de la subasta para esperar a que inscriba su adjudicación, que a veces se demora meses o años, a fin de que el principio de tracto permita su anotación; de lo contrario se corre el riesgo de que surja un tercero protegido.

La tercera solución, que además es la que prefiere el autor al que seguimos en este punto, es que sea el propio Registrador el que decida la no cancelación. A falta de una previsión explícita del Juez en el mandamiento de cancelación, debe ser claro que el Registrador puede llevar a cabo tal apreciación y negarse a cancelar. Es más, aun cuando el Juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario, conozca y ordene deliberadamente que lo haga sobre la anotación de nulidad el Registrador puede hacer uso de sus facultades calificadoras para no hacerlo.

No se trata ahora de analizar la prolija doctrina del Dirección General en materia de competencia calificadora del Registrador en relación a los documentos judiciales, pero creo que está lo suficientemente asentada para afirmar que estamos ante un evidente obstáculo derivado del contenido del Registro que impide la cancelación ordenada. El Registrador no entra sobre el fondo de la cuestión, pues es competencia, como ha quedado demostrado, del Juez que conozca del declarativo, tampoco entra en la propia competencia del Juez que conozca del sumario en cuanto a este aspecto ni tampoco en los trámites del procedimiento; simplemente existe un asiento en el Registro que impide sin más la aplicación del principio de purga, obstáculo registral que, de acuerdo con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, justifica la actuación del Registrador.

Esta es la propia doctrina de la Dirección en materia de quiebras y además no debemos olvidar que la única posible en el supuesto del procedimiento extrajudicial, en la que no existe mandamiento de cancelación, lo que demuestra que estamos ante un evidente obstáculo registral y no ante un supuesto vedado a la calificación del Registrador (35).

(35) No es este desde luego el criterio del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que en Auto de fecha 10 de marzo de 1997 ante la negativa de la Registradora a cancelar la anotación derivada de una querrela por alzamiento de bienes

8. CONCLUSIÓN PROVISIONAL Y CRÍTICA

La anotación de demanda de nulidad de hipoteca posterior a la hipoteca debe subsistir a la misma y no ser objeto de purga como consecuencia de su ejecución hasta que se termine el procedimiento ordinario, debiendo co-honestarse la prioridad de la hipoteca con la de la posterior anotación preventiva. No se trata de un problema de suspensión del principio de legitimación registral, sino de la existencia de un litigio sobre cuál de los asientos debe prevalecer, de un problema de prioridad. Esta circunstancia es apreciable de oficio por el Registrador de la Propiedad en uso de sus facultades calificadoras y no supone en ningún caso una intromisión en la competencia del Juez que conoce del procedimiento de ejecución. Dicha anotación será cancelada en virtud de mandamiento firme emitido por el Juez que conozca del procedimiento declarativo, de conformidad con las reglas generales de nuestro ordenamiento hipotecario.

Desde luego tal afirmación no supone una derogación de lo que dice el artículo 132 de la Ley Hipotecaria al limitar el número de supuestos en los que el procedimiento judicial sumario es objeto de suspensión. Ante afirmación similar dice la STS de 18 de noviembre de 1993: *«El razonamiento nada tiene que ver con la norma que se dice infringida y que fue escrupulosamente respetada, sólo con la ya explicada mácula de no haber hecho uso de la posibilidad de no cancelar tras la subasta todas las anotaciones posteriores...»*

Afirmar que todas las consecuencias derivadas de la posible nulidad del título se limitarán a dar al dueño de la finca lo que por ella se haya obtenido, cualquier cantidad por pequeña que sea tras sucesivas subastas y que a los licitadores, que no son aún terceros hipotecarios, se les mantendrá en su adquisición, es desconocer que la nulidad declarada en el juicio civil por apreciar conducta usuraria tiene carácter firme, no puede ser aquí discutida y es, además, nulidad plena, porque así lo dice la parte dispositiva de la sentencia».

Ciertamente la subsistencia de la anotación no suspende el procedimiento, de hecho ha llegado hasta su conclusión y ha desplegado sus efectos en cuanto a la inscripción del adjudicatario y en cuanto a la cancelación de otras anotaciones e inscripciones. Es más si el propio Juez que conoce del sumario no ordena la cancelación de la anotación de demanda posterior el procedimiento habrá no sólo finalizado, sino cumplido todo su camino en el Registro de la Propiedad. La necesaria protección de los intereses en juego sólo limita

posterior a la hipoteca considera que la funcionaria calificadora se excedió en sus facultades actuando «como si de un contrario imperio se tratara» (*sic*) El auto está recurrido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

el alcance de la purga derivada de la hipoteca, como ocurre por cierto en otros supuestos como en el del arrendamiento urbano posterior a la hipoteca de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Decir que por ello el procedimiento se suspende y se produce una violación de lo establecido en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria es sacar las cosas de su justa medida.

Tampoco es dable decir que la solución propuesta conculca el principio de seguridad jurídica en la medida que bastará impugnar el contenido del Registro para provocar, de facto, una situación de perjuicio al eventual adjudicatario de la cual incluso sacar ventaja. Tal posibilidad es cierta desde luego pero ocurre en cualquier otro supuesto en que se entabla una demanda contra el titular registral; precisamente para evitarlo corresponde al Juez que conozca de la demanda de nulidad aceptar o no la propia demanda, aceptar o no la toma de razón en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva y exigir o no del actor la fianza que estime conveniente de conformidad con el artículo 139 del Reglamento Hipotecario.

Ni siquiera cabe la afirmación de que la subsistencia de la anotación de demanda provoca una situación de inseguridad en los procedimientos judiciales sumarios de ejecución en la medida que al tercero diligente no le bastará con acudir al Juzgado a conocer el contenido de la certificación emitida como consecuencia de lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Si existen cargas posteriores que puedan perjudicar al derecho del adjudicatario no por ello puede éste alegar su ignorancia o su buena fe derivada del mero examen de la certificación. Esta tiene como objeto fijar un momento procesal a partir del cual el Juez ya no tiene que notificar a eventuales terceros posteriores, pero no tiene la virtualidad de permitir al adjudicatario desconocer esos postreros asientos. Así ocurre en cualquier caso cuando, con posterioridad a la expedición de la nota marginal de expedición de certificación, se inscribe la sentencia de nulidad de la hipoteca cuando no se anotó la demanda (o cuando se anotó con posterioridad a la dicha expedición). Incluso si la inscripción de nulidad es posterior al auto de adjudicación el adjudicatario no puede prescindir de la misma (sólo puede ignorarla si la inscripción del auto es anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código Civil). El adjudicatario de la subasta es como cualquier otro adquirente y está sometido al principio de prioridad por lo que deberá procurar conocer el contenido del Registro justo antes de su adquisición y procurar su rápida toma de razón si no desea que se le adelanten, en su perjuicio, otros interesados con títulos contradictorios.

Nos resta finalmente por analizar una última cuestión, si la anotación debe subsistir es lícito plantearse qué deberá ocurrir con los asientos intermedios practicados entre la inscripción de la hipoteca y la propia anotación.

9. LOS ASIENTOS INTERMEDIOS

Puede ocurrir con frecuencia que entre la inscripción de la hipoteca que se lleva a ejecución y la anotación de demanda de nulidad de hipoteca existan otros asientos practicados sobre la finca, dado que la hipoteca no cierra el Registro. Estos asientos intermedios pueden ser de cualquier clase ya se trate de inscripciones de transferencia del dominio, de constitución de derechos reales ya de anotaciones de embargo ya de otro tipo de asientos.

Si se defiende que la anotación de demanda debe subsistir en base a que la fuerza ejecutiva de la hipoteca está en contradicción por lo que es preciso esperar a que la legitimación registral juegue en toda su extensión y, como consecuencia, no haya trabas a la prioridad de ella derivada, es dable pensar que el efecto de purga no sólo no debe alcanzar al asiento de anotación de demanda si no que debe respetar a todos los demás intermedios.

Si el principio de legitimación que sirve de apoyo a la prioridad está en cuestión y aceptamos que el hecho de que tal circunstancia esté en el Registro de la Propiedad es relevante, hemos de aceptar que ha de ser relevante para todos y no sólo para el que instó la acción de nulidad pues la sospecha sobre la vigencia o no de la legitimación de la hipoteca afecta a todo el historial jurídico posterior que por tanto debe ser respetado en tanto no se resuelva la cuestión en el procedimiento judicial correspondiente.

Desde esta perspectiva la práctica de la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca supone la paralización de toda cancelación de asiento posterior a la hipoteca hasta que se resuelva el pleito declarativo. Con ello se consigue congelar el contenido del Registro hasta que la duda que justifica medida tan especial no se haya disipado. Los titulares de dominio o de derechos posteriores a la hipoteca no verán cancelados sus derechos en base a una ejecución que puede ser nula, pues si nula resulta ser la hipoteca nulo es también el procedimiento sumario (36) y nula la cancelación derivada de la misma. Por la misma razón los que hayan instado procedimientos ejecutivos y obtenido anotaciones de embargo no deberían quedar perjudicados por la cancelación de sus asientos; con ello se evitaría que los procedimientos en que se basen se dirijan a otros bienes para intentar la satisfacción del crédito resultando después que la hipoteca no les perjudicaba. Lo más lógico es mantener el *status quo* hasta que se sepa cuál es la situación civil.

De hecho, y como vimos al principio de este trabajo, desde el punto de vista civil uno de los efectos más importantes de la declaración de nulidad es precisamente la restitución de las cosas a su estado anterior, tanto respecto a las partes como respecto a eventuales terceros que pudieran ser perjudicados

(36) Esta afirmación es reiterada doctrina del Tribunal Supremo. Así en la STS 18 de noviembre de 1993.

o beneficiados por el derecho objeto de la declaración de nulidad. Es el denominado efecto repristinador de la declaración de nulidad a que se refiere DE CASTRO en virtud del cual las cosas deben restituirse al estado que les correspondería de no haber existido el negocio nulo.

Ahora bien el sostenimiento de una postura similar supondrá una paralización de los efectos derivados del contenido del Registro de forma indiscriminada y en contra del principio de legitimación sin que exista una razón jurídica de suficiente peso que le sirva de apoyo, pues aun en el ámbito del Derecho Civil el interesado en impugnar una situación o en mantenerla debe ejercitar las acciones que el ordenamiento le reconoce al efecto. Incluso admitiendo que el Juez puede reconocer de oficio la existencia de una nulidad negocial ha de ser dentro del ámbito de un procedimiento en que se haya rogado su actuación.

Debemos distinguir las posibles soluciones del problema planteado en atención a la mayor o menor importancia que se dé a lo hasta ahora expuesto:

- a) *Los asientos intermedios entre la hipoteca y la anotación de demanda de nulidad no deben ser objeto de cancelación en tanto no se resuelva el declarativo*

Esta postura se identifica con los razonamientos que encabezan este epígrafe y pone todo su peso en el hecho de que la prioridad derivada del asiento de inscripción de hipoteca está en entredicho no sólo por lo que se refiere a la anotación derivada de la demanda, sino en cuanto a todos los asientos posteriores a la misma. Es el propio Registro el que sirve de obstáculo al Registrador para cancelar, pues son sus asientos los que proclaman que la hipoteca es objeto de impugnación, y esta circunstancia se extiende a todas las consecuencias derivadas de la misma.

Si la hipoteca resulta ser nula y nulo el procedimiento, no habrá producido efectos, por lo que resultará enormemente perturbador cancelar unos derechos que luego resulta que jamás dejaron de existir o cancelar las garantías de unos procedimientos que deberían haber continuado sobre el bien inscrito y perseguido.

Yo mismo entendí que esta es la postura que debió seguir el legislador en un comentario al artículo 236 del Reglamento Hipotecario y a la regulación prevista para el procedimiento extrajudicial (37).

(37) En dicho artículo pretendía analizar cómo quedaban los distintos intereses en juego si bien reconocía que la cancelación de asientos posteriores en el procedimiento extrajudicial derivada del artículo 236-0.3 del Reglamento Hipotecario era inevitable dado lo tajante y claro del precepto. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 635, julio-agosto de 1996

Ciertamente la situación de los terceros posteriores a la hipoteca no es envidiable pues por un lado verán cómo sus asientos se cancelan y, por otro, cómo tal cancelación no debió llevarse a cabo por la declaración posterior de nulidad de la hipoteca. Si se trata de un titular de dominio o derecho real posterior a la hipoteca se verá en la necesidad de reinscribir su título en detrimento del adjudicatario de la subasta, que quedará sin el derecho adjudicado y con una acción para reclamar el dinero de la puja del acreedor ejecutante o incluso de terceros acreedores o del deudor hipotecante o tercer poseedor. Si los titulares posteriores lo son de anotaciones de embargo su procedimiento de ejecución se habrá frustrado, en cuanto al bien hipotecado, por lo que sólo les habrá cabido la opción de señalar otros bienes para ejecutar o bien desistir del procedimiento. Si han conseguido resarcirse con otros bienes la declaración de nulidad de la hipoteca les habrá resultado indiferente, pero si no han conseguido cobrar la deuda se encontrarán con que se canceló su garantía y ahora responde a un procedimiento que ya no existe, por lo que tienen que acudir a una nueva reclamación y a la nueva traba sobre el bien con pérdida de su rango registral.

La subsistencia de los asientos intermedios con todo no parece que sea la solución aconsejable no sólo porque para un procedimiento muy similar, como es el extrajudicial, claramente se impone la cancelación, sino porque no existe base legal suficiente para mantenerla.

Por un lado mantener que ningún asiento debe ser cancelado impone la afirmación contraria de que tampoco ningún asiento debe ser practicado por lo que no será inscribible el testimonio del auto de adjudicación a que se refiere la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Si la eventual nulidad de la hipoteca impone la del procedimiento y en base a ello no debe publicarse la extinción de derechos por purga hasta tanto se sepa si existe o no nulidad tampoco debe inscribirse la adquisición en favor del adjudicatario por la misma razón. Con ello el procedimiento no se ha suspendido por cuanto ha llegado a su final procesal, pero es evidente que sí se suspenden sus efectos registrales lo que no parece casable con la norma del artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Téngase en cuenta que cuando se ha mantenido la subsistencia del asiento de anotación de demanda se ha hecho no en base a una excepción al citado precepto, sino a una colisión de preferencias que está por dilucidar. Si es cierto que el adjudicatario de la subasta está sujeto a las vicisitudes que puedan llegar al Registro hasta el momento de la inscripción de su derecho no es menos cierto que no se le puede privar del beneficio de inscribir precisamente porque la anotación de demanda no cierra el Registro y no impide el juego, en tanto se llega a una sentencia, del principio de legitimación que todo titular registral puede alegar en su favor.

Otro problema grave de la subsistencia de los asientos intermedios es que no existe una rogación que justifique su defensa, pues si bien es cierto que la

nulidad afecta a todas las consecuencias directas e indirectas de un negocio no es menos cierto que tales consecuencias deben ser reclamadas por aquél a quien pueda beneficiar. Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad los titulares intermedios han tenido en el juicio ejecutivo la intervención prevista por la regulación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por lo que su defensa registral está completa y el Registrador no puede arrogarse una función protectora que ni siquiera han ejercitado en el orden civil los interesados.

- b) *Todos los asientos intermedios deben ser cancelados con excepción de la anotación preventiva de demanda de nulidad y del asiento del actor o interesado*

Puesto que no es admisible afirmar que el declarativo deje en suspenso la cancelación de todos los asientos posteriores a la hipoteca y anteriores a la anotación es preciso admitir que sean cancelados con la excepción del asiento de la demanda, puesto que no se conoce todavía si la preferencia de ésta prevalecerá frente a la de la hipoteca.

Como vimos con anterioridad el ejercicio de la acción de nulidad puede ser instado por cualquier persona que acredite un interés legítimo, si bien la práctica enseña que lo habitual es que sea una de las partes quien impugne el contrato; en concreto, el hipotecante. En este caso el actor de la acción coincidirá con el titular registral del dominio o derecho hipotecado por lo que la purga derivada de la ejecución de la hipoteca no le afectará propiamente; su derecho no desaparece del Registro por una cancelación formal, sino por una inscripción contradictoria de transferencia en los términos del artículo 76 de la Ley Hipotecaria. La pretensión del actor irá dirigida a la cancelación del derecho real de hipoteca y a la de todos los que de él traigan causa de forma que su dominio o derecho real vuelva a ser la última inscripción que publique la titularidad sobre el mismo.

Nada obsta a que sea un tercero perjudicado por la existencia de la hipoteca y con derecho posteriormente inscrito el que inste el ejercicio de la acción de nulidad. Si el tercero interesado es titular del dominio como tercer poseedor su pretensión es idéntica a la del supuesto anterior.

También puede que el tercero actor sea titular de un derecho real limitado incompatible con la hipoteca ejecutada en cuyo caso su pretensión irá destinada a que se cancele la hipoteca y a que su inscripción subsista. Lo mismo ocurrirá si el tercero interesado no es titular de un derecho real, pero está ejercitando una acción que lleve emparejada ejecución y ha conseguido anotación preventiva de embargo. En todos estos casos el tercero no sólo quiere que la hipoteca no subsista, sino que además desea mantener el rango registral de su derecho para evitar su perjuicio.

Es decir, si la pretensión del actor es que la prioridad derivada del Registro de la Propiedad y que afecta a su asiento no se vea perjudicada por la hipoteca impugnada, le ampara la misma razón jurídica que al actor de la demanda de nulidad que no sea titular registral en el sentido de que lo que se pone en juego en el conflicto entre dos prioridades registrales. Siendo así todo actor con derecho intermedio inscrito o anotado conferirá a su asiento desde que se anote la demanda el mismo efecto de no ser cancelado como consecuencia del ejercicio de la acción sumaria.

Al principio vimos cómo existen numerosos recursos procesales para que los diversos interesados en el ejercicio de la acción declarativa vayan sumándose y formando parte activa del procedimiento, con lo que, aun no siendo actores, pueden beneficiarse de sus efectos e intervenir con las alegaciones que tengan por conveniente.

Para que este efecto se produzca debe resultar del propio Registro de la Propiedad que la prioridad de un asiento en relación con la hipoteca está en conexión con la anotación de demanda de nulidad. Aquellos titulares que no hayan impugnado el contenido del Registro no recibirán protección alguna mientras que los que sí lo hayan hecho como actores o como terceros interesados en el procedimiento podrán solicitar del Juez que se les conserve el rango que tenían al tiempo de interponer la acción o de sumarse a ella.

Tal solución es, sin embargo, insostenible.

En primer lugar porque el Juez que conozca del procedimiento declarativo no puede adoptar resoluciones que afecten al procedimiento sumario fuera de lo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria: La decisión de que se retenga el precio de remate implica precisamente que el Juez del declarativo no se ha inmiscuido en absoluto en el procedimiento sumario que sigue hasta su consumación, excepción hecha de la entrega del dinero, incluida adjudicación y purga de derechos posteriores (38).

En segundo lugar porque, en sintonía con lo anterior, los derechos de los interesados están salvaguardados por la anotación de la demanda, la cual no será objeto de cancelación y no por los eventuales asientos a cancelar que tienen la preferencia tabular que resulte de su situación en el Registro de la Propiedad sin que la mera existencia de la anotación pueda modificar en absoluto dicha circunstancia.

En tercer lugar llevaría o bien a situaciones imposibles o, de nuevo, a suspender los efectos del procedimiento en contra de lo dispuesto en la Ley.

(38) El actor tendría que solicitar del Juez que asegure las resultas del procedimiento y su pretensión con una medida de aseguramiento completamente excepcional: que no afecte al actor o interesado una resolución judicial dictada por otro Juez en un procedimiento distinto y excluido legalmente de la acumulación de autos. El Juez tendría que dictar una resolución en relación a un procedimiento en el que carece absolutamente de competencia.

Si se mantuviese la inscripción de dominio del tercer poseedor; una de dos: o no se inscribe el auto de adjudicación derivado de la hipoteca en contra de lo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria o si se inscribe, en cuyo caso no hay tal mantenimiento de inscripción por extinción del derecho derivada de la transferencia (art. 76 Ley Hipotecaria). Si el derecho real limitado posterior a la hipoteca se mantiene inscrito supondría que la inscripción de adjudicatario habría de hacerse sin perjuicio de tal derecho, lo que nuevamente va en contra de lo previsto en la Ley Hipotecaria y de su propio derecho a ser titular en los términos que resulten del procedimiento sumario. Si la anotación de embargo posterior a la hipoteca se mantiene vigente, la inscripción en favor del adjudicatario se vería postergada frente a dicha anotación y huérfana además de la inscripción de hipoteca, que se habrá cancelado, de la que derivaba la preferencia que justifica que dicho embargo no le perjudique por lo que podría llegarse al extremo de que se pretenda inscribir la adjudicación de dicho embargo en perjuicio del adjudicatario de la subasta de la hipoteca o de un ulterior adquirente en base a un asiento que, registralmente, no ha tenido nunca rango para ello.

La cancelación de los asientos intermedios, incluso la de aquellos titulares que accionan para impugnar la hipoteca, es una consecuencia inevitable del sistema de purga derivado de la ejecución de la hipoteca. La pretensión del actor o de los interesados en el procedimiento civil no puede ir dirigida a conseguir una paralización más o menos reconocida del procedimiento sumario, sino a anular sus efectos caso de que la sentencia reconozca la nulidad de la hipoteca y, por tanto, del procedimiento que de ella derive. El actor y el interesado en conservar sus derechos deben solicitar del Juez que conozca de la demanda que asegure su pretensión mediante la anotación preventiva de demanda y que ejecute su decisión mediante la cancelación de los asientos derivados de la ejecución de la hipoteca declarada nula lo que nos lleva a la tercera de las posibles soluciones.

c) *Cancelación de todos los asientos intermedios con salvaguardia de la anotación de demanda de nulidad de hipoteca*

Es la consecuencia natural del procedimiento de ejecución sumario y, desdeñadas las anteriores posibilidades, la que resulta más conforme con la lógica del sistema de ejecución hipotecaria. Puesto que la existencia de una impugnación del título que sirve de base a la hipoteca no tiene en ningún caso la virtualidad de suspender el procedimiento de ejecución es forzoso concluir que deben inscribirse las consecuencias del mismo tanto las que se refieren a la inscripción en favor del adjudicatario como a la cancelación de titularidades posteriores.

Si la acción prospera y es declarada la nulidad de la hipoteca se hará lo que ordene el Juez en su sentencia. Lo lógico es que el Juez, en congruencia con las pretensiones de las partes, ordene la cancelación de la hipoteca impugnada (39), de los asientos posteriores a la anotación de conformidad con lo previsto en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario y, entre ellos, del asiento de inscripción y del de cancelación derivados, respectivamente, del testimonio del auto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas inscritos al finalizar el sumario.

Como consecuencia de la cancelación del asiento de inscripción del adjudicatario y de los que de él traigan causa, el derecho objeto en su día de adjudicación volverá a constar inscrito en favor del último titular anterior a dicha adjudicación, ya fuere el propio hipotecante ya un tercer poseedor.

A consecuencia de la cancelación del asiento de cancelación (40) cobran vigencia los asientos que fueron una vez cancelados y podrán desarrollar todos sus efectos (41). Cuestión importantísima en este momento es determinar si para proceder a dicha cancelación es preciso acreditar ante el Registrador la devolución al adjudicatario de la subasta del precio que satisfizo por la finca. Así lo entiende GARCÍA GARCÍA (42), en base a que el Registro debe publicar las consecuencias de la nulidad y, por tanto, la restitución hecha al adjudicatario del precio satisfecho de forma que su interés sea debidamente protegido.

(39) Si la ejecución de la hipoteca no se ha consumado se procederá a la cancelación ordenada. Si la ejecución ha finalizado la cancelación de la hipoteca no se llevará a cabo porque ya se habrá practicado como consecuencia del propio procedimiento sumario.

(40) La cancelación de la cancelación es un concepto que suena extraño pese a lo cual es perfectamente posible. Dado que la cancelación es una mera presunción *iuris tantum* de extinción del derecho inscrito nada impide que se impugne tal declaración. Así el inciso final del artículo 103 de la Ley Hipotecaria determina la nulidad del asiento de cancelación realizado sin reunir los requisitos formales que el propio precepto recoge, el artículo 182 del Reglamento Hipotecario a su vez acepta expresamente que el asiento de cancelación pueda ser impugnado con toma de razón de la demanda en que se pretenda.

(41) En teoría el Juez debe limitarse a cancelar los asientos de cancelación que se le hayan solicitado. Si los terceros posteriores a la hipoteca no se han personado en ningún momento en el procedimiento declarativo no habrán solicitado del Juez que mantenga sus derechos cancelando las posibles cancelaciones de los mismos. El principio de rogación exige que el Juez se limite a dar cumplimiento a las pretensiones reconocidas de las partes pero no a ampararlas sin rogación. Estos terceros que habrían visto perdida su prioridad frente a una hipoteca no impugnada por ellos no tendrían mas remedio que intentar la reinscripción de sus derechos con la prioridad que resulte entonces del orden registral. De todos modos si el Juez ordena la cancelación genérica del asiento de cancelación el Registrador no debe entrar a calificar tal circunstancia por caer fuera de su ámbito la corrección de la decisión del juzgador.

(42) Quien estudia el problema en relación al incidente de nulidad de actuaciones. *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, págs. 352 y ss.

No comparto dicha opinión, a pesar de lo autorizadísima que es, en base a que lo que se trata de inscribir es la sentencia judicial firme de declaración de nulidad de un derecho inscrito y no todas las consecuencias de la nulidad que será objeto en su caso de ejecución de sentencia (43). Si se tratase de un mero acuerdo privado entre las partes interesadas es claro que dicha circunstancia deberá resultar del título a inscribir, pero tratándose de una resolución judicial firme no es preciso que así conste. Piénsese que el adjudicatario quizá no se haya personado siquiera en el procedimiento para defender su derecho, por lo que ni siquiera podrá el Juez ordenar que se le restituya sin más el precio de adquisición. Por otro lado, la eventual retención del precio del procedimiento sumario a resultados de lo que resulte del declarativo es solamente potestativa, no es obligatoria para el actor, como claramente se deduce del artículo 132 de la Ley Hipotecaria; en este supuesto si el actor de la acción civil no está relacionado con la finca (es un acreedor sin derecho anotado por ejemplo) cómo conseguirá que el acreedor devuelva lo que recibió en pago de su crédito, cómo conseguirá que terceros posteriores a la hipoteca que recibieron el saldo restante hagan lo propio si ni siquiera tendrá acción contra ellos (44).

Bastará por tanto con reunir los requisitos generales de inscripción y estarse a lo que resulte de la sentencia de conformidad con lo que establece el artículo 198 del Reglamento Hipotecario (45).

(43) Véase la regulación procesal de la ejecución de sentencias en el Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dice el artículo 921: «*Si la sentencia condenare al pago de cantidad determinada y líquida se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de sus bienes en la forma y por el orden prevenido para el juicio ejecutivo...*»

Y el artículo 926 del mismo cuerpo legal: «*Cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado...*»

(44) El legitimado pasivamente en la acción declarativa ya vimos que es el acreedor hipotecario y quien le suceda en la titularidad, por tanto es a ellos a quien compete la defensa de sus derechos y la exigencia de proceder diligentemente para la restitución de las prestaciones derivadas del negocio nulo. Es el adjudicatario, sucesor procesal del demandado, el que deberá instar a que se le restituya el precio que satisfizo.

La STS de 27 de julio de 1996 confirma la de la Audiencia de San Sebastián en cuyo fallo declarativo de nulidad de actuaciones de un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se decía lo siguiente: «*.. CONSIDERANDO QUINTO ...y disponiendo la devolución a D... del principal del precio satisfecho de . pesetas con sus correspondientes intereses a contar desde su entrega, por quien o quienes se acredite en el cumplimiento de la presente resolución haber sido destinatarios de la citada suma*». Resulta evidente por tanto, que, de entre todos los demandados sólo resultan condenados a devolver la referida cantidad con sus intereses aquel o aquellos que la hubieran percibido, a determinar en ejecución de sentencia .»

(45) Pensemos en un supuesto distinto pero de alcance similar. Si un Juez decreta la nulidad de una compraventa inscrita en el Registro de la Propiedad y la cancelación

II. LA ANOTACION DE DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

A diferencia del supuesto estudiado en el epígrafe anterior, la pretensión del actor es completamente distinta cuando lo que se pretende es la nulidad de actuaciones en el procedimiento sumario. Ya no se trata de instar la extinción, por inexistente, de la hipoteca que sirve de base al proceso, sino, bien al contrario, el actor pretende que se reproduzca el procedimiento, a partir de determinado momento, con mantenimiento de la hipoteca. De hecho la pretensión del actor puede llegar, según cual sea el momento procesal, a promover la resurrección del derecho de hipoteca extinguido y cancelado como consecuencia de un procedimiento finalizado de ejecución.

El fundamento de dicha pretensión no se halla, por tanto, en el derecho impugnado, cuya existencia actual es esencial para dar satisfacción al actor, si no en la vulneración de las normas de procedimiento. Es preciso por tanto hallar las fuentes legales que sirvan de base para una resolución judicial que produzca los importantes efectos que se pretenden.

Por un lado, la nulidad de actuaciones está regulada en los artículos 238 a 243 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. De su regulación nos interesa extraer lo siguiente:

«Art. 238. Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo la violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

Art 240.1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsana-

del asiento que la motivó no parece que sea exigible la acreditación de la restitución de las prestaciones pues así como el efecto sanador de la titularidad anterior resulta del propio pronunciamiento hay otros efectos como la restitución de la posesión o del precio que escapan a la calificación y que son innecesarios para cancelar.

ción, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

Y dice el artículo 132 de la Ley Hipotecaria: *«Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre... nulidad de las actuaciones..., se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda...»*

Se distinguen por tanto dos sistemas distintos por los cuales alcanzar la nulidad de las actuaciones (46): en uno es el propio Juez el que de oficio abre el incidente de nulidad de actuaciones. El fundamento de una atribución tan especial es la propia consideración de las normas de procedimiento como de orden público susceptible de salvaguardia sin necesidad de una especial rogación de parte. Lógicamente la no existencia de rogación no implica que el Juez no inicie el incidente como consecuencia de la actuación de una de las partes que le inste en ese sentido (47). Lo importante es que es el Juez, a iniciativa propia o como consecuencia del conocimiento del peligro de nulidad puesto de manifiesto por tercero, el que abre e impulsa el incidente de nulidad (48). El artículo 240 de la Ley Orgánica establece un sólo requisito temporal, que no haya recaído sentencia definitiva, y un requisito de procedimiento relativo a la audiencia de las partes (49).

Dentro del mismo procedimiento, y si no hay declaración de oficio, la nulidad de actuaciones debe hacerse valer por la parte interesada por medio

(46) Tres en realidad como reiteradamente ha distinguido el Tribunal Constitucional; así en la Sentencia de 15 de noviembre de 1990: *«... De la regulación de la materia relativa a la nulidad de los actos judiciales en la LOPJ y tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones se desprende que son tres las vías a través de las cuales pueden invalidarse aquellos cuando estén afectados por vicios que alcanzan la trascendencia que indica el artículo 240.1.º de la LOPJ, a saber: la primera, a través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 240.1.º LOPJ), la segunda, mediante declaración de oficio por el órgano judicial siempre que no haya recaído definitiva (art. 240.2 LOPJ); y finalmente acudiendo a los demás medios que establezcan las leyes procesales»* (art. 240.1 in fine LOPJ).

(47) En este sentido, entre otros, JOSÉ MARÍA MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, *La Nulidad de Actuaciones en el proceso civil*, Colex, 1996, pág. 322.

(48) La terminología «incidente de nulidad» no es correcta en la actualidad ya que la Ley 34/1984 suprimió la posibilidad de plantearlo como tal dentro de un procedimiento. La regulación actual de la Ley Orgánica recoge dicha supresión al reservar a los recursos y a los demás medios el conocimiento de la vulneración de las normas de procedimiento. Toda alusión por tanto a un incidente de este tipo debe entenderse referida a alguno de los medios a que se refiere el repetido artículo 240.

(49) Como pone de relieve la doctrina no existe ni en la Ley Orgánica ni en ningún otro sitio una regulación de cuál haya de ser el procedimiento para la declaración de nulidad de oficio. La práctica demuestra que apercibido el Juez de la posible existencia de causa de nulidad, decreta la apertura del trámite, convoca a las partes y sin más dilación dicta la resolución correspondiente.

de los recursos previstos en la norma procesal para la revisión de las decisiones judiciales. Por tanto, corresponde al que se sienta perjudicado por la marcha del procedimiento la iniciativa, mediante la interposición de los recursos pertinentes, para el reconocimiento de la nulidad y la retroacción del proceso al momento inmediatamente anterior a la resolución que la provocó.

Distinto del sistema de recursos es la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo distinto (50). El recurso ordinario es un procedimiento normal, plenario, en el que rigen los principios ordinarios de rogación e impulso de parte. A él se refiere el último inciso del número 1 del artículo 240 de la Ley Orgánica y el artículo 132 de la Ley Hipotecaria. De especial importancia es esta posibilidad en lo que nos atañe dado que la naturaleza sumaria del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria impide que la resolución (auto) que la pone fin alcance el efecto de la cosa juzgada amen de tener un sistema de recursos (apelación) limitado. De ahí precisamente la posibilidad que reconoce el artículo 132 de comenzar un proceso distinto para desvirtuar lo que se resolvió en el sumario.

La jurisprudencia ha reconocido las diferencias entre la actuación de oficio por el Juez y la interposición de un procedimiento ordinario, valga como ejemplo el considerando tercero de la STS de 19 de julio de 1994 (51):

«TERCERO —En el tercer motivo se denuncia la posible incongruencia que supuso no aceptar el Juzgado primero, y después la Audiencia, el allanamiento que efectuaron las entidades ejecutantes entonces y demandadas ahora. Desde luego esta Sala no comparte el criterio de los Tribunales de instancia, atribuyendo a este juicio declarativo, y a la petición de nulidad que en el mismo se postula, el carácter o la naturaleza propia del orden público procesal. En la regla 6.ª del número 4.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria se hace una remisión al juicio declarativo, para que en el mismo se ventilen: “todas las demás reclamaciones ..”; es decir, la amplitud del conocimiento no tiene límites, ni cabe identificarlo con un incidente de nulidad de actuaciones, en el sentido estricto de la expresión; por este motivo los principios procesales dispositivo y de rogación están plenamente vigentes, y las partes pueden instar o apartarse de la litis, así como oponerse a la misma o allanarse...».

(50) A lo que hay que añadir el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional aunque para ello, y según reiterada doctrina del Alto Tribunal, es preciso agotar las vías de recurso ordinarias.

(51) Finalizado un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, uno de los codemandados en dicho procedimiento impugna en vía declarativa la validez del procedimiento alegando que no se le había requerido oportunamente de pago. La entidad bancaria acreedora se allana a la demanda pero el Juez de instancia y la Audiencia en apelación, desestiman el allanamiento.

Tratándose de supuestos distintos regulados por normativas distintas con requisitos diversos está justificado que disociemos su estudio en relación con el Registro de la Propiedad que es lo que nos interesa.

1. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

La declaración de nulidad puede producirse dentro del procedimiento en general y por tanto dentro del procedimiento sumario. No se trata de un supuesto de suspensión no previsto en el artículo 132, sino, por el contrario, de un supuesto de continuación del procedimiento si bien con retroacción de actuaciones a un momento determinado. Ciertamente no es cuestión que esté prevista en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pero es lógico que así sea, pues el precepto regula las normas de procedimiento y no las de nulidad del procedimiento. El artículo 132 sólo se refiere a la demanda en procedimiento ordinario de nulidad de actuaciones, pero es evidente que no se excluye la declaración de oficio, que, como hemos visto, es cuestión de orden público, prevista en la norma general de la Ley Orgánica.

Lo que nos interesa destacar es que tal y como se plantea la declaración de oficio raramente llegará al Registro de la Propiedad su iniciación, por lo que no producirá asiento alguno sobre el que debemos plantearnos cuestiones de eficacia o subsistencia. Distingamos, no obstante, las posibles situaciones a fin de diferenciar las consecuencias en uno u otro supuesto:

a) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento sin toma de razón en el Registro de la Propiedad*

Lo normal será que, planteada la cuestión de nulidad, se ventile sin contacto alguno con el Registro. Si el Juez decide la apertura de la cuestión durante la substanciación del procedimiento llevará a cabo la audiencia de las partes y tomará la correspondiente decisión sin que ordene asiento alguno, de modo que, de producirse retroacción de actuaciones, el procedimiento siga su curso hasta su finalización. La razón es que no existe un problema de prioridad ni de eficacia negativa de la publicidad registral, pues tales efectos se derivan del propio asiento de hipoteca que no es objeto de cuestión. La eficacia de la resolución de declaración de nulidad de actuaciones se agota en el propio procedimiento y la propia celeridad y sencillez de sus trámites invita a que toda la actuación se inicie y finalice sin contacto exterior con el Registro.

Quizá tenga conocimiento el Registrador de la existencia de una nulidad de oficio por el testimonio del auto a que se refiere la regla 17.^a de la Ley

Hipotecaria, pero es irrelevante tal conocimiento, pues será conforme al auto definitivo, firme, como llevará el Registrador a cabo su calificación.

La declaración de nulidad quizá sólo produzca, por la retroacción, la necesidad de solicitar y expedir una nueva certificación de dominio y cargas de las que contempla la regla 4.^a del referido artículo 131. Pero ni aun así hay un efecto especial. No es frecuente, pero ocurre en algunas, que, como consecuencia de la pérdida de la original o por otra razón, se solicite una segunda certificación del estado del Registro a efectos de ejecución. Dichas certificaciones se expiden sin mayores problemas (siempre que provengan del mismo Juzgado como es lógico) y sólo serán tenidas en cuenta en la calificación del mandamiento de cancelación de cargas, a fin de verificar que los titulares registrales que aparezcan en la segunda certificación, coincidan o no con la primeramente expedida, han sido debidamente citados conforme a las reglas del propio artículo 131.

No hay, por tanto, toma de razón en el Registro de la existencia de un «incidente de nulidad», por lo que sus efectos se producen dentro del procedimiento sin alcanzar los asientos del Registro.

b) *Declaración de nulidad de oficio dentro del procedimiento con toma de razón en el Registro de la Propiedad*

Aunque la trascendencia de la cuestión se limite al procedimiento, nada obsta a que el Juez que conozca de la misma ordene su publicación en el Registro de la Propiedad. La constante doctrina de la DGRN en materia de anotaciones preventivas afirmando que, pese al sistema de *numerus clausus*, es admisible la toma de razón de aquellas situaciones que puedan tener eficacia real, nos permite aceptar la anotación preventiva en un supuesto semejante (52). Ciertamente si el procedimiento se cuestiona, para ventilar la posible declaración de nulidad, en un momento en que no existe todavía adjudicación por subasta no podemos hablar todavía de efectos reales plenos lo cual no debe ser óbice para tomar la anotación preventiva pues con ella precisamente se publica que los efectos reales de la ejecución de la hipoteca están cuestionados en el mismo procedimiento y aunque el mismo llegue a su fin. Si existe mutación jurídico real en formación, porque ya existe remate aunque no esté aprobado definitivamente por el Juez, es evidente la posibilidad de tomar anotación preventiva.

Lo que ocurre es que la anotación preventiva no será propiamente de demanda ya que no existe tal y ni siquiera tiene que existir instancia de parte. Su eficacia, por tanto, también será distinta en la medida en que, no finali-

(52) Que además, como hemos visto más arriba, no tiene nunca el efecto de suspender la marcha del procedimiento sumario.

zando el procedimiento y no alterado el contenido del Registro, su objeto no es impugnar su contenido. No habiéndose producido inscripción de adjudicación ni asiento de cancelación no hay asiento que contradecir. En consecuencia, la anotación preventiva desplegará efectos de mera publicidad, limitados a poner en conocimiento de los posibles terceros que existe un procedimiento de ejecución sumario como consecuencia de una hipoteca inscrita anteriormente y que dentro de dicho procedimiento se está ventilando una cuestión de nulidad. Pensemos en la existencia de titulares no inscritos que acceden con posterioridad al Registro; por medio de la anotación pueden tomar conocimiento de la existencia de un procedimiento que no se les ha notificado y adoptar la postura procesal que les convenga (53).

Como consecuencia de su especialidad la anotación preventiva no será propiamente de demanda, sino de declaración de nulidad de oficio y deberá reunir los requisitos propios de toda anotación adaptados a su naturaleza. En comparación con las anotaciones de demanda no será preciso que conste la fecha del proveído admitiendo la demanda ni tampoco las circunstancias del demandante o del demandado (art. 166.2 del Reglamento Hipotecario). Sí que será necesario que el mandamiento especifique el objeto de la anotación y que se inserte literalmente la providencia acordando la toma de razón (art. 165 del Reglamento). La especialidad de la anotación debe quedar específicamente reflejada en el Registro de la Propiedad, ya que sus efectos difieren de los de otras anotaciones y especialmente de los de la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca.

Problema especialmente importante es determinar cuáles son los requisitos de tracto sucesivo exigibles por el Registrador para poder practicar la anotación preventiva. El artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a la necesaria audiencia de las partes y ciertamente no existe tal concepto en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. No

(53) Empero la anotación no suple la nota marginal de expedición de certificación a que se refiere la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por ser ésta una garantía específica del procedimiento para vincular a los terceros posteriores a sus resultados. Quiero decir que si como consecuencia de la nulidad de actuaciones es preciso expedir una segunda certificación de la que resulta la existencia de terceros que no se consideraron en la primera y que deben ser debidamente notificados, si tal notificación no se ha llevado a cabo no se entiende suplida por la existencia de la anotación preventiva por tener aquélla una finalidad y un contenido específico que no sustituye ésta. La falta de notificación impedirá la debida cancelación ordenada de acuerdo con la regla 17.^a

Otra cosa será que no exista indefensión material si se acredita que, precisamente por la existencia de la anotación el tercero conoció y no se incurrió en indefensión, pero esto es cuestión que está por completo fuera del alcance de la calificación del Registrador. Véase no obstante la Res. DGRN de 24 de agosto de 1988 en la que se consideró salvada la falta de notificación a un acreedor posterior precisamente porque resultaba acreditado que conoció la existencia del procedimiento del artículo 131 por medios distintos a la notificación.

obstante, en la medida que todos los que participan de un modo u otro en el procedimiento son interesados en el mismo y en la medida que su posición procesal, puede variar de prosperar la declaración, el Juez debe tenerlos en cuenta antes de dictar una resolución si no desea caer en otra posible causa de nulidad de actuaciones (54).

Desde luego si existe adjudicación no aprobada definitivamente de la finca hipotecada es notorio que tanto el adjudicatario como los terceros posteriores a la hipoteca deben ser tenidos en cuenta en el «incidente» pues su posición en el procedimiento puede resultar completamente afectada e incluso puede que resulten obligados a la restitución de las prestaciones derivadas de la adjudicación.

Más espinoso es la determinación de cuáles de los posibles terceros, anteriores o posteriores a la nota de expedición de certificación de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, deben ser tenidos en cuenta. La nota de la regla 4.^a no tiene solamente la finalidad de suplir la notificación individual a que se refiere la regla 5.^a del mismo precepto; además tiene la virtualidad de congelar la situación procesal en beneficio del propio procedimiento. A partir de ese momento el Juez puede desconocer la existencia de ulteriores interesados y la iniciativa para formar parte del procedimiento y seguir todas sus vicisitudes, incluida la que nos interesa, corresponde a los propios interesados (55). De hecho, el Juez ignorará la existencia de otros interesados distintos a los de la certificación que haya sido aportada a los autos; sólo si un tercero posterior se ha personado por iniciativa propia será requerido para que comparezca.

Lo mismo podemos decir de cuando el procedimiento está en un momento procesal anterior a la celebración de la subasta, pero ya se han practicado las notificaciones a eventuales interesados. Pero la declaración de nulidad puede plantearse en un momento todavía anterior, inmediatamente después de admitida la demanda y antes de solicitarse la expedición de certificación de cargas. Nuevamente hemos de tener en cuenta que el Juez desconocerá su existencia y ni siquiera habrá transcurrido un período hábil para que manifiesten su interés en el juzgado. Lo cierto es que el procedimiento todavía no ha trascendido a terceros y no ha pasado de los efectos entre los directamente interesados (requerimiento de pago) como primera fase del desenvolvimiento del derecho real de hipoteca.

Al contrastar la situación procesal en que se desenvuelve la nulidad de actuaciones con los requisitos de tracto que se derivan de la legislación hipo-

(54) Este mismo punto de vista lo mantiene GARCÍA GARCÍA en su *El Procedimiento Judicial Sumario de Ejecución de Hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 349.

(55) Compárese lo que dice la regla 5.^a del artículo 131 con lo dispuesto, respecto de terceros poseedores, en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.

tecaria tenemos que resolver dos cuestiones muy ligadas entre sí: una relativa a si del mandamiento judicial debe resultar que han sido citados el titular de la hipoteca y el deudor hipotecario, y dos, si del propio mandamiento debe resultar la citación de todos los titulares posteriores a la hipoteca. La respuesta a ambas cuestiones es, según mi opinión, negativa por las siguientes razones:

— En la declaración de oficio de la nulidad procesal no estamos ante un acto de parte, sino que, como reiteradamente se ha afirmado, nos encontramos ante un acto de autoridad del Juez derivado de su imperio y del carácter de orden público de las normas procesales. En consecuencia, el principio registral de tracto sucesivo debe quedar cumplido con la comprobación de que la hipoteca a la que afecta la decisión de abrir el procedimiento de nulidad es la misma que consta inscrita.

— Como estamos ante una actuación de oficio cuya iniciación es lo que se trata de publicar, no será preciso que conste que se ha citado a las partes pues tal circunstancia es un requisito para culminar el procedimiento, pero no para iniciarlo. Nótese que el artículo 240 de la Ley Orgánica habla sólo de que el Juez dará audiencia a las partes, pero sin señalar que su cita previa sea requisito para tomar la decisión de abrir la pieza de nulidad. La adopción de la medida se realiza sin audiencia de parte que sólo en un momento posterior podrá alegar lo que estime pertinente. Esta actuación no es extraña en nuestro derecho procesal (56).

— Por la misma razón no será preciso que conste la notificación o citación a los titulares posteriores a la hipoteca y no sólo porque el Juez conozca o desconozca su existencia, sino además porque sus titularidades registrales no son en absoluto objeto de impugnación. Si como consecuencia de la declaración de nulidad procesal se les produce un perjuicio, tienen abierta la vía correspondiente para hacer valer sus derechos (precisamente las que estamos estudiando) pero sin que el Registrador deba entrar en si está bien o no constituida la relación procesal de la pieza (57).

Por lo que se refiere a la cancelación de la anotación preventiva puede llegar por una doble vía, bien porque el Juez decida por Auto sobre el incidente y ordene la cancelación en el Registro de la Propiedad una vez que haya

(56) Así en el embargo preventivo, artículos 1.403 y 1.404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la anotación de responsabilidad civil derivada del delito o en el embargo derivado del delito, artículos 589, 616, 619 y 621 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También la anotación preventiva de demanda en general se decide sin audiencia de parte con la diferencia de que, al existir demanda propiamente dicha, debe existir ya un demandado aunque todavía no esté citado.

(57) Véase el inciso final de la Res. DGRN de 25 de febrero de 1994.

adquirido firmeza, bien porque a pesar de la decisión tomada no se ordene la cancelación específica en cuyo supuesto, una vez finalizado el procedimiento, la cancelación se ordenará como una más dentro de la previsión de la regla 17.^a del artículo 131. En ambos casos la cancelación se verifica en virtud de mandamiento emanado de la autoridad judicial que lo ordenó, por lo que se cumplirá rigurosamente con lo establecido en los artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria.

c) *Declaración de nulidad del procedimiento sumario decretada en vía de apelación*

Dentro del procedimiento sumario puede darse la circunstancia de que la nulidad se haga valer por vía de apelación, normalmente contra el auto por el que se apruebe el remate o bien contra el que apruebe definitivamente el procedimiento. De hecho, y para todos los procedimientos en general, es el medio preferido por el legislador como cauce para decretar la nulidad de actuaciones, pues técnicamente el proceso no está terminado y la nulidad se plantea, como una cuestión más, dentro del recurso legalmente establecido.

La situación registral empero no ha variado: la falta de firmeza del auto correspondiente habrá impedido el acceso al Registro del resultado del procedimiento sumario.

A diferencia del supuesto anterior, ahora ya existe instancia de parte, el que se sienta perjudicado por la resolución impugnada, por lo que en el mandamiento deberá constar su identidad y el proveído admitiendo el recurso a fin de reflejarlo en el asiento registral que se practique.

Lo que no varía es la innecesariedad de que en el mandamiento resulte la citación a las partes o a titulares posteriores a la hipoteca. La pretensión del apelante va dirigida a la declaración de nulidad de los autos del procedimiento sumario pero no a la impugnación del contenido del Registro de la Propiedad que no se ha alterado. La correcta construcción de la relación jurídico procesal derivada de la apelación es cuestión que compete al Tribunal (58).

La cancelación de la anotación se deberá ordenar, de acuerdo con el artículo 84 de la Ley Hipotecaria, por el mismo Tribunal (Audencia) que la ordenó.

(58) Véase el artículo 888 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del que resulta que es la Audiencia la que una vez recibidos los autos debe entregarlos a las partes. En un procedimiento como el sumario en el que, según el momento procesal, pueden existir distintos interesados con posiciones procesales distintas es especialmente claro que no corresponde al Registrador si no al juzgador velar por los eventuales derechos de los que hayan o puedan haber intervenido en el procedimiento.

d) *Declaración de nulidad de oficio una vez terminado el procedimiento con reflejo en el Registro de la Propiedad*

Hemos visto que el único requisito temporal exigido por el artículo 240 de la Ley Orgánica es que no haya recaído «sentencia definitiva» en el procedimiento de que se trate lo cual lleva a plantear la cuestión de si el auto firme puede ser equiparado a dicho supuesto o, por el contrario, si en todos aquellos supuestos en que no exista cosa juzgada puede incoarse un incidente de nulidad de actuaciones aun después de resultar firme la resolución que le puso fin. Lo cierto es que a los efectos de este trabajo tal circunstancia es irrelevante por ser cuestión que no entra dentro del ámbito de las calificables por el Registrador. Bástenos con saber que existe una Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 (59) en la que el Alto Tribunal consideró que el auto firme que pone fin al procedimiento ejecutivo sumario no es equiparable a una sentencia definitiva (60).

La anotación, por tanto, deberá practicarse, si así se ordena, aún después de recaído el auto firme y de haberse practicado la inscripción de adjudicación y las de cancelación que haya ordenado el Juez del sumario. Precisamente es esta circunstancia la que diferencia, aparte del factor tiempo, a las anotaciones de cuestión de nulidad en este supuesto; puesto que el Registro publica ya una serie de modificaciones jurídico reales que serán o que pueden ser afectadas por la declaración de nulidad, la anotación tendrá como finalidad el aseguramiento de la eventual impugnación del contenido del Registro. A pesar de que la anotación no reflejará propiamente una demanda, puesto que el origen de la actuación será el propio Juez, nuevamente, el objeto de la misma será el propio de las de demanda y, por consiguiente, asegurará las resultas de su declaración de nulidad vinculando a cualquier tercero que ins-

(59) El argumento básico del Tribunal Constitucional es que no cabe aplicar analógicamente la restricción temporal del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al supuesto de la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria al no existir identidad de razón entre el supuesto de la norma (sentencia definitiva) y el auto que pone fin a este procedimiento. No se puede privar por tal razón del derecho a ejercer la tutela judicial efectiva dentro del mismo procedimiento forzando la interposición de un nuevo procedimiento ordinario.

(60) Es interesante el supuesto de hecho de la STS de 27 de julio de 1996: Ante la calificación desfavorable del Registrador de la Propiedad de Bergara a inscribir un auto de adjudicación derivado de un procedimiento sumario, se insta el oportuno recurso gubernativo que fue desestimado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. A la vista de la resolución el interesado adjudicatario insta del Juzgado que conoció del sumario la nulidad de actuaciones siendo contestado por Auto de dicho Juzgado de fecha 15 de enero de 1990 en el que desestima la petición por entender que no era «*momento ni medio adecuado el solicitar la nulidad de las actuaciones, debiendo las partes acudir al procedimiento declarativo correspondiente para hacer valer en él sus pretensiones* » , procedimiento que es precisamente el que llega al Alto Tribunal.

criba su derecho con posterioridad a la misma. Estos terceros posteriores podrán personarse en el «incidente» de nulidad, ya que, para ellos, la declaración de nulidad procesal tendrá gravísimas consecuencias, pues el Juez ordenará la cancelación de sus derechos (art. 198 del Reglamento Hipotecario) sin que puedan volver a inscribirlos como consecuencia del principio de tracto y sin que, por consiguiente, sean tenidos en cuenta en el procedimiento sumario reabierto tras la declaración de nulidad.

En cuanto a los requisitos para la práctica de esta anotación me remito a lo dicho anteriormente en la letra *b)* incluso en lo que respecta al tracto sucesivo. En la medida que el auto firme del procedimiento sumario provocó la cancelación de todos los derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción de la hipoteca y en la medida en que dichos titulares fueron afectados por el auto que se trata de anular en el incidente, es preciso que sean citados para que adopten la postura procesal que estimen por conveniente. Ahora bien desde el punto de vista del Registro y dada la especialísima situación que contempla la declaración de oficio de nulidad que no va dirigida contra nadie (61), sino que emana directamente del Juez, bastará para poder anotar con comprobar que la declaración se pretende del procedimiento que dio origen al asiento registral que se verá modificado por la misma, en concreto la inscripción de la adjudicación y la cancelación. La propia falta de rogación impide apreciar de otra forma la existencia registral de tracto. No quiere esto decir que el Registrador no vele en absoluto por las titularidades que publican los libros, sino que el control que debe realizar se pospone a un momento posterior: si el Juez ordena la cancelación de los asientos de inscripción y cancelación deberá resultar de su resolución firme que los afectados por los mismos, titular registral y titulares de derechos cancelados han sido oídos antes de la declaración de nulidad.

En cuanto a la cancelación de la anotación tomada se llevará a cabo como consecuencia de la resolución firme que ponga fin a la declaración y, aparte de cancelar dicha anotación, se practicarán los demás asientos que la misma ordene señaladamente la cancelación del asiento de inscripción en favor del adjudicatario, la cancelación del asiento de cancelación y la cancelación de los asientos posteriores a la propia anotación, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Me remito a lo explicado más arriba (inciso final del último epígrafe del capítulo primero de anotación de demanda de nulidad de la hipoteca) en relación a la cuestión de si debe acreditarse o no para las práctica de dichos asientos la restitución de las cantidades satisfechas como consecuencia de la adjudicación de la subasta y del pago a los acreedores.

(61) Contrástese el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

2. LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE EJECUCIÓN.

Como hemos visto anteriormente se trata de un procedimiento por completo nuevo y distinto del sumario de ejecución. La jurisprudencia, con base en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, ha aceptado expresamente que es una vía perfectamente lícita para solicitar la nulidad de actuaciones por cualquiera que se vea perjudicado por el auto de adjudicación del procedimiento de ejecución (62).

La pretensión del actor consiste en retrotraer los efectos de la ejecución de la hipoteca a un momento determinado del procedimiento con declaración de nulidad de todo lo posteriormente actuado, haya finalizado o no el sumario lo que implica, si hay inscripción, la impugnación del contenido del Registro de la Propiedad.

Estamos, por tanto, ante una auténtica demanda en procedimiento ordinario que debe acceder al Registro por medio de la anotación prevista en el número 1 del artículo 42 y con cumplimiento de todos los requisitos que para ello prevé la legislación, en concreto lo dispuesto en el artículo 139 y 166.1 del Reglamento Hipotecario.

Dos son los momentos en que puede tener acceso al Registro de la Propiedad:

a) *Demanda entablada antes de la finalización del procedimiento sumario*

La demanda deberá ser dirigida contra el titular registral de la hipoteca o sus causahabientes. Nuevamente se plantea el problema del tracto sucesivo aunque ahora la cuestión aparece más clara pues ya no estamos ante una actuación de oficio del Juez o Tribunal que conozca del procedimiento, sino ante una acción de parte en la que debe estar identificada tanto la persona del actor como la del demandado.

(62) Esto debe ser matizado. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991 y 27 de julio de 1996 ponen de relieve que sólo el tercero que no haya intervenido en el procedimiento sumario está legitimado para interponer el declarativo pues si ha intervenido en el procedimiento la única vía para instar la declaración de nulidad es la interposición del recurso correspondiente. Si el interesado no reacciona a tiempo e impugna la resolución que pretende nula por el cauce procesal del recurso no cabe que posteriormente pretenda reabrir la cuestión en un procedimiento ordinario. Desde luego es una cuestión ajena a la calificación del Registrador y que debe ventilarse en el propio procedimiento.

Nótese que si el interesado ya no puede acudir a la vía del recurso por ser firme el auto que pone fin al procedimiento sumario y tampoco puede acudir a la vía del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, las únicas posibilidades que se le ofrecen son: intentar la vía de la declaración de oficio a pesar de la firmeza o, en su caso, acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La Res. DGRN de 5 de abril de 1995 pone de manifiesto cómo al no ser objeto de impugnación la titularidad registral del hipotecante no deudor (63) no es preciso demandarle. Con mayor razón no deberá ser objeto de demanda el eventual tercer poseedor ni los titulares posteriores a la inscripción de hipoteca. El objeto de la demanda no es impugnar el contenido del Registro, sino el desarrollo actual del procedimiento sumario sin que se plantee cuestión alguna relativa a las titularidades inscritas (ni siquiera se plantea el asiento de hipoteca). Como veíamos anteriormente, si alguno de los eventuales interesados se ve perjudicado podrá instar a su vez la nulidad de las actuaciones por los procedimientos previstos en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tomada la anotación si finaliza el procedimiento ordinario de nulidad de actuaciones antes de que lo haga el procedimiento sumario se practicarán los asientos que se ordenen en la sentencia (art. 198 Reglamento Hipotecario) que raramente tendrán trascendencia hipotecaria por no haber finalizado la ejecución (64). Lo normal es que el único asiento a practicar sea la propia cancelación de la anotación de la demanda. De hecho, si existen asientos posteriores no hay razón alguna para cancelarlos, sino más bien lo contrario. Ni el asiento de hipoteca ni el de anotación preventiva cierran el Registro y, en cuanto a este último, el objeto de la anotación no es impugnar ningún derecho anteriormente inscrito y del cual puedan traer causa los posteriores titulares. Los derechos posteriores a la anotación se verán afectados en su caso por el propio desenvolvimiento de la ejecución hipotecaria pero no por la declaración de nulidad de actuaciones.

Más frecuente será, sin duda, que el procedimiento sumario finalice antes que el declarativo, en cuyo caso se reproduce el problema que en la primera parte de este trabajo estudiamos en relación con la declaración de nulidad de la hipoteca.

Tratándose de procedimientos distintos, el procedimiento sumario podrá llegar a su fin y devenir firme e inscribible el auto que así lo acuerde produciendo la inscripción en favor del adjudicatario y el correspondiente asiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca. Al existir titularidades que dependen precisamente del desenvolvimiento producido por el derecho real de hipoteca hay que concluir que la cancelación no puede alcanzar a la anotación preventiva practicada. El problema de prioridad ya no se plantea entre la inscripción de hipoteca y la propia anotación tal y como veíamos en el capítulo primero; ahora el problema se plantea entre la propia anotación y la

(63) En el supuesto de hecho la impugnación la llevaba a cabo el deudor no hipotecante contra el acreedor hipotecario.

(64) Aunque no tiene por qué ser así: puede que se haya practicado la nota marginal de la regla 4.^a del artículo 131 o las notas marginales de la regla 5.^a

adjudicación verificada a consecuencia del procedimiento sumario. La finalidad de la anotación no es tanto evitar que el adjudicatario alegue protección registral, lo que no podría hacer en ningún caso, como procurar asegurar el resultado del pleito y, caso de apreciar la pretensión, la nulidad de la inscripción de adjudicación practicada.

Al igual que ocurría con las anotaciones de nulidad del derecho de hipoteca, la anotación de demanda de nulidad de actuaciones sólo podrá ser cancelada, de conformidad con los artículos 83 y 84 de la Ley Hipotecaria, en virtud de mandamiento emanado del propio Tribunal que la ordenó.

Por lo demás véase lo dicho en el capítulo primero en relación a la nulidad de la hipoteca.

b) *Demanda entablada después de finalizado el procedimiento sumario de ejecución*

Será el último remedio (a salvo lo visto más arriba sobre incidentes de nulidad una vez finalizado el sumario) que tendrá la parte o el interesado que pretenda la declaración de nulidad de actuaciones una vez que sea firme el auto del Juez aprobatorio del remate.

Si el resultado del procedimiento sumario ya consta inscrito, la pretensión del actor es impugnar por completo el contenido del Registro de la Propiedad, por lo que, de conformidad con las reglas generales, deberá demandar tanto al adjudicatario como a sus causahabientes y a los titulares de derechos cancelados.

La eficacia de la anotación depende del resultado de la sentencia, puesto que si es absolutoria no procederá más asiento que el de cancelación de la propia anotación, pero si es estimatoria se procederá de la forma que determine la sentencia, especialmente en lo que se refiere a la cancelación de la adjudicación derivada de la subasta, de la cancelación llevada a cabo después, de los asientos posteriores a la anotación y de esta misma. No hay, pues, especialidad alguna si no que son de aplicación las reglas generales sobre inscripción de sentencias cuyas demandas han tenido reflejo en el Registro de la Propiedad. Me remito nuevamente a lo dicho en el capítulo primero, último epígrafe sobre requisitos para verificar la inscripción de la sentencia.

Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los «viajes combinados» (En torno a la Ley 21/1995, de 6 de julio, y la jurisprudencia precedente) (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA LEY 21/1995, DE 6 DE JULIO, REGULADORA DE LOS VIAJES COMBINADOS.—3. EL CARACTER PREVIO Y VINCULANTE DEL PROGRAMA O FOLLETO INFORMATIVO DEL VIAJE COMBINADO —4. LA PROMOCION PUBLICITARIA COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONTRATO: 4.1 EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE CONSUMIDORES 4.2. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY DE CONSUMIDORES. 4.3. LA CONSIDERACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE CONSUMIDORES.—5. LA JURISPRUDENCIA SOBRE VIAJES TURISTICOS ANTERIOR A LA PROMULGACION DE LA LEY 21/1995: 5.1. SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1993 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. 5.2. SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1993 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA 5.3 SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1993 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA. 5.4. SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1994 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA 5.5. SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1994 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. 5.6. SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1995 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ.—6. CONSIDERACIONES FINALES. INTEGRACION DEL CONTRATO Y NOCION DE CONSUMIDOR.

(1) El presente trabajo forma parte de un conjunto de estudios sobre la defensa y protección del consumidor que han merecido la financiación de la Dirección General de Enseñanza Superior del Ministerio de Educación, bajo el número de Proyecto PS95-002, a la que el autor desea manifestar el correspondiente agradecimiento.

La ocasión inicial del estudio de la materia me fue sugerida por don Francisco Javier Melgosa Arcos, Coordinador del Curso monográfico sobre «Agencias de Viajes y Consumidores la Ley de viajes combinados», celebradas en Avila del 11 al 13 de abril de

1. INTRODUCCION

Al tener el honor y la ocasión de ser invitado a participar en el Curso monográfico sobre «Agencias de Viajes y Consumidores: la Ley de viajes combinados», celebradas en Avila del 11 al 13 de abril de 1997, bajo los auspicios de la Fundación Cultural Santa Teresa y la Consejería de Industria, Comercio y Turismo de la Junta de Castilla y León, propuesta que me apresto a cumplir a través de estas breves páginas, me ha parecido oportuno dar cuenta del *status* normativo que, en relación con los viajes turísticos —a partir de ahora denominados «viajes combinados», como en seguida veremos— representa, en la Unión Europea, el desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990.

En relación con España, la incorporación al Derecho interno (denominada oficialmente, como es sabido, con el dudoso término de *transposición*) del mandato normativo de la referida Directiva se ha realizado mediante la Ley 21/1995, de 6 de julio (publicada en el *BOE* del día siguiente). Se trata de una Ley breve (13 artículos y algunas disposiciones complementarias), pero sin duda alguna importante en su significado, tanto por los principios de que parte, siguiendo como es natural las prescripciones de la Directiva, cuanto por la trascendencia económica que en los tiempos contemporáneos alcanzan los que, según la propia Directiva y la Ley, debemos denominar «viajes combinados».

Tal y como reza el título de la presente aportación, aunque haya de ofrecer una visión general de la citada Ley española, me centraré en exclusiva en el carácter vinculante de la oferta publicitaria de los viajes turísticos, al tiempo que ofreceré una reseña jurisprudencial de sentencias dictadas con anterioridad a la promulgación de la Ley 21/1995, que manifiestan a las claras que la jurisprudencia española había tenido reiteradas ocasiones de llegar a la misma conclusión en la materia objeto de consideración.

2. LA LEY 21/1995, DE 6 DE JULIO, REGULADORA DE LOS VIAJES COMBINADOS

A los efectos que nos interesan, debemos reseñar algunos aspectos de la Ley comentada que permitan la exacta comprensión de la tesis sostenida en

1997, bajo los auspicios de la Fundación Cultural Santa Teresa y la Consejería de Industria, Comercio y Turismo de la Junta de Castilla y León. A él debo agradecerle la invitación para participar en dicho curso como conferenciante. Por otra parte, debo manifestar un reconocimiento especial a mi buen amigo Miguel Ruiz Muñoz, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y, en la actualidad, Secretario de la Revista *Estudios de Consumo* (editada por el Ministerio de Sanidad y Consumo), por haberme suministrado gentilmente un magnífico *dossier* sobre la Ley de referencia.

esta breve aportación, dada la reciente aprobación de la Ley 21/1995, y atendiendo además a que la mayor parte de los lectores de esta espléndida Revista no tienen por qué estar familiarizados con la temática considerada (2).

Los dos grandes ejes alrededor de los cuales gira la Ley son los siguientes:

1. En primer lugar, como es habitual, la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea. Por ello, afirma su preámbulo o exposición de motivos, «se considera que la realización del mercado interior turístico, por su relevancia económica, necesita de un acercamiento y homogeneización de las legislaciones nacionales».

2. «Junto a este propósito armonizador —sigue diciendo el preámbulo—, la Directiva comunitaria pretende, también, una mayor protección de los consumidores...». Desarrollando este principio, la exposición de motivos insiste en que «la protección de los consumidores se centra, en primer término, en la completa y detallada información que obligatoriamente ha de facilitarse al consumidor en la oferta a través de un programa de viaje a cuyo contenido la Ley da carácter vinculante para el organizador o detallista. La acentuación de la protección para una adecuada información se advierte en la exigencia de la forma escrita del contrato y la consignación de cláusulas que constituyen una descripción del viaje combinado cuya complejidad es evidente».

De otra parte y de forma instrumental, interesa destacar algunos conceptos propios de la nueva Ley, que son objeto de contemplación en el artículo 2 de ella (rubricado como *Definiciones*):

1. Constituye «viaje combinado», según la Ley, «la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia:

- a) transporte,
- b) alojamiento,
- c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado».

La mera lectura del precepto, sin necesidad de entrar en un mínimo análisis exegético (que aquí, además, resultaría imposible), pone en evidencia que, en términos prácticos, la mayor parte de los actos contractuales llevados

(2) Una espléndida visión general de la Ley indicada puede verse en el estudio de M. RUIZ MUÑOZ, «Guía explicativa de la Ley de Viajes Combinados», en *Estudios de Consumo*, 1996/37, pág. 103 y sigs. En la misma Revista, vid. unos números antes (1992/23, pág. 43 y sigs.) el extenso estudio de I. QUINTANA CARLO, *La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados*, fruto —según indicación del propio autor— de un Dictamen elaborado a solicitud del Instituto Nacional del Consumo.

a efecto por las agencias de viajes se encuentran sometidos al imperio de la nueva ley, pues los requisitos exigidos no están referidos en exclusiva a los que sociológicamente conocemos hasta la fecha como *paquetes turísticos* o expresiones similares (*boocking*, por ejemplo). Al contrario, basta concertar alojamiento (aunque sea sólo por una noche) y transporte o desplazamiento para que el contrato realizado quede sometido a las normas propias de la Ley 21/1995; dígase lo mismo del desplazamiento en un mismo día para asistir a un concierto o a cualquier otra actividad de cuya entrada o boleto haya de responsabilizarse la agencia de viajes.

2. La Ley denomina «organizador» a «la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un *detallista*». Esta última denominación, equivalente a la de minorista, corresponde a «la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador».

3. EL CARACTER PREVIO Y VINCULANTE DEL PROGRAMA O FOLLETO INFORMATIVO DEL VIAJE COMBINADO

Adopta como punto de partida la Ley (art. 3) el hecho de que la oferta contractual relativa a los viajes combinados debe instrumentarse mediante la puesta a disposición de los consumidores de «un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información» sobre los extremos que circunstanciadamente se contemplan en el número 1 de la propia norma (3).

(3) Cuyo tenor literal es el siguiente. «El detallista o, en su caso, el organizador deberá poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información sobre los siguientes extremos:

- a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase.
- b) Duración, itinerario y calendario de viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial.
- d) El número de comidas que se vayan a servir.
- e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia
- f) Precio del viaje combinado y precio estimado de las excursiones facultativas, el importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten
- g) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor en caso de anulación

Seguidamente, dispone el número 2 del artículo tercero lo siguiente:

«2. La información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o el detallista del viaje combinado, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta.

b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes».

No hay duda, pues, de que la consideración técnico-jurídica del programa o folleto informativo merece la calificación de *oferta contractual* en sentido propio y de especiales características, en cuanto es una declaración de voluntad que la Ley considera emitida con la intención firme de celebrar un contrato y que contiene todos los elementos necesarios para que con la mera aceptación de la otra parte, del viajero, se pueda decir que el contrato ha quedado perfecto. El mayorista y/o el minorista desarrollan una actividad profesional (de ahí que la Ley excluya de la condición de «organizador» a quien actúa de forma «ocasional») y, en consecuencia, se entiende legalmente que la emisión del folleto constituye un supuesto concreto de una *oferta al público* (o *ad incertam personam*) de carácter vinculante para el oferente. Por tanto, se trata igualmente de una oferta de carácter irrevocable, dada la intrascendencia (como siempre, relativa) de los supuestos considerados *sub a)* y *sub b)* en el pasaje normativo antes transcrito, cuyo comentario ha de darse por realizado.

Frente a la regla general codificada de que la oferta contractual, aisladamente considerada y mientras sea verdaderamente tal, se caracteriza por ser un *acto unilateral* y generalmente revocable, la Ley 21/1995, adopta el criterio normativo antitético. Sin embargo, realmente y yendo al fondo del tema, no hay antítesis alguna entre una y otra regulación, sino sencillamente presupuestos fácticos distintos.

Las reglas codificadas fueron redactadas pensando en la celebración de contratos que eran objeto de negociación concreta y casuística entre las partes contratantes y, además, dando por hecho que los contratantes eran iguales no

h) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.

i) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España.

j) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado»

sólo frente a la Ley, sino también entre sí, respecto de la autorregulación de sus intereses: contratos *personalizados* o contratos *negociados*, podríamos decir.

En cambio, los contratos de adhesión o la eficacia de las condiciones generales de los contratos exigen un replanteamiento de la cuestión y establecer criterios normativos distintos, sobre todo una vez que la protección y defensa de los consumidores (considerados grupalmente, obsérvese, y no como contratantes aislados) ha tenido la dicha de convertirse en un genuino principio general del derecho en el ordenamiento español (art. 51 CE y Ley 26/1984, de 19 de julio).

4. LA PROMOCION PUBLICITARIA COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONTRATO

4.1. EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE CONSUMIDORES

Mas, en realidad, la nueva disposición normativa en cuya virtud el folleto informativo de los viajes combinados constituye parte integrante del contrato, una vez que se llegue a la celebración de éste, siendo una norma —como antes afirmé— de gran importancia, no deja de ser una manifestación concreta más del sentir normativo de las últimas décadas en el entorno cultural en el que nos movemos y, en particular, de la jurisprudencia y legislación españolas (a las que, obviamente, ha de ceñirse este breve escrito), de un lado, y, de otro, de la tendencia actual a regular legislativamente aspectos sectoriales de la realidad social a los que la aplicación de normas de mayor generalidad o de los pronunciamientos reiterados de la jurisprudencia aportarían soluciones idénticas.

Faltaría a la probidad científica si afirmara que tengo una opinión radical y precisa sobre este último fenómeno, pues sin duda la intervención del legislador —legítima, en todo caso y por supuesto, si se desenvuelve dentro de las coordenadas constitucionales— presenta factores positivos de innegable trascendencia, sobre todo frente a la ciudadanía no experta en Derecho, en cuanto contribuye al conocimiento generalizado de «conquistas jurídicas» que, de otra manera, quedarían en la sombra para la mayor parte de los ciudadanos. La grandeza de la ley radica precisamente en su general y necesaria publicidad y, por tanto, en el amplio conocimiento social que determina, frente al conocimiento limitado y propio sólo de los expertos de la aplicación analógica o de los pronunciamientos judiciales. Con todo, el gusto excesivo por la desenfundada y recurrente regulación legislativa tampoco carece de inconvenientes respecto del conjunto del sistema normativo, una vez alcanzada la convicción de que la abstracción de la norma y, en su caso, su posterior concreción mediante la oportuna sentencia judicial constituyen la base medular de nuestro Derecho positivo.

La cuestión apuntada, sin embargo, ha de quedar en eso, en un mero apunte, pues las pretensiones de esta aportación son más modestas. Se trata sencillamente de resaltar que, *pian piano*, las condiciones generales de la contratación y los contratos de adhesión van siendo sometidos a parámetros normativos cuyo norte y guía es la protección de los consumidores y la restauración de equilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes, aunque alguna de ellas (al menos, individualmente considerada) se encuentre situada en términos materiales en la posición de económicamente débil.

Desde tal perspectiva, es evidente que nada hay que objetar a la regulación establecida por la Ley 21/1995, en el sentido de considerar vinculados a los oferentes de viajes turísticos a sus propias declaraciones en los correspondientes folletos o programas informativos. Es más, la norma es sencillamente una concreción de lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, suficientemente conocido a estas alturas y cuya nitidez literal exime en este ensayo de cualquier comentario: «La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido».

4.2. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY DE CONSUMIDORES

A su vez, la formulación legal de semejante principio encuentra causa y fundamento en una línea jurisprudencial de la Sala 1.^a (o de lo Civil) del Tribunal Supremo que, en particular, supo extraer bien de la norma imperativa contenida en el artículo 1.258, bien de la norma interpretativa situada en el artículo 1.288 del Código Civil español, la regla de que las promesas contenidas en los prospectos, folletos o, en general, declaraciones publicitarias debían integrar el contenido del contrato (4).

(4) Sobre esta materia, en general (y en particular sobre la STS de 27 de enero de 1977), me permito remitir a mi estudio «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», publicado en la *Revista de Derecho Privado*, 1980 (junio), pág. 50 y sigs., y a la extensa bibliografía allí considerada, así como a la visión institucional del tema en mis *Principios de Derecho Civil*, tomo 3, 4.^a ed., Ed. Trivium, Madrid, 1996, pág. 107 y sigs.

Cfr. asimismo, en línea parecida a la por mí defendida y de forma prácticamente simultánea, M. GARCÍA AMIGO, «Integración del negocio jurídico», *AAMN*, 1983/23, pág. 76 y sigs. (antes en *RDN*, 1980, pág. 51 y sigs.). Con posterioridad, vid. J. I. FONT GALÁN, «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la

En concreto, con anterioridad a la publicación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en 1984, deben mencionarse al menos las siguientes sentencias:

1. La de 14 de junio de 1976, relativa a una máquina de preparación de harina de pescado, que considera incumplimiento contractual el hecho de que el rendimiento efectivo de la referida máquina fuera menor que el que se anunciaba en la propaganda gráfica y publicitaria con que contó el adquirente en el momento de celebrar el contrato.

2. La fundamental Sentencia de 27 de enero de 1977, referida —como otras posteriores— a la adquisición de viviendas o bienes inmuebles, que obliga a la sociedad constructora a atenerse a los «folletos impresos de propaganda» difundidos por ella, entendiendo que la aplicación del artículo 1.258 del Código Civil obliga a realizar la integración del contrato, utilizando el estándar de la buena fe como criterio normativo.

3. La Sentencia de 9 de febrero de 1981, en cuya virtud la enajenación y venta de unos chalés comprendía también las parcelas o el terreno correspondientes a la zona deportiva y a la piscina anejas a tales viviendas residenciales, ya que «la oferta pública de venta lo comprendía».

4. Pese a la fecha en que fue dictada, debe considerarse perteneciente también a este grupo la Sentencia de 20 de enero de 1989, pues ni en los autos ni en la sentencia aparece referencia alguna a la Ley de los consumidores, ventilándose el pleito exclusivamente en base a las disposiciones generales del Código Civil y, en particular, al citado artículo 1.258. En este caso se condena al constructor, en concreto, a realizar todas las obras necesarias para adecuar los inmuebles a la «memoria de calidades» contemplada en los proyectos «a la vista del contenido de los contratos de compraventa de las viviendas edificadas por el demandado y de la memoria descriptiva adjunta a los mismos, así como de la descripción de calidades del inmueble en construcción que el promotor-constructor hizo en los repetidos anuncios publicitarios...».

4.3. LA CONSIDERACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEY DE CONSUMIDORES

Con posterioridad a 1984, aunque de forma algo tardía, habida cuenta del principio *da mihi factum, dabo tibi ius o iura novit curia*, han de considerarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo:

publicidad engañosa», en *Cuadernos de Derecho y comercio*, 1988/4, pág. 7 y sigs.. C. VATTIER FUENZALIDA, «La interpretación integradora del contrato en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 496 y sigs., y las páginas dedicadas a tales cuestiones, en relación con el artículo 8 de la LCU, por M. PASQUAU LIAÑO en los *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. Bercovitz y J. Salas), Madrid, 1992 (en particular, págs. 155-171).

1. La Sentencia de 7 de julio de 1988, pese a que su fallo no obliga al constructor a someterse a las declaraciones previas al otorgamiento del documento contractual, por deficiencias probatorias por parte de los demandantes, adquirentes también de bienes inmuebles con destino vivienda. No obstante, como regla general, el TS hace hincapié en que, conforme a su doctrina, es «cierto que la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y origina responsabilidad en el oferente».

2. La Sentencia de 21 de julio de 1993, que recalca la «obligación exclusiva de la promotora a finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los artículos 1.096, 1.101, 1.256 y 1.258 del Código Civil y el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

3. Finalmente, la reciente e importantísima Sentencia de 8 de noviembre de 1996, la cual (citando todas las anteriores de forma expresa) ordena a una empresa constructora transmitir la propiedad de los terrenos destinados a jardines y esparcimiento a los propietarios de las torres o bloques de departamentos, ya construidos, que los adquirieron bajo tales condiciones y características técnicas, ofrecidas públicamente. Al igual que la sentencia anterior, también ésta reclama la aplicación tanto de las disposiciones propias o *ad hoc* del Código Civil (entre ellas, nuevamente, el art. 1.258) cuanto las específicas contenidas en la Ley de consumidores.

En el siguiente epígrafe vamos a contrastar que ocurre lo propio en relación con la nueva norma de vinculación de las empresas oferentes en relación con los viajes turísticos, aunque en este caso —que sepa al menos quien suscribe— no existen sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular, sino exclusivamente de Tribunales inferiores.

5. LA JURISPRUDENCIA SOBRE VIAJES TURÍSTICOS ANTERIOR A LA PROMULGACION DE LA LEY 21/1995

Con anterioridad a la promulgación y publicación de la Ley 21/1995, diversos Tribunales españoles han tenido ocasión de pronunciarse en relación con el cumplimiento defectuoso de lo pactado o contratado respecto de algunos viajes turísticos, de mayor o menor fuste. En general, podemos afirmar que el conjunto de tales sentencias han fijado la responsabilidad *contractual* de la agencia de viajes, en cuanto minorista, con independencia de que el

cumplimiento defectuoso del contrato encuentre su razón de ser en falta de diligencia de la agencia de viajes o, por el contrario, en causas ajenas a ella, provocada generalmente por la falta de adecuación de los servicios turísticos ofrecidos por el mayorista u organizador a la realidad existente en el momento de ejecución del contrato.

Vamos a ver seguidamente un grupo de sentencias sobre el particular, dictadas entre 1993 y 1995, año de publicación de la Ley de viajes combinados, para seguidamente realizar una serie de consideraciones conclusivas sobre el particular.

5.1. SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1993 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA

En el caso de autos, la demandante en primera instancia (doña María Pilar S. M.) consigue una sentencia favorable por deficiente prestación del servicio turístico y, en particular por haber sido alojada en un hotel de distinta categoría al contratado con la agencia de viajes. Las normas aplicadas son, de una parte, las generales del Código Civil y del Código de Comercio y, de otra, las propias de la Ley de consumidores.

En grado de apelación la compañía mercantil «Korkula Tours, S. L.» (agencia de viajes) alega tres puntos fundamentales:

1. La inadecuación de la legislación de consumidores y usuarios.
2. Su falta de legitimación pasiva, por ser una mera intermediaria.
3. La imposibilidad de que la viajera quede exonerada, íntegramente, del pago de la prestación hotelera, tal y como había declarado la sentencia de primera instancia.

La sentencia referida en el epígrafe desecha los dos primeros motivos de apelación, aunque modifica el extremo tercero en los correspondientes fundamentos de derecho (que, en adelante, reproduciremos textualmente, si bien notoriamente abreviados):

«PRIMERO.—...En cualquier caso no se trata propiamente de un supuesto de responsabilidad extracontractual, esto es evidente, sino de incumplimiento contractual en fase de ejecución, sucediendo que se aplica correctamente la legislación contenida en la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ... Centrándonos en el aspecto ius-privatista de la norma debemos señalar ... que desde el punto de vista de la jerarquía normativa la LGDCU se superpone a la propia legislación civil o mercantil, sin ser ella misma, y esto es relevante, ley propiamente encuadrable en el ámbito específico de lo civil o de lo mercantil. No en vano se

trata de una Ley que desarrolla un mandato constitucional (arts. 51.1 y 2 CE en relación con el 1.1 de la misma), consagrando un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico (art. 53.3 CE) ... de tal forma que su aplicación se refiere en todo caso a las relaciones entre comerciantes y consumidores y usuarios, que desde este punto de vista se desmercantilizan, debiendo aplicarse preferentemente las normas de la LGDCU, mientras que cuando no se trata de un acto de consumo, actos realizados entre comerciantes, se aplicará la legislación mercantil hoy vigente. Por ello cuando el Juez *a quo* invoca el principio de solidaridad que consagra el artículo 27.2 de la Ley citada para rechazar la falta de litisconsorcio pasivo necesario no nos encontramos verdaderamente en sede de responsabilidad extracontractual sino de una obligación cuyo origen es legal.

SEGUNDO.—Salvado lo anterior, lo que fundamentalmente se sostiene por la recurrente es que su posición de intermediaria determina su falta de disposición sobre el objeto del contrato y por alcance de la de su legitimación pasiva. Para resolver este problema de fondo, debemos aplicar las normas relativas a la comisión y al mandato. No cabe duda que en todo caso se trataría de un supuesto de representación indirecta, siéndole aplicable los artículos 245, 246 y 247 del Código de Comercio, atinentes al comisionista que contrata en nombre propio y que por ello quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratar, quedando a salvo siempre las acciones que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí. En igual sentido el artículo 1.725 del Código Civil. La cuestión, pues, estriba en determinar si la recurrente contrató en nombre propio o en el de la agencia o compañía organizadora o mayorista. De la documentación aportada se desprende evidentemente lo primero, y así de los documentos incorporados a los folios 9, 10, 12 y 37, donde es la propia apelante la que expide, sin mención a ninguna otra delegación o comisión, los recibos correspondientes al pago o la solicitud de inscripción, donde sólo se hace constar en el epígrafe corresponsal la denominación de la mayorista. En el documento del folio 12 y 39 figura como agencia emisora, es decir, no se desprende de la documentación aportada mención directa o indubitada de que estuviese actuando en nombre de su comitente. En cualquier caso se trata de un supuesto de representación aparente de tal entidad que implica la asunción como propios de los actos referidos.

TERCERO.—Siendo así las cosas nos queda por resolver la cuestión relativa a los daños y perjuicios... Tampoco debemos olvidar lo que se denomina integración de la publicidad en el contrato reconocida por el artículo 8.1 de la propia LGDCU en el sentido de que las condiciones y garantías ofrecidas publicitariamente serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. Igualmente debemos señalar que la Ley mencionada

consagra el principio de inversión de la carga de la prueba. En el presente caso ... lo que se acredita es una deficiente prestación del objeto del contrato por parte de la sociedad suministradora del servicio. Sin embargo, no podemos tener por justificados otros hechos alegados por la demandante. Siendo ello así no puede tratarse de exonerar el pago del servicio, sino de moderarlo en la medida en que ha sido defectuoso y además porque si se hubiese dado un incumplimiento total la parte actora, hoy apelada, no habría permanecido en el alojamiento todo el tiempo pactado. Por ello *ex* artículos 1.101 y 1.103 del Código Civil debemos determinar una minoración del 40 por 100 del precio total de la prestación (sobre ciento setenta y seis mil cuatrocientas pesetas) como suma a indemnizar por la hoy recurrente».

5.2. SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1993 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA

En este caso, además del Código Civil y de la Ley de consumidores, la Audiencia Provincial aplica el Decreto 19 de abril de 1990, número 61/1990, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viaje de Castilla-León (aplicable, pues, únicamente a dicha Comunidad Autónoma y no al conjunto del territorio español).

La sentencia es muy extensa y circunstanciada, pero los datos de hecho son sumamente claros: dos señoras conciertan con «Viajes Halcón» un viaje a Egipto y un crucero por el Nilo. Una vez llegadas allí, tanto el hotel cuanto el barco son de inferior categoría a la contratada, por lo que —tras realizarlo— solicitan la devolución íntegra del viaje.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 19-7-1993, estimando parcialmente la demanda y condenando a la demandada a abonar a las actoras 100.000 pesetas (la mitad para cada una), en concepto de indemnización compensatoria, dejando para el trámite de ejecución de sentencia la diferencia económica que resulte a favor de las demandantes, en su caso, por la estancia en un hotel y embarque en una motonave distintos a los previstos.

La Audiencia Provincial de Segovia declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, desestimando en particular la alegación de «Viajes Halcón» de estar exonerada de las deficiencias en el cumplimiento del contrato, dado su carácter de entidad intermediaria, al tiempo que aprovecha el fundamento de derecho quinto para ofrecer una indicación normativa del *status quaestionis* en Derecho español en el momento de dictarse la sentencia:

«QUINTO.—No existe en el Derecho español una normativa específica del contrato de viaje organizado por Agencia. Aunque sí una reglamentación general de las actividades propias de las agencias de viajes ... En la

fecha de realización del viaje (octubre 1992) aún no había entrado en vigor la Directiva Comunitaria 90/314/CEE, Directiva de 13-6-1990, relativa a viajes combinados y aprobada por el Consejo de la CEE, cuya eficacia se desarrolla a partir del 1-1-1993. En consecuencia la normativa aplicable está constituida por el Real Decreto 271/1988, de 25 marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes, desarrollado por la Orden Ministerial de 14 abril de ese mismo año, normativa que impone a las Agencias la exigencia de una póliza de seguro para cubrir los posibles riesgos derivados del normal desarrollo de su actividad, y que de conformidad con la nueva distribución territorial y competencial del Estado Autonómico surgido de la Constitución de 1978, ha dado lugar a una serie de reglamentos autonómicos, entre los que cabe citar entre otros, el Decreto 45/1988, de 13 febrero, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Decreto 153/1989, de 22 junio, de la Comunidad Autónoma de Galicia, que fueron los primeros publicados, y el Decreto 61/1990, de 19 abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aplicable en el caso actual, como ya se ha expresado.

Por lo que se refiere al problema específico de si la Agencia de Viajes, como tal, es responsable directo frente al consumidor o sólo un mero intermediario, hay que señalar que ... es criterio mayoritariamente consolidado el de estimar que la agencia responde también ante el consumidor de que el resultado contratado responda a los términos de la oferta. En efecto, cuando la agencia asume el encargo del cliente de procurarle la totalidad de los servicios turísticos comprendidos en el paquete, su compromiso comprende, en realidad, algo más que el desplegar la diligencia adecuada, pues se trata de lograr un resultado tangible, aunque no tenga un contenido material. Cabe, por tanto, asimilar en cuanto a su naturaleza estos contratos a los de arrendamiento de obra (art. 1.544 del Código Civil), con lo que el régimen de responsabilidad de la agencia incluye no sólo el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones que integran el viaje provenientes de su propia actuación sino también las procedentes de las actuaciones poco diligentes de quienes suministran las prestaciones sub-contratadas (art. 1.596 del Código Civil). Este es el régimen de responsabilidad que se deriva de la normativa general del Código Civil, así como el acogido en la Directiva citada (art. 5.1.º) que, como se ha dicho no es de aplicación todavía en el caso enjuiciado, y el que se deduce no sólo de la normativa específica antes mencionada sino también de las reglas aplicables con carácter general en ... la Ley General 26/1984, de 19 julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la cual en su artículo 27 recoge la responsabilidad directa del vendedor (agencia minorista) de un producto o servicio frente al consumidor, sin perjuicio de su facultad de repetir contra los otros responsables, conforme a lo prevenido en el número 2 del artículo 27 de la citada Ley».

5.3. SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1993 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

En el caso que la origina, a consecuencia de las desavenencias existentes sobre el cumplimiento contractual, «El Corte Inglés, S. A.» formuló demanda sobre reclamación de cantidad frente a doña Cristina M. V. ante el Juzgado de 1.^a Instancia, número 7, de Vigo. La demandada se negaba a aceptar la compensación de 10.000 pesetas ofrecida por la agencia de viajes demandante, por estimar que no se le había prestado el servicio (contratado, en efecto) de la conducción de los viajeros (la demandante y su marido), con guía, desde el aeropuerto de Amsterdam al hotel y el regreso al aeropuerto.

El Juzgado de 1.^a Instancia, en fecha 4-6-1993, dictó sentencia estimando la demanda y condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de 116.066 pesetas.

La Sección Primera de la Audiencia de Pontevedra, aplicando exclusivamente el artículo 1.101 del Código Civil, declara haber lugar en parte al recurso de apelación formulado por la demandada (que opone la excepción de cumplimiento irregular, *exceptio non rite adimpleti contractus*) y revoca la sentencia apelada en parte, en el sentido de estimar sólo parcialmente la demanda deducida por «El Corte Inglés, S. A.» atendiendo a: «que el perjuicio [sufrido por los viajeros] tiene otros ribetes no meramente económicos, que van más allá del escueto importe del viaje en taxi; ha de valorarse, al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, el quebranto personal, la contrariedad que supone la situación en que la demandada y su marido se encuentran en país extranjero como consecuencia de aquel incumplimiento y que el servicio no prestado fue especialmente tenido en cuenta por la contratante del viaje, precisamente en evitación de situaciones como la que finalmente hubo de padecer. Por ello estimamos que debe incrementarse la reducción de la prestación debida, aunque no a la cantidad pretendida por la demandada (50.000 ptas.), que casi alcanza la tercera parte de la prestación contratada, pero sí a un total de 30.000 pesetas, por lo que la sentencia de instancia será revocada en parte, reduciendo lo debido por la demandada a un total de 96.066 pesetas».

5.4. SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1994 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA

En este supuesto, en cambio, la Sala no hace referencia alguna al Código Civil, sino que funda su fallo sólo en la Ley de consumidores, pese a que dicha Ley no había sido objeto de contemplación por las partes en el juicio. Se trata de un caso en el que unos usuarios conciertan un viaje de Bilbao a

Londres, con alojamiento, por tener ya adquiridas entradas para asistir al teatro. Llegados a la capital británica, los viajeros se encuentran ante la sorpresa de que carecen de plaza hotelera y, enfurecidos hasta extremos insospechados, regresan a la ciudad de Bilbao.

Interpuesta la correspondiente demanda por los viajeros, el Juzgado dictó con fecha 4-3-1993, sentencia desestimando la demanda, pero la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya declara haber lugar al recurso de apelación, revocando la sentencia y condenando a los demandados («Andrea Tours, S. A.») a que abonen al actor la cantidad de 220.735 pesetas, más los intereses legales desde la sentencia de instancia con imposición de costas de primera instancia a los demandados.

En sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto, la sentencia de apelación razona en contra de la falta de legitimación de «Andrea Tours, S. A.»:

«TERCERO.—Entrando en el fondo del asunto, la Sala no comparte el criterio de entender que ningún incumplimiento se da por “Andrea Tours, S. A.”, puesto que de conformidad a la Ley 26/1984, de 19 julio...,

La normativa anterior es de aplicación general y que se debe no sólo interpretar sino aplicar en beneficio y protección de usuarios y consumidores, siendo que la traspolación a este supuesto es perfecta y acomodada a derecho, pese a que dicha normativa no fuera invocada por las partes, sin que ello tampoco suponga violación de principios congruenciales toda vez que el juzgador debe aplicar las normas de derecho que proceden al caso y no las que las partes invoquen en sus escritos, tal y como sienta el principio procesal *iura novit curiae*».

«CUARTO.—...A la Sala le es indiferente que lo contratado sea “paquete turístico” o no, pues lo realmente ofrecido al usuario, y así contratamos todos los ciudadanos los viajes de estas características, es la salida un día determinado con vuelta otro fijado y con alojamiento desde que se llega a la localidad o lugar de destino en el hotel previamente concertado; no se puede admitir, como pretende el apelado, que si al llegar al lugar de destino no existe habitación disponible el problema es del hotel y a éste corresponde solucionarlo, porque el contrato lo realizó el actor con la Agencia demandada y ésta es la que se obliga frente al usuario de que se preste el servicio contratado...; sin olvidar que los actores se encontraban en un país extranjero y que a pesar de que conocieran el idioma, son mayores las dificultades...

Por tanto, la Agencia es quien asume el riesgo y los problemas que pudieran existir frente al cliente; distinto es, que a su vez y, en todo caso la agencia repita contra el Hotel, pero esto es un problema ajeno al usuario...

En conclusión, entendemos que los actores han acreditado a la Sala que concertaron un viaje con la agencia demandada para pasar en Londres desde el día 16 al 20 de abril y que habían, asimismo, sacado entradas para acudir al

teatro tanto el día 16 como el día 17, no pudiendo disfrutar de tal viaje porque el mismo día de su llegada no disponía de alojamiento en el hotel contratado sin que tal falta de disponibilidad no se debiera a su actitud o conducta, sino que fue la inactividad de la demandada que ni entregó lo contratado ni ofreció solución con prontitud, lo que supone un incumplimiento grave, lo que provocó la vuelta de los actores el mismo día de su llegada. Ante tal incumplimiento procede que la demandada abone a los actores la cantidad reclamada en la demanda, toda vez que por incumplimiento de lo contratado el usuario ha sufrido unos perjuicios que no le corresponde soportar».

5.5. SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1994 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Se pronuncia igualmente en el sentido de considerar que las agencias de viajes que ofertan y contratan con un particular un «paquete turístico» son responsables frente a éste de las deficiencias que puedan existir en la prestación de los servicios que se incluyen en el mismo, aun cuando la organización de éstos corra a cargo de otra persona —un mayorista o *tour operator*— con quien la agencia de viajes haya podido contratar a su vez y, obviamente, sin perjuicio del derecho que pueda asistir a ésta contra aquélla.

Para llegar a tal conclusión, aplicada en este caso a la realización de un safari por Africa, la sentencia reseñada trae en causa tanto a la Ley de consumidores cuanto las consideraciones respecto del mandato o comisión mercantil que hemos tenido ocasión de contrastar antes en el fundamento de derecho primero de la SAP de Alava, de 2 de marzo de 1993 (hotel de distinta categoría a la contratada).

5.6. SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1995 (CIVIL) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

Trata esta sentencia de un supuesto de hecho de particular relevancia económica, pues el viaje turístico de tres personas tiene como destino la República Popular de la China y, de nuevo, la base normativa de resolución viene representada en exclusiva por el artículo 8 de la Ley de consumidores, ante la circunstancia de que en la programación de tal *viaje de placer* se incluían expresamente una serie de condiciones que figuraban en el folleto publicitario y que, según queda probado en el juicio, no fueron debidamente cumplidas conforme a lo pactado por la sociedad demandada.

En consecuencia, don Javier C. M., doña Antonia G. G. y doña Agustina G. G. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Ba-

dajoz, demanda en juicio de cognición frente a la agencia de viajes «Pullmantur, S. A.», sobre reclamación de cantidad, por valor de 750.000 pesetas. El Juzgado dictó el 23-5-1995 sentencia estimatoria de la demanda, que es apelada por la agencia. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, ratificando la sentencia de instancia, en la que se otorgó la cantidad referida «en concepto de perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual de la Agencia demandada».

Razona así la sentencia en su fundamento de derecho tercero: «...no se puso a disposición de los viajeros un “guía acompañante de habla hispana durante todo el recorrido” al que se hacía referencia en el folleto publicitario y que, al igual que las restantes condiciones, resultan plenamente exigibles por los clientes en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la vigente Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. La carencia de guía en un país con un idioma de compleja comprensión, en el que, además, es notoriamente conocido que los signos gráficos utilizados habitualmente son radicalmente distintos a los de nuestro entorno occidental, originó una serie de inconvenientes sobrevenidos que han sido relatados y suficientemente probados por los actores que, junto a los demás conceptos por los que se reclama, los cuales tampoco fueron cumplidos íntegramente conforme a lo pactado (a título de ejemplo, si la sociedad demandada sabe que el tren en cuestión solamente tiene una categoría, podía evitar las razonables dudas de los clientes derivadas de la confusión provocada simplemente con eliminar la expresión “1.ª categoría”), hacen que la cantidad reclamada resulte ajustada a los daños y perjuicios de carácter moral sufridos por los actores, por lo que la resolución recurrida ha de ser íntegramente confirmada».

6. CONSIDERACIONES FINALES: INTEGRACION DEL CONTRATO Y NOCION DE CONSUMIDOR

En la jurisprudencia reseñada hemos tenido ocasión de comprobar que el recurso técnico a la legislación propia de consumidores constituye el soporte de la mayor parte de las sentencias consideradas. Sólo una de ellas (la de la Audiencia de Pontevedra) resuelve basándose exclusivamente en las normas generales del Código Civil. Sin embargo, el sentido de los fallos correspondientes es idéntico, pues en el fondo se trata de propugnar la necesaria integración en el contenido del contrato de las declaraciones publicitarias realizadas por los oferentes de bienes y servicios y, por cuanto se refiere a los viajes turísticos, la responsabilidad de las agencias de viajes.

En relación con los consumidores, semejante conclusión viene impuesta por el propio tenor literal del artículo 8 de la Ley especial.

Para quienes no puedan atribuirse la condición de consumidores, por no ser destinatarios finales (5), la inaplicación de la ley especial no significa sin embargo que la *publicidad contractual* no sea determinante del contenido del contrato, sino sencillamente que dicha regla ha de extraerse del correcto entendimiento del artículo 1.258 del Código Civil, conforme al cual «los contratos ... obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Así pues, la integración del contrato con el contenido publicitario de las declaraciones de las partes no es sólo una consecuencia impuesta por la legislación especial a la que se ha hecho referencia (consumidores y viajes combinados), sino también un principio ínsito en el Código Civil y, por tanto, de generalizada aplicación en todos los supuestos en que la actividad publicitaria de una de las partes, tras la consiguiente prueba, así lo exija.

Prof. Dr. CARLOS LASARTE

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad
Nacional de Educación a Distancia (Madrid)
Vocal de la Comisión General de Codificación

(5) Como es sabido, dicho dato se convierte por el artículo primero de nuestra Ley 26/1984, en una clave de bóveda del sistema, afirmando el requisito de ser destinatario final de los bienes y servicios tanto en sentido positivo (núm. 2), cuanto en sentido negativo (núm. 3). Vid. A. BERCOVITZ, «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios sobre Consumo*, 1984/3, pág. 11 y sigs.

DICTAMENES Y NOTAS

En torno a la problemática de la herencia yacente

INTRODUCCIÓN

En sentido objetivo, la herencia puede encontrarse en las siguientes situaciones:

- a) Sin diferir o presunta: Antes de la apertura de la sucesión, cuando el causante no ha muerto o no se hubiere cumplido la condición suspensiva impuesta por el testador.
- b) Abierta: En el momento del fallecimiento del *de cuius*.
- c) Deferida: Cuando alguien puede hacer suya la sucesión abierta a su favor en testamento o por Ley.
- d) Yacente: Cuando está ya deferida, pero no aceptada todavía por el heredero. Es esta la única situación de la que me voy a ocupar seguidamente.
- e) Adida: Cuando el heredero ha manifestado, de modo expreso o tácito, su voluntad de hacerla suya.
- f) Vacante: Cuando no hay heredero o ha sido renunciada la herencia por la persona que tuviese derecho a ella según el artículo 956 del Código Civil.

Ya las fuentes romanas hablaban de que durante el espacio existente entre la muerte del causante y la adquisición de la herencia, ésta se encontraba yacente.

El problema que se ha planteado, desde el punto de vista tanto doctrinal como práctico, es el de atribuir a alguien la personalidad jurídica de la herencia yacente o, en otras palabras, determinar quién es el titular de los derechos y obligaciones relictos, pues hay que cuestionarse cómo es posible que tales derechos existan sin sujeto.

LA HERENCIA YACENTE: VALORACIÓN JURÍDICA

Como afirma LACRUZ BERDEJO (1), en aquellos ordenamientos jurídicos en los que la herencia se adquiere mediante la aceptación, ha venido preocupando desde siempre a la doctrina el problema planteado por la solución de continuidad que se establece en la titularidad de los derechos a causa de la *vacatio* de la herencia, es decir, de la existencia de un período de tiempo, el que media entre la apertura de la sucesión y la aceptación del llamado, en el que los bienes y relaciones de obligación que se imputaban al causante carecen de titular actual. Se dice entonces que la herencia está yacente.

Para dilucidar y clarificar esta cuestión se han formulado diversas teorías o soluciones, a las que me voy a referir a continuación.

En el Derecho romano se consideraba que el titular era la persona del difunto que, por una ficción, era tenido por sobreviviente.

Los compiladores del Derecho justiniano consideraron en cambio que la herencia yacente tenía una personalidad jurídica propia e independiente del causante.

Modernamente se defiende la idea de que la herencia yacente es un patrimonio destinado a un fin o un patrimonio autónomo sin sujeto.

En realidad, se trata de un supuesto en el que el ordenamiento jurídico, en defensa de los derechos del futuro heredero, de los acreedores del causante y del orden público y privado, tolera la ausencia de sujeto actual durante un tiempo en atención a que tal sujeto existirá después y cubrirá con su titularidad, dado el efecto retroactivo de la aceptación, todo el período de yacencia desde el fallecimiento del causante.

Nuestro Código Civil no regula directa y sistemáticamente la situación de la herencia yacente, pero alude a esta situación en el artículo 1.934 al decir que «la prescripción produce sus efectos jurídicos, a favor y en contra de la herencia, antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y deliberar».

Pero lo que importa, más que resolver el problema teórico de quién es el titular de la herencia yacente, es determinar quién ha de administrar y representar el caudal relicto a fin de conservarlo para el heredero y de crear un punto de referencia al que puedan dirigir los terceros sus pretensiones contra el causante.

Con arreglo al Código Civil, la administración de la herencia puede comprender tanto al administrador nombrado por el testador, o al albacea a quien el testador haya facultado para ello (*ex art. 961*), o a los llamados a la misma (*ex art. 999*), o al administrador nombrado por el Juez (*ex arts. 965 y 1.020*).

(1) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Barcelona, 1983.

Con estos preceptos se puede resolver el problema de saber si el heredero o administrador están legitimados o no para vender o arrendar bienes de la herencia o para formular demandas para hacer efectivos derechos que formen parte del caudal hereditario.

Algún sector doctrinal, en nuestro país, se ha referido también a la denominación yacencia voluntaria cuando siendo el heredero del todo determinado y conocido no ha aceptado la herencia y ésta, o bien se halla en su administración provisional (*ex art. 999 CC*), o bien es administrada judicialmente, sea porque se han incoado los procedimientos de testamentaría o abintestato sin haber aceptado el heredero, sea porque la herencia se halla en administración judicial cuando se ha concedido a éste espacio para deliberar (*ex art. 1.010*), que expresa que todo heredero podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia para deliberar sobre este punto. Derivado del Derecho romano ha pasado al Código Civil, reduciéndose a que el heredero que haga uso del mismo debe manifestar al Juzgado, dentro de treinta días, contados desde el siguiente en que hubiere concluido el inventario, si acepta la herencia o la repudia. Pasados dichos treinta días sin hacer tal manifestación, se entiende que la acepta pura y simplemente.

También cabe señalar algunos casos específicos de yacencia forzosa, sea porque el llamado actual no se halla subjetivamente en condiciones de adir la herencia, sea porque le falte efectividad a la delación, sea porque el heredero es desconocido o se suscita contienda sobre quién debe serlo o la institución de heredero se ha realizado en favor de una persona determinable pero no determinada.

La herencia, en estos casos, no está definitivamente vacante, o sea, sin dueño, lo que tendría como consecuencia que las relaciones activas se extinguieran a falta de titular. Este género de vacancia no se da en nuestro ordenamiento jurídico porque siempre hay un heredero. El Estado será, en último lugar, el heredero. Pero sí se está a la espera de uno o varios dueños.

A la vista de estos preceptos del Código Civil y de la doctrina, quedan sin embargo algunos problemas pendientes, pues lo que realmente interesa es vigilar la administración y establecer la representación del caudal relicto con el objetivo de conservarlo para el heredero y asegurar la posición de los acreedores, creando además un punto de referencia al que los terceros puedan dirigir sus pretensiones contra el causante o las surgidas después de causarse la herencia.

La Sentencia de 14 de abril de 1971 contempló un supuesto en el que la viuda de un causante accionó contra el que ocupaba una finca de su marido, sin título alguno, para que la desalojase. Según la Sentencia citada, «se hace evidente que cuando, como en este caso, se está ante una suspensión de la titularidad primitiva sobre la masa de bienes y por causa de fallecimiento, y pendiente por tanto del paso de ellos a otros sujetos, es obvio que el patri-

monio subsiste como objeto de relaciones jurídicas que afectan al causante y a los que posteriormente hayan de asumir la titularidad de esos bienes, pero teniendo muy presente que hasta tanto esto ocurra ha de estar representada por el que ejercita la administración, por lo que se hace procedente considerar en este caso a la actora como parte procesal para ejercitar, como lo hace, las acciones derivadas de la herencia yacente».

Cuando el testador ordena o dispone una administración, la cuestión práctica no se suscita o, al menos, no es polémica. El problema surge cuando no es así, por lo que cabría suponer que sólo los actos de simple conservación o administración provisional del caudal hereditario sean posibles. Los restantes actos habrían de regirse por las normas de la gestión de negocios sin mandato (*ex arts. 1.888-1.894*) del Código Civil.

Sin embargo, sería dilatoria y perturbadora una norma tan estricta, por lo que no sería aceptable imponer a aquellas personas que tienen pretensiones contra la herencia la molestia de pedir la puesta en administración del caudal, por lo que los Tribunales estiman correcta y suficiente la legitimación pasiva cuando las demandas se dirigen contra la herencia yacente y los llamados a ella todavía no aceptantes. En este sentido, hay que recordar la dicción del artículo 524 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil al afirmar que «el juicio ordinario principiará por demanda, en la cual, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de Derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda». Como afirma PRIETO CASTRO (2), si se ignoraran las circunstancias del demandado habrá que manifestar cuanto conduzca a su individualización para que pueda ser citado.

La necesidad de fijar clara y precisamente en la demanda la persona o personas contra quienes se dirige habría de hacer imposible una demanda dirigida simplemente contra la herencia yacente, pues ésta no es persona jurídica ni puede entenderse personificada por la Ley a tales efectos. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1982 consideró que la herencia yacente podía figurar como elemento subjetivo de una relación jurídico-procesal, es decir, que a estos efectos la demanda podrá formularse contra la herencia yacente sin incurrir en falta de legitimación pasiva.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.^a) de 18 de enero de 1996 contempló un supuesto de legitimación pasiva de la herencia yacente que arroja luz sobre la cuestión, declarando que «ante todo, aunque en la vista de la apelación se quiera resolver el entuerto, se ha de puntualizar que en la litis ni las partes ni la sentencia han centrado jurídicamente el objeto del pleito con precisión, ya que al iniciarse el litigio los herederos

(2) PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1981.

legales llamados a la herencia del causante —esposa e hijos— no habían aceptado ni repudiado la herencia, por lo que nos hallamos en presencia de una herencia *yacente* contra la que se dirige un acreedor del causante llamando como representantes de ella a los *herederos desconocidos* de aquél». Afirma la Sentencia de 12 de marzo de 1987 que «la apertura de la sucesión de una persona se abre justamente en el momento de su muerte, en el cual su patrimonio se transmuta en herencia yacente, que no es sino aquel patrimonio relicto, mientras se mantiene interinamente sin titular, por lo que carece de personalidad jurídica, aunque para determinados fines se le otorga transitoriamente una consideración y tratamiento unitarios, siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, admitiendo el que, bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales (aquí se incluirán los herederos llamados a ella), pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar y ahora para recurrir. No es, sin embargo, distinguible y separable de los herederos destinatarios y, antes bien, debe afirmarse que la entidad a que se hace referencia es la misma hablando de la herencia yacente o de los herederos (desconocidos, ignorados, inciertos) de una persona determinada».

No cabe la estimación de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, en la que se insiste en esta apelación, por las acertadas razones que contiene y vamos a reflejar en la Sentencia de 7 de marzo de 1992 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real.

Según tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, los supuestos que pueden denunciarse a través de la referida excepción son exclusivamente la falta de designación de la persona contra quien se produce la demanda (SSTS de 5 de diciembre de 1974 y 17 de mayo de 1975) y la falta de claridad o precisión en el *petitum*, ya sea por inexistencia de súplica o porque ésta sea oscura e imprecisa, siempre que no pueda saberse lo que se pide (SSTS de 16 de junio de 1970 y 24 de mayo de 1982). No parece que la demanda que dio lugar a los presentes autos adolezca de ninguno de estos vicios. La designación en la misma como demandados de *los herederos desconocidos de don Manuel B. G.* viene a llenar todas las exigencias del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dado el reconocimiento que la figura de la herencia yacente tiene en nuestra jurisprudencia como patrimonio, que aún carente de personalidad jurídica puede en determinadas condiciones ser llevado al proceso civil y absuelto o condenado.

Abunda esta Sentencia, esclarecedora del tema que estoy tratando, la cuestión controvertida de la herencia yacente como persona jurídica diversa de la del fallecido, abandonando otras teorías que estuvieron en vigor en otros momentos históricos, entre ellas aquella que concebía a la herencia yacente como continuadora de la personalidad del causante. Es evidente a este respecto que la realidad de la vida presenta a veces situaciones en que un conjunto

de personas, sin constituir formalmente una persona jurídica, actúa en el tráfico como colectividad para cumplir determinadas finalidades que trascienden al interés individual de sus componentes, o el supuesto de determinados patrimonios, carentes transitoriamente de titular, que, sin embargo, están afectos a determinadas responsabilidades. Se plantea entonces la cuestión de si tales entidades pueden actuar en el proceso como parte demandada llegado el caso. Su actuación dentro del proceso civil se ha explicado confiriendo personalidad jurídica a dichas entidades o bien configurándolas como patrimonios autónomos que, sin ser personas jurídicas, actúan en el tráfico jurídico como si efectivamente lo fueran.

Ya GUASP advertía que, sin embargo, no puede desconocerse que el tratar a la masa de bienes como si fuera una persona jurídica a pesar de no serlo, constituye una ficción. La solución preferible, a juicio de dicho autor, es la de negar la condición de parte a esas masas patrimoniales. Las verdaderas partes en el proceso son quienes efectivamente intervienen en él: por ejemplo, los administradores del patrimonio que no representan a nadie, sino que sustituyen a los que en definitiva sean sus titulares con el fin de que la masa no paralice su acción en el tráfico jurídico (3).

La legitimación de la herencia yacente es una cuestión que en la actualidad ha tomado carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, hasta época relativamente reciente la legitimación fue un concepto tratado confusamente tanto por la doctrina como por la legislación, especialmente a causa de la inclusión bajo dicha denominación común de dos especies diferentes: la legitimación *ad processum* y la legitimación *ad causam*. La primera está referida a la posesión de las cualidades generales para actuar en un proceso, que actualmente se resume en la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. La segunda viene referida a la titularidad del derecho u obligación deducidos en juicio, que es lo que constituye el sentido técnico con que en la actualidad se entiende la legitimación.

El fundamento jurídico 2 de la mencionada Sentencia continúa declarando que «superada la antigua teoría que concebía la herencia yacente como continuadora de la personalidad del causante, los Tribunales de Justicia siguen hoy distintas corrientes de pensamiento, conceptuándosele en algunos casos como persona jurídica diversa de la del fallecido en base a los artículos 1.001, 1.004, 1.023 y 1.934 del Código Civil, y en otras como mero patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular. En todo caso, coincide la doctrina jurisprudencial en afirmar que los acreedores no pueden ser compelidos a detener o demorar el cobro de sus créditos por el hecho de acaecer el fallecimiento de su deudor; antes bien, el hecho de la muerte debe ponerles inmediatamente en guardia al existir un peligro cierto e inminente de que el patrimonio de aquél,

(3) J. GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1961.

sujeto a la responsabilidad de las obligaciones contraídas (art. 1.911 CC), se pierda en manos de sus herederos, con la consiguiente frustración de sus legítimos derechos de crédito. A tal fin es de interés el contenido de la Sentencia de 12 de marzo de 1987 recogido en el fundamento jurídico primero de esta resolución. No existe diferencia entre el instituto civil que la literatura jurídica conoce con el nombre de herencia yacente y el colegio de herederos de una persona. Es evidente que la alusión personalista a estos últimos, con el antepuesto calificativo de *ignorados, desconocidos* o cualquier otro de equivalente significación, aunque carece de la carga o connotación patrimonialista que es inherente a dicho instituto jurídico, no es sino una forma de designar a aquellos que pueden comparecer *en nombre de la herencia yacente*, designación, por otra parte, que viene a dar cumplimiento al mandato establecido en este sentido en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya defectuosa verificación se denuncia erróneamente».

A la vista del contenido del fundamento jurídico 2 de la Sentencia que comento, resulta evidente que la identificación de las partes en el proceso civil, es decir, quién sea el demandante y quién el demandado, debe quedar establecida de forma clara desde el primer momento. Como afirma MORENO CATENA (4), el proceso no puede desenvolverse entre entes abstractos o anónimos, sino entre sujetos de Derecho determinables y determinados con mayor o menor precisión.

Es obvio que el hecho de autos comentado estaba determinado, con mayor o menor precisión, al iniciarse el litigio en cuestión: la persona o personas contra la que se dirigía la demanda de un acreedor del causante. Es el actor el que viene gravado con la carga de identificar a las partes de un proceso o litis concreta, dando a conocer las circunstancias distintivas de los sujetos procesales. La identificación del demandado, de aquella persona o personas contra quienes se dirige la demanda no exige una precisión tan rigurosa como para el actor, porque imponer tal grado de concreción en las señas del demandado supondría en muchas ocasiones frustrar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante que desconociera todos los extremos que jurídicamente llegan a diferenciar un sujeto de otro. Según MORENO CATENA, es preciso conjugar la correcta designación del demandado con la diligencia exigible al actor para obtener las señas de identidad de aquél. Como expresa RAMOS MÉNDEZ (5), si se trata de demandar a un conjunto de personas susceptibles de identificación, cabe hacerlo —como sucede en el presente supuesto— como **herederos de X**. Recordemos que en el supuesto que estoy tratando aparecía la designación de **herederos desconocidos de X**.

(4) V. MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil*, Valencia, 1996.

(5) RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1984.

El fundamento jurídico tercero de esta Sentencia se refiere al hijo de X en cuanto representante de la herencia yacente, ostentando por ese hecho legitimación pasiva: «A la vista de la doctrina expuesta y teniendo en cuenta que cuando se deduce la demanda el hijo recurrente, como llamado a la herencia, no la había ni aceptado ni repudiado, quíerese decir que representaba a la herencia yacente y venía legitimado para ser demandado en tal concepto, aunque bien entendido que es la herencia yacente y no él a título particular la que viene obligada al pago de la deuda no discutida y a las costas, si bien se condene a ésta a través de su representante que es el heredero llamado a ella».

En nuestro país es corriente la doctrina que otorga a la delación, por sí sola y con independencia de la aceptación, efectos de atribución al llamado de facultades de custodia y administración de los bienes hereditarios. Hay autores prestigiosos, como GITRAMA y ROYO MARTÍNEZ (6), que afirman que la adquisición de la herencia se produce *ipso iure*, basándose para fundamentar esta opinión en la dicción del párrafo tercero del artículo 999 del Código Civil, según el cual «los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero».

El artículo 99 de la Compilación Foral de Cataluña, con mayor amplitud que el Código Civil, legitima al heredero para administrar el caudal hereditario y, conforme al citado precepto, «yacente la herencia, el heredero llamado podrá realizar actos posesorios de conservación, vigilancia y administración de la herencia, así como promover interdictos en defensa de los bienes. Estos actos por sí solos no implican aceptación, a menos que con ellos se hubiere tomado el título o cualidad de heredero».

El artículo 20.4 de la Ley Hipotecaria prevé una hipótesis, sólo posible en situación de herencia yacente, al permitir disponer de los bienes de la misma a los albaceas y administradores de ella sin necesidad de previa inscripción.

Por todo lo expuesto, hay que rechazar algunas de las tendencias que se dieron en el Derecho romano en relación con la herencia yacente. En primer lugar, hay que rechazar su concepción como cosa *nullius*, como si los bienes relictos estuvieran *sine domino*, como expresaba GAYO en su *Instituta*.

También hay que rechazar la idea de la herencia yacente como si estuviera atribuida al causante, tendencia a la que no fueron ajenas algunas Sentencias antiguas del Tribunal Supremo, tales como las de 5 de junio de 1861, 15 de marzo de 1881 y 9 de junio de 1885, entre otras, así como las Resoluciones de 21 de mayo de 1910 y 13 de febrero de 1936, con su variante de considerar persona jurídica a la herencia yacente según había hecho un texto de ULPiano, concretamente el *Digesto* (9, 2, 13, 2).

(6) GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950

En cambio, es admisible hoy en día la tesis que hace destacar en la herencia yacente a la persona del heredero como destinatario de la misma. Así lo concibió un texto de POMONIO en el *Digesto* (46, 2, 24). Este texto, como ha puesto de manifiesto LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL (7), da relieve, en función de la herencia yacente, a la persona del heredero llamado por cuanto, en orden a una estipulación, por ejemplo, la misma no se extingue con la muerte del prometedor, sino que pasa al heredero, cuya personalidad representa entre tanto la herencia. Así se estimó en Resoluciones de 10 de marzo de 1916 y 17 de Marzo de 1919, y Sentencias de 21 de junio de 1943, 8 de mayo de 1953 y 12 de marzo de 1987.

Hay que entender que en la herencia yacente existe un patrimonio de destino que si bien está carente interinamente de sujeto, posee una indudable proyección hacia un titular futuro, que en definitiva será la persona o personas designadas por el testador o por la Ley como herederos o destinatarios de dicho patrimonio. Por ello, resulta absolutamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico civil la idea de la herencia yacente como demandada en un proceso, pues es el heredero o los herederos futuros los que en definitiva representan a la herencia yacente.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Abogado

(7) L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, tomo I, Barcelona, 1995.

Una nueva Facultad de Derecho y una nueva Revista Jurídica

El pasado domingo, 6 de julio de 1997, se celebraron los actos de graduación de la primera promoción de alumnos de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, nueva Facultad de Derecho instituida hace tres años. La ceremonia de graduación, como lo que regularmente lleva a cabo dicha Institución, rompió todos los troqueles existentes con pleno éxito.

La Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, con sede en Mayagüez (Puerto Rico), se fundó hace tres años, superando un conjunto de vicisitudes que, con el tiempo, se verá que hacen historia.

Impulsada de modo regular y constante por su actual Decano, don CARLOS M. RIVERA LUGO, acompañado de un grupo de profesores con **nueva conciencia**, tiene como meta volcar en los estudios de Derecho la impronta de aquel magnífico intelectual y docente que consagra el nombre de la Institución: superación del insulso positivismo, mantenido por inercia inconsistente e irreflexiva que caracteriza los estudios jurídicos en este momento; formación de juristas pensantes, desalienados del reclamo utilitarista a corto plazo; conformación de una nueva generación de interesados en el Derecho por el Derecho...

Dentro del movimiento de renovación de los estudios jurídicos que se manifiesta en la órbita estadounidense —el denominado movimiento de los **critical legal studies**—, la Eugenio María de Hostos va directamente mucho más allá. Porque mientras que los **critical legal studies** expresan un nuevo **realismo jurídico** en el marco de la enseñanza —acoplar los programas de estudio a la existente realidad normativa superando la tradición consistente en resaltar la técnica del **common law**, dejando de lado la enorme e importantísima legislación (Statute Law) —que deja aquella técnica remitida al mundo de los sueños irrealizables—, los fines de la Eugenio María de Hostos pretenden superar todo **realismo** para plantear, al menos respecto de lo que a Puerto Rico se refiere, una total revisión de los planes de estudio del Derecho, con la pretensión de ir formando generaciones de personas pensantes, superando la presente situación.

Como es sabido, por influjo explicable de todo lo norteamericano, la enseñanza del Derecho en Puerto Rico, limitada a tres años, se preocupa solamente de habilitar «Abogados pleiteantes» (*skills*), lo que, con el transcurso del tiempo, ha provocado un enorme empobrecimiento de los conocimientos jurídicos, viviéndose a expensas de lo que en otras partes se hace, pero incluso sin reflexión alguna acerca de la oportunidad y procedencia de la copia absurda y desmesurada. Se ha desembocado así en un ordenamiento formado por mezcla de dos originales, en que también tiene cabida cualquier criterio, normativa o doctrina que se encuentre en cualquier parte del mundo. Resultando que, más que ser Puerto Rico el tan cacareado **laboratorio del Derecho comparado**, ha devenido en el laboratorio jurídico frankensteiniano. Generaciones formadas por el simple impulso, carentes de reflexión y de meditación del Derecho, arrastradas en la moda interdisciplinaria —pero sin alteración en lo absoluto del límite trienal del currículo, cuya ruptura debe ser el primer paso para una renovación auténtica y sincera—; a todo ello es menester ponerle fin. Nadie se había atrevido hasta ahora, no ya a retóricas de cambio, sino enfrentar el problema directamente. Esta es la función asumida por la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos.

Al parecer, el **cambio** —hecha excepción del de los dólares— no parece estar bien visto en las sociedades eminentemente conservadoras; y Puerto Rico, ¡vaya si es sociedad conservadora! Se explica así que, no empee el impulso dado por el Ilustre Colegio de Abogados, el Ayuntamiento de la ciudad de Mayagüez y un grupo de destacados ciudadanos de la llamada área Oeste de la Isla, las cortapisas que se han tenido que superar no hayan sido sencillas. Pero si el proyecto era merecedor, lo aclara que incluso un Banco, el Bilbao-Vizcaya de Puerto Rico, haya asumido la poco grata tarea de financiar buena parte de la operación (lo que ante los inspectores federales se ha de justificar siempre como «fines sociales»).

La primera cortapisa fue puesta, asombrosamente, por el Custodio de la Legalidad, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, quien **metiéndose en camisa de once varas** modificó *ex post facto* su Reglamento para asumir la acreditación de instituciones de enseñanza de Derecho, función que la legislación vigente remite al Consejo de Educación Superior. Luego constataremos en qué ha quedado todo.

El segundo obstáculo, ya más explicable, se puso «por la competencia»: alguna que otra Facultad de Derecho que podía sentirse afectada por y en el **negocio** de la enseñanza jurídica —sabrosísimo negocio cuando con tal carácter se asume dicha actividad *non profit*, regularmente convertida en el gaba-cho *bon profit*.

El tercero por **voces calladas**.

En el ámbito norteamericano es normal que lo que en otros lugares asume el Estado como función reguladora lo desempeñe la empresa privada. Así, y

por ejemplo, los controles de calidad de la producción industrial los asume un laboratorio, *Underswriters Laboratories*, formado por los grandes núcleos industriales, lo que les permite a éstos infringir sistemáticamente las normas de calidad (v.gr., el mayor impulsor del *U.L.*, la General Electric, suele recibir las mayores «multas» del *U.L.*). En la enseñanza ocurre igual; y, así, las Facultades de Derecho están controladas **en su calidad** por la Asociación Nacional de Abogados (American Bar Association), ya que la función de dichas Facultades es **fabricar Abogados**; existe otra entidad aparte, la American Association of Law Schools, con mayor prestancia académica, para cuya pertenencia es menester estar reconocido por la ABA. Así, la ABA es el primer requisito a cumplimentar por cualquier instituto jurídico docente. Ahora bien, dentro de los Estados Unidos hay múltiples Facultades de Derecho no adscritas a la ABA, sencillamente porque su acreditación la otorga el correspondiente Estado; así como quienes estudian fuera de la órbita de los Estados Unidos obtendrán unos certificados de instituciones no acreditadas por la ABA. De ahí que el Reglamento del Tribunal Supremo de Puerto Rico, regulador de «la admisión al ejercicio de la abogacía» —siguiendo una vieja y transmutada tradición inglesa de requerirse el placet de las *Courts of Equity* para postular ante ellas—, exigiese originalmente la acreditación de la ABA o del propio Tribunal para ser admitido al examen de reválida requerido para poder colegiarse y ejercer la profesión. Pues bien, puesta en marcha con la licencia de quien debe darla, el Consejo de Educación Superior, la Eugenio María de Hostos, ese Tribunal Supremo comenzó a hacer trampas al modificar, repito que *ex post facto*, su Reglamento para exigir la acreditación de la ABA y del propio Tribunal a efectos de que un estudiante pudiera solicitar admisión al examen de reválida. Pero mientras que la ABA tiene unos criterios muy claros para la acreditación, como el Tribunal Supremo de Puerto Rico nunca ha desempeñado tal función carece de criterios; de ahí que, al menos en el caso de la Eugenio María de Hostos, **tomase a préstamo** los de la ABA; no todos, sino alguno... que nunca se han concretado.

Ello explica que cuando el Comité designado por el Alto Organismo se presentó en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos no pudiera, en caso alguno, indicar cuáles serían los criterios de evaluación. De hecho, daba pena ver a tres inteligentes y honestas personas reconocer que lo que ellos tenían que hacer, enmarcado en las *pautas* señaladas por el Tribunal, era labor nada sencilla... al no haber pautas.

Claro es, cuando la Eugenio María de Hostos solicitó que sus estudiantes pudieran ser admitidos al examen de reválida —trámite **administrativo** que, por segundo error del Tribunal Supremo, fue despachado como planteamiento judicial, remitiéndose al Pleno— la respuesta del Tribunal, sorprendente, fue que ni tan siquiera se había solicitado (lo que era equivocación del Alto Organismo: se había ya hecho) la acreditación de la ABA.

Por lo que cuando vino el Comité de la ABA, la primera pregunta que hizo fue: «¿Y ustedes para qué solicitan nuestra acreditación?» Porque el Comité no veía nada clara su intervención al ignorar la modificación *ex post facto* del Reglamento del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Pero lo cierto es que el Comité inició su actuación. En la primera reunión con el pleno de la Facultad —representantes del estudiantado y personal administrativo incluidos, caso único en las Facultades de Derecho de esta órbita— no manifestó precisamente el Comité agrado alguno; de hecho, expresó múltiples cortapisas para emitir un «veredicto» (pues tal parecía que iba a ocurrir) acerca de la idoneidad de la Eugenio María de Hostos. Puesto el Comité a trabajar, en veinticuatro horas cambió su impresión. **Algo había apreciado** en la Institución. Incluso uno de sus miembros —a quien los estudiantes, **cariñosamente**, pusieron el apelativo de condón («ni siente ni padece») — se manifestó plenamente inclinado a aplaudir lo que veía. Fue mejor aún. Regularmente, cuando la ABA inspecciona suele reclamar por sistema varias cosas, entre ellas: rebaja del número de estudiantes admitidos y freno al alza en el costo de la matrícula. Con la Eugenio María de Hostos fue al revés. Como el problema institucional manifiesto es el económico (se depende exclusivamente del ingreso de matrículas, financiado regularmente mediante préstamos bancarios onerosos, sin becas estatales o federales ni ayuda de clase alguna, lo que supone una espera de varios años para que el incremento de estudiantes pueda ir compensando los costos fijos iniciales), se dio el caso sorprendente de que el Comité, apreciado el hecho el primer día y sorprendido por observar que el claustro (profesores, estudiantes, administración, empleados) se reuniese a las diez de la noche para tomar la determinación de reducir salarios e incrementar el costo de la matrícula, lo que se aprobó por y con el ciento por ciento de los votos, esa misma noche, en lugar de hacer lo que es costumbre (sentarse en el bar del hotel), se reunió para intentar diseñar un presupuesto con que la Facultad pudiera, al tiempo que presentar un estado económico más equilibrado, poder ir superando el déficit inicial.

El informe que emitió dicho Comité de la ABA, sin desconocer los obstáculos, no pudo ser más positivo.

Igualmente positivo fue el informe del Comité del Tribunal Supremo, del cual una sola cosa era sorprendente: la afirmación de que como en Puerto Rico había dos sistemas de Derecho, este Comité **había sido más exigente** que el de la ABA. Lo que tampoco fue cierto salvo en una partida que ninguna relación guarda con los dos sistemas de Derecho —sistemas que, por cierto, le han importado un peplo al Tribunal Supremo, pues el primero es torpedearlos—: el tema económico. Y resulta más sorprendente la manera de contabilizar el tema económico dado que de las proyecciones se computaba el gasto probable de las mismas, pero no el ingreso estimado «por ser éste una

proyección». Con lo cual, es claro, el obstáculo único que ofrecía la Eugenio María de Hostos se veía multiplicado. Punto aclarado luego.

Es obvio el problema económico, cuya solución viene por ahí del modo más sorprendente. Pero ¿qué se ha hecho en tres años?, ¿cómo se inició la labor?

Los profesores iniciales, grupo decidido como el que más, contrajo préstamos bancarios —mérito del Bilbao-Vizcaya, constante colaborador en el plan docente— con que asumir los gastos iniciales. Y cincuenta decididos estudiantes, lanzados a la aventura de estudiar en una Facultad aún no acreditada por la ABA, pero plenos del ideal de la Institución y de su mentor a distancia en el tiempo, don EUGENIO MARÍA DE HOSTOS; con una perspectiva inmediata semejante a la que éste tuvo: irse de Puerto Rico a República Dominicana o Chile, pues en su tierra «no cuajó». Una segunda generación, quizá «menos comprometida» pero que llegaba a 115 alumnos, y una tercera que alcanzaba los 125. Incremento de matrícula. Biblioteca inicialmente escasa, pero que mediante sistemas electrónicos suple la relativa escasez de volúmenes (no alcanza aún los seis mil, pero el complemento electrónico la pone en contacto con múltiples fuentes que, en pocos meses, **va a conectar a la Institución con todo el mundo vía satélite**, donativo de un brillantísimo inventor puertorriqueño, **inventor para, entre otros, la NASA**. Computadora para todo el mundo, pues «casi no se usa papel». Sede provisional, a la espera de adecuarse un edificio donado por el Ayuntamiento de Mayagüez con obras de reparación financiadas por el Banco Gubernamental de Fomento. Editorial que se inicia con la publicación —caso único en la historia de la Isla— de un Manual de Derecho procesal y al que han de seguir varios otros títulos, así como una Colección de Cuadernos de Derecho sobre las diversas ramas de lo jurídico. La revista...

Barco de Papel, que da nombre a la revista y a la editorial, es un precioso cuento de Eugenio María de Hostos con que se abre el primer número de aquella. Se trata de una revista nueva, original, distinta. Algún Abogado de los que por el barbecho existe la comparaba «admirativamente» con una famosa revista de modas femenina —claramente, fuente intelectual del Letrado de marras—. ELVIRA MARTA YORIO, directora por muchos años de la brillante *Revista Notarial del Colegio de Escribanos* de la provincia de Buenos Aires, ha difundido, en su recensión, los valores que la nueva revista implica: junto a un diseño que supera el aburrimiento que suele caracterizar a muchas revistas del ramo (¿por qué el Derecho tiene que difundirse así?), combina con seriedad interdisciplinaria toda la gama del conocimiento, gama que en cada número manifiesta su conexión jurídica, ciertamente no con un Derecho de pacotilla, sino CON EL DERECHO, y combinando lo existente normativamente con la reflexión crítica. Entrevistas con destacados escritores, artículos que invitan a pensar, que ellos mismos son pensamientos en abanico de

ideas. Unido todo a una impresión y diseño sumamente originales. Planes inmediatos para publicar anualmente doce títulos de textos diversos cuyos originales están a la espera de inserción electrónica.

Todo ello sin un céntimo. Solamente con fe y confianza en el futuro, pero muy destacadamente en el **patrimonio** existente: ese grupo de personas decididas.

Internacionalmente, la Eugenio María de Hostos ha celebrado ya dos programas veraniegos de intercambio con la Fundación española Ortega y Gasset, por aquello de que al tiempo que se estudia es conveniente ver otros panoramas. Y, de otro lado, un programa de intercambio y colaboración con Oñati y su institución vasca de estudios sociológicos, en el buen sentido de la expresión. Han de seguir, y en ello se está, con otros programas regulares con institutos latinoamericanos, habiéndose ya celebrado, *in advance*, un par de Congresos con Facultades de Derecho de La Habana, Santiago y Oriente, en Cuba; y para el otoño de este año participaciones en la República Dominicana. Y por ahí viene más.

Sólo tres años. Esperemos tres lustros a ver qué pasa.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos internacionales

1. *Estatuto de los apátridas*.—En el *BOE* del 4 de julio se publica el Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954.

2. *Convenio de Dublín sobre solicitudes de asilo*.—En el *BOE* del 9 de julio se publica el Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo relativo a las consecuencias de la entrada en vigor del Convenio de Dublín sobre ciertas disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado en Bonn el 26 de abril de 1994 y que se refiere a las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de la Unión Europea. Y en el *BOE* del día 1 de agosto se ratifica el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas, según el Convenio de 15 de junio de 1990.

3. *Unión Postal Universal*.—En el *BOE* del 8 de agosto se publica el Instrumento de ratificación de las Actas aprobadas por el XXI Congreso de la Unión Postal Universal en Seul el 14 de septiembre de 1994.

4. *Acuerdo con Marruecos en materia laboral*.—En el *BOE* de 3 de septiembre se publica la entrada en vigor del Acuerdo en materia de permisos de residencia y trabajo entre España y Marruecos, firmado en Rabat el 6 de febrero de 1996.

B) Leyes nacionales

Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio.—Reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto. Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

Ley 24/1997, de 15 de julio.—Consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

Real Decreto-Ley 14/1997, de 29 de agosto.—Modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

— Ley 27/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de las islas Baleares y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 28/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 29/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 30/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 31/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Generalidad de Cataluña y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 32/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 33/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad de Madrid y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 34/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 35/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 36/1997, de 4 de agosto, de modificación del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Valenciana y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

— Ley 37/1997, de 4 de agosto, por la que se aprueba la metodología de determinación del cupo del País Vasco para el quinquenio 1997-2001.

— Ley 38/1997, de 4 de agosto, por la que se aprueba la modificación del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

C) Leyes autonómicas

Baleares

Ley 2/1997, de 3 de junio.—Tasas de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares.

Ley 6/1997, de 8 de julio.—Suelo rústico de las islas Baleares.

Castilla-La Mancha

Ley 4/1997, de 10 de julio.—Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha.

Ley 5/1997, de 10 de julio.—Medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Ley 6/1997, de 10 de julio.—Hacienda de Castilla-La Mancha.

Ley 7/1997, de 5 de septiembre.—Gobierno y Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Ley 8/1997, de 5 de septiembre.—Reforma de la Ley 2/1994, de 26 de julio, del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha.

Castilla-León

Ley 8/1997, de 8 de julio.—Colegios Profesionales de Castilla y León.

Cataluña

Ley 7/1977, de 18 de junio.—Asociaciones.

Ley 8/1997, de 23 de junio.—Autoriza la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

Ley 9/1997, de 23 de junio.—Participación de la Generalidad en sociedades mercantiles y civiles, y de modificación de las Leyes 11/1981, 10/1982 y 4/1985.

Extremadura

Ley 6/1997, de 29 de mayo.—Bibliotecas de Extremadura.

Ley 7/1997, de 29 de mayo.—Medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente.

Galicia

Ley 4/1997, de 25 de junio.—Caza de Galicia.

Ley 5/1997, de 22 de julio.—Administración local de Galicia.

La Rioja

Ley 6/1997, de 18 de julio.—Reguladora del Consejo Económico y Social de La Rioja.

Madrid

Ley 19/1997, de 11 de julio.—Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid.

Murcia

Ley 4/1997, de 24 de julio.—Construcción y explotación de infraestructuras de la región.

País Vasco

Ley 6/1997, de 6 de junio.—Habilitación de un nuevo plazo para la adaptación estatutaria a la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi.

Norma Foral 2/1997, de 22 de mayo.—Régimen fiscal de las cooperativas.

Norma Foral 3/1997, de 23 de mayo.—Modifica la Norma Foral 3/1990, de 11 de enero, del ISD.

Ley 7/1997, de 19 de junio.—Regula el régimen de subvenciones y ayudas y modifica la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

Ley 9/1997, de 27 de junio.—Consejo Económico y Social Vasco.

II. Información de actividades

1. *Universidad Internacional Menéndez y Pelayo*.—En los cursos magistrales se desarrolló en los días 18 a 22 de agosto por nuestro Director, don LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, el titulado «Problemas actuales de la responsabilidad civil».

2. *Conferencia sobre oportunidades empresariales*.—Organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria y la Bolsa de Madrid y dirigida por el profesor don LAUREANO LÓPEZ RODÓ se ha celebrado el 26 de septiembre una Conferencia Internacional sobre «La liberación de sectores estratégicos y el proceso de convergencia: Oportunidades empresariales», con el siguiente programa:

- Presentación de la Conferencia por don ADRIÁN PIERA, Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid.
- «La liberalización de la economía española», por don CRISTÓBAL MONTORO, Secretario de Estado del Ministerio de Economía y Hacienda.
- «La convergencia europea: España y el euro visto desde la OCDE», por don JOSÉ LUIS FEITO-HIGUIRUELA, Embajador Delegado Permanente ante la OCDE.
- «La convergencia real con la Unión Europea: perspectivas económica y jurídica», por don LAUREANO LÓPEZ RODÓ, Catedrático.

Política de privatizaciones y apertura de la competencia

- «Política de defensa de la competencia en la Unión Europea», por don ALEXANDER SCHAUB, Director General de la Competencia de la Comisión Europea.

- «Derecho comunitario de la competencia y procesos de liberalización», por don GEORGES-ALBERT DAL, Profesor de la Universidad Católica de Lovaina, y doña LUCETTE DEFALQUE, Profesora de la Universidad Libre de Bruselas.
- «Las privatizaciones en España», por don PABLO ISLA ALVAREZ DE TEJERA, Director General del Patrimonio del Estado.
- «La Comunidad de Madrid en el modelo de desarrollo español», por don LUIS BLÁZQUEZ, Consejero de Economía de la Comunidad de Madrid.

La liberalización del sector energético

- «Perspectivas del mercado interior de la energía», por don PABLO BENAVIDES, Director General de Energía de la Comisión Europea.
- «La experiencia del Reino Unido en la liberalización del sector energético; una perspectiva bancaria», por don THOMAS HACKETT, Director de Departamento del Banco Europeo de Inversiones.
- «La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica», por don VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR, Secretario General de UNESA.
- «La liberalización del sector energético en España», por don NEMESIO FERNÁNDEZ-CUESTA, Secretario de Estado de Energía.
- «Política audiovisual de la Unión Europea», por don MARCELINO OREJA, Comisario Europeo.
- «El proceso de liberalización de las telecomunicaciones en España», por don JOSÉ MANUEL VILLAR URIBARRI, Secretario General de Comunicaciones.
- «Telecomunicaciones por cable», por don JUAN DE LA CRUZ FERRER, Profesor Titular de Derecho Administrativo.
- «Telefonía básica: entrada del segundo y tercer operador», por don JAVIER CREMADES, Abogado.
- «Distribución y contenidos en la industria multimedia», por don FERNANDO POMBO, Abogado.
- «Mercado interior y contratación pública en la Unión Europea», por don ALFONSO MATTERA, Director General (DG XV) de la Comisión Europea.
- «El transporte ferroviario», por don MIGUEL CORSINI, Presidente de RENFE.
- «El transporte aéreo: Barajas, aeropuerto de Europa», por don XABIER DE IRLA, Presidente de IBERIA.
- «La infraestructura aeroportuaria», por don FERNANDO PIÑA, Presidente de AENA.

- «La infraestructura portuaria», por don FERNANDO JAVIER OSORIO PÁRAMO, Presidente del Ente Público Puertos del Estado.
- «Nuevas estrategias del BEI en su política de financiación», por don LUIS MARTÍ ESPLUGAS, Vicepresidente del Banco Europeo de Inversiones.
- «Los mercados de valores en el proceso de privatizaciones», por don MIGUEL ÁNGEL LÓPEZ LOZANO, Abogado.
- «Los retos del mercado de valores ante la UEM», por don JUAN FERNÁNDEZ-ARRESTO, Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- «Los mercados nacionales de valores después del euro», por BLAS CALZADA, Director del Servicio de Estudios de la Bolsa de Madrid.
- «Mercados liberalizados: un valor estratégico», por don ANTONIO ZOLDO MARTÍNEZ, Presidente de la Sociedad Rectora Bolsa de Madrid.
- «El nuevo papel del Estado en la economía», por don JOSEP PIQUÉ, Ministro de Industria.

3. *Jornadas sobre el nuevo marco del urbanismo en Madrid.*—Han sido organizadas por la Empresa Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Madrid y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y se han celebrado en los días 6, 7 y 8 de octubre en el salón de actos de dicho Colegio.

Su programa ha sido el siguiente:

Día 6 octubre

Apertura:

Don LUIS EDUARDO CORTÉS MUÑOZ, Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Comunidad de Madrid.

Don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Mesa redonda:

«La reciente reforma del Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo».

Don JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, Abogado y Registrador de la Propiedad y Mercantil (excedente).

Don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Don RAFAEL ARNAIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Don JUAN ROMERO-GIRÓN DELEITO, Notario del Ilustre Colegio de Madrid.

Mesa redonda:

«La nueva Ley del Suelo».

Don FERNANDO NASARRE Y DE GOICOECHEA, Director General de Vivienda y Urbanismo del Ministerio de Fomento.

Don LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Director General de los Registros y del Notariado.

Don LUIS PERAL GUERRA, Viceconsejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Comunidad de Madrid.

Don LUIS ORTIZ GONZÁLEZ, Presidente de la Comisión Nacional de Urbanismo y Vivienda del PP.

Don FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Doña CRISTINA NARBONA RUIZ, Diputada del PSOE del Congreso de los Diputados.

Moderador:

Don JAVIER GARCÍA VALCÁRCEL SAIZ, Presidente de la Asociación de Promotores Inmobiliarios de Madrid.

Día 7 octubre

Don PEDRO ORTIZ CASTAÑO, Director General de Urbanismo y Planificación Regional de la Comunidad. «El plan regional de estrategia territorial».

Mesa redonda:

«Instrumentos de gestión urbanística en el ámbito de las Administraciones intervinientes».

Don LUIS ARMADA MARTÍNEZ-CAMPOS, Consejero Delegado de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S.A.

Don LUIS RODRÍGUEZ-AVIAL LLARDENT, Gerente Municipal de Urbanismo de Madrid.

Doña ANA PERPIÑÁ CARRERA, Directora para la Gestión Privada de Gerencia Municipal de Urbanismo.

Don LUIS DEL REY PÉREZ, Decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.

Don JOSÉ M.^a ERENAS GODÍN, Director General del Suelo de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Comunidad de Madrid.

Don ANTONIO PORTILLO PEINADO, Presidente de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo.

Moderador:

Don FERNANDO ACEDO-RICO HENNING.

Día 8 octubre

Don IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, Concejal de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente de Madrid. «El nuevo plan general de Madrid».

Mesa redonda:

«Las operaciones urbanísticas del nuevo plan general de Madrid».

Don Pío GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Arquitecto y Presidente Regional del PP en Madrid.

Doña AMALIA CASTRO-RIAL GARRONE, Directora General de Arquitectura y Vivienda de la Comunidad de Madrid.

Don SIGFRIDO HERRAEZ RODRÍGUEZ, Concejal de Vivienda del Ayuntamiento de Madrid y Presidente de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S.A.

Don FRANCISCO HERRERA DE ELEA, Portavoz del Grupo Municipal de IU en Madrid.

Don MANUEL GARCÍA-HIERRO CARABALLO, Concejal del Grupo Municipal del PSOE en Madrid.

Moderador:

Don FERNANDO ACEDO-RICO HENNING.

Clausura:

Don JOSÉ MARÍA ALVAREZ DEL MANZANO Y LÓPEZ DEL HIERRO.

Doña MARGARITA MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, Ministra de Justicia.

4. *Jornadas de Derecho Agrario en Logroño.*—En la Universidad de La Rioja se han celebrado las II Jornadas de Derecho Agrario bajo el tema «Problemas actuales del aprovechamiento del agua en la agricultura, durante los días 28-30 de octubre, con el siguiente programa:

- «Aguas privadas, especialmente aguas subterráneas», por don JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.
- «Facultad de exclusión del dueño del fundo de los usos comunes de agua», por don JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SÁENZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.

- «Aspectos jurídicos de la mejora de la gestión del agua en riegos», por don EMILIO PÉREZ PÉREZ, Doctor en Derecho y Académico de número de la Real de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.
- «La propiedad de las infraestructuras de regadío», por don ANTONIO FANLO LORAS, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Rioja.
- «Aprovechamiento de las aguas para regadío», por don ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Profesor Asociado de Derecho Civil y Secretario del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja.
- «Las comunidades de regantes», por don SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 20 de mayo de 1997.—EMPLAZAMIENTO POR EDICTOS.—Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando puede lesionar derechos.—Sala 1.^a.—Ponente: Sr. Jiménez de Parga.

Hechos.—Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El día 22 de abril de 1965, la entidad demandante de amparo adquirió de «Inmobiliaria Urbis, S.A.», dos parcelas en un barrio de Madrid, incluyéndose en la escritura de compraventa una condición resolutoria para el caso de que sobre dichas parcelas se construyeran edificios e instalaciones no destinados a fines docentes. La sociedad ahora quejosa construyó un centro docente sobre una de las parcelas, pero no pudo hacer lo mismo en la otra debido a la oposición del Ayuntamiento, que pretendía convertirla en zona verde.

b) El día 30 de enero de 1982, «Inmobiliaria Urbis, S.A.», dirigió una carta a la demandante de amparo instando la resolución de la compraventa. Dicha carta fue enviada a una dirección errónea, pese a lo cual llegó a su destino porque el portero, o algún vecino, conocedor de que la entidad tenía su centro docente en el mismo barrio, la remitió a su destinatario. El 24 de febrero del mismo 1982, «Enseñanza y Cultura, S.A.», contestó mediante carta a la requirente, oponiéndose a la resolución de la compraventa. En esta carta figuraba el domicilio social correcto de la entidad.

c) En fecha 25 de enero de 1995 llegó a poder de la demandante de amparo una nota simple del Registrador de la Propiedad en la que constaba el asiento registral de cancelación de la titularidad de la parcela en la que se había construido, en virtud de una Sentencia dictada en rebeldía el día 15 de septiembre de 1988 (y publicada en el *BOE* el 24 de octubre de ese mismo año). Al tener conocimiento de esa circunstancia, «Enseñanza y Cultura, S.A.», interesó del Juzgado copia de la Sentencia, acordándose mediante proveído de 10 de febrero de 1995 la entrega de la misma, que fue notificada el día 13 del mismo mes.

3. En su demanda de amparo aduce la sociedad recurrente la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión, puesto que la Sentencia que impugna se dictó *inaudita parte*. Fue declarada en rebeldía y se le privó en consecuencia de la posibilidad de un juicio contradictorio, sin que

el órgano judicial utilizase los medios a su alcance para garantizar su emplazamiento personal antes de acudir al edicto.

A su entender, el Juzgado que conocía del asunto no cumplió con el deber de diligencia mínimo que le era exigible en cuanto a la correcta citación del demandado. Señala la quejosa, en este sentido, los siguientes datos extraídos de los autos seguidos ante el Juzgado: La demandante indicó primeramente como domicilio de la demandada uno erróneo (calle Vinateros, 108), por lo que la citación resultó fallida. Y ello a pesar de que a la demandante le constaba el domicilio social de la demandada, que figuraba en la carta en la que se le había comunicado la negativa a rescindir la compraventa efectuada, y que se aportó a los autos como documento número 3. Con posterioridad, la demandante señaló otro domicilio para el emplazamiento (calle Vinateros, número 108), que resultaría igualmente fallido. La actora, por último, indicó un nuevo domicilio (calle San Juan, en Segovia), que había dejado de ser el domicilio social de la demandada desde hacía varios años. En fin, ante lo infructuoso de estos intentos, la demandante en el proceso *a quo* solicitó y obtuvo que el emplazamiento se realizase mediante edictos.

Si se tiene en cuenta que el domicilio correcto de la entonces entidad demandada constaba en autos y, sobre todo, su condición de sociedad anónima, por lo que su domicilio figuraba en el Registro Mercantil (STC 174/1990), es claro que el órgano judicial no agotó los medios a su alcance para conseguir el efectivo emplazamiento personal de la ahora solicitante de amparo. Con tal proceder —entiende la recurrente— el órgano judicial le impidió ejercer sus derechos de defensa, con vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 CE.

En virtud de todo ello se interesa de este Tribunal que se conceda el amparo solicitado y que, en su consecuencia, se anule la Sentencia impugnada.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo a «Enseñanza y Cultura, S.A.», y, en su virtud,

- 1.º Reconocer su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión.
- 2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de 15 de septiembre de 1988, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid.
- 3.º Restablecer a la demandante de amparo en la integridad del derecho fundamental vulnerado, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior en el que debió ser debida y personalmente emplazada.

Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 15 de septiembre de 1988, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, a la que se imputa una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)

Sostiene «Enseñanza y Cultura, S.A.», entidad solicitante del amparo, que el órgano judicial no agotó los medios a su alcance para proceder a su emplazamiento personal como demandada en el proceso judicial previo. Se acudió, ante el resultado negativo de los emplazamientos practicados en el domicilio señalado por la sociedad mercantil demandante, a su emplazamiento mediante edictos; no se tuvo en cuenta que constaba en los actos su domicilio

social y que, en cualquier caso, éste era fácilmente identificable solicitando la pertinente información del Registro Mercantil. Con tal proceder, el órgano judicial le impidió indebidamente comparecer en el proceso y ejercer sus derechos de contradicción y defensa, con transgresión de su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión.

Por similares razones interesa el Ministerio Fiscal que se conceda el amparo solicitado. La representación procesal de «Inmobiliaria Urbis, S.A.», en cambio, se opone al otorgamiento del mismo ya que, como demandante en aquel proceso judicial, actuó de buena fe —alega— facilitando al órgano judicial el domicilio social de la demandada del que tenía conocimiento e interesando en un tercer intento de emplazamiento que éste se efectuase en el domicilio que figuraba en la escritura de la compraventa cuya resolución era objeto de litigio. Sólo ante el resultado negativo de estos actos de comunicación optó el órgano judicial por acudir al emplazamiento mediante edictos, por lo que no ha existido la indefensión denunciada por la peticionaria de amparo.

2. Así centrados los términos del debate, debemos recordar que, con arreglo a una reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende, o incluye en el mismo, el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos, a fin de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses en litigio, lo que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal tendente a asegurar, en la medida de lo posible, la recepción de los mismos por sus destinatarios, y previniendo el riesgo de una eventual condena *maudita parte* (SSTC 36/1987, 316/1993 y 29/1997, entre otras muchas). Abundando en esta misma dirección, y al objeto de lograr la plena efectividad del derecho, este Tribunal Constitucional tiene establecido que los órganos judiciales han de procurar el emplazamiento personal de los demandados, siempre que sea factible, para evitar que nadie pueda resultar perjudicado por una decisión judicial recaída en un proceso en el que no se le dio la ocasión de comparecer para defenderse. Por ello, el emplazamiento hecho en edictos ha de entenderse como un remedio último, de carácter supletorio y excepcional, al que sólo cabe acudir cuando, desconocido el domicilio, el órgano judicial llegue a una convicción razonable sobre la imposible localización del demandado, una vez que la oficina judicial ha agotado los medios ordinarios a su alcance para averiguar su paradero (SSTC 157/1987, 242/1991, 193/1993 y 108/1994, entre otras muchas).

3 En el asunto que estamos considerando, se ha visto que el Juzgado actuó sin la diligencia exigible para asegurar el efectivo emplazamiento personal de la ahora demandante de amparo. Fue infringido el derecho del destinatario que habría de ser parte en el proceso. Siendo ello así, la presente demanda de amparo ha de ser estimada.

En efecto, fallidos los emplazamientos personales inicialmente intentados, le bastaba al órgano judicial con examinar los datos y la documentación obrante en los autos para tener conocimiento cierto sobre el domicilio social de la entonces demandada y ahora recurrente en amparo, pues éste figuraba en una carta que allí constaba. Además, siendo la demandada una sociedad mercantil, correspondía a la actora interesar su emplazamiento y a la propia oficina judicial llevarlo a cabo en el domicilio social que figurase en el Registro Mercantil, tal como ha declarado este Tribunal en supuestos similares al presente.

Así, en la STC 174/1994 se dijo que «... quien con ocasión de una relación contractual de compraventa mercantil no consulta previamente el domicilio de la entidad compradora que figura en el Registro Mercantil [...], no puede, sin más, alegar desconocer el paradero de la misma, ni el Juez conformarse con tal manifestación para seguidamente proceder al emplazamiento edictal» (fundamento jurídico 3). En parecidos términos se pronunció este Tribunal en la STC 51/1994 (fundamento jurídico 4) y en la STC 227/1994, en cuyo fundamento jurídico 4 vuelve a tomarse en consideración el hecho de que el órgano judicial no realizase actividad de comunicación alguna en relación con el domicilio que constaba en el Registro Mercantil para apreciar la vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión.

Si a todo ello añadimos que del examen de las presentes actuaciones no se desprende que la entidad solicitante de amparo actuase con negligencia o tuviese un conocimiento extraprocesal del litigio, sólo cabe concluir corroborando lo que ya adelantamos: Que la actuación procesal del Juzgado, relativa al emplazamiento personal de la entonces entidad demandada, no satisfizo las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, causando la indefensión de la solicitante de amparo, cuya demanda ha de ser, por ello mismo, estimada.

F C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Registro de la Propiedad

*Resoluciones de 4, 10, 11 y 25 de junio: 4, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 28 y 29 de julio
(BOE del 5, 7 y 24 de julio y BOE de 2 de septiembre de 1997)*

HIPOTECA: PACTOS SOBRE ANATOCISMO, INTERESES REMUNERATORIOS, DE DEMORA Y OTROS.

Los intereses no satisfechos sólo pueden reclamarse como tales dentro de los límites pactados y nunca englobados en el capital, principio de especialidad, defecto confirmado.

Fijado un máximo de responsabilidad por intereses remuneratorios, que no podrá exceder de cinco años al tipo pactado, no es necesario que dicho máximo corresponda a los intereses de tres años ni que se especifique el plazo, por lo que el defecto insubsanable debatido no puede ser estimado.

Idéntica solución debe adoptarse a la misma cuestión planteada por el Registrador sobre los intereses de demora.

No puede hacerse pronunciamiento alguno sobre el defecto acerca de la situación diferente entre partes y terceros en cuanto al límite de lo asegurado con la hipoteca por falta de concreción de las específicas referencias que se cuestionan.

*Resolución de 25 de junio de 1997
(BOE, 24-7-97)*

ABINTESTATO CON PADRES Y CONYUGE SEPARADO DE HECHO

En el presente caso, en el que ha recaído sentencia de separación comunicada al presentante de la demanda consentida por el otro cónyuge cuyo fallecimiento motiva su archivo, dado el desfase entre los preceptos relativos a la materia —legítima del viudo y separación conyugal— hay que concluir que la pérdida de los derechos legitimarios del viudo ha de ser consecuencia de una sentencia, lo que obliga a confirmar la nota de calificación que recha-

za la inscripción de la escritura de adjudicación de la única finca a los padres al entender el Notario recurrente que existe una separación de hecho acordada fehacientemente (arts. 945 y 834 y sigs. CC) que priva a la viuda de su legítima.

Resolución de 1 de julio de 1997
(BOE, 24-7-97)

ADJUDICACION EN JUICIO EJECUTIVO. NOTIFICACIONES DEL ARTICULO 1.490 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La omisión de las notificaciones prevenidas en el precepto citado respecto de los titulares de derechos adquiridos con posterioridad a la traba no impide la inscripción del bien rematado porque tales comunicaciones no son un trámite sustancial del proceso, sino simplemente una forma activa e individualizada de publicidad registral para que los indicados titulares conozcan el comienzo de la vía de apremio.

Resolución de 7 de julio de 1997
(BOE, 7-8-97)

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO

Una de las finalidades del expediente de dominio es la de servir para declarar la adquisición por el promotor del expediente, pero únicamente en aquellas hipótesis en que dicha adquisición no trae causa directa de un titular inscrito y hay ruptura efectiva del tracto y no una sucesión de titularidades inmediatas, como ocurre en el presente caso en el que el promotor ha adquirido directamente del titular registral.

Resolución de 8 de julio de 1997
(BOE, 21-8-97)

ADJUDICACION Y CANCELACIONES EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO (ART 131 LH)

La resolución judicial calificada no puede ser más clara sobre cuál sea la finca subastada y adjudicada. Ciertamente existen mejoras realizadas por el hipotecante que pueden plantear dudas (pese a lo previsto en el auto), pero se trata de cuestiones que el Registrador ha de resolver, sin que pueda eludirlas so pretexto de indeterminación.

En cuanto a la cancelación que ordena el mandamiento, el Registrador debe decidir si procede o no cancelar todo o parte de los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada. Tampoco en este segundo punto hay un defecto que pueda ser objeto de examen en el presente recurso.

Registro Mercantil

Resolución de 29 de mayo de 1997
(BOE, 1-7-97)

ADAPTACION A LSA. ELECCION DE CONSEJEROS

El artículo 22 de los estatutos que regula la elección de consejeros por la Junta General en igual número por cada uno de los tres grupos de 10.000 acciones hasta completar los tres o seis que forman el Consejo, figura inscrito en el Registro Mercantil, no ha sido modificado en su literalidad y no cabe rechazar ahora su inscripción ya que, al no resultar alteradas por la LSA vigente las normas de la Ley de 1951 relativas a la designación de consejeros, el precepto no precisa adaptación.

Resolución de 20 de junio de 1997
(BOE, 19-7-97)

**RECURSO GUBERNATIVO SOBRE LA INSCRIPCION
DE LA RESOLUCION DE 19 DE JULIO DE 1996**

La práctica de toda inscripción implica la previa calificación del título que la motiva y, caso de ser ésta negativa en todo o en parte, hay lugar para el recurso gubernativo.

Deben acceder al Registro en su integridad los dos primeros párrafos del artículo 2 de los Estatutos, tal y como ordena la resolución que se cumple, sin que pueda interpretarse que sólo es inscribible —prescindiendo del resto— lo que aparece entrecomillado en el hecho primero de la misma.

Resolución de 23 de junio de 1997
(BOE, 22-7-97)

**S.A.: ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL PRORROGADA
A DÍA NO CONSECUTIVO**

El principio de unidad de la Junta, que evita supuestos dudosos de incumplimiento de los requisitos de convocatoria, justifica la interpretación estricta del precepto de la LSA que limita la prórroga a que se lleve a cabo durante uno o más días consecutivos, circunstancia no cumplida en este caso de Junta convocada para el 25 de julio de 1993 que acuerda, según refleja el acta notarial de la misma, solamente la suspensión hasta el día 29.

Resolución de 26 de junio de 1997
(BOE, 23-7-97)

**CONSTITUCION DE «HERMANAS DE LA CARIDAD MADRE ABADESA
Y BEATO PATXI, SOCIEDAD LIMITADA»**

La similitud de la denominación social con otras usadas por entidades religiosas y la alusión a referencias personales son generadoras de confusión y no pueden acceder al Registro.

No cabe entender que se haya infringido la prohibición del RRM de incluir en la denominación social actividades no comprendidas en el objeto social, que, según el artículo 2 de los Estatutos, «lo determina la publicación de libros, revistas, carteles, etc.». (Defecto revocado).

Ha de confirmarse el tercer defecto. El Centro Directivo ha rechazado reiteradamente la utilización de la palabra «etc.» en la enumeración de lo que constituye el objeto, que implicaría la posibilidad de empleo de cualquier otro medio o procedimiento distinto de los enunciados, con la consiguiente indeterminación del objeto

Resolución de 24 de junio de 1997
(BOE, 24-7-97)

SRA: CIERRE DE LA HOJA POR NO DEPOSITAR LAS CUENTAS ANUALES

La legislación específicamente mercantil no impone de forma general el depósito de cuentas a las SRC simples, sino que excluye de tal obligación a las que tengan al menos un socio no sociedad —en este caso todos— que responda ilimitadamente, por lo que resulta inaplicable un régimen sancionador a una obligación inexistente.

La norma que invoca el Registrador en su informe (Ley 30/1994) no establece ninguna sanción para caso de incumplirse la obligación de depositar las cuentas, y en materia sancionadora no cabe la aplicación analógica.

Resolución de 30 de junio de 1997
(BOE, 24-7-97)

SOCIEDAD ANONIMA: RENUNCIA DE CONSEJERO

Es inscribible en el Registro Mercantil la renuncia de los consejeros que justifican la válida convocatoria de la Junta general en cuyo orden del día figura el nombramiento de nuevos administradores; y la eficacia de su dimisión no puede ser condicionada por contingencias posteriores que quedan al margen de la voluntad de los renunciantes.

Resolución de 3 de julio de 1997
(BOE, 31-7-97)

DISOLUCION DE SAL POR APLICACION DE LA DISPOSICION TRANSITORIA SEXTA LSA. REACTIVACION

La normativa especial de las SAL no es de aplicación al recurso, porque si bien la sociedad recurrente otorgó dentro de plazo el aumento de capital necesario, el documento no se inscribió en el Registro Mercantil.

Procede en consecuencia acudir a la LSA, cuya disposición transitoria 6.^a no declara la extinción de la personalidad de las sociedades anónimas que a 31 de diciembre de 1995 no tengan el capital mínimo, sino exclusivamente su disolución de pleno derecho y la cancelación de oficio de los asientos, fórmula de mecánica registral que respeta de modo transitorio dicha personalidad, por lo que debe confirmarse la denegación acordada por el Registrador Mercantil respecto de las escrituras de ampliación de capital y transformación en sociedad anónima, sin prejuzgar ahora si, como parece, es posible la reactivación de la sociedad disuelta.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO
y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

LA EXPRESION EN LAS CLAUSULAS DE CONSTITUCION DE HIPOTECA DE QUE ESTA GARANTIZA EL PAGO DE INTERESES REMUNERATORIOS POR UN MAXIMO «EN PERJUICIO DE TERCEROS», CONFORME AL ARTICULO 114 DE LA LEY HIPOTECARIA, DE EQUIS PESETAS NO ES INSCRIBIBLE, YA QUE EN LAS HIPOTECAS DE SEGURIDAD, COMO SON LAS CONSTITUIDAS EN GARANTIA DE INTERESES REMUNERATORIOS, NO AUTORIZAN A DISTINGUIR ENTRE PARTES Y TERCEROS. (RESOLUCIÓN DE 26 DE DICIEMBRE DE 1996. BOE DE 6 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—I. El «Central Hispano Hipotecario, Sociedad Anónima», concedió a la mercantil «Hotelera Europea Benidorm, Sociedad Anónima», un préstamo de 563.000.000 de pesetas de capital, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona don José Luis Perales Sanz, el día 29 de julio de 1993; y para garantizar dicho préstamo la entidad prestataria constituyó primera hipoteca a favor de la entidad bancaria sobre su edificio destinado a hotel, sito en el término municipal de Benidorm, finca registral número 12013 del Registro de la Propiedad de la referida localidad número 2. En la citada escritura se establece: «... Estipulación 2.^a Comisión de apertura e intereses. El préstamo devengará una comisión de apertura del 1 por 100 sobre el principal del mismo, a satisfacer por la parte prestataria de una sola vez en este acto. El préstamo devengará también, desde el momento de la entrega del capital, un interés que se calculará a todos los efectos que conforme a Derecho sea posible, aplicando al capital pendiente de devolución y por cada período de devengo el tipo de interés vigente. Por período de devengo se entenderá el tiempo real sobre el que se aplica el tipo vigente en cada momento, y por período de interés se entenderá el tiempo en que está vigente un tipo de interés. El primer período de interés estará vigente hasta el día 31 de diciembre de 1993, y durante dicho primer período el tipo de interés será del 13,75 por 100 (trece enteros y sesenta y cinco centésimas de otro entero puntos por ciento). Cada sucesivo período de interés tendrá una duración de un año, computándose éste de fecha a fecha, a excepción del último período, cuya duración se adecuará a la duración total del préstamo. En cada período de interés, será tipo de interés nominal vigente el resultante de añadir un determinado tipo durante toda la vida del préstamo de veinticinco centésimas de un punto por ciento. Será tipo de interés nominal de refe-

rencia, básico o normal, la media de los tipos de interés, en términos efectivos anuales, aplicados por el conjunto de entidades de crédito para las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, según especificaciones y procedimientos de cálculo recogido en la Resolución de 4 de febrero de 1991, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (BOE del 9) y correspondiente al conjunto de entidades, tal como se publica, con carácter mensual, en el *Boletín Oficial del Estado* por esta Dirección General del Tesoro y Política Financiera. La referencia adoptada será la correspondiente a la publicada para el primer mes del último trimestre del período en curso. Se calculará la primera y sucesivas cuotas trimestrales de interés, dividiendo entre cuatro el tipo de interés vigente y aplicándolo al capital pendiente de pago en cada momento. Si dejase de publicarse el tipo básico de referencia conforme se realiza en la actualidad, se tomará como interés de referencia el tipo medio de las operaciones de crédito hipotecario publicado por la Asociación Hipotecaria Española en el *Boletín Oficial del Estado* para el penúltimo trimestre del anterior período en curso, según las especificaciones y procedimientos de cálculo recogidos en la Resolución de 20 de junio de 1986, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera. En este supuesto de tipo de interés sustitutivo, el diferencial con que se incrementará el tipo de referencia será de dos puntos. Para determinar el tipo de interés de referencia, tanto básico como sustantivo, en la fecha expresada, a todos los efectos de este contrato, incluso al de los procedimientos judiciales a que pudiera dar lugar, las partes aceptan como prueba certificación sobre dicho tipo de interés o de comunicación sobre el mismo extremo, con cita del *Boletín Oficial del Estado* en que se publique, o bien comunicación emitida por los servicios del Banco de España o la referencia de su publicación en el *Boletín Económico del Banco de España* o cualquiera otra publicación de similar naturaleza. Tanto en el supuesto de aplicación del tipo de interés normal como en el del sustitutivo, la sociedad prestamista comunicará a la parte prestataria el tipo de interés, con referencia a su acreditación y con expresión del tipo de interés resultante y aplicable al préstamo ahora convenido. Con independencia de cualquier otro medio fehaciente que pueda utilizar, se considerará que «Central Hispano Hipotecario, Sociedad Anónima», cumple bien el indicado deber de comunicación mediante el envío, con una antelación de al menos quince días respecto al final del período en curso, de una carta, con acuse de recibo, conteniendo los datos anteriormente citados, dirigida a la parte prestataria en el domicilio fijado para notificaciones en esta escritura. La parte prestataria, a su vez, inexcusablemente, deberá hacer llegar a «Central Hispano Hipotecario, Sociedad Anónima», antes del penúltimo día del último mes del período en curso, bien por telegrama, bien personalmente o bien por cualquier otro medio fehaciente, el acuse de recibo del nuevo tipo de interés; y cuando éste sufra un aumento superior en tres puntos respecto al período de interés inmediatamente anterior, también la comunicación de su aceptación o rechazo del nuevo tipo de interés así fijado y vigente para los cuatro trimestres naturales siguientes como período de interés. Si por cualquier razón, incluso fuerza mayor, la parte prestataria no llevara a efecto las comunicaciones previstas en el párrafo anterior o «Central Hispano Hipotecario, Sociedad Anónima», no las recibiera en el tiempo y forma indicada, se entenderá que la parte prestataria conoce y acepta el tipo de interés comunicado. Si dicha parte prestataria comunica a «Central Hispano Hipotecario, Sociedad Anónima», su negativa a aceptar el nuevo tipo de interés comunicado a causa de la variación

producida en el tipo de interés de referencia, lo que podrá hacer cuando el aumento sea superior a tres puntos, este contrato quedará resuelto de pleno derecho por la alteración de circunstancia el día final del período de interés vigente entre las partes y, vencidas, serán exigibles desde dicho día las obligaciones de la parte prestataria. Esta dispondrá de un plazo de gracia de un mes para llevar a efecto la devolución del principal y abono de cuantas otras cantidades debiere por razón de este contrato, junto con el pago de intereses correspondientes a este plazo de gracia, que serán calculados al tipo aceptado y vigente durante el último período Estipulación 5.^a Vencimiento anticipado. No obstante el vencimiento pactado, la prestamista podrá dar por vencido el préstamo y exigir la restitución del importe no amortizado del mismo, más los intereses devengados, incluso al tipo procedente para caso de demora, en los siguientes supuestos... c) Cuando por cualquier circunstancia sufiera deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un 20 por 100 y la parte prestataria no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza o, en su caso, practicado el requerimiento a que se refiere el artículo 29 del Real Decreto 685/1982, sobre regulación del mercado hipotecario, no devolviese la parte del préstamo que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo. Estipulación 8.^a Sin perjuicio de su responsabilidad personal e ilimitada, «Hotelera Europa Benidorm, Sociedad Anónima», constituye primera hipoteca a favor de la sociedad prestataria, que acepta, sobre la finca que se describe al final de las estipulaciones de esta escritura en garantía de la devolución del principal del préstamo por 563.000.000 de pesetas, del pago de intereses hasta un máximo en perjuicio de terceros, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, de 232 237.500 pesetas; del pago de intereses moratorios devengados al tipo pactado en la cláusula cuarta hasta un máximo de 135.120.000 pesetas, y del pago o reintegro de 66 795.000 pesetas como máximo por los anticipos que hiciese la sociedad prestamista para cubrir costas y gastos, entre cuyos anticipos podrá comprenderse los gastos de este otorgamiento y cualquier otro de este préstamo, y su amortización y reclamación extrajudicial o judicial, así como el pago de los impuestos, contribuciones y arbitrios que graven los bienes hipotecados, y el de la prima del seguro y, en general, los gastos nacidos de esta operación que siendo de cargo de la parte prestataria hayan sido satisfechos por la prestamista y por auto proceda recibir en liquidación judicial. La cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por intereses no limitará, conforme a los aludidos preceptos, la posibilidad de reclamar contra la parte prestataria, o contra quien se haya subrogado contractualmente en la deuda hipotecaria, los intereses devengados conforme a la estipulación 2.^a o, en su caso, conforme a la estipulación 4.^a, sin perjuicio de los límites resultantes de la aplicación de los citados preceptos de la Ley Hipotecaria en el supuesto de ejercicio de la acción hipotecaria contra tercero o en su perjuicio Estipulación 15 Calificación registral. Si la calificación registral estimase que cualquiera de los pactos, cláusulas, párrafos, menciones o apartados de esta escritura no es inscribible, los otorgantes aceptan tal calificación y consienten que, denegando la inscripción de la misma, se inscriba este título y quede constituida la hipoteca.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Benidorm número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento donde indica el cajetín puesto al margen de la descripción

de la finca, la cual, con carácter preferente, se halla gravada con las siguientes cargas: Una servidumbre, dos anotaciones de embargos y una hipoteca, denegando la inscripción desde «de dicha cantidad» hasta «Hipotecario, Sociedad Anónima», según artículo 98 de la Ley Hipotecaria, de la estipulación 1.ª del apartado 2.º; desde «El préstamo» hasta «este acto», según el artículo 98 de la Ley Hipotecaria; desde «que se calculará» hasta «interés será», y desde «cada sucesivo» hasta «el último período»; del apartado 3.º, los apartados c) y d), según el artículo 98 de la Ley Hipotecaria; del apartado 5, apartados b), c) y d), según Resolución de 23 de octubre de 1987, art. 1.256 CC, y Resolución de 27 de enero de 1986, apartado 7, según artículo 98 de la Ley Hipotecaria; del apartado 8, desde «la cifra máxima» hasta «en su perjuicio», según artículo 98 de la Ley Hipotecaria, del apartado 10, el a), según artículo 98 de la Ley Hipotecaria; del apartado 13, desde «y si llegase» hasta «establece», según artículo 98 de la Ley Hipotecaria; apartado 14, según artículo 131 de la Ley Hipotecaria; apartados 15, 16 y 18, según el artículo 98 de la Ley Hipotecaria; el apartado 19, según Resolución de 23 de octubre de 1987; apartado 20, según artículo 98 de la Ley Hipotecaria. Contra esta nota cabe, además de contender ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez e inscribibilidad del título, recurrir gubernativamente ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana dentro del plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, todo ello en los términos que se previenen en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento dictado para su aplicación. Benidorm, 13 de septiembre de 1993.—El Registrador, *Constancio Villaplana García*.»

III. La Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Domingo Boluda, en nombre de «Central Hispano Hipotecario, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación en lo que se refiere a lo convenido en la estipulación 2.ª y apartado c) de la estipulación 5.ª, y alegó: 1. Que en lo referente a la estipulación 2.ª, hay que señalar que de la inscripción registral practicada resulta que el señor Registrador ha alterado el contenido de lo pactado y ha transformado una hipoteca que garantiza intereses variables en otra que sólo garantiza intereses fijos, inscribiendo lo que las partes no estipularon en la escritura pública. Que si el funcionario calificador considera que la cláusula no debe acceder al Registro, lo que debe hacer es denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento en los libros del Registro (Resolución de 24 de abril de 1992). Que causa sorpresa que el señor Registrador deniegue la inscripción de una cláusula en que se pacta un interés variable, según el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, por tener tal pacto carácter personal. Que en contra de dicha teoría cabe citar las Resoluciones de 16 de marzo y 26 de diciembre de 1990. 2. Que en el apartado c) de la cláusula 5.ª relativa al pacto de vencimiento anticipado por deterioro o merma del bien hipotecado no se está dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, cuando el pacto a que se refiere dicha afirmación está dando cumplimiento a lo establecido en el apartado 3.º del artículo 1.129 del Código Civil y, muy especialmente, al artículo 29 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se regulan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario. Que la Resolución de 26 de octubre de 1987 tiene resuelta afirmativamente la inscripción del pacto a que se refiere la cláusula 5.ª, apartado c). 3. Que como fundamentos de Derecho hay que destacar: En cuanto al fondo y en cuanto al pacto de interés variable, los artículos 131.3.º y 4.º y 12 de la Ley Hipotecaria, y en el

mismo sentido, las Resoluciones de 16 de marzo y 26 de diciembre de 1990. Los artículos 1.129.2.º y 1.256 del Código Civil, y especialmente el artículo 29 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, junto con la Resolución de 26 de octubre de 1987.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en lo que se refiere a la estipulación 2.ª de la escritura, siguiendo la doctrina de la Dirección de los Registros y del Notariado no hay nada que objetar a los pactos de variación de intereses en que se acuerde un módulo objetivo de referencia, aunque éste sea privado, y que como tal acuerdo entre particulares no tiene más límites que los impuestos por el artículo 1.255 del Código Civil. Pero este pacto privado, plenamente válido *inter partes* mientras no sea anulado o corregido judicialmente, no puede sin más trascender de la esfera personal a la real por el hecho de que el préstamo sea garantizado con hipoteca inmobiliaria. Esta no existe si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, y para ello es preciso que sea observada la normativa registral hipotecaria sobre el particular, contenida básicamente en la Ley Hipotecaria y su Reglamento. Interpretando el artículo 12 de aquella y 219 de ésta, tiene declarado la Dirección General que ante este préstamo hipotecario a interés variable nos hallamos «ante una hipoteca de seguridad que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad» (Resolución de 29 de octubre de 1984); y esa cifra juega tanto para las partes como para terceros por tratarse de una determinación delimitadora del alcance del derecho real constituido y sin que esta doctrina deba ser confundida con lo establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la operatividad sólo frente a terceros de los límites que dicho precepto impone (Resolución de 16 de febrero de 1990). Que lo anterior se expone para demostrar que fueron los propios contratantes quienes pactaron una hipoteca a interés fijo. Que es cierto que en la estipulación 2.ª acordaron la posible fluctuación del tipo de interés inicial, pero no lo es menos que en ella, después de fijar el tipo de referencia y el diferencial que darán juego a dicha fluctuación, no pactaron un tope para ésta y que tampoco lo hicieron en la estipulación 8.ª (de constitución de hipoteca), pues en ella pactaron que la finca respondiera, por el concepto de intereses, «de un máximo en perjuicio de terceros, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, de 232.237.500 pesetas», pacto de cuya literalidad se desprende que ese «máximo» no es la «cifra máxima» que exige la Dirección General, sino que hay que referirlo al número de anualidades de intereses que, frente a terceros, responderá el inmueble. Que se puede entender que esa imprecisa referencia al artículo 114 de la Ley Hipotecaria es para exteriorizar la voluntad de que el máximo se refiere a las anualidades y que, por consiguiente, la garantía creditual no pasará de lo legalmente fijado si no se pacta en contrario, o sea, como máximo tres años. Esta interpretación coincide con lo pactado en la estipulación 2.ª. Que todo lo que en la estipulación 2.ª hacía referencia a la posible variación de intereses, al no tener alcance real sino meramente personal, debía quedar fuera del Registro, conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria. Que en lo referente a la estipulación 5.ª, apartado c), de la escritura, se puede decir que su no acceso al Registro puede basarse en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria por tener carácter meramente personal. En efecto, si se parte de que la exigibilidad de la devolución anticipada del crédito puede fundarla el acreedor en lo dispuesto en el artículo 29.1 del Real Decreto 685/1992, que no es más que el desarrollo del artículo 5.III de la Ley 2/1981, del

Mercado Hipotecario; y si se observa que ambos preceptos se expresan en términos imperativos, sin que su aplicación dependa de acuerdos entre las partes al efecto, se podría llegar a la conclusión de la innecesariedad de su protección registral, pues sin ellas tales normas serían aplicables; pero como quizá sea aventurado hacer extensiva a esta cláusula la doctrina de la Resolución de 27 de enero de 1986 y como se entiende que es conveniente entrar a estudiar el fondo de la misma, es por lo que se basó la calificación en el artículo 1.256 del Código Civil. Que teniendo en cuenta las alegaciones del recurrente, hay que considerar que en la cláusula discutida no hay una referencia genérica al citado artículo 29.1 del Real Decreto 685/1992, sino que sólo se cita ésta al tratar del requerimiento a realizar al deudor, pues en dicha cláusula se dice quién ha de apreciar la merma del valor de la finca. Ante ello caben dos opciones: Entender que tal apreciación la hará discrecionalmente la entidad acreedora, lo cual haría caer de plano tal pacto en la prohibición del artículo 1.265 del Código Civil, otra, hacer extensiva la referencia del artículo 29.1 del Real Decreto al resto del contenido de éste y entender que será un tercero, a solicitud del acreedor, quien, previa tasación, apreciará el menor valor del inmueble con respecto al que se le dio en la tasación inicial. Que se ha de concluir que falta la «objetividad necesaria» que invoca el recurrente y que el pacto discutido ha de ser, por tanto, rechazado al amparo del artículo 1.256 del Código Civil. Que el artículo 29.1 del Real Decreto es norma sin rango de Ley que, excediéndose en su cometido de mero desarrollo de la Ley, introduce la novedad de que sea el acreedor quien en última instancia haga la apreciación a que se refiere. Es evidente que si el Reglamento va más allá de lo que dice la Ley (art. 5.III) y que, además, contradice de plano lo dispuesto en una norma con rango de Ley (art. 1.256 CC), se conculca el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española y, en consecuencia, habrá de dar preferencia al principio general recogido en el Código Civil sobre una norma reglamentaria que va contra él.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador en cuanto al defecto referente a la estipulación 2.ª de la escritura, fundándose en lo alegado por el señor Registrador; y la revocó en cuanto al defecto referente al apartado c) de la estipulación 5.ª, fundándose en los fundamentos alegados por el recurrente.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial en lo referente a la estipulación 2.ª, manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.3, 12, 98, 114 y 117 de la Ley Hipotecaria; 219.3, 220 y 434 del Reglamento Hipotecario, 1.129.3 y 1.256 del Código Civil; 205 del Código de Comercio; 5, párrafo 3.º, de la Ley del Mercado Hipotecario y 29 de su Reglamento, así como las Resoluciones de 24 de abril de 1992, 8 de noviembre de 1993, 23 de octubre de 1987, 16 de marzo de 1990, 4 de julio y 26 de octubre de 1984, 26 de diciembre de 1990 y 17 de marzo de 1994:

1. El primero de los defectos, y el único que es objeto de impugnación, plantea la cuestión de si queda debidamente satisfecho el principio de especialidad cuando, estipulándose la variabilidad de los intereses remuneratorios, la cláusula de constitución de la hipoteca se limita a expresar que la

misma «garantiza el pago de intereses (remuneratorios) por un máximo en perjuicio de terceros, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, de 232.237.500 pesetas».

2. La respuesta negativa es indudable. Como ya señalara este Centro Directivo, la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios, cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dichos intereses, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada adquiridos a título oneroso o gratuito. Esta exigencia no puede, pues, entenderse satisfecha con la fijación de un máximo de responsabilidad que claramente se concreta a las relaciones con terceros, dejando indeterminada la extensión de la cobertura hipotecaria de los intereses remuneratorios entre el acreedor y el deudor hipotecante o quien se subrogue en su doble posición jurídica de deudor y propietario del bien gravado; y es que el máximo ahora cuestionado en realidad está dirigido a operar no en el plano de la definición del derecho real de hipoteca a todos sus efectos, sino en el de la fijación, en virtud de la previsión contenida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y dentro del margen que este precepto concede a la autonomía de la voluntad, de la cantidad máxima por intereses remuneratorios que pueden ser reclamados con cargo al bien hipotecado en perjuicio de terceros.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar la apelación interpuesta, confirmando el auto presidencial apelado en cuanto confirma la nota de calificación respecto del primer defecto examinado.

Madrid, 26 de diciembre de 1996.—El Director general, *Luis M.º Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

COMENTARIO

Conviene analizar la reciente doctrina de la Dirección General en orden a los intereses remuneratorios y de demora y en orden a la computación conjunta de éstos.

Para ello debe partirse de la distinta naturaleza jurídica que tienen los intereses ordinarios y los moratorios, pero teniendo en cuenta que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo aplica el mismo plazo de prescripción (cinco años) a ambos (cfr. STS 4 de octubre de 1994). Esto nos acerca a entender la postura de la DGRN de computación conjunta, ya que los intereses moratorios tienen la misma naturaleza de pago o prestación periódica que los ordinarios.

El Centro Directivo ha recordado la necesidad de computación conjunta de los intereses ordinarios y de demora a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria en la Resolución de 22 de julio de 1996.

Pero debe ponerse de relieve que la citada Resolución, al igual que la que ahora comentamos, se refiere exclusivamente al número de anualidades que se pueden garantizar con la hipoteca «en perjuicio de tercero», de manera que

frente al deudor no tiene por qué existir limitación en cuanto al cobro por razón de anualidades. Así, señala que la expresión «en perjuicio de tercero» se refiere sólo al número de anualidades y nunca con relación al deudor. Cuando en la cláusula de constitución de hipoteca se utiliza la expresión «cantidad máxima» en relación al deudor, se está limitando innecesariamente la posibilidad de cobrar más a éste por parte del acreedor.

Pero no hay que confundir: a) La limitación por razón de anualidad, donde cabe distinguir entre deudor y terceros. No existe limitación en cuanto al deudor y sí frente a terceros (cfr. arts. 114 y 146 LH). b) De la limitación por razón de la variabilidad a través de la fijación de una cantidad o tope máximo por razón de intereses. Aquí no cabe distinguir entre deudor y tercero dado el principio de accesoriedad de la hipoteca y el carácter de hipoteca de máximo que tienen las hipotecas en garantía de intereses variables. No cabe diferenciar tipos de interés entre el deudor y los terceros, tienen que ser los mismos.

En definitiva, en la cláusula de constitución de hipoteca los únicos conceptos a tener en cuenta son: «capital prestado», «intereses» (ordinarios y, separadamente, los de demora, sin distinción de tipos entre deudor y terceros) y «límite de anualidades respecto de terceros» (donde sí cabe, por tanto, distinguir entre deudor y terceros ya que sólo operan frente a éstos).

En cuanto a este último extremo, para evitar la computación conjunta del límite de anualidades de los intereses ordinarios y de demora en relación a terceros, parece admisible que se estableciera una hipoteca distinta en garantía de los intereses moratorios, siempre que se constituyeran por separado y se les atribuyera el rango correspondiente.

Pero mientras no se constituya separadamente la hipoteca, la computación conjunta de tales anualidades en perjuicio de tercero, por aplicación del artículo 220 del Reglamento Hipotecario, significa que tan sólo se podrá admitir una cantidad o un número de anualidades por intereses ordinarios y de demora que no exceda del resultado de aplicar al capital los cinco años del tope máximo de evolución posible de los intereses remuneratorios.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

CAPITAL. AUMENTO. EXIGE EL PREVIO DESEMBOLSO DE EMISIONES ANTERIORES. (RESOLUCIÓN DE 29 DE OCTUBRE DE 1996. BOE DE 28 DE DICIEMBRE.)

Para inscribir una escritura de ampliación de capital —mediante aportaciones dinerarias— es necesario que se hayan efectuado e inscrito los desembolsos pendientes de anteriores aumentos de capital... *«Si se tiene en cuenta el claro contenido normativo del artículo 154 de la Ley de Sociedades Anónimas, el deber de reflejar registralmente los sucesivos desembolsos de capital (art. 135 RRM), debe confirmarse el rechazo del asiento solicitado en tanto no se acredite al Registrador la efectiva realización del desembolso de las anteriores ampliaciones del capital social...»*

No se prejuzga la forma en que debe acreditarse este desembolso ni, por consiguiente, si debe aplicarse la normativa de la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951 o la Ley vigente porque al no haberse presentado ningún documento acreditativo de los mismos no se ha llegado a plantear dicha cuestión en la nota de calificación.

Hechos.—I. El 27 de diciembre de 1995, don Alberto Grau Fernández, en su calidad de Administrador de «Color Cuatro, Sociedad Anónima», expidió una certificación en la que se dio cuenta del acta de la Junta extraordinaria y universal de socios celebrada ese mismo día.

II. La anterior certificación fue presentada en el Registro Mercantil de Barcelona el 29 de diciembre de 1995, donde fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 1960 del Diario 653, se deniega su inscripción por adolecer del defecto insubsanable siguiente: No ser título inscribible por no contener los requisitos formales y materiales que establece la legislación (arts. 144 y 154 LSA y 11.2, 132, 134, 135, 158, 165, 166 y 169 RRM y concordantes). Contra la presente calificación registral cabe interponer recurso gubernativo en la forma y plazo que establecen los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Barcelona, 9 de enero de 1996.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: *Heliodoro Sánchez Rus.*»

III. El 17 de enero de 1996, la entidad mercantil «Color Cuatro, Sociedad Anónima», otorgó ante el Notario de Terrassa don Alfonso Auria Paesa una escritura de ampliación de capital y adaptación de estatutos.

IV. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 963 del Diario 656, en unión de una certificación relativa a los mismos acuerdos sociales, que a su vez fue presentada el 29 de diciembre de 1995, causando el asiento 1960 del Diario 653 una certificación. Se suspende la inscripción por observarse el siguiente defecto de carácter subsanable: No consta haberse realizado el desembolso pendiente de las acciones números 311 y 750, emitidas como consecuencia del acuerdo de aumento de capital adoptado en sesión celebrada el día 23 de marzo de 1987 (según resulta de la inscripción 2.ª de las practicadas en la hoja abierta a nombre de la sociedad, únicamente están desembolsadas en un 55 por 100 de su valor nominal). Barcelona, 14 de febrero de 1996.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: *Heliodoro Sánchez Rus.* En el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de la nota anterior, podrá interponerse recurso de reforma en los términos establecidos en los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Se advierte que, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria 6.ª, 2.ª, del Real Decreto Legislativo 15641/1989, esta sociedad quedará disuelta de pleno derecho y cancelados sus asientos si durante la vigencia del asiento de presentación (el cual caduca el 29 de febrero de 1996) no resulta subsanado el defecto observado y aportadas nuevamente a este Registro la presente escritura junto con las oportunas subsanaciones »

V. «Color Cuatro, Sociedad Anónima», interpuso recurso de reforma contra la calificación del Registrador, en el que se alegaba: «1.º No haber tiempo suficiente para subsanar el defecto apreciado antes de que caduque el asiento de presentación, el 29 de febrero de 1996, lo que ha de considerarse una obligación imposible a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.116 del Código Civil. 2.º Que según la disposición transitoria 6.ª, 2.ª, esta mercantil habría de quedar disuelta y cancelados sus asientos en el caso de no haber presentado la adaptación de sus Estatutos a la Ley de Sociedades Anónimas, caso que no concurre con esta mercantil, que ha cumplido con esta obligación de adopción con anterioridad al 31 de diciembre de 1995. 3.º Que es voluntad de la empresa proceder a la subsanación del defecto en la forma prevista en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Y solicitaba se suspen-

diera el asiento de presentación, dando nuevo plazo para acreditar la subsanación del defecto

VI. El Registrador Mercantil de Barcelona resolvió el anterior recurso de reforma, manteniendo la nota de calificación en consideración a que las alegaciones formuladas por el recurrente (falta material de tiempo para subsanar el defecto dentro de la vigencia del primer asiento de presentación y voluntad de cumplir con las prescripciones legales) carecen de virtualidad para alterar el contenido de la nota de calificación.

VII. «Color Cuatro, Sociedad Anónima», se alzó contra la anterior resolución, reiterando los argumentos alegados en el recurso de reforma y añadiendo: Que no es necesario acreditar el desembolso del capital suscrito y no desembolsado conforme a la normativa que regía el 23 de marzo de 1987, fecha en la que se adoptó el acuerdo de aumentar el capital social. Por ello, se solicita que se declare procedente la inscripción de escritura o, en su caso, se declare subsanable el defecto, otorgándose un plazo mayor.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 154 y disposición transitoria 6.^a de la Ley de Sociedades Anónimas; 8 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951; 68 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 28 y 29 de julio de 1993.

Dada la concreción del recurso gubernativo a los criterios directamente relacionados con la nota impugnada (cfr. art. 68 RRM), ha de decidirse ahora únicamente si para inscribir una escritura de ampliación de capital es necesario o no que se hayan efectuado e inscrito los desembolsos pendientes de anteriores aumentos de capital, sin entrar a considerar las peticiones que el recurrente formula en su escrito, totalmente ajenas al defecto impugnado.

Si se tiene en cuenta el claro contenido normativo del artículo 154 de la Ley de Sociedades Anónimas, el deber de reflejar registralmente los sucesivos desembolsos de capital (cfr. art. 135 RRM), deber que preexistía en la anterior normativa (*vid.* art. 111 RRM), así como la limitación de los medios de calificación (arts. 18 CCom y 6 RRM), debe confirmarse el rechazo del asiento solicitado en tanto no se acredite al Registrador la efectiva realización del desembolso de las anteriores ampliaciones de capital social.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la nota y el acuerdo del Registrador.

Madrid, 29 de octubre de 1996.—El Director general, *Luis M.^a Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Normas citadas en los vistos.—Ley de Sociedades Anónimas —vigente—; artículo 154 y disposición transitoria 6.^a.

Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, artículo 8

Reglamento del Registro Mercantil, artículo 68

Resoluciones de 28 y 29 de julio de 1993.

Publicada en el *BOE* de fecha 28 de diciembre de 1996.

Existe otro texto anterior de esta Resolución publicado en el *BOE* de 28 de noviembre de 1996 bajo el número 26671. Es coincidente en todo con la anteriormente transcrita y corresponde al mismo recurso; sólo varían los fundamentos de Derecho, que deben considerarse sustituidos por los de la última publicada.

Fundamentos de Derecho

Una única cuestión es objeto de este recurso, y es la relativa al único defecto apreciado en la nota de calificación por el Registrador. Las otras dos planteadas por el recurrente no pueden ser, de conformidad con el artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil, objeto del recurso gubernativo. En efecto, ni la solicitud de prórroga del asiento de presentación ni el «alegado» (*sic*) de haber cumplido los requisitos de la disposición transitoria 6.^a cuando ningún defecto se ha apreciado en base a tal norma pueden ser objeto de recurso gubernativo. De modo que la única cuestión que puede ser objeto del presente recurso es aquella a la que se refiere la nota de calificación, esto es, si para inscribir una escritura de ampliación de capital es necesario o no que hayan sido «efectos» (*sic*) e inscritos los desembolsos pendientes de anteriores aumentos de capital o desde la constitución de la sociedad. No discute el recurrente la existencia de tal obligación con arreglo a la normativa vigente (cfr. art. 154 LSA), pero reclama para sí la aplicación de la Ley de 17 de julio de 1951 en base a que la ampliación de capital que motiva la existencia de desembolsos pendientes se realizó en el año 1987. Aparte el hecho de que el recurrente olvida lo que disponía el segundo párrafo del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, vigente en 1987, lo cierto es que la normativa que debe ser aplicada es la vigente, es decir, el artículo 154 de la Ley de Sociedades Anónimas; porque no se trata de una norma aplicable al aumento de capital de 1987, sino al que se realiza en 1995 y para el que se exige, como requisito previo, el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas. Es posible que tal requisito sí se haya cumplido por el recurrente, pero lo cierto es que tal cumplimiento no se ha acreditado en el Registro Mercantil, tal y como exigía el artículo 135 del Reglamento vigente en el momento en que se acordó el nuevo aumento de capital.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y nota del Registrador.

Madrid, 29 de octubre de 1996 —El Director general, *Luis M.^a Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

COMENTARIO

Ante todo, debemos advertir que la presente Resolución ofrece la peculiaridad de haberse publicado dos veces; en efecto, en el *BOE* de fecha 28 de noviembre de 1996 y bajo el número 26671 se publica la que podríamos denominar como «primera versión» de la misma; pero en el *BOE* de fecha 28 de diciembre de 1996, bajo el número 29044, se vuelve a publicar nue-

vamente la Resolución del mismo recurso. En ambas decisiones del Centro Directivo se puede apreciar la total y absoluta (literal) coincidencia en cuanto al encabezamiento, los hechos y los vistos que se citan, variando solamente los fundamentos de Derecho.

En la segunda publicación no se hace mención ninguna en el sentido de que la misma constituya una corrección de errores de la primera; existiendo, por otra parte, profundas diferencias en cuanto al contenido de los fundamentos jurídicos que se formulan. Dada la brevedad de los mismos y la absoluta coincidencia en cuanto al resto del contenido de las resoluciones publicadas, nos hemos permitido incluir ambas versiones. Nos consta que hubo un único recurso, de modo que deberá considerarse la última Resolución (la publicada el día 28 de diciembre de 1996) como la única válida y efectiva.

El supuesto de hecho contemplado consiste en la presentación, el día 29 de diciembre de 1995; dos días antes de expirar el plazo máximo prevenido para que se disuelvan de pleno derecho las sociedades anónimas que no alcancen el capital mínimo legal (transitoria 6.^a LSA), de una simple certificación—no protocolizada ni elevada a escritura— que recogía determinados acuerdos de la Junta de accionistas, celebrada el día 27 anterior, tendentes a evitar dicha disolución.

Entrado ya el año 1996, pero estando vigente todavía el asiento de presentación de aquella certificación referida, se presenta la correspondiente escritura de aumento de capital y de adaptación de estatutos, dándose lugar a una calificación en cuanto al fondo. El defecto que impidió entonces la inscripción fue la falta de desembolso de otro aumento de capital anterior.

Es de advertir que en caso de haberse subsanado a tiempo este defecto (para lo cual los interesados tuvieron plazo hasta el día 29 de febrero de 1996) la sociedad se libraba de la disolución forzosa prevenida por la transitoria sexta dado que mientras estuviera vigente el asiento de presentación, de fecha 29 de diciembre, los efectos de la inscripción que en su caso se practicase se retrotraían a dicha fecha.

Como puede apreciarse, la forma de actuar de los Registradores Mercantiles que calificaron cada uno de los documentos presentados no pudo ser más favorable para la sociedad; primero, al extender el asiento de presentación en base a una simple certificación que por su carencia de forma no podía ser inscrita mientras no se elevase a escritura pública; segundo, al admitir que a la presentación posterior de la correspondiente escritura se le diera carácter complementario respecto de aquel anterior asiento de presentación a título de subsanar dicha falta de forma, manteniendo de ese modo el Registro abierto para la inscripción con efectos retroactivos al día 29 de diciembre de 1995.

Los interesados, en lugar de aprovechar correctamente esta generosa oportunidad de evitar el cierre del Registro interponen recurso formulando unas alegaciones completamente inconsistentes: primeramente solicitan la suspensión del asiento de presentación a fin de contar con mayor plazo para acreditar el desembolso, reconociendo por tanto la necesidad de hacerlo considerando que ello procede en la forma prevista por el artículo 111 del antiguo Reglamento del Registro Mercantil (de 1956). En el escrito de apelación alegan que no era necesario acreditar el desembolso del capital suscrito y no desembolsado conforme a esa misma normativa, que era la vigente en 1987, cuando, al parecer, se acordó el aumento cuyo desembolso ahora se discute.

Ante todo, procede concretar el recurso al contenido de la nota, sin entrar a considerar peticiones que se califican por la Dirección General como «total-

mente ajenas al defecto impugnado». La cuestión a decidir es «únicamente» ésta: si para la inscripción de un aumento de capital es necesario que se hayan efectuado e inscrito los desembolsos pendientes de otros aumentos anteriores. La respuesta, por supuesto, es afirmativa, tanto con relación a la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y al Reglamento del Registro Mercantil de 1956 como respecto la normativa actualmente vigente (1).

Es en cuanto a la forma en que deberá acreditarse este concreto desembolso de capital que la Dirección General ha venido a bifurcar su doctrina en las distintas versiones de la Resolución que se han publicado:

1. En la primera, publicada el 28 de noviembre, entendió que dicho desembolso debía acreditarse con arreglo a la normativa actualmente vigente, considerándolo como un requisito previo para la inscripción del aumento de capital efectuado últimamente: «... la normativa que debe ser aplicada es la vigente, es decir, el artículo 154 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque no se trata de una norma aplicable al aumento de capital de 1987, sino al que se realiza en 1995 y para el que se exige como **requisito previo** el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas. Es posible que tal requisito sí se haya cumplido por el recurrente, pero lo cierto es que tal cumplimiento no se ha acreditado en el Registro Mercantil, tal y como exigía el **artículo 135 del Reglamento vigente en el momento en que se acordó el nuevo aumento de capital**».

2. En la segunda, publicada el 28 de diciembre, se ciñe mejor a la cuestión debatida al advertir que la discusión, en realidad, se circunscribe a la necesidad —considerada en abstracto— de que se acrediten los desembolsos de los anteriores aumentos de capital para poder inscribir los sucesivos, y no a la forma —en concreto— en que se haya documentado y/o acreditado un determinado desembolso, puesto que no se ha presentado ningún documento en tal sentido y, en definitiva, ni siquiera se sabe si tal desembolso se llegó a efectuar o no.

Debido a estas consideraciones, entendemos que debe prevalecer la doctrina de la Resolución últimamente publicada: el 28 de diciembre, más precisa en su fondo y respetuosa con la calificación registral

(1) Artículos 154 del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 135 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989. Por su parte, el nuevo Reglamento de 19 de julio de 1996 ha mantenido inalterados tanto el número como el contenido de este precepto. **Artículo 135. Sucesivos desembolsos.** 1. Los sucesivos desembolsos de capital social se inscribirán mediante escritura pública en la que se declare el desembolso efectuado, con expresión del objeto de la aportación, de su valor y de la consiguiente liberación total o parcial de cada una de las acciones a que afecte, acompañando asimismo los documentos justificativos de la realidad de los desembolsos, en los términos a que se refieren los artículos anteriores.

Resoluciones de 28 y 29 de julio de 1993. «... Los términos del artículo 154 de la Ley de Sociedades Anónimas son claros y taxativos: Para «todo aumento de capital» que haya de efectuarse sobre la base de aportaciones dinerarias es necesario el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas. La disposición transitoria 3.ª de la misma Ley, al establecer un plazo para la adaptación a la nueva legislación, y la disposición transitoria 6.ª, al establecer un nuevo plazo para evitar la disolución de pleno derecho, contemplan el aumento de capital hasta el mínimo ahora exigido sin establecer excepción alguna a la regla en el artículo 154, la pretendida imperatividad del aumento no justifica el incumplimiento del artículo 154: de un lado, porque la imperatividad legal va dirigida a la adaptación y no al aumento, y, de otro, porque adoptado por la Junta el acuerdo de aumento de capital, transformación o disolución, han de cumplirse los requisitos previstos para cada uno de estos actos...»

Consideramos que es más precisa esta última, en el sentido de que la primera versión estaba pronunciándose acerca de una cuestión que en realidad nunca debió discutirse porque no se planteaba en la nota impugnada, siendo introducida por los recurrentes en las alegaciones formuladas al elevar el recurso a la apelación ante la Dirección General.

Por lo mismo, ésta que podríamos llamar versión definitiva de la Resolución comentada respeta debidamente la necesidad de la previa calificación por parte del Registrador y el carácter irrevocable de ésta en caso de ser positiva; en efecto, cuando se presenten los documentos acreditativos de haberse efectuado aquel desembolso correspondiente al anterior aumento de capital, ya decidirá el Registrador qué normativa debe aplicarse para determinar los requisitos que deben cumplir los mismos.

Congruente con lo expuesto, esta última Resolución limita su pronunciamiento a la siguiente afirmación: «... debe confirmarse el rechazo del asiento solicitado en tanto no se acredite al Registrador la efectiva realización del desembolso de las anteriores ampliaciones de capital social».

Interesa subrayar, para concluir, que debe considerarse como no formulada la doctrina contenida en la primera versión de la Resolución, en el sentido de que los desembolsos de dividendos pasivos correspondientes a aumentos de capital anteriores a la entrada en vigor de la vigente Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido de 1989-1990) debieran acreditarse necesariamente con arreglo a las normas de la misma. Esta es una cuestión que, al no haberse presentado ningún documento acreditativo de dichos desembolsos, no se ha llegado a plantear en la nota de calificación, debiendo considerarse por tanto como imprejuizada.

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

CONSEJO DE ADMINISTRACION. PRESIDENTE. CUALIDAD DE VOCAL. LA CUALIDAD DE PRESIDENTE LLEVA SIEMPRE CONSIGO, DE MODO ANEJO E INSEPARABLE, LA CONDICION DE MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION. (RESOLUCIÓN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996. BOE DE 17 DE DICIEMBRE.)

Hechos.—I. El día 27 de julio de 1995, mediante escritura pública autorizada ante el Notario de Barcelona don Carlos Cabadés O'Callaghan, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la sociedad «Objetivo 3000, Sociedad Limitada», en su Junta general extraordinaria y universal, celebrada el día 30 de junio de 1995. Entre los acuerdos adoptados se aceptó la renuncia presentada por una serie de miembros del Consejo de Administración de dicha sociedad. En la misma reunión, encontrándose la totalidad de los miembros del Consejo de Administración, se constituyeron en Junta del mismo, acordando revocar la condición de Vocal de dicho Consejo a don Andrés Morell y designándolo seguidamente y en el mismo acto Presidente del Consejo de Administración.

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: Al revocar a don Andrés Morell Villar la condición de Vocal del Consejo de Administración, dicho señor pierde la cualidad de Consejero, por lo que no se le puede nombrar Presidente ni ostentar cargo de Consejero delegado, siendo de advertir que el Consejo se quedaría con solo dos miembros, inferior al mínimo que establece el artículo 21 de los Estatutos sociales. Artículo 124.d) RRM. 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, 11 de octubre de 1995.—El Registrador, *Juan Pablo Ruano Borrella.*»

III. Don Antonio González de la Rubia, en su calidad de presentador de la escritura, interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que se considera que en la sesión del Consejo lo que se acepta es la dimisión de don Andrés Morell como Vocal del mismo, no como miembro del Consejo de Administración, ya que nombrar y revocar tal condición, conforme al artículo 20 de los Estatutos de la sociedad, será competencia de la Junta general de socios. Que en este supuesto el señor Morell ve revocada su condición de Vocal del Consejo, quedando indemne su condición de Consejero delegado.

IV. El anterior escrito fue devuelto 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 se insiste en el defecto señalado. Para entender el escrito presentado como recurso gubernativo es necesario legitimar la firma de quien lo suscribe (arts. 67 y 70 RRM). 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, 7 de noviembre de 1995.—El Registrador, *Juan Pablo Ruano Borrella.*»

V. El día 17 de noviembre se presenta el anterior escrito con la firma legitimada.

VI. El Registrador Mercantil de Madrid número XV acordó confirmar la nota de calificación en todos sus extremos, sin que haya lugar a la reforma solicitada, y alegó: Que claramente resulta de la certificación aportada que en el caso que se estudia se trata de dos reuniones simultáneas de Junta y Consejo; y en estas reuniones se revoca a don Andrés Morell Villar la condición de Vocal del Consejo, lo que ha de entenderse hecho por la Junta, pues en caso contrario no tendría ningún significado, y así lo están acordando los socios en reunión universal y por unanimidad. Que el supuesto se centra en resolver si las expresiones «vocal» y «miembro» del Consejo de Administración son términos equivalentes. Que es evidente que el modo más técnico de designar a los Consejeros, aparte de esta expresión, es la de componentes del Consejo de Administración, como pone de relieve la Resolución de 13 de abril de 1981. Que, sin embargo, no cabe olvidar que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado emplean indistintamente dichas expresiones. Que, igualmente, debe tenerse presente que el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas emplea ambos términos. Que finalmente, tampoco debe olvidarse la definición que de «vocal» da el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Que, consiguientemente, entendida la «revocación» de la condición de Vocal del Consejo de Administración a don Andrés Morell Villar como cese en su cualidad de Consejero, efectuada por la Junta general, la pérdida de dicha condición impide que

dicha persona pueda ser designado Presidente del Consejo, así como Consejero delegado del mismo, debiendo para esto último acudirse al apoderamiento o representación voluntaria.

VII. Don Andrés Morell Villar, en su cualidad de Presidente y como Consejero delegado de la mercantil «Objetivo 3000, Sociedad Limitada», se alzó contra el anterior acuerdo y alegó: Que el 30 de junio de 1995 la sociedad «Objetivo 3000, Sociedad Limitada», celebró dos reuniones completamente independientes, una de la Junta general extraordinaria y universal y otra del Consejo de Administración de la sociedad, aunque en unidad de acto y recogidas en la misma acta. Que no ofrece duda que la revocación del carácter de Vocal del Consejo de don Andrés Morell, operada en la segunda de las reuniones, no implica una revocación de su cargo de miembro del Consejo de Administración (pues es competencia de la Junta general), sino únicamente la condición específica que ostentaba dentro del Consejo de Administración, quedando indemne su condición de miembro del mismo, y que por acuerdo inmediatamente posterior al Consejo le asignó un nuevo cargo, sin haber perdido su condición de miembro. Que para interpretar el acuerdo en sus justos términos se debe analizar el significado del término «vocal», y para ello es necesario acudir simplemente al valor que la sociedad ha otorgado a este vocablo. Que para ello se debe acudir al momento del nombramiento del cargo de Vocal del propio señor Morell Villar, es decir, la reunión de la Junta general extraordinaria y universal de socios y del Consejo de Administración de fecha 10 de enero de 1995, que es del mismo cariz que la hoy recurrida puesto que se realizó, en primer lugar, la reunión de la Junta general en la que se aceptó la renuncia de dos miembros del Consejo de Administración y se nombraron cinco nuevos miembros de dicho Consejo, y en segundo lugar, una reunión del Consejo de Administración en la que se revoca la condición de Secretario del Consejo de don Andrés Morell Villar y se le designó como Vocal del mismo. Que de lo anterior, que son expresiones textuales, se puede deducir que la sociedad denomina «miembros» a cada uno de los componentes de su Consejo de Administración y éste designa bajo el nombre de «vocal» una función específica a desarrollar por uno de sus miembros dentro del propio Consejo y no la propia condición de miembro. Que por consiguiente, al no perder el señor Morell su condición de miembro del Consejo de Administración, es perfectamente válido su nombramiento como Presidente en aquella reunión del Consejo. Que, por otro lado, ninguno de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de la sociedad de fecha 30 de junio de 1995 revoca la condición de Consejero delegado del señor Morell, por lo que debe entenderse que el mismo sigue vigente, aunque varíe el cargo concreto a desarrollar por tal persona dentro del Consejo, siendo independiente de la delegación permanente de facultades confiada en su día a tal persona.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 137 de la Ley de Sociedades Anónimas y 68 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:

1. Según la nota de calificación, al revocar determinada persona la condición de Vocal del Consejo de Administración pierde su cualidad de Consejero, por lo que no puede ser nombrada Presidente ni ostentar el cargo de Consejero delegado. En la decisión ahora recurrida el Registrador considera

que al tratarse de unos acuerdos adoptados en reuniones simultáneas de Junta y Consejo la revocación de la condición de Vocal del Consejo debe entenderse como cese en su cualidad de Consejero efectuado por la Junta general.

2. Es cierto que habitualmente y en alguna disposición normativa, como la del artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, se emplean como equivalentes los términos de «vocal» y «miembros del Consejo», pero ello no impide que en algunas ocasiones pueda utilizarse el primero de tales términos en una aceptación más limitada para referirse a uno de los distintos puestos del Consejo de Administración sin otra categoría especial. Esto ha ocurrido en el presente caso, y así, de la certificación de acuerdos sociales que sirve de base para la elevación a público de los mismos resulta que, primero, son adoptados por la Junta de socios determinados acuerdos (entre ellos la aceptación de la renuncia de cierto señor «a sus cargos de miembro del Consejo de Administración y Vocal del mismo») y, «acto seguido», es el Consejo el que acuerda «revocar la condición de Vocal del Consejo de Administración» al ahora recurrente y designar a éste Presidente, además de presuponer que continúa en el cargo de Consejero delegado al nombrar a otra persona en este cargo para que lo ejerza mancomunadamente con aquél.

3. Si bien la redacción de la certificación en el sentido de «revocar la condición de Vocal del Consejo de Administración» para nombrarle Presidente puede ciertamente crear confusión por la utilización en este caso en sentido restrictivo del término Vocal no como sinónimo de miembro del Consejo o Consejero, sino como miembro del Consejo sin otra categoría especial en el mismo (como puede ser el de Presidente o Vicepresidente), y hubiera resultado suficiente y más claro el haber hecho constar la designación como Presidente de determinado Vocal, sin necesidad de utilizar expresiones como «revocar la condición de Vocal» (lo que tampoco podría hacer el Consejo en base al art. 68.1 LSRL), es claro que, acudiendo a una interpretación teleológica del acuerdo del Consejo, éste no pretende excluir como miembro del mismo a un determinado Vocal, sino, al contrario, dar a este miembro la categoría de Presidente del Consejo; y tal cualidad de Presidente lleva consigo siempre aneja e inseparablemente la condición de miembro del Consejo. Es por ello que no puede mantenerse el defecto invocado.

Esta Dirección General ha acordado que debe estimarse el recurso y revocar la decisión y nota del Registrador.

Madrid, 11 de noviembre de 1996.—El Director general, *Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Normas citadas en los Vistos:

Ley de Sociedades Anónimas: artículo 137.

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: artículo 68.

Publicada en el *BOE* de fecha 17 de diciembre de 1996.

COMENTARIO

Lo que se plantea en la presente Resolución es una cuestión puramente de hecho, de interpretación de los acuerdos sociales. En efecto, determinada So-

ciedad de Responsabilidad Limitada celebró simultáneamente Junta universal de socios y reunión del Consejo de Administración, adoptándose el acuerdo de «... revocar la condición de Vocal de dicho Consejo a don A. M. y designándolo seguidamente y en el mismo acto Presidente del Consejo de Administración»

El Registrador consideró que era la Junta de socios y no el Consejo quien acordaba la revocación de su condición de Vocal del mismo y, sobre todo, que al revocarle esa condición de «vocal» quedaba revocado como miembro o componente del mismo. Por lo tanto, si ya no ostentaba la cualidad de miembro del órgano, no podía ser nombrado Presidente del mismo.

Los argumentos del Registrador no carecían de fundamento: las expresiones «vocal» y «miembro» del Consejo de Administración son términos equivalentes en la literatura jurídica, y el modo técnicamente más correcto de designar a éstos sería el de «componentes» del Consejo, como decía la Resolución (1) de 13 de abril de 1981. Por lo demás, la Ley de Sociedades Anónimas utiliza como sinónimas las expresiones «vocal» y «miembro» en su artículo 137, mientras que el artículo 139 emplea la palabra «componentes».

La Dirección General adopta una interpretación de los acuerdos sociales favorable a su producción de efectos, considerando que el término «vocal» se utiliza aquí en una acepción más limitada para referirse a un puesto del Consejo «*sin categoría especial*», reconociendo que hubiera resultado más claro «... haber hecho constar la designación como Presidente de determinado Vocal sin necesidad de utilizar expresiones como revocar la condición de Vocal...», resolviendo, en definitiva, que la cualidad de Presidente del Consejo lleva consigo, de modo anejo e inseparable, la condición de miembro del Consejo.

De esta última afirmación se puede extraer una doctrina susceptible de ser generalizada a otros supuestos en que se celebran de esa manera «*simultánea*» las reuniones de la Junta de socios y del Consejo de Administración; en estos casos, parece que resultaría válida la designación de modo directo del Presidente y de otros posibles cargos del Consejo, saltándose el *iter* habitual consistente en que la Junta designe a ciertas personas como administradores y éstas posteriormente se constituyan en sesión de Consejo para proceder al discernimiento de cargos dentro del mismo.

El problema sería dilucidar si efectivamente cabe celebrar de manera simultánea las reuniones de la Junta de socios y del Consejo, y ello además de modo tal que el resultado de los acuerdos adoptados aparezca en una única acta, certificándose indiscriminadamente de los mismos y en términos tales que no puede venirse en conocimiento preciso de cuál ha sido el órgano (Junta o Consejo) que ha adoptado dichos acuerdos.

Parece que podemos considerar como válida la costumbre de extender una sola acta de ambas reuniones, de Junta y Consejo, cuando no ha habido solución de continuidad entre ellas, pero en el bien entendido de que ello no autoriza a celebrarlas de modo verdaderamente simultáneo. Por lógica institucional y por respeto recíproco a la libre e independiente formación de la voluntad de cada uno de estos órganos colegiados, no puede admitirse que se efectúen al mismo tiempo ambas reuniones, necesariamente, alguna de ellas

(1) La citada **Resolución de 13 de abril de 1981** dedicaba solamente unas pocas líneas a esta cuestión: « En la redacción dada al artículo ... de los Estatutos no se observa ningún contrasentido ni que vulnere el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas al utilizar la expresión «miembros en ejercicio» en vez de la **legal de «componentes»**, ya que con ambos términos se apunta idéntica idea...»

habrá de preceder a la otra. Debe, finalmente, exigirse un mínimo de claridad en las certificaciones, precisando con la debida concreción el órgano que adopta cada uno de los acuerdos inscribibles.

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

FACULTAD CERTIFICANTE. ARTICULO 111 DEL REGLAMENTO. EXCEPCIONES.—NO ES NECESARIO NOTIFICAR EL ANTERIOR TITULAR DE LA FACULTAD CERTIFICANTE CUANDO EL NOMBRAMIENTO DEL NUEVO TITULAR SE HA EFECTUADO POR EL SOCIO UNICO DE LA SOCIEDAD, CONSTITUIDO EN JUNTA ANTE NOTARIO, SIENDO EL TITULO PRESENTADO A INSCRIPCION PRECISAMENTE LA ESCRITURA QUE RECOGE DICHA JUNTA: «... ES EVIDENTE QUE EL CASO DEBATIDO ES DIFERENTE DEL SUPUESTO CONTEMPLADO EN AQUELLA NORMA [EL ARTICULO 111], PUES EL NOMBRAMIENTO CUYA INSCRIPCION SE PRETENDE NO ACCEDE AL REGISTRO MERCANTIL EN VIRTUD DE LA SOLA CERTIFICACION DEL ACUERDO DE NOMBRAMIENTO EXPEDIDA POR EL 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.)

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 Empleado (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, adoptando 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, 93 LSA y 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 Díaz, Procuradora de los Tribunales (Col. n.º 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 presentación 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 Borrella*.

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 querella criminal por el delito de falsedad en documento mercantil. Que la citada querella pretende paralizar la inscripción amparándose en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Ahora bien, un análisis somero del texto de la querella 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 querella 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 querella, 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 querella. Que se considera que el motivo de la querella, 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 en 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 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, celebrados 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 pre-

sentación 193 del Diario 598 Madrid, 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 jurídicas reconocidos en el artículo 9.3 de la Constitución española. 2. Respecto al segundo motivo aducido 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 a la práctica del asiento, y que ninguna de ellas resulta aplicable en este caso y sin que pueda acordarse la no práctica de la inscripción. Que a tenor de la disposición transitoria 7.ª del nuevo Reglamento, es éste y no el anterior el aplicable a la resolución del recurso gubernativo, de la que se 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 determina 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 a 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 la 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 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 (arts. 66 y 69 RRM), 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 (arts. 18 CC y 6 RRM). 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.* art. 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 de la Fundación y se encarga 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 dependen 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 y 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 expresan en ella, como alega el Registrador, la fecha y modo en que se hubiese convocado la reunión, aspectos éstos 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 RRM 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 RRM).

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 M.ª Cabello de los Cobos y Mancha*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Normas citadas en los Vistos:

Código Civil: artículo 18.

Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General: artículos 12, 13.1 y 16.5.

Reglamento del Registro Mercantil: artículos 6, 68 y 111.

Publicada en el *BOE* de fecha 17 de diciembre de 1996.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN DE LOS HECHOS

El socio único de una sociedad anónima se constituye en Junta universal ante Notario, procediendo a la adopción de determinados acuerdos que, en ese mismo acto, son otorgados o elevados a escritura ante el mismo fedatario.

Dicho socio único es una fundación benéfico-social que actúa representada en dicha Junta por el Presidente de su Patronato. Cuando la escritura de ejecución de dichos acuerdos sociales es presentada en el Registro Mercantil,

el Registrador exige que se acrediten determinados extremos relativos a la representación con que actúa el susodicho Presidente de la Fundación, y a la validez y regularidad de los acuerdos del Patronato que autorizan a dicho señor para actuar en nombre de la misma.

Por otra parte, consta presentado en el libro diario documento acreditativo de haberse interpuesto querella criminal por supuesto delito de falsedad, a efectos de enervar o impedir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil entonces vigente (el de 29 de diciembre de 1989), la inscripción de los acuerdos sociales en cuestión.

Cada uno de los defectos que el Registrador ha planteado en su nota da lugar a diversos pronunciamientos en torno a la calificación registral, a la facultad de exigir la aportación de documentos complementarios, a la interpretación del artículo 111 del Reglamento y al régimen del derecho transitorio en torno a su aplicación.

II. REPRESENTACIÓN DEL SOCIO PERSONA JURÍDICA

Según la nota de calificación, que ha sido plenamente confirmada en este punto: «... 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..., Patronos vigentes y requisitos de convocatoria, constitución y adopción de acuerdos de su reunión...»

En general, siempre que se actúa en representación de una persona jurídica deben acreditarse los extremos referidos; concretamente, en el caso que nos ocupa, el Presidente del Patronato para poder actuar en nombre de la Fundación necesita acreditar que efectivamente ostenta esa cualidad de Presidente y que dicho Patronato le ha facultado —de manera regular y perfectamente válida— para realizar los actos de que se trate. Estos extremos, a su vez, exigen el examen de los Estatutos a fin de calificar si el Patronato se ha constituido y reunido válidamente, si sus acuerdos se han adoptado con mayoría suficiente, etc.

No debe olvidarse a este respecto que cuando el Registrador formula su nota de calificación tiene conocimiento (por el libro diario) de la existencia de una querella criminal por la que algunos de los miembros de dicho Patronato acusan de falsedad a los otros precisamente con relación a los acuerdos de la Fundación cuya regularidad no ha podido examinar el Registrador por falta de documentación suficiente.

Con posterioridad a dicha nota, y precisamente acompañando al escrito de interposición del recurso, se aportan algunos de los documentos reclamados por el Registrador, alegando además que la querella en cuestión no ha sido admitida a trámite.

A) *Extensión de las facultades calificadoras del Registrador*

Ante todo, debe enaltecerse la clara y terminante postura que adopta el Centro Directivo en apoyo de la calificación registral, sustentando la extensión de las facultades que han de asistir al Registrador, al afirmar que aquélla se extiende, en todo caso, a la regularidad y validez de los acuerdos de los

órganos de las personas jurídicas. «... 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 (arts. 18 CC y 6 RRM). Puesto que la representación legal de la Fundación corresponde colectivamente (1) al Patronato y no a sus miembros individualmente, las facultades representativas del otorgante presuponen el acuerdo adoptado por el Patronato. En consecuencia, la existencia y validez de las facultades representativas invocadas por el ahora otorgante dependen de la validez del acuerdo del Patronato, sin que sea suficiente la mera afirmación del Secretario [del Patronato] de que la reunión se celebró válidamente en segunda convocatoria conforme a los Estatutos».

En efecto, no se puede admitir *prima facie* esa afirmación del Secretario porque equivale a suplantar la calificación del Registrador, sustituyéndola por la de quien tenga atribuida la facultad certificante del órgano representativo. Al Secretario le corresponde certificar los hechos y no formular calificaciones jurídicas. Además, obsérvese que lo que se pretende es hurtar esos hechos a la apreciación del Registrador: en efecto, en lugar de expresar en la certificación la fecha y modo en que se convocó la reunión, el Secretario se limita a afirmar que se convocó válidamente, con lo que su juicio deviene en irrefutable e imposible de ser revisado posteriormente por nadie.

Es frecuente este modo de actuar cuando se trata de personas jurídicas que no sean sociedades mercantiles; quizá, como observa la resolución comentada, debido a la insuficiencia tanto de las respectivas leyes reguladoras como de los correspondientes estatutos sociales. Por eso debemos insistir en la importancia que tiene la doctrina aquí formulada por la Dirección General de los Registros y del Notariado al reconocer la necesidad de que las certificaciones expresen «... todas las circunstancias de la reunión que posibilitan al Registrador calificar la regularidad y validez de los acuerdos adoptados.. », de modo que su calificación se extienda a los hechos determinantes de la misma, sin tener que conformarse con el juicio que formule el certificante.

B) Aportación extemporánea de documentos

Como es sabido, en el recurso no pueden tenerse en cuenta otros documentos que no sean los que en su día fueron objeto de calificación (art. 68 RRM). Dadas las especiales circunstancias del caso presente, esa aportación extemporánea equivale además a recurrir contra una nota de calificación todavía no formulada. Como señala el fundamento primero de la resolución comentada, la exigencia del Registrador de que se aporten ciertos documentos

(1) Hay que tener en cuenta que el Presidente no es representante nato de la Fundación, correspondiendo dicha representación al Patronato colectivamente (Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, arts. 12, 13 y 16). El Presidente puede ostentar la delegación de las facultades, general o especial para algún acto o actos concretos, lo que no se ha acreditado en este caso.

En otros tipos de personas jurídicas, según las leyes reguladoras o sus estatutos, el Presidente puede gozar de ese carácter de representante nato de las mismas (esto ocurre especialmente en la asociaciones, pero no siempre ni para todo tipo de actos). Con ello se simplifica en cierta medida la calificación; pero, en todo caso, será necesario acreditar dicha cualidad al Presidente y calificar los estatutos para discernir si el acto de que se trate entra o no dentro de esa representación innata.

no constituye un defecto susceptible de ser impugnado; cuando posteriormente se presenten los mismos es cuando se dará lugar a una calificación registral susceptible de ser impugnada.

Es importante resaltar esta afirmación de que la exigencia de aportación de documentos complementarios no constituye propiamente un defecto impugnabile. En realidad sí que puede discutirse la procedencia de aportarlos o no (que es lo que en definitiva se ha hecho aquí), pero siempre habrá de tenerse en cuenta que dicho defecto no guarda relación con el contenido de los mismos (que aún no se conoce), sino con el mero hecho de su falta. En definitiva, el defecto consistirá en que el título presentado está incompleto.

La aportación extemporánea de documentos con la consiguiente impugnación por anticipado de una calificación todavía no emitida ha sido tratada en otras dos resoluciones (2) anteriores. 10 de enero y 2 de febrero de 1995.

III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 111 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

El Registrador, en su nota, se había limitado a advertir la circunstancia de hallarse cerrado el Registro a la inscripción de nuevo titular del cargo con facultad certificante, por constar la interposición de querrela criminal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 111 (3) del Reglamento del Registro

(2) **Resolución de 10 de enero de 1995.** «Denegada la inscripción de un título y caducada la vigencia del asiento de presentación, vuelve a presentarse junto con una escritura complementaria otorgada al objeto de subsanar los defectos que habían impedido aquélla. El mismo día, aunque con posterioridad, se presenta escrito por el que se interpone recurso gubernativo contra la calificación inicial, haciendo constar que lo es a efectos doctrinales si la escritura en cuestión se inscribe, y a efectos gubernativos *sic*, si no ocurre así... Como recurso a efectos doctrinales contra la anterior calificación, no pueden ser admitidos, pues no ha quedado inscrito el documento calificado en virtud de subsanación de los defectos impugnados, tal como exige de forma inequívoca el artículo 76 del Reglamento del Registro Mercantil. Y tampoco puede admitirse como recurso gubernativo ordinario, pues se entabla contra una calificación que no se ha realizado aún...»

« El recurso se plantea no contra la anterior calificación, sino contra la eventual calificación negativa que puede volver a producirse **y esta calificación es autónoma e independiente de la anterior**, y tanto puede coincidir con ella en todos sus términos como ser diferente...» (art. 108 RH, aplicable por remisión del art. 80 RRM).

Resolución de 2 de febrero de 1995. En este caso se había presentado, junto con el recurso, y por tanto extemporáneamente, una simple fotocopia de una sentencia de un Juzgado de Primera Instancia que, según el recurrente, fundaba sus argumentos para impugnar la nota de calificación. De acuerdo con el artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil, la Dirección General rechaza la posibilidad de entrar a considerar su contenido por tratarse de un documento aportado con posterioridad a la nota de calificación que se impugna. « En los recursos gubernativos no pueden ser tenidos en cuenta documentos que no han sido debidamente presentados al Registrador Mercantil para su calificación, por lo que no ha de tomarse en consideración la sentencia a que alude el recurrente...»

(3) **Artículo 111. 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.

Mercantil de 29 de diciembre de 1989, vigente en el momento de extenderse la nota de calificación.

Como es sabido, el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil (tanto en su redacción anterior como en la vigente) se refiere a los casos en que la certificación de los acuerdos sociales aparece expedida por alguna persona que no consta previamente inscrita en el Registro como titular de la facultad certificante (ya sea en concepto de administrador, secretario, del Consejo, etc.), imponiendo ciertas cautelas tendentes a dificultar o impedir que personas desaprensivas puedan suplantar dicha facultad certificante mediante el sencillo expediente de manifestar que han sido nombrados precisamente en la Junta cuyos acuerdos se pretenden inscribir.

Para superar la ruptura de tracto registral que se produce en estos casos, el Reglamento se conforma con una simple notificación al antiguo titular de la facultad certificante. Previendo, no obstante, que dicha notificación pueda resultar infructuosa o insuficiente, adopta otra cautela más: decretar el cierre provisional del Registro a la inscripción de dichas certificaciones durante quince días desde su presentación; durante este plazo el anterior titular de la facultad certificante puede oponerse a la inscripción, justificando haber interpuesto querrela criminal por falsedad de la certificación o acreditando de otro modo la falta de autenticidad de dicho nombramiento.

En el caso presente, resulta del Diario que se ha interpuesto querrela criminal contra algunos de los miembros del Patronato, discutiendo precisamente la validez de la reunión que autorizó el Presidente para representar a la Fundación en la escritura cuya inscripción en el Registro Mercantil se discute. Precisamente el primer defecto apreciado hacía referencia a la falta de acreditación de los requisitos de la misma. De todo esto resultará que pueden existir dudas más o menos fundadas acerca de la validez de dicha Junta del Patronato, pero este extremo no afectará a la autenticidad de la certificación (de la sociedad, no del Patronato) por la que se cambia al titular de la facultad certificante en la sociedad.

El supuesto no encaja dentro de los presupuestos de hecho del tantas veces citado artículo 111 del Reglamento, que sólo permitía prolongar esa situación de cierre registral en los casos de falsedad o falta de autenticidad de la propia certificación societaria, pero no aquellos supuestos en que lo dudoso sea su validez intrínseca, como sería en este caso, porque no se sabe si está debidamente legitimado quien actúa en representación del socio único.

Por otra parte, el recurrente solicitaba la aplicación del nuevo Reglamento, cuyo artículo 111 ya no permite prolongar (4) esta especie de cierre provisional, sino que se limita a establecer una nota marginal preventiva: «Si se acredita la interposición de la querrela se hará constar esta circunstancia al margen del último asiento, que se cancelará una vez resuelta la misma, *sin*

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.

(4) Tampoco está claro que lo permitiera el antiguo, que en realidad nada decía sobre esto, limitándose a establecer que el anterior titular de la facultad certificante podía oponerse a la inscripción del nuevo titular, sin precisar si —mientras se resolvía esta oposición— se podía o no inscribir o anotar el nombramiento, etc. En la práctica, esto se traducía en la prolongación de esa situación de cierre provisional mientras se ventilaban los recursos correspondientes.

que dicha interposición impida practicar la inscripción de los acuerdos certificados». Aunque este punto del recurso tenga ya un valor meramente anecdótico, interesa destacar que el precepto aplicable hubiera debido ser el antiguo, indiscutiblemente, por ser el que estaba vigente al tiempo de extenderse la nota (5) de calificación.

Ahora bien, y con esto concluimos: la necesidad de observar cautelas, relativas a la autenticidad de la certificación expedida por una persona no inscrita anteriormente como titular de la facultad certificante, desaparece cuando su nombramiento no accede al Registro Mercantil mediante esa «autocertificación» expedida por él mismo, sino que resulta de un documento cuyo contenido goza de fe pública, ya que ese nombramiento consta efectuado en una Junta de socios celebrada ante Notario (6).

Como dice la resolución comentada: «... 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. ...» Lo que no ha resultado acreditado en el caso debatido es la legitimación del Presidente del Patronato para actuar como representante del socio único, pero estas cuestiones son «en todo caso ajenas al contenido sustantivo del artículo 111 del Reglamento».

JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

(5) Así parece confirmarlo el fundamento segundo de la resolución. En realidad, al resolver en el sentido de que el supuesto no encaja dentro del ámbito de aplicación del tantas veces citado artículo 111 del Reglamento, se ha evitado un pronunciamiento concreto sobre la cuestión. Ahora bien, si en el recurso sólo pueden discutirse las cuestiones relacionadas con la nota (Arg. Ex. art. 68 RRM), es evidente que no se puede discutir la aplicación de un precepto que ni siquiera existía cuando se extendió aquélla. Habría que presentar nuevamente el título —después de entrar en vigor el nuevo Reglamento— para que fuera calificado y, eventualmente, despachado con arreglo al nuevo precepto reglamentario.

(6) Un caso muy similar es el contemplado por la **Resolución de 2 de enero de 1992**: se trataba de una designación de nuevo titular de la facultad certificante, efectuada en una Junta de la que se levantó acta notarial, siendo el título presentado una copia auténtica de dicha acta. «... Resulta evidente la inaplicación del artículo 111 del Reglamento cuando el título inscribible es una escritura pública a la que sirve de base la propia acta notarial de Junta en que se adoptó aquél...»

«... la suspensión del asiento que el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil permite se funda inequívocamente en la debilidad de la eficacia probatoria del título contemplado y no en la validez o nulidad del acuerdo en él recogido. Tanto su tenor literal como su ratio y finalidad son inequívocos al respecto, contemplan la inscripción del nombramiento de administradores de una sociedad a través de una mera certificación del acta de la Junta correspondiente, esto es, de un documento que tiene naturaleza privada y que además ha sido expedida precisamente por quien aparece favorecido por el nombramiento a inscribir, lo que justifica sobradamente las cautelas adoptadas, así como la suspensión misma del asiento solicitado si fundadamente se invoca al Registrador la querrela por falsedad del título. Se trata, pues, de una causa de suspensión de la inscripción por razón sólo del vehículo formal mediante el que el acuerdo cuestionado intenta acceder al Registro, que en modo alguno puede invocarse para amparar la suspensión, en virtud de elemental nulidad, del acto documentado por más que la nulidad haya sido demandada judicialmente; para ello existen otros remedios, cuales son las anotaciones de la posible demanda de impugnación (cfr. arts. 121 LSA y 155 RRM) o de la suspensión del acuerdo del mismo (cfr. arts. 120 y 121 LSA y 157 RRM) »

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) OBLIGACIONES REALES

POR ELENA MÚGICA ALCORTA

SEGREGACION DE FINCA (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1996.)

Según el artículo 47 del Reglamento Hipotecario no será obstáculo para la inscripción de cualquier segregación la falta de acceso registral de otras segregaciones previamente realizadas. Interpuesta acción declarativa de dominio, la observancia o no del precitado artículo 47 carece de sustancial relevancia a los fines y efectos casacionales.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS CREDITOS ANTERIORES.—HIPOTECA. CARACTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCION. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1996.)

Hechos.—Una entidad mercantil aceptó un préstamo con garantía hipotecaria, que no tuvo acceso al Registro de la Propiedad, sobre unas fincas. Posteriormente las fincas fueron adjudicadas para pago de deudas, subrogándose el adjudicatario en la hipoteca y en la deuda, y la adjudicación fue inscrita. El prestamista ejercita acción tendente a la posposición de la adjudicación de la hipoteca y obtiene anotación preventiva de demanda, letra A, a continuación de la cual se practica anotación de embargo, letra B, a favor de otra persona.

Doctrina de la Sentencia —Los créditos anotados preventivamente en el Registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sólo tienen preferencia en cuanto a créditos posteriores según el número 4.º del artículo 1.923 del Código Civil, por lo que siendo la escritura de préstamo hipotecario anterior a la fecha de la anotación preventiva de embargo, aunque la inscripción de esa escritura sea posterior, es de aplicación el número 4.º del artículo 1.923 del Código Civil y debe decidirse la cuestión según la antigüedad de las fechas, siendo preferente el crédito documentado en la escritura pública anterior a la anotación preventiva. La

anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores y, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación.

En el caso de autos, obligada la adquirente de las fincas por dación en pago a subrogarse en la hipoteca y en la deuda, no puede beneficiarse ni enriquecerse por la falta de inscripción, sino que ha de colaborar a su subsanación para alcanzar el fin contractual pretendido por todos y para lo que asiste acción personal al acreedor —como ocurre en los supuestos de promesa de constituir hipoteca (art. 1.862 CC)— que la ejercita al efecto para que la garantía que asumió la adquirente nazca con plenitud de los efectos propios de su naturaleza de derecho real, que no tiene hasta el momento, pero que puede adquirir por constar todos los datos necesarios, bien con la colaboración voluntaria de la demandada, ya con la sustitución de su consentimiento por la declaración judicial.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACCIONES EN DEFENSA DE LA COMUNIDAD. REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1996.)

La jurisprudencia es tajante cuando exige que el acuerdo para actuar en juicio en defensa de la comunidad es un requisito indispensable atribuido a la Junta de Propietarios por el artículo 13.5 LPH.

En el caso de autos no aparece justificada ni la condición de Presidente de la Comunidad de propietarios ni la autorización de esta Comunidad para ejercitar las acciones que se postulan a su nombre ni, incluso, posiblemente la constitución legal de la misma. Procede declarar la nulidad de todo lo actuado mandando reponer los autos al momento de la comparecencia establecida en los artículos 691 y siguientes LEC para que, de acuerdo con el número 3 del artículo 693, la parte demandante concrete la cualidad, el carácter y la condición de la persona que ejercita la acción, así como la representación y apoderamiento con que comparece en juicio, defectos subsanables que deberán ser complementados.

COMUNIDAD DE BIENES: EJERCICIO DE ACCIONES POR UN CONDUEÑO EN BENEFICIO DE LOS OTROS. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1996.)

Ejercitada la acción de reparación de daños en la finca indivisa por obras en la colindante el beneficio que resulta para la comunidad es evidente, siendo así de aplicación la conocida doctrina jurisprudencial de poder cualquiera de los partícipes comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, ya para ejercitarlo, ya para defenderlo.

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION POR EL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1996.)

Hechos.—Acción negatoria de servidumbre de paso sobre uno de los portales del edificio en favor de todos los copropietarios de los demás portales.

Doctrina de la Sentencia.—Tratándose de una servidumbre predial que recae sobre un elemento común del pretendido inmueble sirviente que aprovecha a todos los copropietarios de cada una de las otras comunidades que ejercitan el paso en cuanto al portal, transformadas así en edificios dominantes, no tiene que extenderse la legitimación pasiva a todos y cada uno de esos copropietarios ya que cada bloque se halla perfectamente representado por su Presidente, conforme a las funciones que legalmente tiene atribuidas según el artículo 12 LPH

EJECUCION HIPOTECARIA: SUBSISTENCIA DE LOS ARRENDAMIENTOS PACTADOS CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA. (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1996.)

El problema jurídico debatido consiste en determinar si los contratos de arrendamiento pactados con posterioridad a ser constituida la hipoteca sobre el inmueble continuaban vigentes después del auto de adjudicación de la finca o, por el contrario, es de aplicación la regla 17 del artículo 131 LH ordenándose la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca.

La doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, contenida principalmente, entre otras, en las Sentencias de 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, mantiene que, partiendo de un arrendamiento válidamente constituido y de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: *a)* Porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a los derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso, *b)* Porque de seguirse criterio distinto se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el artículo 114 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964, y *c)* Porque tratándose de arrendamientos con derecho a la prórroga forzosa (anteriores al RDL de 30 de abril de 1985) se quebrantaría el contenido del artículo 57 de la misma Ley, que impone obligatoriamente dicha prórroga para el arrendador.

Esta doctrina quiebra: *a)* Cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (S. 17 de noviembre de 1989); *b)* Cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y *c)* Cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de la

garantía o de subasta de la finca hipotecada, para lo cual pueden servir como pauta, salvo prueba en contrario, las disposiciones del artículo 219.2 ° RH.

TERCERIA DE DOMINIO. REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1996)

Hechos —Documento privado denominado de «reserva de vivienda», seguido de entrega de las llaves con anterioridad al embargo

Doctrina de la Sentencia.—La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer en casación a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico. Al margen de que, en puridad, se pueda hablar de que *ab initio* se está en una especie de promesa de venta o, incluso, compraventa de cosa futura o esperada al tratarse de una futura vivienda que estaba en ejecución, constan circunstancias tan significativas como la intención de obligarse firmemente las partes respecto a dicha traslación dominical del inmueble una vez construido, así como el precio convenido y la forma de pago, y los actos posteriores de las partes integran la total consumación del contrato, lo que, unido a la *traditio* verificada con la entrega de las llaves, conlleva a que cualquiera que fuese esa falta de formalización completa del compromiso inicial de compraventa, ésta queda perfectamente integrada y completada por esos actos posteriores.

Hecha la demostración de que efectivamente se produjo la entrega de la vivienda con fecha anterior a la realización del embargo y, en consecuencia, habiéndose acreditado debidamente por parte del tercerista ostentar un título dominical precedente a la fecha de realización del embargo, debe prosperar su pretensión y acordarse el alzamiento de dicha medida cautelar.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: NO TIENE CARACTER CONSTITUTIVO.—TERCERO HIPOTECARIO: PROTECCION FRENTE AL EMBARGO NO ANOTADO. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1996.)

El problema litigioso se centra en el valor jurídico del embargo de un inmueble, aún no anotado en el Registro, si con posterioridad a haberse decretado éste el bien trabado se enajena. Como quiera que la anotación en el Registro no tiene valor constitutivo ya que el embargo existe jurídicamente desde que la Autoridad judicial lo decreta, el dueño del bien sólo puede transmitirlo con la carga de la traba que subsiste, salvo en el caso de que el que hubiese adquirido el bien con posterioridad al embargo reúna los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria, es decir, los requisitos del artículo 34 LH.

RETRACTO DE COMUNEROS. NO SE DA EN CASO DE VENTA DE LA COSA COMUN POR EL COMUNERO QUE SE CREE PROPIETARIO DE LA TOTALIDAD.—COMUNIDAD DE BIENES: DISPOSICION DE LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1996.)

El retracto de comuneros se concede a quien ostente tal cualidad para el caso de venta a un extraño de la parte de todos los demás condueños o de

alguno de ellos (art. 1.521 CC); luego la conclusión es que el retracto se da en caso de venta de porciones a extraños, pero no cuando se vende la totalidad.

Cuando los inmuebles son vendidos por entero por quienes se consideran titulares dominicales de su totalidad, los restantes copropietarios que sostengan les pertenece una porción indivisa podrán defender su derecho a impugnar la compraventa, pues los actos de disposición sobre el todo requieren unanimidad (arts. 397-399 CC) y la disposición de porciones singulares requiere que se haya practicado la división.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1996.)

Constituida una comunidad cuyo objeto es un inmueble por naturaleza esencialmente indivisible, la única solución para poner fin a ese proindiviso es mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, pues la comunidad específica de la LPH es descartable, ya que por la propia configuración del edificio no se puede proceder a su división para el aprovechamiento de los elementos individuales en relación con los anexos a que se refiere el artículo 396 CC, a no ser se realicen sustanciales obras.

OPCION DE COMPRA: PRESCRIPCION EXTINTIVA. PLAZO PARA SU EJERCICIO. REQUISITOS DEL ARTICULO 14 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. ALTERACION DE LA BASE NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1996.)

Establecido un plazo para el ejercicio de la opción, no resulta aceptable sostener que el beneficiario de la misma deba ejercitar su derecho incluso con posterioridad a concluir el plazo pactado para evitar que se extinga por prescripción. Hallándose el ejercicio de derecho de opción sujeto a un plazo de caducidad, no es posible que se vea afectado también durante su transcurso por la prescripción extintiva.

Cuando se pacta expresamente como plazo para el ejercicio de la opción el tiempo que dure el arrendamiento y las prórrogas, no se aprecia razón alguna justificativa de la reducción del plazo al del contrato de arrendamiento sin extenderlo a sus prórrogas. Tal tesis no sólo contraviene el artículo 1.255 CC en cuanto la estipulación no es contraria a las leyes, la moral o el orden público, sino que viola el principio *pacta sunt servanda* y lo dispuesto en el artículo 1.258 CC en tanto excluye el cumplimiento de lo expresamente pactado.

El artículo 14 RH se refiere exclusivamente a los requisitos que debe reunir el contrato de opción para que proceda su inscripción registral.

Tanto por la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus* como por la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio o la de la equivalencia de las prestaciones, cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela por la alteración que ello pueda suponer del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación del vínculo obligacional por defecto o alteración de la base negocial y haber roto el equilibrio de las prestaciones

siempre que concurren las circunstancias siguientes a) Alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) Una desproporción inusitada o desorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompan el equilibrio de las prestaciones, y c) Que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. En el caso litigioso no concurren todos los requisitos enunciados ya que el aumento de valor de la finca objeto de la opción de compra no puede calificarse por sí solo de «alteración completamente extraordinaria» ni, menos aún, puede reputarse consecuente a circunstancias radicalmente imprevisibles.

ADQUISICION DEL DOMINIO· TITULO Y MODO.—TRADICION INSTRUMENTAL.—LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1996.)

La entrega de las cosas vendidas es obligación impuesta a los vendedores por el artículo 1.461 CC, lo que a su vez genera derechos a favor de los compradores para exigir su cumplimiento o, en su caso, la resolución del negocio conforme al artículo 1.124, pues la propiedad no se transmite por la mera perfección de los contratos si no va seguida de la tradición, conforme a los artículos 609 y 1.095 CC, ya que sólo la conjunción de los dos elementos, título y modo de adquirir, determinan la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re*.

Dicha obligación de entrega no es desvirtuada por el artículo 38 LH toda vez que la inscripción en el Registro de la Propiedad sólo establece simple presunción posesoria *iuris tantum* en favor del titular registral.

Tratándose de bienes inmuebles, el artículo civil 1.462 autoriza la tradición instrumental (*traditio chartae*), que opera siempre que se den los siguientes supuestos: a) Que la compraventa se hubiera celebrado a medio de escritura pública, con todos los requisitos formales para su validez; b) Que de dicha escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que no concorra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica, y c) Que los vendedores estén en la posesión del bien enajenado tanto en forma inmediata como mediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su consideración de *tradens*.

El artículo 1.462 CC establece una presunción *iuris tantum* que tiene equivalencia de presunción-tradición y puede ser combatida mediante prueba en contrario.

LA ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO CONLLEVA LA PETICION DE CANCELACION O NULIDAD DEL ASIENTO REGISTRAL.—LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1996)

La nueva doctrina jurisprudencial especifica que no es preciso instar la nulidad o cancelación de la inscripción cuando la acción ejercitada es la contradictoria del dominio.

El artículo 38 LH sienta una presunción *iuris tantum* que siempre se puede destruir por prueba en contrario.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS CREDITOS ANTERIORES. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1996.)

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 44 LH y 1.923.4.º CC, la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación; y así, tiene declarado reiteradamente la Sala Primera del Tribunal Supremo que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros créditos anteriores, ya que como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio no crea ni declara ningún derecho, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación.

BIENES DE PROPIEDAD PRIVADA: ENCLAVES PRIVADOS ANTERIORES A LA LEY DE COSTAS DE 28 DE JULIO DE 1988 EN ZONAS MARITIMO-TERRESTRES LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1996.)

El artículo 132.2 CE contiene la declaración terminante de que se reputan bienes de dominio público estatal, no sólo los que recoge la Ley, sino también «la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental». La problemática surge en la actualidad, una vez publicada la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (vigente desde su publicación en el *BOE*, que tuvo lugar al siguiente día 29 de julio), proyectada sobre la titularidad de los enclaves privados en las zonas marítimo-terrestres.

La jurisprudencia más antigua viene a reconocer y decretar el dominio a cargo de los particulares de los referidos enclaves en los supuestos demostrados de desafectación y cuando su alienabilidad hubiera sido autorizada o su adquisición tuviera lugar con anterioridad a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, complementada con la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, la Ley de 26 de abril de 1969 sobre costas y su Reglamento de 23 de mayo de 1980, al establecer que la zona marítimo-terrestre es de dominio público, sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos por los particulares.

El artículo 132.2 CE no contiene reconocimiento expreso de los derechos legítimamente adquiridos. El efecto derogatorio de la legislación contradictoria a la normativa constitucional no puede tener trascendencia confiscatoria por prohibirlo su artículo 33.3 respecto a aquellas situaciones patrimoniales que tengan origen en contratos legales y se han consolidado con el transcurso del tiempo.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión ha venido proclamando que la presunción blindada constitucional en pro del dominio público nacional requiere para ser destruida una rigurosa demostración en contrario, con lo que no se desconocen ni se niegan los enclaves privados.

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al problema debatido respecto de fincas adquiridas al Estado por las correspondientes escrituras pú-

blicas que facilitaron su acceso al Registro, se impone el respeto a la titularidad dominical derivada de dichas adquisiciones en su integridad física y linderos, concretamente en lo que lo refiere al mar. No sucede así con otra finca respecto a la cual la única prueba presentada es la inscripción registral por la vía del artículo 205 LH, que no resulta suficiente ante el precepto constitucional 132.2 para amparar por sí sola, dada la ausencia de titularidad proveniente de enajenación por el Estado, la declaración del dominio de los particulares. Las inscripciones registrales vigentes dan fe de la validez del título pero no de la realidad física del bien a que se refiere, por lo que no actúan con eficacia suficiente frente a la notoriedad del carácter público de las zonas marítimo-terrestres y por ello no pueden fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO.—ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS POSTERIORES. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1996)

Se reconoce como título de propiedad del tercerista un contrato de compraventa documentado en escritura pública que tuvo un objeto, si no determinado, sí determinable, lo que permite el artículo 1.273 CC siempre que la determinación no requiera que los contratantes hayan de ponerse nuevamente de acuerdo, sino que baste la aplicación de los criterios que establecieron.

La anotación no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre los bienes que no estén en el patrimonio del deudor ni el acreedor embargante goza de la protección del artículo 34 LH.

TERCERIA DE DOMINIO EN PROCEDIMIENTOS DE APREMIO POR DEBITOS A LA SEGURIDAD SOCIAL: PUEDE EJERCITARSE ANTE LA JURISDICCION ORDINARIA SIN PREVIA INTERPOSICION ANTE LA TESORERIA GENERAL. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1996.)

Ciertamente, los artículos 16.2 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, y 172 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (aprobado por RD 716/86, de 7 de marzo) encomiendan a la Tesorería resolver las tercerías que se susciten en el procedimiento de apremio como requisito previo para ejercitarla ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria; pero tal precepto no altera la naturaleza de la actuación, que sigue siendo reclamación gubernativa y no decisión jurisdiccional de tercería, y la atribución a dicho órgano es la consecuencia lógica derivada de que se hayan atribuido a los órganos de jurisdicción laboral la decisión de las tercerías que se susciten en una ejecución seguida ante ellos. Si conocen de la tercería los Jueces de lo Social, deben conocer de la reclamación previa los órganos administrativos del mismo orden.

La nueva regulación de las reclamaciones previas no permite afirmar que su instauración tenga el carácter de privilegio, poco acorde con el orden institucional; por ello no parece razonable atribuir el carácter de requisito previo esencial a la vía gubernativa laboral cuando no se reconoce tal categoría a las reclamaciones gubernativas no laborales.

Voto particular. El Magistrado excelentísimo señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez emite un voto particular tendente a respetar el preexistente criterio decisorio del Tribunal Constitucional (S. 21/1986, de 14 de febrero) y de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SS. de 1 de junio de 1990 y 7 de abril de 1995), reconociendo que en el procedimiento de apremio por débitos a la Seguridad Social la interposición de las tercerías ante la Tesorería General es requisito previo para su ejercicio ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1996.)

En el sistema del CC, inspirado en el Derecho Romano, la transmisión de la propiedad y demás derechos reales no se opera por la mera perfección del contrato si no es seguida de la tradición.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1996.)

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo conforme a la cual un título universal de herencia (testamento o declaración de herederos *ab intestato*) no es suficiente para probar la titularidad de un bien concreto y determinado es aplicable al supuesto en que el reivindicante trate de basar la titularidad dominical única y exclusivamente en un título genérico y universal de herencia sin adjudicación particional y concreta al mismo del bien que reivindica, pero no cuando en el proceso existan otros elementos probatorios que acrediten y corroboren la alegada titularidad dominical

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

AL TERCERO DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA NO LE AFECTA LA EXCEPCION DEL ARTICULO 33. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala tiene establecido que el principio «Prior in tempore, potior est iure» no es suficiente cuando entra en juego el mecanismo registral característico del sistema inmobiliario español, donde la prioridad es preciso ponerla en relación con el Registro de la Propiedad, por lo que en caso de doble venta de un inmueble urbano en la que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no inscribe en el Registro de la Propiedad y el posterior sí realiza la inscripción a su nombre, con-

fiere a este último la propiedad siempre que medie buena fe, que en materia de derechos reales no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento (S. de 16 de febrero de 1981).

El adquirente que inscribió ostenta la calidad de tercero hipotecario conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es decir, que, conforme al artículo 32, los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no están debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no le perjudican; al tercero del artículo 34 no le afecta la excepción del artículo 33.

NATURALEZA DE LA TERCERA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—Respecto a la naturaleza y a la finalidad de la tercera de dominio, la jurisprudencia de esta Sala ha venido experimentando una evolución progresiva un tanto vacilante, que va desde una primitiva posición de equiparación absoluta con la acción reivindicatoria, pasando después por una postura intermedia en la que sólo a modo de una *obiter dicta* se indica la simple analogía, sin posibilidad de identificación entre ambas acciones, hasta llegar a la concepción más reciente, en la que el objeto de la acción de tercera de dominio ha quedado delimitado y dirigido a liberar del embargo bienes que se encontraban indebidamente trabados, coincidiendo su ámbito de actuación con el de los bienes susceptibles de ser embargados según el artículo 1.447 LEC, afectando tanto a los bienes materiales como a los inmateriales, con la sola condición de que no sean de la propiedad del deudor apremiado (SS. de 29 de octubre de 1984, 20 de mayo de 1988 y 1 de febrero de 1990).

LA CONDICION SE CARACTERIZA POR LA INCERTIDUMBRE. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La futuridad del evento no constituye en sentido técnico la esencia de la condición caracterizada por la incertidumbre, lo que justifica que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor la obligación sea nula (art. 115 CC), de modo que aun en la hipótesis de que se estimase sometido el pago a la condición de vender a un tercero sin ninguna otra circunstancia (cuantía, tiempo, etc.) tal condición sería nula, pero no el negocio jurídico en su totalidad, y habría de señalarse igualmente plazo para su cumplimiento.

EL PRECONTRATO OBLIGA COMO EL CONTRATO DEFINITIVO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia dominante atribuye al precontrato efectos sustancialmente idénticos a los del contrato definitivo, obligando directamente a las partes al igual que éste, superándose así la antigua concepción del precontrato según la cual éste obligaba a obligarse, lo que carecía de sentido pues el consentimiento, si es libre, es incoercible. Tal doctrina es válida para cualquier precontrato, no impidiendo la redacción del artículo

1.451 CC, cuya diferenciación del régimen entre contrato preliminar y contrato definitivo de compraventa no obstan a lo dicho y la jurisprudencia española dominante se ha inspirado en la concepción de que el precontrato es la fase inicial de un contrato de formación sucesiva, con unidad funcional y voluntad única, dejando esta etapa preparatoria ya vinculada a las partes de forma que basta actuar la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado para que éste sea exigible y produzca sus efectos típicos, de manera que en caso de negativa de una de las partes el Juez pueda suplir el consentimiento del obligado puesto que la consumación del contrato no requiere una nueva y específica declaración de voluntad por haber sido prestado el suficiente consentimiento al perfeccionar el contrato inicial; esto es, el precontrato o contrato preliminar obliga como el llamado contrato definitivo

REQUISITOS DEL ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El denominado error judicial proviene de una actuación-decisión de los órganos de justicia, que a la hora de cumplir su mandato jurisdiccional *dictio iuris* o «decir el derecho» incurre en un desvío de tal naturaleza o en una equivocación tan crasa y elemental, y hasta perceptible socialmente por el efecto de injusticia que produce, que sin duda, bien por confundir o no distinguir cabalmente los supuestos de hecho enjuiciados, bien porque con manifiesta torpeza o negligencia se aplica una norma o Ley manifestamente contraria o desviada del modelo preconstituido, o incluso por torpeza, se decide algo que no coincide cuantitativa o cualitativamente con la *ratio decidendi* y con ello, a resulta de tales conductas, se infiere una afectación o menoscabo a la parte que tiene que padecer tal pronunciamiento tortuoso o erróneo.

El error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo, requiriendo el error que se haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate y sobre los cuales el Juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores *in iudicio* o *in iudicando*, lo que determina que al amparo de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas ni puedan atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales.

EL QUE UN SOLAR NO SEA EDIFICABLE DE INMEDIATO NO SIGNIFICA LA EXISTENCIA DE VICIOS OCULTOS. (SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia —El dato de que el solar litigioso no pueda ser de inmediato edificable no significa la aparición en la compraventa realizada de defectos ocultos que le hagan impropio para el uso a que se le destina: la construcción.

Pues no se puede olvidar que la acepción que nuestro Código Civil en el artículo 1.484 da a los vicios o defectos ocultos es de carácter funcional y que, por lo tanto, dicho vicio determina la inutilidad total o parcial de la cosa, así

como que la misma carece de las cualidades necesarias para realizar una determinada prestación.

En el presente caso no se puede hablar de vicio oculto en el objeto —el solar— de la compraventa por el simple dato de que no sea edificable en el acto, pues porque el mismo esté incluido en un Plan de «previa reparcelación» no significa ello que sea una superficie urbana inedificable, sino que la posibilidad de construir algo sobre la misma queda diferida, pues lo único que se pretende con el retraso que supone tal reparcelación es distribuir justamente los beneficios y cargas de la ordenación urbanística, pero nunca la imposibilidad de construir.

LA TRADICION PUEDE REVESTIR VARIAS FORMAS APARTE DE LA CIVILISIMA. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1996)

Doctrina de la Sentencia.—El sistema legal español de la propiedad previene, frente a otros meramente consensuales, la doble necesidad del título («ciertos contratos») y del modo («mediante la tradición») para que la traslación del dominio se produzca. Mas las formas de tradición, comprendidas en la escueta fórmula del artículo 609 CC, no se reducen para los inmuebles a la llamada posesión civilísima del artículo 1.462 del mismo texto legal, que establece como regla general que el otorgamiento de la escritura pública de venta equivaldría a la entrega de la cosa objeto del contrato, sino que comprende diversas modalidades, tales como la entrega de llaves u otras simbólicas o derivadas del hecho mismo posesorio en relación con el título adquisitivo. La realidad del hecho posesorio en concepto de dueños, junto con la existencia de un título de propiedad legítimo (el contrato de compraventa), que aunque privado figuraba visado por la Consejería de ordenación del territorio y por ello perjudicaba a terceros desde la fecha del visado, a tenor del artículo 1.277 CC, permiten estimar que los terceristas son propietarios del bien embargado con anterioridad a la fecha del embargo.

LITISCONSORCIO NECESARIO: LOS QUE NO FUERON PARTE EN EL CONTRATO CARECEN DE INTERES LEGITIMO —EL ARTICULO 1.295.2.º DEL CODIGO CIVIL NO ES APLICABLE A LOS QUE NO EMPLEARON ELEMENTAL DILIGENCIA EN LA COMPROBACION DEL TITULO DEL VENDEDOR. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—La dueña de un solar lo transmitió a un constructor a cambio de tres plantas en el edificio que habría que construirse y sometían este contrato a la condición suspensiva de que se construyera el edificio. El constructor, en vez de edificar, transmitió el solar a una Comunidad de Partícipes. La vendedora del solar demanda la resolución del contrato de permuta del solar por obra. El constructor no comparece y sí lo hace la Comunidad como interviniente adhesivo.

La demanda de la vendedora prospera y el recurso de la Comunidad alegando litisconsorcio necesario e inaplicación del artículo 1 295 2.º CC no es acogido.

Doctrina de la Sentencia.—La figura jurídica del litisconsorcio pasivo necesario tiene su justificación en una indebida constitución de la relación procesal; se pretende la presencia de todos los interesados en esta situación, únicos

que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios, pues los que no fueron parte en el contrato cuya ejecución se discute carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, y no hay razón alguna para llamarles obligatoriamente a un proceso. No es de apreciar tal situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacia terceros se producen con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión o porque la relación material sobre la que recae sólo les afecta con carácter indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria o adhesiva ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza ni se produce para ellos indefensión.

Se exige para que pueda operar la excepción establecida en el artículo 1.295.2.º CC que el objeto de la devolución se halle legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe. La compraventa en documento privado que efectúa la Comunidad de Partícipes no es más que una venta *a non domino*: el vendedor no tenía el libre poder dispositivo sobre ese inmueble, por lo que no podía transmitirlo; resulta elemental que en la parte expositiva del documento de compra la Comunidad no exigiera la mención y comprobara después la validez y la naturaleza del título adquisitivo del vendedor.

TERCERIA DE DOMINIO NO BASTA PARA LA EXISTENCIA DE TRADICION LA REALIZACION POR LOS COMPRADORES EN DOCUMENTO PRIVADO DE ACTOS POSESORIOS SOBRE LA VIVIENDA COMPRADA. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El hecho de que existiesen contratos privados no prueba más que el ejecutado y los terceristas contrajeron vínculos obligatorios exclusivamente, pues del contrato de compraventa no nacen más que las obligaciones principales de entrega de la cosa y la de pagar el precio convenido. La propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la *traditio*. Por lo tanto, el que con el visado de los contratos privados adquirieron éstos fecha auténtica para terceros nada dice contra el acreedor ejecutante que embargó las viviendas, pues el dominio puede perfectamente continuar en poder del deudor en el momento de la traba si no ha cumplido con su obligación de entrega. Hay que tener en cuenta que las viviendas objeto de venta se estaban construyendo cuando los terceristas las adquirieron en sus contratos privados, por lo que los actos posesorios que pudiesen realizar antes de la terminación del objeto comprado en modo alguno tienen la significación de que ya han adquirido la propiedad, pues ese objeto no existe. Otra cosa es que el vendedor tolere aquellos actos posesorios para perfeccionar o acomodar al deseo de los compradores la vivienda que posteriormente les ha de entregar.

RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—En el motivo tercero se alude a la infracción de los artículos 79 y 81 LSA y de la jurisprudencia aplicable por inaplicación al no ser lícito establecer la responsabilidad de un Administrador prescindiendo de los requisitos legales establecidos; y así, según la Sentencia de 13 de octubre de

1986, la responsabilidad exige, conforme al artículo 79: *a)* la realidad de un daño, *b)* la concurrencia de conductas maliciosas de abuso de facultades o gravemente negligentes, y *c)* la culpa ha de ser grave y no leve, pronunciándose en el mismo sentido las Sentencias de 12 de abril de 1989 y 3 de abril de 1990.

ABUSO DE DERECHO: INCURRE EN RESPONSABILIDAD QUIEN EJERCITA UN DERECHO TRASPASANDO LOS LIMITES IMPUESTOS POR LA EQUITAD. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina jurisprudencial relativa al abuso del derecho inicia su evolución a partir de la conocida Sentencia de 14 de diciembre de 1994, en la que se establecen unas líneas fundamentales: *a)* uso de un derecho objetiva o externamente legal; *b)* daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y *c)* inmoralidad o antisocialidad de ese daño manifestadas en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Se puede concretar esa doctrina afirmando que los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teleológico y social; y cuando se obra en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros, se incurre en responsabilidad; en estricto sentido, quien usa su derecho no puede cometer abuso alguno: abusa quien ejecuta un derecho que realmente la Ley no le ha concedido. La doctrina científica critica el margen de inseguridad que el indispensable arbitrio judicial puede producir al fijar los límites del derecho subjetivo de acuerdo con su fin, pero conviene puntualizar que el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado y tiene como ámbito propio el de no poder invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado para un precepto legal, o dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica.

EL ARTICULO 1.288 DEL CODIGO CIVIL ENTRA EN JUEGO CUANDO LA INTERPRETACION ORIGINA VARIOS RESULTADOS. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.288 CC no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos, y por supuesto y primordialmente las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido sino que origina varios en análogo grado de credibilidad. En estas circunstancias nos hallamos, pues las cláusulas analizadas son susceptibles de varias y fundadas interpretaciones al establecer una cifra máxima por siniestro y a continuación otra por cada víctima y otra por daños corporales, especificaciones que no se corresponden con la primera, pues si hay varias víctimas, por ejemplo, la responsabilidad por siniestro indudablemente superaría en su cuantía máxima a los

cinco millones en que se fijó aquélla, lo mismo que si en el siniestro se producen daños personales y materiales.

DOBLE VENTA DE INMUEBLES: PARA QUE LA PROPIEDAD PERTENEZCA AL QUE PRIMERO INSCRIBE HA DE EXISTIR BUENA FE. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El párrafo 2.º del artículo 1.473 CC regula la preferencia en el caso de doble venta de bienes inmuebles, disponiendo que la propiedad pertenecerá al que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad, con lo que viene a consagrar el principio de prioridad registral; y si bien el precepto no hace mención a la existencia de buena fe, a diferencia de los otros dos párrafos del mismo artículo 1.473, la necesidad de que concurra este requisito es señalada tanto por la doctrina como por la reiterada jurisprudencia de esta Sala, entendiéndose que la buena fe en el campo de los derechos reales no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones de y contratos, sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1.950 de nuestro Código sustantivo, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad dominical que proclama

ERROR EN EL CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que el error en el consentimiento invalide el contrato es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe.

Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCION ES EN PRINCIPIO INDIVIDUALIZADA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de los vicios ruinógenos de que adolezca la obra edificada (art 1.591 CC) es, en principio y como regla general, individualizada,

personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, pues el artículo 1.591, acorde con la diferenciación de tareas profesionales, distingue la doble hipótesis de ruina por vicio de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto, y sólo cuando el suceso dañoso haya sido provocado por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina ocasionada por la conjunción de causas, de modo que resulta imposible discernir las específicas responsabilidades del técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación.

Las sociedades de gestión, cuando de hecho son auténticas promotoras, no pueden quedar excluidas de la responsabilidad decenal por el hecho de interponer la figura de una Comunidad de Propietarios si ello además reviste la finalidad fraudulenta de evitar que se les aplique el artículo 1.591 CC.

LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES SE BASA EN UNA RESPONSABILIDAD CUASIOBJETIVA. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La Ley 26/1984, de 19 de julio, denominada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, complementada por la Ley de 7 de julio de 1994 de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos, basada en la Directiva 85/374/CEE, que establece un sistema de responsabilidad civil especial y cerrado, mientras aquella se basa en un régimen general de responsabilidad cuasiobjectiva, con imposición de la inversión de la carga de la prueba, establece la regla general de la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador de los productos a los consumidores o usuarios; y una interpretación lógica de tal responsabilidad supone que el dañado o perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción de reclamación contra los referidos responsables, pero no puede demandar conjunta y simultáneamente a dichos responsables *opes legis*, salvo que haya podido aportar un principio de prueba que demuestre la concurrencia concreta de todos los presuntos demandados en la realización del evento dañoso.

«REFORMATIO IN PEIUS»: NO LA HAY SI HABIENDOSE SOLICITADO UNA CIFRA TOTAL SE LE CONCEDE MAS CANTIDAD (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo primero denuncia la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia que produce indefensión por darse la *reformatio in peius*, que contraría el derecho fundamental de tutela efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución

El perjuicio lo encuentra el recurrente en que, aún incrementada en segunda instancia la suma a percibir como indemnización, se ha reducido una de las partidas de cinco millones a cuatro a pesar de que la apelante no hizo cuestión sobre dicho concepto en la apelación.

El motivo no puede prosperar porque la *reformatio in peius*, en pleitos de reclamación de cantidad, se produce en los casos en que la cantidad obtenida en segunda instancia es inferior a la concedida en la primera. Cuando lo

solicitado es una cifra total que el actor trata de justificar con conceptos parciales, ninguno de los cuales formó parte del suplico de la demanda y en apelación se le concede mayor cantidad, no cabe hablar de la *reformatio in peius* denunciada

NO HAY CONCURRENCIA DE CULPAS CUANDO EL PERJUDICADO SOLO INTERVINO PASIVAMENTE (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1996.)

Hechos.—Durante unas fiestas populares se dispararon fuegos artificiales, sucediendo que la caña de un cohete hirió a un menor que los estaba presenciando, causándole la pérdida de un ojo.

Los pirotécnicos y sus aseguradores son condenados a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea la aplicación de la figura de la concurrencia de culpas que supone la compensación de responsabilidades, calificando de culposa la conducta del menor y de sus familiares por el hecho de presenciar el espectáculo de la quema de fuegos de artificio, «pues estaban asumiendo el riesgo que este tipo de actos entraña para el público, de tal forma que todos ellos incurrieron en unas acciones cooperadoras de la producción del accidente». Esta original argumentación va dirigida, más que a combatir responsabilidades, a la prohibición absoluta de los espectáculos de fuegos artificiales, así como a vedar cualquier conducta humana que pueda coincidir con un riesgo, obligando a las víctimas a vivir en un fanal para no cooperar con su sola presencia a la falta de precaución de los demás. Los fuegos de artificio, la conducción de vehículos y el hecho mismo de la vida cotidiana son fuentes creadoras de riesgo, pero estos riesgos son previsibles y evitables, y sólo merece el reproche indemnizatorio la conducta imprudente que no ha previsto o que no ha procurado evitar el daño, sin que en ningún caso se pueda trasladar esta culpabilidad a la víctima, que sólo intervino pasivamente en el evento.

EL ACCIONISTA SOLO TIENE DERECHO AL DIVIDENDO CUANDO LA JUNTA HAYA ACORDADO SU REPARTO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El derecho abstracto al dividendo se concreta con el acuerdo de la Junta general, y el derecho de crédito del accionista contra la sociedad sólo nace con el acuerdo de tal Junta; los beneficios no han de asignarse necesariamente y en su totalidad a reparto de dividendos ni la atribución de los beneficios a los accionistas a efectos fiscales por estar acogida la sociedad al régimen de transparencia; ni la denominación dada por el administrador en los libros de contabilidad a unas partidas como «dividendos a repartir» pueden suplir el necesario acuerdo de la Junta general sobre el reparto de dividendos a que se refiere el artículo 107 LSA; ni facultan para entender suplido tal acuerdo por la doctrina de los actos propios, dado que ha de adoptarse de forma explícita por el órgano democrático y soberano de la sociedad, cual es la Junta general, reunida con la observancia de las formalidades que marca la propia Ley; la norma de naturaleza fiscal no puede sustituir la sustantiva de superior jerarquía.

LA TERCERA DE DOMINIO ASPIRA AL ALZAMIENTO DEL EMBARGO. SU INVIABILIDAD PARA IMPUGNAR LA CONSTITUCION DE UNA HIPOTE-

CA SOBRE EL INMUEBLE CONTROVERTIDO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La tercería de dominio es un procedimiento intercalado dentro del juicio ejecutivo y que reúne en sí mismo una doble particularidad caracterizante: por un lado, que pese a su marco y régimen adjetivo o procesal se cimenta en dos atributos conferidos por el ordenamiento civil como son, si es el de dominio en su primera especie, el derecho de goce, disponibilidad y exclusión sobre la cosa que corresponde a todo propietario (arts. 348 y 349 CC), mientras que si es de mejor derecho, ya dentro de los derechos de crédito, propicia la operatividad de las normas sobre concurrencia y prelación de créditos en orden a fijar en caso de yuxtaposición de varios créditos sobre una misma cosa cuál ha de ser satisfecho en primer lugar; pero no debe olvidarse que al estar superpuestos a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tiende en puridad técnica a un pronunciamiento autónomo, sino que aspiran a la consecución de una decisión judicial que si es de mejor dominio la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, mientras que si lo es de mejor derecho el cobro del crédito. En todo el articulado de las tercerías el objetivo de la misma, si es de dominio, es atacar el embargo trabado y pedir su alzamiento.

No es posible, en línea de principio, ejercitar una teoría de dominio para impugnar la existencia registral de una hipoteca sobre el inmueble cuyo dominio se postula.

J. Q. S.

LA RESPONSABILIDAD MEDICA ES UNA OBLIGACION DE ACTIVIDAD, NO DE RESULTADO. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad del médico, tanto si procede de contrato como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad, no de resultados. La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El objeto de la obligación es la actividad. El deudor de la obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta. La realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida la obligación de actividad aunque no se llegue a dar el resultado. También es precisa la prueba de falta de diligencia para apreciar incumplimiento.

NO ES POSIBLE LA ATRIBUCION A UNA PERSONA O ENTIDAD DE CULPA O NEGLIGENCIA EN LA PRODUCCION DE UN RESULTADO DAÑOSO CUANDO LA CAUSA EFICIENTE DE LAS LESIONES SUFRIDAS POR OTRA SE DEBEN A LA IMPRUDENCIA DE QUIEN LAS SUFRE. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludi-

ble de un reproche culpabilístico al eventual responsable del daño 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 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 responsabilidad culposa. La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plana abstracción del factor moral o psicológico y juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, 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, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor.

LOS ARTICULOS 1.300, 1.301, 1.302 Y 1.306 2, TODOS DEL CODIGO CIVIL, SE REFIEREN A LO QUE DOCTRINALMENTE SE DENOMINA VICIO DE ANULABILIDAD CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El requisito del consentimiento se considera como elemento esencial del contrato ya que su ausencia provocaría que se le pudiera aplicar el régimen de ineficacia propio de una declaración de nulidad.

No cabe entender que existe infracción del artículo 1.261 CC cuando en un contrato de compraventa en el que aparece como vendedora la reverenda Madre Abadesa del convento, plasmado en escritura pública el 2 de julio de 1983, existía el pertinente consentimiento del Ordinario, el cual no se había dado, por cierto, en el preciso momento en que se había plasmado en documento privado de fecha 8 de febrero de 1979, pero cuya elevación en su formalización a escritura pública sirvió para hacer valer *erga omnes* la referida operación y, además, salvar la omisión del necesario consentimiento.

INEXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL DEL EMBARGO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—EN EL CASO PLANTEADO EN ESTA SENTENCIA SE PRODUJO LA ADQUISICION DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR EL TERCERISTA EN VIRTUD DE DONACION ANTERIOR AL EMBARGO, AUNQUE SE INSCRIBIO DESPUES QUE ESTE.

Doctrina de la Sentencia —Hay que partir de que doctrina y jurisprudencia están conformes en que no se extiende en favor del embargante que anota el embargo en el Registro de la Propiedad el principio de fe pública registral; por tanto, por el principio *prior tempore potior iure* que rige en los derechos reales se reconoce la prevalencia de la transmisión anterior realizada al embargo, aunque se inscriba primero éste. Sin perjuicio de que si se realiza el embargo y sin haberse inscrito una transmisión anterior el adjudicatario inscribe su adquisición, éste sí estará protegido por la fe pública registral.

EL REQUISITO DEL ARTICULO 131.7 DE LA LEY HIPOTECARIA REFERENTE AL SEÑALAMIENTO DEL LUGAR ES EL DE UBICACION DE LA FINCA, NO ALTERABLE POR CONVENIO ALGUNO AL CONSTITUIRSE LA HIPOTECA. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión suscitada en la presente Sentencia versa sobre la corrección de la notificación del deudor del posterior señalamiento de fecha para la subasta. La cual se practicará conforme al artículo 131.7 LH: «el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor con la misma antelación en la finca o fincas subastadas». Precepto que no tiene el mismo alcance que el contenido en el artículo 130 sobre lugar y forma de los requerimientos de pago, que han originado jurisprudencia, en amparo de deudores que sólo formalmente requeridos a veces incluso en el propio domicilio del ejecutante por designarse al efecto en la propia escritura de hipoteca y no haber hecho uso el deudor de su derecho a cambiarlo durante la vigencia del crédito. El requisito del artículo 131.7 LH es el del lugar de ubicación de la finca, no alterable por convenio alguno al constituirse la hipoteca.

LA INTERPRETACION DEL CONTRATO ES REVISABLE EN CASACION SI LA REALIZADA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA ES ILOGICA O IRRACIONAL (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia —La doctrina jurisprudencial de que la interpretación de los contratos es función propia de los Juzgadores de la instancia y ha de ser mantenida en casación tiene la excepción de que el resultado exegético obtenido por aquéllos sea ilógico, irracional o conculcador de las normas de la hermenéutica contractual, que es lo que ha ocurrido en el presente supuesto litigioso con la manifiestamente irracional y absurda interpretación que la Sentencia recurrida ha hecho de la cláusula contractual.

NO ES ATENDIBLE LA VULNERACION ESGRIMIDA DEL ARTICULO 1.253 DEL CODIGO CIVIL AL NO HABERSE RECURRIDO A LAS PRESUNCIONES PARA ENTENDER PROBADOS LOS HECHOS. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe confundir la insuficiencia de la prueba y la aplicación de la regla del *onus probandi* con el alcance de la prueba de presunciones, que no puede invocarse por la parte si el órgano jurisdiccional no ha hecho uso de ella para configurar unilateralmente sus propias conjeturas a las que quiere otorgar el valor de presunciones suplantando la genuina función judicial. Reiterada es en este sentido la jurisprudencia de la Sala que rechaza la invocación como infringido del artículo 1.253 CC cuando el órgano *a quo* no ha utilizado este medio de prueba.

LA EFICACIA DE LA NOVACION DEPENDE DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL ACREEDOR. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1997)

Doctrina de la Sentencia.—La sustitución de la persona del deudor en las relaciones contractuales o asunción de deuda, tanto en la modalidad de con-

venio entre los deudores como de expromisión —convenio entre el acreedor y el nuevo deudor que libere al primitivo—, es en todo caso indispensable para su eficacia no el conocimiento, sino el consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1 205 CC y la jurisprudencia invocada que lo interpreta, sin cuya concurrencia no puede producirse el resultado meramente modificativo de la liberación del primitivo deudor. En el presente caso, pues, es aplicable la doctrina jurisprudencial que reclama con reiteración que la novación nunca se presume ni tampoco puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad de forma expresa, bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el simple consentimiento de la sustitución. No puede confundirse el conocimiento por el acreedor de la subrogación habida entre el primitivo deudor y el deudor sustituto (relación perfectamente obligatoria entre ambos) con el consentimiento del acreedor, que supondría en cuanto a este último la liberación del primitivo deudor.

I I. M.

CONTRATO DE OBRA. IMPROCEDENCIA DE EVICCIÓN. INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO. ENTREGA Y RECEPCIÓN SIN PROTESTA. INAPLICACIÓN DE LA «EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS». (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vera, en Sentencia de 30 de octubre de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Almería, en Sentencia de 30 de octubre de 1991, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—«Osmosis Inversa, Sociedad Anónima», adquirió de «Floremo, Sociedad Anónima», una finca en la que se estaba realizando una obra nueva, subrogándose en los derechos y obligaciones de la vendedora y contratando además la continuación de la misma con «Deryasa», que la venía realizando, de modo que ésta, contratista, le reclama el precio de lo construido dada su cualidad de comitente, lo que nada tiene que ver con la compraventa ni implica siquiera posible privación de la cosa o derechos sobre ella al reclamarse sólo el pago del precio.

Doctrina de la Sentencia —En el caso que analizamos, siendo el saneamiento por evicción, garantía de la posesión pacífica de la cosa objeto de la compraventa contra perturbaciones de carácter jurídico, no podía darse en un proceso en el que se reclama el pago de unos trabajos realizados sin pretender privar a la demandada compradora de todo o parte del objeto adquirido, en contra de lo cual entiende el recurrente que, conforme al artículo 1.553 CC, son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el correspondiente título de la compraventa que abarca los vicios ocultos o a la privación de un derecho ajeno al de propiedad sobre dicho objeto ocurrido que, aunque en nuestro caso la demandada se planteó como reclamación de cantidad y en parte se accede a ello, el origen se encuentra en un contrato de obra nueva y el incumplimiento de las obligaciones contractuales autoriza a la parte cumplidora a pedir la rescisión del con-

trato (art. 1.556 CC), lo que ponía en riesgo evidente su posesión pacífica, privándola de reclamar para el caso de que se viese privada de la cosa en todo o en parte. Motivo éste que fue desestimado; dicha desestimación se basa en que si bien la recurrente solicitó en su escrito al contestar a la demanda que se tuviera por formulada la citación de evicción del artículo 1.482 del Código Civil al objeto de llamar al proceso, también paralelamente continuó diciendo que para el caso de que dicha pretensión no fuese admitida y se ordenase continuar la sustanciación del proceso se tuviese por formulada la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, absolviendo en la instancia. De manera que formuló una petición alternativa y cuando el Juzgador dictó proveído convocando a la comparecencia del artículo 691 LEC no recurrió, como tampoco lo hizo cuando solicitaba en la misma la suspensión del procedimiento se proveyó en el sentido de no haber lugar, recibiendo el procedimiento a prueba. En realidad, en un proceso en el que se reclama el pago de unos trabajos realizados no puede privarse a la demandada del objeto que con anterioridad ha adquirido por compra, y esta afirmación no implica el desconocimiento del artículo 1.553 CC, sino que dicho precepto sólo entraría en juego si se privase al arrendatario en virtud de Sentencia firme y por un derecho anterior al arrendamiento del uso o disfrute del todo o de parte de la cosa arrendada, lo que nada tiene que ver con la reclamación del precio en el contrato de obra ni con una rescisión del contrato (art. 1.556 CC) no perdida; y aunque es cierto que en el arrendamiento de finca rústica o urbana el arrendatario puede verse privado del uso y disfrute del todo o parte de ella por el derecho de un tercero anterior al contrato de arrendamiento, tal afirmación nada tiene que ver con nuestro caso como vemos en los hechos antedichos.

Nuestro comentario ha de circunscribirse al hecho de que, producida y denegada una llamada en garantía por evicción, dicha garantía no puede identificarse con la existencia de vicios o gravámenes ocultos al ser éstos institutos jurídicos que, aunque encuadrables en el saneamiento, funcionan con autonomía, no pudiendo mezclarse la compraventa con el arrendamiento de obra.

En otro orden de cosas, hemos de partir de la premisa de que el cumplimiento de lo pactado sólo puede reclamarlo quien a su vez ha cumplido, y partir de un incumplimiento contractual del contratista es hacer supuesto de la cuestión; y como ello viene prohibido en el recurso extraordinario, si al recibirse la obra no se alegó su realización defectuosa, si los informes periciales son contradictorios respecto a la existencia de deficiencias, si el retraso en la entrega no se acredita se haya producido por causa imputable a la entidad actora, si no se aportó el proyecto, si no se puede operar la cláusula penal por retraso en la entrega cuando las obras superaron a las inicialmente contratadas y si no se acreditaron daños y perjuicios, no cabe alegar cláusula penal ni la *«exceptio non rite adimpleti contractus»*, pues es doctrina reiterada de la Sala la atinente a establecer que para determinar el contenido del contrato puede utilizarse el conjunto de la prueba en su apreciación global y correspondiendo su interpretación a la Sala de instancia, sólo combatible con arreglo a las normas legales establecidas, significando la aceptación al recibir la obra, sin manifestación en tal momento de disconformidad, que ha sido realizada a satisfacción, pues lo contrario, ocurriendo, además, que lo reclamado fuera del presupuesto sin constancia de aceptación ya se excluyó de la condena de pago.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. SE DESESTIMAN DOS RECURSOS Y HA LUGAR A UNO. REQUISITOS PARA APELAR AUTOS EN JUICIO DE MENOR CUANTIA (ARTICULO 703 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL). RESPONSABILIDAD POR TERCERO. SITUACION JERARQUICA O DE DEPENDENCIA. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, en Sentencia de 31 de mayo de 1991, desestima totalmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13), en Sentencia de 10 de diciembre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación interpuesto por «Alfer, S. A.», ni por las personas físicas intervinientes.

Prospera el recurso de casación interpuesto por «Eminsa, S. A.».

Hechos.—Se ejercita acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual, el componente jurídico de la acción u omisión y el nexo casual, con acceso a la casación, requieren que se parta de los hechos acreditados, precisamente por caracterizar la culpa o la negligencia, la omisión de la diligencia exigible para evitar el resultado dañoso.

Por contrato de ejecución de obra la entidad ENASA, propietaria de un solar, contrata con la entidad «Construcciones y Promociones Alfer, Sociedad Anónima», los trabajos necesarios para la compleja ejecución de una nave industrial. Por otro contrato de ejecución de obra la entidad «Alfer, Sociedad Anónima», subcontrata con la entidad «Eminsa, Sociedad Anónima», la realización de construcción y montaje de estructura metálica de otra nave; todo ello con la necesaria acreditación de los resguardos de gastos y usos efectuados. Se dilucida en esta litis una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, estableciéndose un entramado estudio de los contratos entre empresas y de la responsabilidad directa del empresario.

Doctrina de la Sentencia.—Parte el supuesto que analizamos y objeto de comentario de dejar arraigado el principio de que la responsabilidad laboral es compatible con la civil.

Esta Sala reitera su consolidada doctrina de que la responsabilidad por hecho ajeno o indirecta en el caso del empresario requiere como hecho inexcusable una relación jerárquica o de dependencia, pero ello nada tiene que ver con la responsabilidad de «Alfer, Sociedad Anónima», derivada de su cualidad de propietaria del andamio y del acto negativo de no haberlo retirado, dejándolo en las condiciones necesarias para que pudiera producirse, como se produjo, el accidente, causa mediata del quebranto cuyo resarcimiento se postula, no derivada por tanto de la aludida situación jerárquica o de dependencia, pues si el perjudicado incurrió en clara omisión de diligencia su actitud antijurídica no llega a romper la relación de causalidad, por lo mismo que no se rige en el único factor desencadenante del hecho dañoso, de modo que la concurrencia causal única ya produjo la equitativa moderación en la cuantía del resarcimiento, lo que impide la aplicación del artículo 1.903 CC, la estimación de la culpa exclusiva de la víctima para equiparar la situación de ENASA a la de «Alfer, Sociedad Anónima».

La Sala ratifica en este caso la reiterada y constante doctrina de que la responsabilidad *tipificada en el párrafo 4 del artículo 1.903 CC*, ya mencionado (que

hace responsable a la empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que tuviera empleados o con ocasión de sus funciones), requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas falta toda razón esencial para aplicar la norma. Se trata de una responsabilidad directa del empresario que requiere una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero y siempre que se acredite la culpa o negligencia del dependiente, puesto que, como señala el último párrafo del artículo 1 903, cuando se acredite el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño cesará tal responsabilidad. Y vistas las actuaciones, la única base que podía ser acogida por la Sala es que ENASA contrató la ejecución de la obra con personas capacitadas y con titulación profesional, de lo que se deduce que no resulta acreditada la culpa o negligencia del dependiente.

Paralelamente a esto, mantiene la Sala que las causas de inadmisión se convierten en el momento del fallo en causas de desestimación.

Por su parte, la Entidad «Eminsa, Sociedad Anónima», interpone recurso, que fue admitido; dicho recurso se resuelve en el sentido de que no cabe atribuirle ninguna acción u omisión culposa como causa de resultado dañoso, pues a la vista de los hechos declarados probados no consta que tuviera ningún tipo de dirección en los trabajos, ni que conociera y menos *creara la situación de riesgo*, correspondiente únicamente a «Alfer, Sociedad Anónima», y a la propia víctima; y se ratifica la afirmación de que cada empresa es responsable directa de la aplicación de los reglamentos de seguridad propios de su especialidad, así como de los accidentes de trabajo que pueda sufrir su personal, atribuyéndose a cada una de las empresas implicadas en la construcción o a sus representantes en las obras la decisión sobre las medidas de seguridad correspondientes a su singular especialidad.

El triunfo del recurso de casación interpuesto por «Eminsa, Sociedad Anónima», deja aclarada la falta de relación existente por su parte con el andamio y con la víctima: no creó riesgo alguno ni se le pudo atribuir culpa, pues ni controlaba los elementos de producción ni controlaba el trabajo, ni su esfera de actuación era a la que correspondía el objeto ni la víctima era subordinada o dependiente suyo; todo ello unido a que sigue vigente la responsabilidad por culpa y no por el simple resultado, de manera que si el material (el andamio) no era de su propiedad ni pertenecía al ámbito del que usa su empresa no se le puede achacar creación de riesgo, pues no podía prever ni prevenir daño alguno ni aportó causa eficiente que preparase, condicionase o completase la causa última, ni siquiera de forma mediata.

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. SUSPENSION DEL PAGO DEL PRECIO. REMISION ESPECIFICA A LA CLAUSULA PENAL.
(SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Valencia, en Sentencia de 5 de marzo de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª), en Sentencia de 14 de octubre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Nos encontramos ante un caso en el que no se produjo un efectivo impago del precio aplazado, sino que más bien se retuvo pues se depositó en el Banco, porque el comprador al tiempo anterior no cumplió lo que la entrega de la vivienda correctamente construida y acabada conforme a lo convenido en el contrato que los relacionaba y que libremente fue asumido a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.256 y 1.257 CC, refiriéndose a supuestos de excepción de incumplimiento ante la falta de cumplimiento correcto por la recurrente.

En la presente litis no se produce un incumplimiento decidido y arbitrario a cargo de la compradora para no abonar el precio aplazado, sino provocado y justificado ante el incumplimiento trascendental de la recurrente vendedora. La retención del pago es distinto de la falta de pago y se presenta como medida precautoria, necesaria y justificada para preservar los derechos de los recurridos, que resultan más agravados al haber incurrido la sociedad enajenante con posterioridad en situación de quiebra.

La Sentencia en curso no declara que se hubiera producido efectiva entrega de la vivienda, correctamente edificada con arreglo a la reglamentación contractual que regía entre los litigantes.

Añade la Sala que el carácter sinalagmático que trasluce la compraventa exige que las prestaciones de comprador y vendedor deban realizarse con perfecta simultaneidad e identidad de tiempo y lugar. Así, como sucede en este litigio al no haber cumplido la recurrente en su condición de vendedora con sus obligaciones principales, puede el comprador retener el precio aplazado al subordinado a aquel deber de la contraparte en aras del necesario equilibrio y neutralidad contractual, que no precisa aplicación necesaria del artículo 1.502 CC (precepto referido a los supuestos que comprende para autorizar al comprador a suspender el pago del precio convenido en el contrato de compraventa en que esté integrado, es decir, la producción de perturbaciones de carácter jurídico en la posesión o dominio del bien adquirido) y hace ineficaz la resolución del negocio que reconvencionalmente interesó a la sociedad recurrente, pues aparte de que la cláusula inserta en el contrato es unilateral y sólo a su favor, con lo que atenta a la reciprocidad y equiparación en las posiciones contractuales de los interesados en la relación negocial, también con su conducta contractual clara y suficientemente probada como incumplidora vino a frustrar el fin del negocio.

RECLAMACION DE CANTIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Málaga, en Sentencia de 7 de abril de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), en Sentencia de 2 de octubre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se ejercita demanda para solventar una indemnización por daños y perjuicios por importe de una cantidad señalada al efecto y que se corresponde con los intereses legales comprendidos del período que va entre el vencimiento de la cláusula suspensiva resolutoria hasta la ejecución de la Sentencia, pues en virtud del contrato de compraventa se paga una determinada cantidad y el resto se abona bajo condición suspensiva resolutoria de que la licencia de obra se otorga en determinado plazo.

Doctrina de la Sentencia —En el presente caso se olvida la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/1992, de 30 de abril, relativa al error en la apreciación de la obra, de manera tal que los hechos que en la Sentencia recurrida se han estimado probados quedan incólumes y, además, se aprecia que las razones argumentadas a lo largo del proceso destinadas a demostrar que el actor no ha sufrido daños y perjuicios y a explicar la disconformidad respecto al cuánto indemnizatorio resulta impropio para un recurso de casación, pues representaría la conversión de éste en una tercera instancia.

Sustancialmente, la invocación de los artículos 1.101 CC y 24 CE como supuestamente infringidos se pretende fundamentar en la atención a seguirse entre las partes litigantes dos procedimientos: *uno*, al anterior, acerca de la resolución del contrato de compraventa, y *otro*, el actual, sobre la indemnización indebida en la total solución judicial a los controvertidos y, asimismo, en que los perjuicios reclamados no han sido probados. Respecto al *primer extremo*, se ha de tener en cuenta la realidad material del perjuicio ocasionado y derivado de la indebida retención de las fincas por la sociedad compradora, ahora recurrente, sin posibilidad para el vendedor recurrido de la disposición y administración de las mismas en el período de tiempo de duración de los procedimientos indicados, y tener en cuenta también que la sustanciación de tales procesos fue debida a la injustificada negativa de la entrega voluntaria de las fincas al no haber sido cumplida la condición de que dependía la compraventa; y esto así, no cabe negar que más que a la Administración de Justicia hay que atribuir a la conducta de la sociedad compradora las indebidas dilaciones a que alude, pero es que, además, aunque se hubiera producido un efectivo retraso en la Administración de Justicia, ello no podría privar a la parte perjudicada de su derecho a ejercitar la acción indemnizatoria contra la parte incumplidora. Por lo que se refiere al *segundo extremo*, no cabe duda de que la existencia y prueba de los daños y perjuicios causados es cuestión de hecho y se somete a la apreciación del Juzgador, especialmente en la presente litis en que la realidad de los mismos es incuestionable y se hizo derivar de la apreciación de las fincas respecto al vendedor desde el tiempo transcurrido del vencimiento del plazo para la condición establecida hasta la fecha en que consiguió la entrega de aquéllas, cuyo tiempo a computar no necesitaba de por sí de más probanzas.

Las aludidas infracciones a los artículos 1.281 y 1.255 CC fracasan, pues basta tomar en consideración las estipulaciones contractuales para comprender que el Tribunal *a quo* no incidió en error alguno al interpretarlas en forma, no siendo dicha interpretación ilógica o irracional, de lo que se deduce que fue totalmente correcta la repercusión que hizo la sociedad recurrente del pago del 50 por 100 de los importes reclamados por las obras de alcantarillado, instalaciones, pavimentación y red de agua, así como los que dimanaban de la póliza de seguro contratada por el actor.

EL ARTICULO 1.303 DEL CODIGO CIVIL HACE QUE EN CUALQUIER CASO DE INVALIDEZ CONTRACTUAL LAS PARTES PUEDAN SER REINTEGRADAS EN SU ANTIGUA SITUACION PERSONAL Y PATRIMONIAL (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Carballo, en Sentencia de 21 de septiembre de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de La

Coruña, en Sentencia de 13 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación

Hechos.—El presente asunto viene determinado porque la recurrente y su esposo, fallecido actualmente, en escritura pública de 14 de agosto de 1986, cedieron y traspasaron al hoy recurrido un negocio de café-bar instalado en un local del que eran arrendatarios y propiedad de otras personas ajenas a la cuestión que se plantea. La propiedad, en base a la actuación de los arrendatarios, logró la resolución del contrato de arrendamiento del local en cuestión en virtud de Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña por haber incumplido los arrendatarios el requisito previsto en el artículo 32.4 LAU de 24 de diciembre de 1964.

Doctrina de la Sentencia.—La aplicación al caso de autos del artículo 1.303 CC como afectado de toda clase de invalidez y que tiene como fin conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador.

En el presente caso la parte recurrente ha pagado un determinado precio para adquirir la personalidad de arrendatario por medio de una figura de traspaso de local de negocio a unas personas que siendo las primeras arrendatarias y por no cumplir los requisitos legales al realizar tal operación hicieron devenir tal contrato de traspaso de local de negocio en inválido, no pudiendo producir los efectos contractuales normales y cuya consecuencia inmediata, aunque no fuera la querida en principio por las partes contratantes era el reponer la situación al parámetro económico que había con anterioridad al hecho de la invalidez, o sea, el que la parte que de una manera derivada habría adquirido con carácter de arrendatario recobrará el precio del traspaso. Y es que, además de la perfecta aplicación del artículo 1 303 CC a nuestro caso, se dan todos los requisitos necesarios para que entre en juego la figura jurídica del enriquecimiento injusto o sin causa, de la que se deriva un doble límite: llega hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra, figura jurídica ésta perfectamente aplicable *ex abundantia* al presente caso —como dispone la Sentencia—, que aunque carece de regulación legal específica en el Derecho común es reconocida unánimemente como un principio general.

En realidad, el dato de que la cesión mediante precio efectuada por el arrendatario a un tercero y que éste quede subrogado en los derechos y deberes nacidos del contrato de arrendamiento no tiene nada que ver con lo acaecido en el presente caso, que ha sido una simple revocación del derecho como arrendatario del cedente por no haber cumplido con un requisito cuyo cumplimiento a él le incumbía, como es el plasmado en el artículo 32.4 de dicha LAU, puesto que la notificación de la intención de traspasar y el precio convenido correspondía única y exclusivamente a la parte recurrente como arrendatario, sin que el tercero cesionario estuviera obligado ni directa ni indirectamente a tal actuación. Sin que por ello se pueda hablar de cesión de derechos, derivada de un contrato invalidado cuyas consecuencias de ineficacia debieron valorarse retroactivamente *ex tunc*.

Paralelamente a este orden de cosas, el artículo 1.460 CC se refiere al evento derivado de compraventa, y esta figura contractual no tiene nada que ver con la inexistencia por una causa concreta de un contrato de traspaso del arrendamiento de un local de negocio ni incluso utilizando la vía analógica,

pues dicha norma codificada se refiere a la falta de producción de efectos de un contrato de compraventa por la pérdida de su elemento objetivo, y el núcleo de la cuestión que ahora se debate es la ineficacia de un contrato de cesión de un derecho arrendaticio por la falta de un presupuesto formal consistente en una falta de prenotificación preceptiva.

COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. RECLAMACION A MOROSOS. ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Málaga, en Sentencia de 26 de febrero de 1992, desestima todas las excepciones planteadas. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), en Sentencia de 26 de enero de 1993, estima parcialmente el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

En este caso, la decisión que ha denegado la acumulación ni produce indefensión ni es susceptible de casación. Es notorio que la acumulación debe pretenderse ante el Juez a quien corresponda conocer de los autos acumulados (art. 171 LEC).

La demanda en ningún hecho alude a la existencia de acuerdo de la Junta de Propietarios a la que le compete conocer de todos los asuntos de interés general para la comunidad y acordar las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común. Es al Presidente al que le incumbe representar en juicio y, fuera de él, a la comunidad; y que como no acordó la Junta acudir a reclamación judicial carece el Presidente de personalidad, sin que pueda apoyarse en acuerdos de reclamaciones a morosos correspondientes a otra anualidad anterior. Pero conocido es que el Presidente representa a la Comunidad en juicio y fuera de él (art. 12 LPH) y no precisa acuerdo de la Junta para reclamar a morosos, pues es un requisito que sólo afecta a las demandas directamente entabladas por el Administrador.

En el caso de autos actúa la Comunidad a través del representante legal de la sociedad, a quien en calidad de copropietario se le encomendó la Presidencia de la Junta, que fue quien otorgó poderes a Procuradores y en consecuencia correctamente la representación. Esto comporta la desestimación de la denuncia de la inexistente infracción del artículo 533.3 LEC por supuesta falta o insuficiencia del poder del Procurador y la denuncia a la inexistente existencia del mismo poder, porque se dice que el poderdante lo otorgó en su propio nombre y derecho y no en nombre de la Comunidad. No tiene en cuenta el recurrente que aunque hubiere actuado el poderdante sin hacer constar que actuaba en nombre de la Comunidad por su calidad de comunero, además del Presidente de la Comunidad también está legitimado para reclamar a morosos siempre que pida en beneficio comunitario.

Además de lo indicado con anterioridad, hemos de añadir que el artículo 1.214 CC al que aludíamos en el título dado a la Sentencia objeto de comentario, y en relación con el artículo 95 LPH, exige recordar que el artículo 1.214 sólo puede fundar un recurso de casación cuando a falta de pruebas, que pueden suministrarlas al Juzgador cualquiera de las partes, haga recaer la Sentencia las consecuencias de dicha falta a personas no obligadas por la carga de la prueba. En el presente auto hay pruebas. Pero discutir la cantidad de lo adeudado no lo permite la naturaleza del recurso de casación, pues debió ser en la instancia donde la demandada pudo acreditar que era otra la

suma debida y no limitarse a seguir en su voluntad de no cumplir con el deber de satisfacer los gastos de comunidad.

PARTICIPACION EN EL EFECTO LETAL DE LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL. EFECTO MODERADOR POR APLICACION EXTENSIVA DE LOS ARTICULOS 1.902 Y 1.103 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puertollano, en Sentencia de 5 de diciembre de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real, en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—En el caso de autos, «cuando desarrollaba un operario los trabajos propios de su actividad profesional sobre el tejado cuya reparación le fue encomendada, al resbalar y chocar contra el tendido eléctrico que pasaba sobre dicho tejado sin respetar las distancias mínimas reglamentarias...», dicho choque le produjo la muerte instantánea.

Doctrina de la Sentencia —En la presente litis la Sentencia recurrida parte de considerar como hechos probados los que acabamos de mencionar, es decir, que la víctima resbaló y contactó con los cables de energía eléctrica que sobrevolaban el tejado a una distancia inferior a la reglamentaria. La misma basó su argumentación en que el Ayuntamiento de Puertollano (lugar donde acaecen los hechos), aun admitiendo que se encontrase el cable a menor distancia de la reglamentada, es el responsable de una conducta imprudente o negligente como propietario del citado tendido eléctrico, sin embargo tal conjetura fracasa, pues con este pensamiento se trata de descargar responsabilidad en la existencia de una presumible, en un ente público como es el Ayuntamiento de Puertollano, que no fue a lo largo del proceso objeto de enjuiciamiento ni se plantea en el recurso su traída al proceso, sin que sea exacto que la instancia admita esa eventualidad, pues se limita a comentar que esa fue la tesis de la recurrente

En realidad y según ociosa jurisprudencia la acusación que se plantea no puede estar fundada en una exculpación por parte del recurrente. Y precisamente no ya tratando de justificar su conducta, sino de imputar la responsabilidad del evento dañoso en la parte codemandada, que ha sido absuelta. Lo que sí resulta claro y ejemplificador es que sí debía haber tenido en cuenta la imprudente y negligente conducta de la víctima al tratarse de un profesional para que, en vía de compensación, se redujese el *quantum* indemnizatorio; y esto es así porque cuando el operario realiza tareas propias de su función o actividad profesional se resbala, lo que lleva a no descartar un cierto grado de imprudencia o falta de precaución adecuada en quien siendo un experto o profesional en el trabajo encomendado (indiscutible *facere*, subsumible en una *locatio operis* evidente) no adoptó las medidas para impedir esa caída y la posterior conexión con el tendido eléctrico y el resultado letal; ha de admitirse la tesis del motivo de que también aconteció esa concurrencia de la víctima, factor que atrae la reducción del efecto resarcitorio de la responsabilidad así decantada, en aplicación de la suma declarada por la vía del artículo 1.103 CC.

Es doctrina reiterada y notoria de esta Sala la que mantiene el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 CC

es facultad propia de los Juzgadores de la instancia, no susceptible de casación; ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora cuando la misma viene forzosa y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia, como sucede en el presente supuesto litigioso, pues la Sentencia recurrida pudo y debió haber hecho uso de la facultad moderadora que le concede el mencionado artículo 1.103 CC, que es aplicable a la responsabilidad por culpa extracontractual; y al no haberlo realizado ni explicitado, pese a la elogiabile extensión de su motivación jurídica, razón alguna por la que no lo considera procedente, incurrió en la infracción de dicho precepto, no por aplicación indebida como dice el recurrente, sino por no aplicación del mismo, por lo que procede la estimación del motivo examinado.

RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRAS. CONCRETA ALUSION A LOS ARTICULOS 1.281, 1.593, 1.597, 1.152 Y 1.214 DEL CODIGO CIVIL POR INAPLICACION A NUESTRO CASO CONCRETO. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga, en Sentencia de 3 de abril de 1989, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), en Sentencia de 24 de febrero de 1992, confirma parcialmente la Sentencia dictada por el de Primera Instancia.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que analizamos se pretende atacar la calificación de contrato efectuada por el Tribunal *a quo*, sobre cuyo particular no cabe olvidar la consolidada doctrina de la Sala relativa a que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, debiendo prevalecer su criterio a menos que se demuestre fuese ilógico o carente de razonabilidad; y proyectada dicha doctrina al caso concreto de autos, está fuera de toda duda que el meritado Tribunal ni interpretó equivocadamente la cláusula 2.ª de dicho contrato a su sentido gramatical y a tenor de su sentir literal y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.281 CC.

Visto esto, hemos de añadir que, conforme a la reiterada doctrina de la Sala, las normas de interpretación establecidas en el Código Civil tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que la que corresponda al sentido gramatical; y de ahí que tampoco proceda entender infringido el artículo 1.593 CC, e igual conclusión ha de hacerse respecto del artículo 1.597 del tan repetido texto legal, aparte de que no resulta aplicable al caso que nos ocupa.

En el caso también se hace una concreta alusión a una reclamación por indemnización, teniendo esta reclamación su causa en el retraso en la ejecución de la obra, de tal forma que la tesis que sustenta la recurrente respecto al *onus probandi* no parece tan clara, pues conforme a las prescripciones que contiene el artículo 1.214 CC al ser la referida parte quien reclama una indemnización por retraso en la terminación de la obra, sería a ella a quien debería

comprender la carga de probar los días concretos del retraso en cuestión y las causas concretas del mismo; pero es que, además, no cabe desconocer la declaración fáctica del Tribunal *a quo* sobre tal particular, pues aparte de que al margen del retraso nunca alcanzó el período de tiempo pretendido por la parte demandante se hicieron obras fuera del proyecto.

RECLAMACION INDEMNIZATORIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS. OBLIGACION DE RESULTADO Y OBLIGACION DE MEDIOS DE LOS MEDICOS Y DEMAS PERSONAL SANITARIO. SUPUESTO DE LA CUESTION. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mondoñedo, en Sentencia de 9 de octubre de 1992, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Lugo, en Sentencia de 13 de febrero de 1993, rechaza el recurso y confirma la Sentencia apelada.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Persona aquejada de fuertes dolores abdominales acude a los servicios médicos de guardia; allí es atendida por un facultativo que, en base al cuadro clínico que presenta, diagnostica medida terapéutica inyectable de buscapina compositum. Una vez administrada regresa a su domicilio; tiempo más tarde dicho facultativo acude al domicilio de la paciente y ante los síntomas que presenta la envía urgentemente al hospital acompañada de una enfermera, donde a pesar del tratamiento prestado fallece.

Doctrina de la Sentencia —La Sala tiene declarado en reiteradas sentencias que la obligación del médico y, en general, del personal sanitario no es la de obtener en todo caso la curación del enfermo —obligación de resultado—, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y la denominada *lex artis ad hoc* —obligación de medios—; y atendida esta doctrina en conexión con la valoración probatoria efectuada en la Sentencia de apelación, resulta claro que el médico actuó con la diligencia conveniente; además, por la parte recurrente se hace supuesto de la cuestión en su tesis respecto a que la conducta negligente no estriba en suministrar el fármaco que se suministró y de las pruebas que se debieron hacer en su aplicación, como son las de probar una baja dosis antes o mantener a la persona en observación durante unas horas. Se parte de una premisa dialéctica que fue destruida conforme al estado fáctico declarado en la instancia con la aplicación del orden jurídico correspondiente a tales hechos, sin que esta situación haya sido desvirtuada en la Sentencia de la Audiencia como en la del Juzgado, que ha sido ratificada por aquélla: no se puso en conocimiento al facultativo del estado de la víctima. Existen varias razones, pues aparte de la reacción anafiláctica determinante del fatal resultado, pues el medicamento suministrado —buscapina compositum— es de administración amplia por los profesionales de la medicina y en la fecha en que aconteció el suceso no estaba éste contraindicado a pacientes con asma extrínseca ni exigía especiales cautelas en su administración, lo que supone soslayar los hechos acreditados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba, y ello está sancionado como causa de inadmisión del motivo por carencia manifiesta de fundamento.

Es en este ámbito donde se encuentra la doctrina jurisprudencial que se suscita en este momento, y en relación al caso que aquí se enjuicia de responsabilidad del Insalud y de las entidades sanitarias en general, se desestima porque no existe dato probatorio alguno para atribuir responsabilidad por negligencia al Instituto Nacional de la Salud por la muerte de la víctima. Las genéricas deficiencias asistenciales aducidas no sirven para acometer el fin que se persigue y, además, el médico encargado de atender a la paciente en el servicio de urgencias conoció que dicha persona padecía de asma extrínseca; sin embargo, no supo de las predisposiciones y de los antecedentes referidos de los efectos secundarios del medicamento aplicado en enfermos de asma bronquial ya que sólo se detalló un año más tarde en la codificación efectuada, lo que hace que se elimine cualquier clase de negligencia en dicha entidad.

TERCERIA DE DOMINIO. COMPRAVENTA EN ESCRITURA PUBLICA OTORGADA POR APODERADO DE LA SOCIEDAD VENDEDORA CUYO PODER NO CONSTA INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL. EL TITULO Y EL MODO COMO REQUISITOS DETERMINANTES DE LA ADMISION. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella, en Sentencia de 9 de julio de 1991, estima la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª), en Sentencia de 12 de noviembre de 1992, estima la excepción de incompetencia territorial y desestima la demanda y no ha lugar al levantamiento del embargo trabado a favor del Estado.

Prospera el recurso de casación

Hechos.—Don John Gordon Russell White formuló demanda de juicio declarativo ordinario sobre tercera de dominio respecto de la finca por él adquirida en virtud de contrato de compraventa, figurando como vendedora «Banús Andalucía la Nueva, Sociedad Anónima»; la finca vendida fue segregada de otra de mayor extensión propiedad de la vendedora e inscrita en el Registro de la Propiedad de Marbella, celebrando dicho contrato de compraventa en virtud de poder no inscrito en el Registro Mercantil. En expediente administrativo de apremio seguido por la Hacienda Pública contra «Banús Andalucía la Nueva, Sociedad Anónima», en reclamación de cantidad, se trabó embargo sobre la citada finca, embargo que fue anotado preventivamente.

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia, recurrida en casación, fundamenta su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en que «en el caso de autos aparece que la persona apoderada por «Banús Andalucía la Nueva, Sociedad Anónima», para otorgar la escritura de venta cuya propiedad libre de cargas reclama el actor, no tenía inscrito su derecho en el Registro Mercantil; así consta por advertencia del Notario autorizante en la escritura misma obrante en autos, añadiendo que el referido requisito de la inscripción del poder es necesario para la validez frente a terceros de lo actuado por el representante de la sociedad. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 20 CCom en su redacción anterior a la Ley 19/1989, de 25 de julio.

La interpretación que hace la Sala de instancia dispone que la doctrina jurisprudencial desde antiguo mantiene, tanto en cuanto a los efectos de la falta

de inscripción en el Registro Mercantil, que los poderes otorgados por los comerciantes como las personas a quienes por su condición de terceros se refieren tales efectos; así lo mantienen Sentencias como la de 18 de enero de 1896, 18 de diciembre de 1901, 20 de noviembre de 1989 y 19 de junio de 1981, entre otras. La publicidad mediante la inscripción en el Registro Mercantil supone una carga para el poderdante en cuanto no puede utilizar tal poder no inscrito en perjuicio de tercero que contrata con el mandatario actuando de buena fe por desconocer los términos del poder, pero sin que la inscripción afecte a la validez de los actos o contratos realizados ni suponga, como entiende la Sentencia recurrida, defecto de capacidad en el tratamiento, puesto que la inscripción no completa la falta de capacidad alguna, ni el poderdante ni el apoderado. Por otra parte, como pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial citada, la falta de inscripción sólo puede ser hecha valer en cuanto le favorezca por quien contrató con el mandatario. El contrato de compraventa celebrado entre don John Gordon Russell White como comprador y «Banús Andalucía la Nueva, Sociedad Anónima» es plenamente eficaz de derecho al no adolecer de vicio alguno determinante de su nulidad y puede ser hecho valer a tercero no contratante como es la Hacienda Pública, que no puede entenderse comprendida en el concepto de tercero del aludido artículo 29 CCom.

En nuestro caso el mandatario obró en virtud de un poder conferido en forma, subsistente al tiempo de celebrarse el contrato y sin excederse de las facultades concedidas, por lo que no se precisaba ninguna posterior ratificación del contrato por el poderdante.

En realidad, adquirida por el actor la finca objeto de la tercería de dominio por contrato de compraventa mediante escritura pública, ha quedado suficientemente acreditada en autos la titularidad dominical que se alega como fundamento de la acción ejercitada, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala según la cual «si bien es cierto que de acuerdo con la llamada teoría del título y el modo» imperante en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 CC) para la adquisición dominical por contrato (compraventa en el caso concreto que nos ocupa), no basta la mera existencia o perfección del negocio jurídico contractual (título) que sólo genera obligaciones para los contratantes, sino que el mismo ha de ser inexcusablemente acompañado o seguido de la tradición o entrega de la cosa (modo), no lo es menos que este segundo requisito, constitutivo o consumidor de la transmisión dominical se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega física o material de la cosa (tradición real), sino también, a virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, cuando medien cualesquiera otros actos jurídicos que de manera patente entrañan la misma significación de entrega; así producida la compraventa, sin que de la misma resulte o se deduzca claramente lo contrario, concurren a favor del actor dos requisitos: *título y modo*, determinantes de la adquisición anterior al embargo que fue acordado, por lo que este embargo no puede recaer sobre la parcela adquirida por el actor de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial según la que el embargo sólo puede realizarse sobre bienes que pertenezcan al deudor que si han sido objeto de disposición con anterioridad, cumplida la *traditio*, haya tenido o no acceso al Registro la transmisión no puede ser objeto de agresión, debiéndose levantar el embargo indebidamente anotado; el acreedor embargante no goza de la protección del artículo 34 LH porque nada adquiere del titular registral al no modificar el embargo la naturaleza de su derecho convirtiéndolo en derecho real. Asimismo que la presunción de exac-

titud registral, que sienta el artículo 38 LH, no es más que una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario y que la anotación preventiva de embargo traslada la carga de éste al nuevo adquirente, el deudor embargado le transmite el bien, pero no cuando antes de la anotación ha efectuado la disposición mediante título y modo.

CULPA O NEGLIGENCIA. RECLAMACION PREVIA O ACTO DE CONCILIACION. LEGITIMACION PASIVA POR PARTE DE LA ADMINISTRACION PUBLICA TITULAR DEL HOSPITAL. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, en Sentencia de 5 de febrero de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22), en Sentencia de 1 de febrero de 1993, estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En este caso se ejercita una acción de responsabilidad por culpa extracontractual, con apoyo en los artículos 1.902 y 1.903 CC, contra el Hospital la Princesa (Comunidad Autónoma de Madrid) en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios experimentados por la parte recurrida como consecuencia de la falta de atención y cuidado en la guarda y custodia por los empleados del centro hospitalario demandado de su historia clínica con motivo de su ingreso para ser operado de un neuroma y en la que constaba que padecía el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y que dio lugar a su conocimiento por terceras personas extrañas.

Doctrina de la Sentencia.—Reiterada doctrina de la Sala mantiene en base a lo más arriba detallado que la exigencia de la reclamación previa tiene como finalidad esencial la de evitar que la Administración, en sus distintos grados y categorías, sea envuelta en un proceso sin haber tenido posibilidad de evitarlo, lo cual, sin duda alguna, conduce a una ineludible semejanza con el instituto de conciliación procesal civil en cuanto que ambas actúan a modo de medio de conocimiento del futuro proceso y, en su caso, cual mecanismo de eludir su iniciación; y en virtud de esa semejanza o equiparación, no obstante las diferencias a reconocer entre uno y otro instituto, ello origina a su vez que la falta de reclamación previa entre plenamente en la categoría de defectos subsanables. Mantener lo contrario, defendiéndolo y propugnando una observancia formalista de los artículos como el 138, de la Ley de 17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo, y 53.4 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid al no haber sido derogados y continuar vigentes, supondría desconocer la efectividad de la tutela judicial consagrada constitucionalmente. Igualmente, sostiene abundando en la referida doctrina que las consideraciones que anteceden están en plena consonancia con la jurisprudencia de la Sala manifestada al respecto y que recogen Sentencias como las de 27 de marzo, 29 de octubre y 31 de diciembre de 1992; 28 de enero y 31 de diciembre de 1993, 12 de mayo de 1994 y 20 de diciembre de 1995. En ellas la jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y, consecuentemente, sus

efectos; de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable, como antes mencionábamos. Además, suprimida la obligatoriedad del acto de conciliación desde el año 1984, se ha debilitado todavía más cualquier interpretación radical de los defectos de la reclamación previa como requisito necesario para el ejercicio de determinadas acciones frente a la Administración; y podemos concluir que, en definitiva, no existe en nuestro ordenamiento jurídico base alguna para que la observancia del artículo 138, antes aludido, opere como condicionante absoluto del ejercicio de la acción a entablar, habiendo devenido la exigencia en un requisito puramente formalista que debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial consagrada a nivel constitucional en el artículo 24.1 CE. La exigencia de reclamación previa ha de ser interpretada con criterios de flexibilidad y de adaptación; su falta constituye un defecto susceptible de subsanación a lo largo del proceso y no existe en nuestro ordenamiento jurídico actual base alguna para que su exigencia, más bien formal, opere como condicionante absoluto del ejercicio de las acciones y debe ser obviada en aras de la efectividad de la tutela judicial que proclama el artículo 24 CE, máxime en el caso que nos ocupa, en el que ya se dictó en segunda instancia una nulidad de actuaciones que devolvió las mismas al Juzgado por no haberse dado intervención al Ministerio Fiscal, de manera que la Administración en modo alguno puede decirse sorprendida por la reclamación, además de oponerse al fondo, ya no había posibilidad de acuerdo y trámite, que, ciertamente, no fue subsanado y devino inútil.

En el estudio de la presente litis hemos de diferenciar los conceptos de titularidad/gestión y administración; tales nociones conllevan la exclusión de responsabilidad para la nueva titular, es decir, para la Comunidad Autónoma de Madrid, y ello porque la pretensión de la recurrente parte de que se consideren separadamente dos centros de imputación de responsabilidad, con una división entre titularidad y gestión sean cuales sean —mantiene el fondo de la cuestión que se suscita por la Sala— las relaciones *ad intra* entre los titulares y los encargados de la Administración, pues no es admisible *ad extra* más allá de la pura funcionalidad para fundar una exclusión de responsabilidad de la entidad titular, lo que ostenta frente a los terceros y administrados una responsabilidad necesaria.

La indudable legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma de Madrid en concepto de principal titular del hospital, aunque gestión y administración los ejerzan otros organismos públicos, no puede considerar subsistente los requisitos exigibles según la doctrina jurisprudencial de litisconsorcio pasivo necesario, sirviendo para considerar mal constituida la relación jurídica procesal existente y ello por los derechos que asisten a la recurrente a los fines de demandar a aquéllos ejercitando las acciones de resarcimiento que correspondan. Así, el empleo de la «limitación en el traspaso de competencias» hace que se explique mediante una norma jurídica la titularidad a favor de la entidad, pues no se puede hacer valer frente a los administrados las vicisitudes internas de la transferencia porque desde que se acepta la titularidad se asumen los riesgos que comporta su ejercicio, sin que los problemas internos entre Administraciones Públicas puedan crear inseguridad jurídica y mucho menos impunidad, pues el usuario del servicio está protegido respecto a las prestaciones que han de dispensar los organismos públicos. En este orden de cosas, la responsabilidad directa de los titulares y de los gestores de los establecimientos públicos es, como reiterada jurisprudencia establece, directa y

solidaria entre sí con los autores directos de los hechos imputados en el ámbito de las actividades de la institución en que acaecen, por lo que la excepción de litisconsorcio debe ser desestimada al no ser admisible en los supuestos de pluralidad de responsables en materia extracontractual.

I M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

C.1) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EXISTIENDO UN PLAZO DETERMINADO DE DURACION CONTRACTUAL NO ES APLICABLE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª-3.ª DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS Y NO PROCEDE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Bilbao estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. Establecido en el contrato del que trae causa la posesión arrendaticia del arrendatario, que el mismo se concertaba por un plazo de nueve años, y que al finalizar el plazo contractual vino prorrogándose por tácita reconducción sin que se haya producido novación del mismo no resulta aplicable la Disposición Transitoria 1ª-3.ª LAR, ya que en todo momento ha existido una determinación del plazo de duración del contrato sin que pueda entenderse que por el largo plazo de vigencia del mismo y la inactividad de los arrendadores al no ejercitar acción resolutoria alguna se ha producido esa pérdida de memoria del tiempo por el que se concertó el contrato, en clara contradicción con el texto del mismo en el que se pactó una duración del mismo contrato. En definitiva, el contrato en que el actor funda su derecho no reúne los requisitos legalmente exigidos por la Ley para que surja el derecho de acceso a la propiedad, y al no enternderlo así, la sentencia combatida infringe los preceptos que se invocan en el motivo acogido.

DESAHUCIO.—EXISTE UN CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO A LA INTRODUCCION DEL HIJO EN EL CONTRATO QUE TENIA EL PADRE, POR LO QUE EXISTE UNA NOVACION EXTINTIVA DEL ANTERIOR, NO SIMPLEMENTE MODIFICATIVA (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1993)

El Juzgado número 1 de Vitoria estimó la demanda, pero la Audiencia de Bilbao la revocó.

No procede la casación. No existe una cesión incontestada de la aparecería del padre al hijo, sino que la sentencia recurrida al analizar la prueba extrae el sentido real y lo que acontece es que el hijo, no por cesión, sino como cooperador del padre en el cultivo, merece la protección legal del artículo 117 LAR que incluso fue aceptado por la propietaria ya que el hijo demandado, en

su propio nombre, satisfacía la participación que correspondía a la propietaria, lo que supone la existencia de nuevo contrato de aparcería ya que la actuación del hijo lo fue como persona directamente interesada a partir de la campaña agrícola 1983-84. Lo que en realidad existe es una novación extintiva y no simplemente modificativa (art. 1.204 CC).

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. LA RENTA ANUAL ES INFERIOR A LA MINIMA EXIGIDA PARA LA CASACION. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1993.)

El Juzgado número 5 de Sevilla desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. La renta del arrendamiento litigioso es inferior a la que, según el artículo 127 LAR, se fija como mínima para acceder a la casación y, por tanto, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, las causas de inadmisión se convierten en trance de decisión, en causas de desestimación.

DECLARACION DE DERECHOS. EL CONTRATO NO SE EXTINGUE POR LA VENTA DE LA FINCA, SINO QUE EL COMPRADOR TENIA DERECHO A PEDIR SU EXTINCION. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Zaragoza estimó la demanda y la apelación prosperó.

Se admite la casación. El comprador, según la Audiencia, se comprometió con los vendedores verbalmente a hacerse cargo de la aparcería o arrendamiento y a respetarlo, pero no es así ya que este compromiso supondría un pacto en contra de su derecho a terminar el arriendo (art. 1.571 CC). En realidad el contrato de arrendamiento no se extinguió por la compraventa, sino que en correcta inteligencia de dicho artículo sólo asistía al comprador el derecho a darlo por terminado, cuyo ejercicio sí daría lugar a la extinción. La no inscripción del arrendamiento en el Registro también supone que el comprador puede ejercitar el derecho a poner fin al arrendamiento. Corresponde al vendedor indemnizar los perjuicios causados al arrendatario cuando el comprador ejercita su derecho a que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta, incluso aunque el comprador conociera la existencia del arrendamiento.

C.2) ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESCISION DEL CONTRATO. EXISTE UN ACTA NOTARIAL EN QUE CONSTA EL MOMENTO DE LA DESPOSESION DEL ARRENDATARIO Y SU CESE EN EL ARRENDAMIENTO EXISTENTE. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1993.)

El Juzgado número 11 de Valencia estimó la demanda, pero la apelación triunfa parcialmente.

Se admite la casación. Ejercitada una acción encaminada por parte del arrendatario de un negocio de hotel-restaurante a que se declare la rescisión

del contrato de arrendamiento con fundamento en el artículo 1.556 CC, la Sentencia impugnada dice que no puede establecer el momento en que se produjo la desposesión, pero existe un acta notarial en que se comunica al arrendador que se dé por enterado que el arrendatario cesa en la posesión del hotel haciéndole entrega de las llaves, por lo que desde este momento el arrendatario dejó de poseer como tal el citado negocio. Recurridos los documentos en cuestión, las características precisas de autenticidad, procede la estimación del motivo, lo que proyecta su reflejo casacional.

DESAHUCIO DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. SIENDO EL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, LA EXPIRACION DEL TERMINO ES CAUSA DE DESAHUCIO CONFORME AL ARTICULO 1.569 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1993.)

El Juzgado número 13 de Madrid estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Calificado el contrato de arrendamiento de industria, es evidente que la expiración del término es causa de desahucio, conforme el artículo 1.569 CC. No existe causa de inadecuación de procedimiento ni falta la tutela del derecho del recurrente porque ésta existe cuando se posibilita el derecho de defensa en juicio contradictorio, con respeto de los principios procesales. Además, sostiene que lo arrendado fue un local de negocio sujeto a la LAU, con lo que se contradice todo lo expuesto antes sobre infracción de preceptos del Código Civil que no le serían aplicables. La interpretación de los contratos corresponde a la Sala de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, salvo que sea ilógico. Aun admitiendo su sujeción a la LAU al haberse hecho después del Decreto de 30 de abril de 1985, la duración pactada sería de cuatro años, que ya habían transcurrido en 1990, por lo que el arrendatario debería haber dejado expedito el local.

NULIDAD DE COMPRAVENTA Y DE ARRENDAMIENTO. CONSTANDO EN LOS RECIBOS QUE SE PAGO EL PRECIO COMO PARTE DEL DE COMPRAVENTA EXISTIA UN CONSENTIMIENTO TACITO YA QUE EL PRECIO ES EL DOBLE DEL CORRESPONDIENTE AL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Las Palmas estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. La actora recibía del demandado una cantidad de 80.000 pesetas mensuales, doble de lo pactado en el contrato de arrendamiento, en el que se estipuló una de 40 000. En dichos recibos se decía que la cantidad era parte del precio de la compraventa y si la demandada recibía cantidades muy superiores a las que le correspondían con alusión al contrato en virtud del cual los percibía, el silencio, la pasividad y el firme propósito de mantener la ignorancia de dicho negocio pueden ser tenidos como manifestaciones de un consentimiento tácito respecto del mismo; incluso en los recibos firmados por la actora se hace expresa alusión al contrato de compraventa de 25 de junio de 1982.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. EL CIERRE FUE TEMPORAL PARA REALIZAR OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO PARA INSTALAR EL NUEVO SERVICIO, POR LO QUE EXISTIO LA JUSTA CAUSA PARA EL MISMO DE QUE HABLA LA LEY. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó.

Se admite la casación. El propietario de un local postuló la resolución del arrendamiento, siendo la arrendataria la Dirección General del Patrimonio del Estado por cierre durante más de seis meses en el transcurso de un año. La realidad es que permanece cerrado durante un año aproximadamente, pero cuando se interpuso la demanda ya estaba ocupado el local por otro organismo del Estado. Por ello el Juez indicó que al no mantenerse el cierre no procedía la causa de denegación de prórroga, ya que el cierre no puede ser pasado sino actual, de acuerdo con la inspiración de la Ley de Arrendamientos Urbanos, protectora del arrendatario. Sin embargo, la Audiencia entendió que basta que se haya producido el cierre para que se dé la causa de resolución del arrendamiento. El recurrente argumentó que el cese temporal en la ocupación obedece a razones tan justificadas como un cambio del servicio instalado dentro de los que presta la Administración arrendataria, es decir, que existe una justa causa para el cierre, siendo éste temporal y no definitivo. Existió la justa causa por el necesario cambio de organismo del Estado que en el local había de tener su sede como tantas veces se había hecho antes con el consentimiento de los arrendadores, lo que supone realizar obras de acondicionamiento para conectar terminales del SICOP, por lo que el cierre ni es imputable a la arrendataria ni es revelador de una falta voluntaria de dedicación del local o de la no necesidad del mismo, como lo prueba el que actualmente se halla abierto y en pleno funcionamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL. LA NECESIDAD DE AUTORIZACION PARA EL EJERCICIO DEL NEGOCIO EXPLOTADO NO SUPONE JUSTA CAUSA PARA EL CIERRE YA QUE SE PUDO PREVER CON ANTERIORIDAD SU NECESIDAD. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado número 4 de Santander desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. El Tribunal dice que el local en cuestión no tiene actividad durante más de seis meses en el transcurso del año —desde julio de 1988 a enero de 1989— según se ve por el recibo del consumo de energía eléctrica. Según el recurrente no tiene carácter de prueba del cierre de un local la baja en el suministro de energía y la retrada del contador. Está acreditado que por el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de 3 de julio de 1987, para llevar a cabo la explotación de máquinas de tal tipo se precisa autorización de la «Comisión Nacional del Juego», por lo que el no ejercicio de la actividad de explotación de máquinas de juego en el local arrendado mientras se tramita la pertinente autorización es ajena a la voluntad de la arrendataria; pero todo ello no desvirtúa la conclusión a la que llegó el Tribunal *a quo* ya que valora conjuntamente la prueba, y el soporte fáctico de la Sentencia es el cierre del local por más de seis meses en el curso de un año. El cierre por la tramitación de la pertinente autorización no puede in-

cluirse dentro del concepto de fuerza mayor ni tal contingencia sería causa ajena a la voluntad de la entidad arrendataria, pues ésta podría haber iniciado los trámites administrativos con la suficiente antelación en punto a evitar la suspensión de la actividad durante el período que exigiese su renovación, ya que las justas causas del cierre, como dice la Sentencia de 18 de julio de 1989, han de interpretarse de modo restrictivo y sin que se justifique el cierre por conveniencia del arrendatario.

DECLARACION DE DERECHOS ARRENDATICIOS EL DERECHO DE TRASPASO ES INHERENTE AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOMETIDO A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS SALVO QUE SE DEN LOS SUPUESTOS DE EXCLUSION, LO QUE AQUI NO OCURRE. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado número 2 de Hospitalet desestimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Procede la casación. La Audiencia declaró que el contrato era un arrendamiento de local de negocio y el arrendatario tenía derecho a una prórroga forzosa. El rechazo por el Juzgador del derecho de traspaso no se aviene con la consideración de arrendamiento de local de negocio sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos que la propia Sentencia declara, ya que el traspaso es inherente al arrendamiento de local de negocio salvo que se den los supuestos legales de exclusión, que no son del caso presente, o que se renunciase a tal derecho conforme al artículo 6 LAU, pero como no se da tal renuncia es patente la infracción del precepto, sin que conste la exclusión del contrato de la normativa arrendaticia.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL. LA CONDICION DE APODERADO DEL ANTERIOR ARRENDATARIO DEL NUEVO OCUPANTE DEL LOCAL NO OBSTA A LA CONCLUSION FACTICA DE LA SENTENCIA RECURRIDA DE QUE EXISTE INTRODUCCION DE UN TERCERO EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1993.)

El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó.

No se da la casación. Se alega la excepción de cosa juzgada por existir un litigio anterior con el mismo título y la misma *causa petendi*, pero la realidad es que la cuestión litigiosa no fe decidida ya que en el otro procedimiento no llegó a recaer Sentencia y fue archivado en 3 de mayo de 1988 por no haberse personado los herederos de la parte actora. La introducción de persona distinta del arrendatario en el local sin justificar el título es determinante de la resolución del contrato, bien por cesión, traspaso o subarriendo. La condición de apoderado del ocupante del local respecto al arrendatario no contradice la realidad fáctica apreciada por el Tribunal *a quo* de que aquél es el nuevo titular del negocio, siendo una tercera persona en la relación jurídica, existente con anterioridad

4. DERECHO PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

CONDENA EN COSTAS. TEMERIDAD. DOCUMENTOS DE APORTACION TARDIA. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

Junto al criterio del vencimiento objetivo que establece el párrafo primero del artículo 525 LEC, el párrafo segundo previene que «si la estimación o desestimación fueren parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, **a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad**». Habiendo matizado este precepto el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 1991 en el sentido de que «no es revisable la condena cuando las costas se han impuesto por estimación de la temeridad, ya que ésta es una cuestión de hecho que escapa al control de la casación».

Respecto a la segunda cuestión, alegada por la parte recurrente que no debieron haberse admitido durante la fase probatoria determinados documentos que completaban los aportados con la demanda, el Tribunal Supremo recuerda que es DOCTRINA reiterada que no se puede obligar a la parte a que aporte inicialmente todos los documentos que guarden relación con el fondo del proceso, cuya relevancia *in limine litis* se desconocerá en muchos casos

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

Se plantea demanda del error judicial porque en un procedimiento judicial sumario, después de adjudicar la finca en subasta, se entregó el sobrante del precio al deudor ejecutado, en vez de *consignarlo en establecimiento público*, en perjuicio de un acreedor hipotecario posterior.

El Juzgado, advertido de su error, requirió al deudor ejecutado para que devolviera la cantidad indebidamente entregada, pero el reintegro no se produce.

Posteriormente el Juzgado decreta la nulidad de las actuaciones —concretamente del auto de adjudicación— y se incoan *actuaciones penales* contra el deudor al haber desobedecido el requerimiento de devolución del exceso del dinero que se le había entregado.

El Tribunal Supremo, aceptando el error producido, mantiene que el Juzgado no mantuvo una postura de pasividad procesal, sino que fue diligente en su rectificación. Es decir, no se trata de un error mantenido que haría factible la reclamación indemnizatoria postulada, sino de un error subsanado y por lo tanto no definitivo. Dice que el recurrente debe esperar a la resolución del proceso penal que el Juzgado ha provocado, y que tampoco se trata de la concurrencia de un DAÑO DEFINITIVO, en el sentido que establece el artículo 292.2 LOPJ, en cuanto impone su efectividad y que la jurisprudencia exige

que concurra para poder obtener su resarcimiento *ex post* a cuenta del Estado, toda vez que no consta la insolvencia definitiva del deudor

INADMISION RECURSO DE CASACION VIGENCIA DE LA LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

En el presente caso la Sentencia recaída por el Juzgado de Primera Instancia, y la recaída en la Audiencia Provincial, son sentencias ambas conformes de toda conformidad y, sobre todo, la materia litigiosa ascendía en concreto a la cuantía de 3.385.000 pesetas.

Tras la entrada en vigor en fecha 6 de mayo de 1992 de la Ley 10/1992, de 30 de abril, la cuantía se ha elevado a 6.000.000 de pesetas (nueva redacción del art. 1.687.1.º, apartado C), legislación que es aplicable al haberse interpuesto el recurso de casación con fecha 28 de septiembre de 1992.

En efecto, según la disposición transitoria 2ª de la citada Ley 10/1992, «las resoluciones judiciales en el orden civil que se dicten después de la entrada en vigor de esta Ley sólo serán recurridas en casación o en apelación si reúnen los requisitos que para ello establece la presente Ley», lo cual debe integrarse con lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la LEC, en donde se especifica que los recursos de casación que estén interpuestos antes del 1 de abril próximo (fecha de vigencia de dicha Ley) se seguirán por los trámites de la Ley actual; los que fueren con posterioridad —aunque sean preparados con anterioridad— se ajustarán a los de la nueva Ley

En igual sentido, Sentencias de 25 de marzo y 12 de abril de 1996 de la misma Sala

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Reitera la conocida doctrina según la cual para que se produzca ERROR JUDICIAL es necesario que se omitan o tergiversen los hechos del asunto o que se apliquen normas inexistentes, caducadas o interpretadas de manera abierta y palmaria en sentido contrario o en pugna frontal con la legalidad, pero en ningún caso se puede atribuir error a una decisión que cabe catalogar dentro del margen que permite la libre interpretación judicial.

QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMAS ESENCIALES DEL JUICIO POR INCORPORACION DE DOCUMENTO DESPUES DE LA CELEBRACION DE VISTA EN TRAMITE DE APELACION. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

En los hechos resulta probado que en el trámite de apelación, después de la vista pública y oral y a continuación del acta de dicha vista, aparece una

diligencia de constancia del Secretario en la que certifica la unión a los autos de alzada de copia simple de una Sentencia, la que es seguida, sin que aparezca resolución judicial alguna, de la Sentencia que pronunció dicha Audiencia Provincial, por la que resolvió la apelación planteada.

La Sala sentenciadora no había acordado como diligencia para mejor proveer la unión de la Sentencia de referencia, lo que le autorizaba el artículo 874, en relación al 340 LEC, ni tampoco de diligencia de prueba solicitada en el recurso por alguna de las partes comparecidas en el trámite. No se trata tampoco del supuesto de unión de documentos que autoriza el artículo 694 LEC para los juicios de menor cuantía, que ha de tener lugar necesariamente antes de que se señale día para la vista o el fallo. La unión de la referida copia se presenta como una actuación que denota ligereza y desorden procedimental al carecer de todo apoyo procesal-legal, como actuación del Secretario que la llevó a cabo y la firmó, que el Tribunal de instancia corroboró, pues la consintió y no la corrigió, decretando el Tribunal Supremo su improcedencia, pues conculca la normativa procesal que se deja citada, así como los artículos 710 y 896 LEC, al decretar que una vez celebrada la vista la Sala dictará su fallo, sin la posibilidad de actuaciones procesales intermedias, salvo las que se acuerden para mejor proveer, que no es el caso. En este caso, concluye, se han infringido frontalmente los artículos 24 CE y 1.693 LEC al generarse clara indefensión, pues se ha incorporado un documento a espaldas de los litigantes, sin darles posibilidad de conocimiento e intervención alguna.

RECURSO DE CASACION CONTRA AUTO DICTADO EN INCIDENTE DE EJECUCION DE SENTENCIA. FINALIDAD (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.

En el presente caso se desestima el recurso de casación ya que se ha desvirtuado la finalidad del recurso que prevé el artículo 1.687.2 ° LEC que, según reiterada doctrina jurisprudencial, no es la de contrastar el contenido de la Sentencia y la Ley, sino la de cotejar las actuaciones dictadas para la ejecución con el fallo definitivo que adquirió firmeza, corrigiendo contradicciones, desviaciones o extralimitaciones no amparadas por la resolución devuelta intangible.

RECURSO DE REVISION INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO DETENIDO POR FUERZA MAYOR. ARTICULO 1.796-1.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Siguiendo el Tribunal Supremo su conocida línea jurisprudencial de interpretación restrictiva de los supuestos que integran el recurso de revisión, dada su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, señala que el retraso en expedirse una certificación por el Secretario municipal no basta,

desde luego, para incluir esa demora en el caso de detención «por fuerza mayor» a que se alude en el número 1.º del artículo 1.796 LEC.

RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTA. ARTICULO 1.796.4.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes

Se trata de un juicio de desahucio en que la citación a la parte arrendataria la practicó el Juzgado, atendiendo a lo solicitado por la actora, en el domicilio que figuraba expresado en el contrato de arrendamiento como domicilio correspondiente a la sociedad arrendataria

La diligencia de notificación resultó negativa, y al manifestar la parte arrendadora-demandante que desconocía el paradero de la sociedad arrendataria, el Juzgado practicó la citación en estrados conforme autoriza el artículo 1.576 LEC.

El Tribunal Supremo estima que el demandante no obró con la lealtad procesal necesaria ni con la observancia de la Ley, ya que el artículo 1.574 LEC dispone que cuando no se encontrara el demandado en el lugar del juicio o no tuviera en él su domicilio, se entenderá la citación *con su representante* constituido por medio de poder. En este caso el contrato arrendatario lo celebró la sociedad arrendataria por medio de su administrador único, don X, figurando en el documento bien expresado su domicilio en Madrid, y esta circunstancia deliberadamente se soslayó, pues no se interesó al Juzgado en ningún momento que, ante la infructuosa citación de la sociedad, se practicara al administrador identificado por medio del correspondiente exhorto

MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La motivación de las sentencias es una obligación inexcusable exigida no sólo por el número 3.º del artículo 372 LEC y el apartado 2 del artículo 348 LOPJ, sino por la propia Constitución en el apartado 3 del artículo 120, por lo que al carecer la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial del más mínimo razonamiento el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, declara la nulidad de la Sentencia recurrida y repone las actuaciones al momento inmediatamente anterior a ser dictada

RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.

El hecho de que una persona no haya tenido conocimiento de una Sentencia, aunque sí su Abogado y Procurador, es evidente que no constituye un supuesto legal para la revisión de la Sentencia firme, sino más bien una

defectuosa prestación de servicios profesionales, ya que éstos mantuvieron a su cliente en esa situación de desconocimiento.

RECURSO DE REVISION. CADUCIDAD DE LA ACCION POR TRANSCURSO DEL PLAZO DE TRES MESES. ARTICULO 1.798 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

El plazo de tres meses que marca el artículo 1.798 LEC para interponer el recurso de revisión es de CADUCIDAD.

RECURSO DE REVISION DOCTRINA GENERAL. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

1.º Ya se trate la revisión de un recurso extraordinario, ya de un proceso especial y autónomo de carácter impugnativo, incluso aunque se diese lugar al mismo, la Sentencia que le pone fin habría de limitarse a rescindir la Sentencia firme atacada, con entrega a las partes de certificación del fallo para que usasen de su derecho según les convenga, pero nunca acoger sus pretensiones.

2.º No es una instancia más que permita reconsiderar todo lo actuado.

3.º Ha de basarse en hechos no alegados ni deducidos en el pleito.

4.º Su ejercicio ha de concretarse a la demostración cumplida, plena y absoluta de una de las causas que establece el artículo 1.796 LEC, sin que baste su simple cita, carente de razonamiento.

5.º Por su naturaleza extraordinaria y finalidad de quebrantar la cosa juzgada ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

6.º Cuando, como en este caso, la Sentencia cuya revisión se pretende es una de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se limitó a declarar «no haber lugar al recurso de casación», la Sentencia a revisar sería, en su caso, la de instancia

RECURSO DE REVISION DOCUMENTO RECOBRADO DECISIVO Y RETENIDO ARTICULO 1.796.1.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una vez más declara el Tribunal Supremo que no tiene la consideración de documento decisivo, detenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado la Sentencia, a efectos de fundamentar un recurso de revisión al amparo del número 1.º del artículo 1.796 LEC, aquel que obra en los archivos de cualquier Registro Público, como puede ser una certificación del Ayuntamiento, aunque hubiere existido demora en su expedición.

En el mismo sentido otra Sentencia de la misma fecha de 15 de abril de 1996.

AUDIENCIA AL REBELDE. DOCTRINA GENERAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El Tribunal Constitucional tiene establecido que la audiencia al rebelde es cauce adecuado para que los Tribunales del orden jurisdiccional competente conozcan o resuelvan sobre las eventuales indefensiones ocasionadas en sus juicios una vez producidas las sentencias dictadas en procesos en los que no ha sido oída una parte por causas que no le sean imputables y siempre que no pueda utilizar frente a ellas ningún recurso por ser firmes (SSTC 186/91, 8/93, 183/93 y 134/95), lo que obliga a una interpretación del sentido que resulte más favorable a la tutela de los derechos fundamentales, singularmente el derecho a no padecer indefensión ante los Tribunales ordinarios, que la Constitución exige de las leyes procesales. Lo que reitera la STC 310/93 en el sentido de que no puede efectuarse «una interpretación restrictiva, negativa o en exceso formalista» de los supuestos de audiencia al rebelde previstos en la LEC.

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de marzo de 1994, en relación al recurso de audiencia fijó que «la Constitución española como norma suprema y contexto de todo el ordenamiento jurídico, con eficacia directa e inmediata y con preferencia a cualquier otra Ley, vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conformados de acuerdo con las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional»; y sigue diciendo que «tan Alto Tribunal tiene establecido que el derecho a la defensa y a la bilateralidad, que como fundamental consagra el artículo 24 CE, contiene un mandato dirigido al legislador y al intérprete, en el sentido de promover la contradicción, resultando conculcado cuando los titulares de derechos legítimos se ven imposibilitados de hacer uso de los medios legales necesarios para su defensa, correspondiendo en estos casos al órgano judicial suplir, mediante una interpretación posible y favorable al ejercicio de la acción impugnativa, el imperfecto, y muchas veces erróneo, cumplimiento de los requisitos formales impuestos por la LEC, asegurando así la primacía del mencionado derecho fundamental.

RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTA. ARTICULO 1.796.4.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Reitera la corriente jurisprudencial que establece que la maquinación fraudulenta que autoriza la interposición del extraordinario recurso de revisión consiste en cualquier conducta encaminada a dificultar al demandado el planteamiento del juicio, o a ocultárselo, con objeto de entorpecer o impedir su defensa; existiendo numerosas resoluciones en las que se da lugar a la solicitada revisión, en los supuestos en que se ha ocultado a sabiendas el domicilio del demandado, solicitando su emplazamiento por edictos cuando en cualquier caso hubiera bastado una sencilla diligencia para conocerlo y señalarlo

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

CACHÓN BLANCO, JOSÉ ENRIQUE: *Las ofertas públicas de venta de valores negociables*. Tesis doctoral. Dykinson, S.L., Madrid, 1997. Un tomo de 452 páginas.

Desde hace algún tiempo es frecuente ver en los periódicos y oír en los otros medios los ofrecimientos de ventas de valores negociables con carácter público y general. Hace poco, según parece con éxito, se han vendido acciones de propiedad estatal en varias grandes empresas como Repsol, Telefónica y Argentaria.

Esta especial figura ha entrado, pues, de lleno no sólo en el ámbito restringido de los círculos especializados en temas económicos, sino en las más amplias esferas de carácter popular que acuden masivamente a las convocatorias. Para ello no precisan de profundos conocimientos mercantiles; les basta un simple instinto de defensa de sus ahorros, buscando una inversión más productiva que las cuentas y depósitos bancarios, ahora con intereses fuertemente vupuleados.

El entramado normativo aplicable y la doctrina referente a estas ofertas han sido objeto de la tesis doctoral de JOSÉ ENRIQUE CACHÓN BLANCO, Corredor de Comercio y Agente de Cambio y Bolsa, Abogado y Economista, Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, la cual ahora, tras los retoques precisos, se publica en esencia en este libro que resumimos.

El Derecho Mercantil ha alcanzado en nuestros días un desarrollo tal, de acuerdo con la trepidante mecánica comercial actual, que se le están quedando bastante lejanos los principios generales básicos del Derecho Civil; en efecto, las reglas generales de la contratación a que se remite como normativa supletoria el artículo 50 del Código de Comercio son cada vez menos aplicables.

Tal ocurre con la teoría general de la fuerza vinculante de la oferta para generar los contratos, de difícil encaje en esta figura especial de la oferta pública de venta de valores, especialmente regulada por la normativa del mercado de valores, inspirada en principios singulares de protección al inversor, la igualdad, la transparencia y la total información.

La regulación actual viene dada por las siguientes normas: En primer lugar, la Ley del Mercado de Valores, especialmente en su artículo 61; después por el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, sobre emisiones y ofertas públicas de venta, y por último, la Orden de 12 de julio de 1993 sobre folletos informativos y otros desarrollos del anterior Real Decreto.

El libro entra en materia de modo directo con la definición de la oferta pública de venta, que, según el autor, es un negocio jurídico del mercado de valores por el cual una o varias personas efectúan un ofrecimiento de venta de determinados valores negociables a un público inversor genéricamente considerado, es decir, un ofrecimiento efectuado de forma pública y abierta

a un conjunto de ahorradores, normalmente no identificados *a priori*, entre los que se determinarán *a posteriori* los adquirentes de tales valores cuando dicho ofrecimiento sea contestado afirmativamente, es decir, aceptado.

A seguido el autor estudia los efectos económicos de la oferta respecto al oferente, sobre la sociedad emisora de los valores, sobre el mercado de valores y sobre los inversores, y explica el concepto dado de esta oferta de venta, distinguiéndola de la emisión que es originaria y de la figura opuesta de la oferta de compra, la conocida vulgarmente como OPA.

En el capítulo 4.º de estudian los elementos subjetivos, objetivos y formales de las OPV. Entre los primeros están el oferente de la venta y los destinatarios o inversores que pueden concurrir como optantes; pero también hay que considerar a la entidad emisora de los valores ofrecidos. Son elementos objetivos necesarios la determinación de los valores que se ofrecen, su precio, como es natural, y la fecha o plazo durante el cual se puede acudir a la compra. Y los elementos formales se detallan en la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, que establecen un procedimiento de verificación y registro administrativo de las emisiones y efectos públicos de la venta, con la finalidad de defender los intereses de los inversores; tales requisitos son: a) La comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del proyecto de emisión, en este caso de la venta, para que ésta lo haga público; b) Aportación a dicha Comisión, para su registro, de los documentos que acrediten el acuerdo de venta, características de los valores y derechos y obligaciones de sus tenedores; c) Existencia y registro de una auditoría de cuentas de la situación financiera de la entidad emisora, y d) Presentación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del folleto informativo que comprenda los apartados necesarios para conocer claramente los términos de la venta. En el libro se desarrollan estos apartados con detalle.

En el capítulo 5.º se estudia el proceso de desarrollo de la oferta desde que se inicia, pasando por las solicitudes de adquisición, la adjudicación y los efectos jurídicos sobre la entidad emisora, el oferente y los adquirentes. Y en el capítulo 6.º se expresan varios supuestos específicos de OPV con referencias a las de valores con carácter previo a la admisión a cotización en Bolsa, estudiando la interrelación entre la oferta y dicha admisión a cotización.

El capítulo 7.º está destinado a las conclusiones de la tesis, donde se sintetizan las ideas básicas mantenidas a lo largo del trabajo. En primer lugar se señalan los objetivos de la OPV, entre los cuales pueden estar el conseguir el número mínimo de accionistas necesarios para que se admitan a cotización en Bolsa, obtención de financiación por parte del oferente, redistribución del accionariado, privatización de empresas públicas y otros. Se sigue con la ya apuntada distinción entre emisión originaria y oferta de venta de valores ya existentes, aunque ambos supuestos sirvan para apelar al ahorro público, en este caso dirigido a un amplio número de inversores. ¿Constituye esto una verdadera oferta en sentido jurídico o es sólo una invitación a ofrecer? El autor se inclina por este último supuesto. En las siguientes conclusiones se insiste en señalar que las ofertas públicas de venta están sometidas a un complejo procedimiento administrativo de control a lo largo de toda su tramitación y ejecución.

El libro estudia al completo esta novedosa institución, que se nos va presentando con cada vez mayor frecuencia en la actualidad. Tal como nos dice el autor, el estudio jurídico de la oferta pública de venta no puede limitarse a contemplar tan sólo los pasos o fases que median entre la formulación de

la oferta pública y la materialización de la compra de los títulos, sino que debe incluir todos los elementos que permitan comprender su pleno significado económico y jurídico y, desde este último aspecto, determinar la relación con el Derecho del Mercado, el de Sociedades y el Mercantil en general.

Así lo ha hecho el autor, que denota su madurez y su gran conocimiento del tema como profesional en activo que es; así se refleja de modo patente en esta documentada tesis en la que alcanzó, con todo merecimiento, el unánime *cum laude*.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

AVILA NAVARRO, PEDRO: *El Registro Mercantil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

Dos tomos con 733 páginas: I. «El Registro Mercantil como registro de sociedades». II. «Formularios y normativa».

Una vez más, el autor de este libro da en el clavo y acierta en su modo de exponer, de todos nosotros conocido. Porque nuestro amigo y compañero PEDRO AVILA NAVARRO, Notario en excedencia y actualmente Registrador de la Propiedad de Barcelona, ya nos tiene acostumbrados a sus trabajos, profundos en ciencia y sencillos en la exposición. Y en esta ocasión nos da una nueva muestra de su laboriosidad y buen hacer profesional al publicar este libro, doctrinal y práctico, que se ha de convertir en un imprescindible *vademecum* para cuantos, relacionados con temas de sociedades, hayan de acercarse al Registro Mercantil para inscribir sus documentos.

La regulación del Registro Mercantil es muy amplia y últimamente ha experimentado importantes novedades, precisamente derivadas de la puesta a tono del Derecho societario con las regulaciones europeas. Del vetusto Registro, apenas mencionado en el Código de Comercio del siglo pasado, hasta las normas especiales actuales, para llegar al retoque del último Reglamento, hay variaciones fundamentales que han de tenerse en cuenta para estar al día.

Y esto es lo que viene enseñando PEDRO AVILA en los cursos sobre Derecho de Sociedades que imparte en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona desde hace varios años y por los cuales han pasado, nos dice, unos mil quinientos profesionales. Es una siembra impartida muy importante que no dudamos estará ya produciendo frutos efectivos; por ello, en su deseo de ampliar el ámbito de la enseñanza, ahora el profesor del curso se convierte en autor y nos da por escrito el contenido de sus lecciones, supongo que mejoradas y más documentadas.

Según hemos dicho, la obra pretende una visión práctica del Registro Mercantil, pero ceñida al Derecho societario, dejando al margen otros ámbitos registrales; en cambio recoge otro aspecto muy interesante de la práctica profesional que es el Registro Mercantil Central, sobre todo en su faceta de órgano que contiene los índices y controla las denominaciones sociales para evitar que éstas se repitan.

En el tomo I, como se ha dicho, expone el autor el régimen legal y jurisprudencial de las instituciones que diremos, resolviendo las dudas y las dificultades que puedan plantearse.

Su primer capítulo recoge la organización del Registro Mercantil como registro de sociedades, señalando la competencia que viene determinada por el domicilio social como todos sabemos; se relatan los libros del Registro y los

asientos que en ellos se practican, de acuerdo con los principios básicos del sistema, que también se exponen y detallan.

En el capítulo segundo se trata del título inscribible según los diversos supuestos de la vida societaria, con especial atención al ingreso de la sociedad y constancia posterior de los variados acuerdos de los órganos sociales con repercusión en su biología, mediante las inscripciones correspondientes.

En el capítulo tercero se recogen las funciones especiales que las normas recientes han asignado al Registro Mercantil, en particular la legalización de libros, nombramientos de expertos independientes y de auditores y el depósito de cuentas anuales.

El capítulo cuarto expone la mecánica del Registro desde la presentación del documento, que origina el asiento adecuado, y las posteriores fases del proceso de registración, incluyendo la previa calificación y los recursos posibles contra la misma.

Y en el capítulo quinto se trata de la publicidad en el Registro Mercantil en su aspecto formal, que puede hacerse mediante la certificación que produce plenos efectos o mediante la simple información verbal o por nota simple. Trata en especial de la publicidad de las cuentas anuales y la del Registro Mercantil Central, con la específica de la Sección de Denominaciones y la especialidad últimamente introducida de la publicidad en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, el célebre *BORME* «made in Europa» que chirría un tanto con nuestros principios tradicionales de la publicidad registral.

En el tomo II se incluye un completo muestrario de los documentos del Registro Mercantil mediante un formulario bastante ilustrativo y a continuación la normativa aplicable.

Los formularios se insertan siguiendo los apartados por operaciones:

1. El Registro Mercantil como registro de sociedades.
2. El título inscribible.
3. Funciones especiales del Registro Mercantil.
4. Presentación de documentos y procesos de registración.
5. Consulta del Registro.

En cuanto a la normativa, se incluyen el nuevo texto del Reglamento del Registro Mercantil, los artículos de las Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas que se refieren al Registro Mercantil y varios Reales Decretos, Ordenes, Instrucciones y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la misma materia, proporcionando una completa información de rápida consulta.

Hasta aquí el contenido del libro. Como dato anecdótico final digamos que ha sido justo el día 23 de abril, cuando se recuerda la memoria de don Miguel de Cervantes con la celebración del Día del Libro, cuando éste ha llegado a mis manos; y no ha dejado de sorprenderme agradablemente, pues soy manchego, que esté plagado de nombres y lugares del Quijote. Aquí, nunca lo imaginara el gran novelista, se habla de Alonso Quijano Bueno como Registrador Mercantil de El Toboso y se inscriben sociedades como Molinos Clavileños, S.A.; Fuera de la Insula, S.L., o Sistemas para Molinos, S.A., y se ponen domicilios como avenida de los Caballeros o pasaje de las Heras, todo ello de sabor a Mancha. Aquí don Alonso Quijano ha cambiado por una vez sus libros de caballería por los del Registro y el autor ha aplicado estos nombres imaginarios, sacados del Quijote, para explicar sus supuestos prác-

ticos, sin acudir al «Fulano de Tal» o a iniciales anónimas que nada dicen; así queda mucho mejor. Por supuesto, nos dice el autor con chispa, no se ha pedido certificación negativa al Registro Mercantil Central ni se han registrado estos nombres inventados en la Sección de Denominaciones, por lo que si hay coincidencia con algún caso real se deberá sólo a pura casualidad o a la común afición al Quijote.

Pasada la anécdota, terminamos diciendo que el libro es un estudio documentado y que además tiene una gran utilidad práctica. PEDRO AVILA ha conseguido su propósito de transmitirnos lo que él sabe y viene enseñando en sus acreditadas clases de práctica jurídica.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO: *La sociedad de capital en formación*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996. Un tomo de 230 páginas.

1 La reforma del Derecho de Sociedades de capital realizada en los últimos años, tomando como punto de partida la adaptación a las Directivas comunitarias, ha propiciado la aparición de múltiples monografías de desigual valor. Nos encontramos aquí con una de las más relevantes, sobre la sociedad de capital en formación, regulada en los artículos 15 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, tema que aunque contaba con importantes aportaciones, entre las que cabe destacar las de MENÉNDEZ, ALONSO UREBA y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, se encontraba claramente necesitado de estudio. El Profesor Titular de la Universidad de Salamanca JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES, que ya había realizado hace algunos años una incursión en el Derecho de Sociedades con una espléndida monografía sobre los dividendos a cuenta, procede a realizar ese análisis con sus ya características contundencia y exhaustividad. De este modo, con un estilo peculiar, en ocasiones reiterativo, pero siempre con rigor y profundidad, el autor pone de manifiesto, con una buena dosis de originalidad, los principales problemas de la institución y ofrece las correspondientes soluciones, teniendo en cuenta las aportaciones fundamentales de los diferentes ordenamientos comunitarios y componiendo de forma adecuada los diversos intereses en juego.

2. En la Introducción de la obra, tan extensa como sugerente, se trata de encuadrar la figura de la sociedad en formación, desde el examen de los «requisitos de forma y publicidad legal en las sociedades de capital» y las relaciones que presenta con la sociedad irregular y también, aunque en menor medida, con la sociedad de hecho. Tras una descripción del problema y un apunte sobre los artículos 116-119 del Código de Comercio, que probablemente hubieran requerido una más atenta consideración en apoyo incluso de la tesis defendida, GARCÍA-CRUCES divide la cuestión de los requisitos de forma y publicidad en dos grandes puntos: «En primer lugar, si de conformidad con los nuevos datos normativos cabe afirmar una vinculación esencial entre inscripción y atribución de la personalidad jurídica social. Por otro lado, si el carácter constitutivo de la inscripción —por imperativo del significado y función que tiene encomendado nuestro sistema de publicidad legal— tiene o puede tener una incidencia material sobre el acto sujeto a tal exigencia de publicidad». El autor es concluyente: no cabe hacer depender la personalidad

jurídica de la inscripción registral; la sociedad queda constituida en virtud del mero otorgamiento de escritura pública y desde entonces goza de personalidad jurídica y despliega todos sus efectos, si bien, de acuerdo con las exigencias registrales, la configuración y los rasgos caracterizadores de tipo social particular, reflejados en la escritura pública, serán ineficaces frente a terceros de buena fe en tanto en cuanto los socios no den cumplimiento a la exigencia de publicidad legal. La conclusión es, pues, tajante: «la inscripción no hace surgir una sociedad anónima —o limitada o comanditaria por acciones— hasta entonces inexistente, sino que permite la oponibilidad plena frente a los terceros de las características propias de tal tipo social».

3. A continuación, todavía en la Introducción, se contrapone a la sociedad en formación la sociedad no inscrita o irregular. Comienza por insistir, desde el dato normativo (arts. 15-16 LSA), en que «el problema de la sociedad de capital no inscrita no es el de su existencia —que, indudablemente, la Ley afirma y reconoce—, sino el de la afectación de los terceros por tal sociedad cuando la misma no ha acudido a la publicidad legal, único medio de que dispone a fin de hacer oponible su actuación frente a tales terceros como sociedad de capital con todas las consecuencias». El verdadero problema es, pues, el de la *calificación* de la sociedad no inscrita, lo cual obliga previamente a distinguir entre la sociedad en formación y la sociedad irregular, algo que el legislador español hace basándose en la existencia o no de la voluntad real de inscribir y, ante las evidentes dificultades de prueba, en la presunción de la concurrencia de la voluntad de no inscribir cuando transcurra un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado la inscripción. Mientras en la sociedad en formación concurre una voluntad de los socios de cerrar el proceso fundacional, de modo que el legislador establece un régimen jurídico, por esencia provisional, que se aproxima al de la sociedad ya inscrita, en la sociedad irregular sucede que la sociedad se entiende constituida prescindiendo del requisito de la inscripción, lo que conduce inmediatamente al problema de su *calificación* y a la determinación de su *régimen jurídico frente a terceros*. Para GARCÍA-CRUCES la norma legal según la cual «se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil» zanja en sentido afirmativo toda discusión acerca de la eficacia frente a terceros de la sociedad irregular y, por tanto, de la atribución a la misma de la personalidad jurídica; pero no soluciona el problema de la calificación ni el del régimen jurídico.

Para esa determinación, GARCÍA-CRUCES considera que la sociedad irregular es verdaderamente una sociedad anónima —o limitada o comanditaria por acciones— a la que, como consecuencia de la falta de publicidad legal y de la consiguiente inoponibilidad frente a terceros, van a ser aplicables determinadas normas de las sociedades colectivas o de las sociedades civiles. La construcción de esa tesis se apoya no sólo en el significado de la publicidad registral en el derecho de sociedades, sino también, y sobre todo, en la crítica a la *tesis de la conversión*, adoptada por la mayoría de la doctrina, que se lleva a cabo con argumentos de peso. En primer lugar, un argumento literal, ya que la Ley no dice en ningún momento que la sociedad irregular se convierta en sociedad colectiva o en sociedad civil, sino que se limita a declarar aplicables las normas de dichas sociedades, es decir, a solucionar el problema de la determinación del régimen jurídico aplicable a la sociedad irregular. En segundo lugar, que esa tesis propugna, en definitiva, una *transformación* societaria de origen legal, cuando esta figura debe tener siempre un origen volun-

tario. En tercer lugar, y sobre todo, dos argumentos de orden dogmático: que la pretendida conversión no se ajustaría a la finalidad de esa institución en el Derecho Privado, ya que en lugar de salvaguardar los intereses de los intervinientes en el negocio jurídico salvaguarda los de los terceros que se relacionan con la sociedad publicada de hecho, y que el uso de la técnica de la conversión para explicar coherentemente la figura de la sociedad irregular sólo sería correcto desde el presupuesto de la ineficacia radical del acto constitutivo de la sociedad como consecuencia del vicio de la publicidad legal, con lo que se estarían mezclando los supuestos de irregularidad e ineficacia, volviendo al punto de partida. Más dudoso parece, en cambio, el argumento según el cual la facultad de denuncia concedida expresamente a los socios carecería de sentido si existiera una conversión de la sociedad en colectiva o civil, en cuanto que ya las normas reguladoras de estas sociedades admiten esa facultad, porque puede considerarse igualmente que la concesión de esa facultad trata precisamente de proporcionar a los socios la posibilidad de evitar la conversión.

Si la sociedad irregular no se transforma en colectiva o en civil, sino que *le son aplicables* las reglas de dichos tipos societarios como consecuencia de la falta de publicidad legal, la consecuencia parece evidente: «la aplicabilidad de las normas reguladoras del tipo de la sociedad colectiva o de la sociedad civil sólo puede tener sentido en aquellas relaciones que vinculen a la sociedad de capital irregular con terceros (...); «ante la ausencia de la publicidad legal impuesta por el ordenamiento jurídico, éste reacciona e impone un régimen particular y diferente al que derivaría de haberse respetado la exigencia de inscripción, de tal modo que la protección de aquellos terceros quede, en todo caso, asegurada».

De acuerdo con ello, se dedican algunas sugestivas páginas a extraer consecuencias concretas en materia de responsabilidad y de representación. Así, se niega la aplicación del artículo 120 del Código de Comercio, que en caso de contravención de la obligación de publicidad legal hace solidariamente responsables a los gestores de las deudas contraídas; se considera que la responsabilidad de los socios se extiende a todas las deudas sociales, incluidas las contraídas antes de la irregularidad; se critica la aplicación del régimen de representación de las sociedades colectivas o civiles; se afirma que la responsabilidad por las deudas sociales afecta a todos los socios, incluidos los denominados «socios pasivos», lo que se vincula claramente a la concesión de la facultad de «denuncia-disolución», que se aplaude, y, sobre todo, se analiza la regularización de la sociedad. Tras considerarla admisible, aunque no implique, desde luego, una conversión-transformación de signo contrario, se estudian sus efectos y, en particular, la extinción de la facultad del socio de instar la disolución de la sociedad, que parece evidente, pues dicha facultad no existe en las sociedades de capital, y la aplicación de la exigibilidad de la «responsabilidad diferencial» prevista en el artículo 15.4 de la Ley de Sociedades Anónimas, que parece igualmente evidente para evitar el acceso al Registro Mercantil de sociedades descapitalizadas.

4. Tras el Capítulo II dedicado a los «antecedentes de la regulación actual», en los que se analizan el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y las exigencias derivadas del artículo 7 de la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo, la obra se centra en el estudio de la sociedad en formación. Ante todo, GARCIA-CRUCES se pronuncia abiertamente sobre la mejora técnica que, respecto de la legislación anterior, supone el artículo 15 de la Ley de

Sociedades Anónimas de 1989, simplificación del régimen aplicable a la etapa del proceso fundacional de la sociedad en formación. En palabras del autor «la opción de la legislación vigente es indiscutible, al reconocer la existencia de una sociedad *medio tempore* y dotarla de un régimen específico».

5. El supuesto de hecho de la sociedad en formación viene delimitado por dos elementos: la voluntad real de los fundadores de inscribir la sociedad en el Registro Mercantil y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública en la que se contengan el negocio fundacional y los estatutos sociales. GARCÍA-CRUCES se centra en este segundo elemento, tomando partido claramente —como ya había adelantado en el capítulo introducción— por la tesis que exige la existencia de escritura pública para considerar aplicable el régimen de la sociedad en formación, pero ello no le impide pronunciarse sobre el régimen jurídico de las sociedades no escrituradas. Para el autor es preciso distinguir dos supuestos. En primer lugar, si los sujetos en cuestión se han limitado a manifestar su voluntad de constituir en el futuro una sociedad, procede calificar la situación de «precontrato de sociedad de capital», figura que, sin embargo, no tiene fácil acomodo, por lo que, en realidad, se reconduce a una sociedad interna, con efectos puramente obligacionales, y de carácter civil, cuyo objeto es la futura constitución de una sociedad de capital. Si, por el contrario, los sujetos comienzan a actuar en sociedad, en las relaciones externas habrá que considerar aplicable el régimen de la sociedad colectiva

6. GARCÍA-CRUCES rechaza enérgicamente las posturas que cuestionan la existencia de sociedad en el período fundacional y, tras analizar el estado de la cuestión sobre la naturaleza y calificación de la sociedad en formación en Alemania, estudia el doble problema del *reconocimiento* y de la *calificación* de la sociedad en formación en la legislación española. En coherencia con lo que se había afirmado con anterioridad respecto de la sociedad irregular, y de acuerdo con los innegables datos legislativos, el autor se decanta claramente por la tesis de la *identidad*: «la sociedad en formación no es más que aquella anónima, limitada o comanditaria por acciones que los fundadores quisieron constituir con el otorgamiento de la escritura, en aquel período fundacional en que aún —por razones materiales— no se ha dado cumplimiento a la exigencia de publicidad legal». Se afirma, pues, la «identidad y continuidad entre la sociedad en formación y la sociedad ya inscrita, ya que ambas son jurídicamente *la misma realidad societaria* aunque vengan consideradas en distintas fases o momentos del proceso fundacional». Las particularidades de su régimen jurídico derivan exclusivamente de la ausencia —transitoria— de publicidad legal. Y en este sentido insiste el autor en el carácter instrumental, es decir, dependiente de la inscripción, de la sociedad en formación: «No se trata de una «sociedad en formación» cuya existencia se condiciona al cumplimiento de la inscripción, sino, tan sólo, *de la sociedad inscrita en un momento anterior a su inscripción*». Ello explica no sólo la diferencia entre sociedad en formación y sociedad irregular, sino también la imposibilidad de aplicar a la sociedad irregular las normas de la sociedad en formación.

Esta parte de la obra termina con unas interesantes consideraciones en torno a la prohibición de la transmisión de acciones anterior a la inscripción contenida en el artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas, que, lejos de obstaculizar la tesis de la identidad, vendría a confirmarla, por cuanto parece evidente que la prohibición no se establece porque en una sociedad en formación no existan acciones, sino, partiendo precisamente de que esas acciones

existen —como parte del capital social—, por razones que nada tienen que ver con la naturaleza de la sociedad en formación, así como sobre la posibilidad de una *fundación sucesiva* en la sociedad en formación, que, con razón, se rechaza.

7. Los últimos capítulos de la monografía se dedican al análisis del *régimen jurídico* de la sociedad en formación, un análisis que resulta extraordinariamente coherente con la tesis defendida anteriormente, y en el que destaca, en primer lugar, el tema de la responsabilidad por las deudas que contraiga la sociedad en formación. Después de analizar los supuestos en que la responsabilidad es de los *actuales*, y no de la sociedad (art. 15.1 LSA), se propone, a mi juicio acertadamente, una delimitación amplia del contenido del patrimonio con el que ha de responder la propia sociedad en formación, en el sentido de que no estará integrado sólo «por las aportaciones de los socios» (expresión del art. 15.2 LSA), sino también por los resultados de la actividad que desarrolle la sociedad. Más discutible es, en cambio, la afirmación de que la responsabilidad de los socios hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar (art. 15.2 *in fine* LSA), que, en todo caso, se añade a la de la propia sociedad en formación, constituya, en realidad, un supuesto de *exclusión de responsabilidad* de los socios o —lo que es lo mismo— de vencimiento anticipado de la obligación de aportar que hubiese quedado, en su caso, diferida, de modo que al acreedor le cabe únicamente la posibilidad de exigir a los socios, en su caso, el desembolso de los dividendos pasivos. La duda se nos plantea por dos razones fundamentales, en las que el autor no profundiza: el propio tenor literal del precepto, pues si el legislador hubiera querido excluir la responsabilidad del socio y establecer simplemente el vencimiento anticipado de la obligación de aportar diferida contaba con destacados precedentes legales [así, arts. 925 CCom y 272.e) LSA], y la circunstancia de que la referida responsabilidad sería inoperante en las sociedades de responsabilidad limitada, donde el desembolso íntegro inicial de la aportación es requisito necesario, sin que su Ley reguladora la excluya.

El segundo gran tema del régimen jurídico es el relativo a los *efectos de la inscripción*, entre los que cabe ahora destacar la *responsabilidad diferencial* del socio (*ex* art. 15.4) de la Ley de Sociedades Anónimas, que pese a tener un fundamento obvio, pues trata de restablecer el equilibrio entre el valor del patrimonio y la cifra del capital social, resulta de «dudosa eficacia y fácil elusión» por las dificultades de determinar la verdadera situación patrimonial de la sociedad. De ahí que el autor proponga —con razón— una reforma legal del ya mencionado artículo 15.4 que resuelva la efectividad del sistema de aportaciones complementarias, que podría consistir en la imposición de un deber de manifestación de la situación de hecho ante el Registro Mercantil o en una ampliación del catálogo de causas de responsabilidad fundacional (*v.* art. 18 LSA) con el fin de establecer un genérico deber de diligencia en el desarrollo del proceso fundacional.

Respecto de la *disolución* de la sociedad en formación, el autor manifiesta un criterio diferente a otras posturas doctrinales al afirmar que «desde el punto de vista de la configuración tipológica de la sociedad en formación su disolución se presenta como un imposible lógico», porque la concurrencia de una causa de disolución implicaría la verificación de la voluntad de no inscribir y, por tanto, una diversa calificación del supuesto de hecho: la sociedad dejaría de ser sociedad en formación y pasaría a ser sociedad irregular (*ex* art. 16 LSA). Esas afirmaciones, impecablemente congruentes con las tesis defen-

didadas por GARCÍA-CRUCES, dejan, sin embargo, traslucir una grave duda, relativa a la finalidad misma de la previsión legal de un derecho del socio a instar la disolución. Porque, en efecto, si con dicha previsión no se pretende que el socio pueda escapar a las consecuencias de la aplicación del régimen de las sociedades colectivas o civiles, no se comprende su sentido, pues —como el propio autor afirma en otro lugar— en una sociedad colectiva o civil el socio tiene reconocida una amplia facultad de denuncia. Existe, pues, otra forma de ver la norma: que la regla de la *conversión*, o, según la tesis del autor, la *aplicación de las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil* tenga *carácter subsidiario* respecto a la que otorga al socio el derecho a instar la disolución, de forma que esa aplicación sólo se producirá cuando la sociedad no se disuelva, porque ningún socio ejercite su derecho, e inicie sus operaciones o continúe las operaciones comenzadas con anterioridad.

La monografía termina con unas consideraciones sobre la nulidad de la sociedad en formación, a la que —en opinión de GARCÍA-CRUCES— no serán aplicables las normas sobre nulidad de las sociedades anónimas, que se refieren a sociedades ya inscritas, aunque sí la doctrina de la sociedad de hecho, si bien con aplicación de las normas de la sociedad colectiva; sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad las adquisiciones realizadas a nombre de la sociedad en formación, y, en fin, sobre el problema, ya clásico, de la admisibilidad de una tercera de dominio instada por una sociedad en formación, que el autor considera indudable, de acuerdo con las tesis mantenidas.

8. Nos encontramos ante una monografía que ofrece un estudio completo de la discutida figura de la sociedad en formación desde el prisma de su regulación positiva. Es, además, una obra lógica y sistemática, que se apoya en la consideración de la sociedad en formación como sociedad instrumental, como sociedad esencialmente relativa, con voluntad de inscribirse, a la que, por tanto, le será aplicable el régimen de la sociedad de que se trata, siempre que no presuponga la inscripción, de modo que cuando se verifique la voluntad de no inscribir pasa a aplicarse automáticamente el régimen de la sociedad colectiva o de la sociedad civil.

Aunque podría echarse en falta alguna cuestión, y en particular un detenido análisis dogmático de la personalidad jurídica que justificase las tesis, en ocasiones originales, del autor, lo cierto es que la monografía recoge fundadas opiniones personales y propuestas específicas muy valiosas sobre los principales problemas que la regulación de esta materia suscita en la práctica. En último término, se ha desarrollado un serio esfuerzo que la doctrina, y sobre todo la jurisprudencia, deberá tener en cuenta en el futuro.

EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad San Pablo CEU

BAYOD LÓPEZ, MARÍA DEL CARMEN: *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997. Un tomo de 169 páginas.

En la actualidad, el otorgamiento y, en su caso, novación de capítulos es el medio que habitualmente emplean un gran número de matrimonios que, separados de hecho, «legalizan» unas veces y resuelven otras, su situación

previa al procedimiento de separación o divorcio. Igualmente, es usual resolver a través del negocio capitular aquellas situaciones de eventual endeudamiento de uno de los cónyuges, pactando un régimen económico matrimonial de separación de bienes con previa liquidación de la comunidad conyugal y atribuyendo al otro cónyuge —no afectado por el previsible endeudamiento— la parte más consistente e identificable de los bienes.

Por todo ello, reviste interés teórico y práctico el tema de la obra que comento, a través del cual su autora, MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, cuyo probado conocimiento en las materias de Derecho de familia y sucesiones, tanto en la llamada legislación común como en la aragonesa, ha propiciado la publicación de tres monografías, incluida la presente, que forma parte de su tesis doctoral por la que obtuvo el premio extraordinario del doctorado, y varios trabajos científicos en revistas especializadas.

El Prefacio de la obra facilita su lectura posterior al introducir al lector, con la claridad y sencillez propias del que domina una materia, en los planteamientos y criterios desarrollados

La obra consta de dos partes bien diferenciadas. En la parte primera estudia con detenimiento conceptos que luego van a ser relevantes en su posterior exposición sobre la modificación de capítulos. En la parte segunda se centra la autora en la modificación de capítulos y su evolución desde el anteproyecto al Código Civil de 1882, Código Civil de 1889, su Reforma de 1975, hasta la última de 1981, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal, en relación al contenido capitular, otorgantes, partes y muy especialmente en el sentido, ámbito actual y eficacia del polémico artículo 1.331 del Código Civil.

Con la brevedad necesaria de toda recensión, y tras una reseña del sumario de la obra, pasamos a efectuar una síntesis de los criterios adoptados por la autora en cada uno de los puntos desarrollados, criterios fundamentados con rigor jurídico aunando la sistemática lógica con la historia, sin olvidar al Derecho comparado.

SUMARIO

PARTE I: Intervinientes, otorgantes y partes de los capítulos matrimoniales. El negocio capitular. Teoría general del contrato y de los sujetos

Capítulo I. «Las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil y en otros derechos forales»

Capítulo II: «El contrato de capitulaciones matrimoniales. El negocio capitular».

Capítulo III: «Comparecientes, otorgantes y partes de los capítulos matrimoniales».

PARTE II: La modificación de capítulos matrimoniales en el Código Civil.

Capítulo I. «La modificación de capítulos matrimoniales en la redacción originaria del Código Civil. Su régimen jurídico en relación con el concepto de otorgantes y la concepción legal y doctrinal del negocio capitular».

Capítulo II: «La modificación de capítulos matrimoniales tras la reforma del Código Civil de 1975».

Capítulo III: «La modificación de capítulos matrimoniales tras la reforma del Código Civil en 1981: el negocio capitular y el artículo 1.331 del Código Civil».

RESUMEN

Se resalta la diferencia entre la concepción de las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil, de marcado carácter contractual y con contenido referido al régimen económico matrimonial como objeto fundamental, y la de los Derechos civiles forales en los que la doctrina considera a los capítulos «la carta institucional de la familia» por recoger, además, normas sucesorias y estipulaciones de régimen familiar de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento.

La autora dedica un pequeño apartado a las capitulaciones matrimoniales aragonesas, distinguiendo los llamados capítulos forales típicos, de carácter consuetudinario, que se desenvuelven en el marco de la libertad civil tratando de dar respuesta a las necesidades de la vida familiar en determinadas comarcas de aquellos otros practicados en el siglo xv, que tenían un marcado carácter de inventario de bienes y de carta de pago que servían como justificante y prueba de haberse cumplido las entregas de bienes que cada uno de los novios llevaba al matrimonio.

Se destacan las características contractuales de las capitulaciones que no comparten con otros contratos: 1.ª El matrimonio como presupuesto y base para el otorgamiento. 2.ª El otorgamiento por cónyuges como presupuesto objetivo. 3.ª La posibilidad de intervención de otros sujetos.

La profesora Bayon califica acertadamente a los capítulos matrimoniales como contrato plurinegocial: la confluencia formal de contratos, con interconexión entre ellos cuando así se exprese. Y como contrato plurisubjetivo que será bi o plurilateral en función de las partes contratantes y no en función del número de sujetos intervinientes. Para su calificación habrá que estudiar la posición jurídica y la existencia o no de intereses contrapuestos de cada uno de dichos sujetos.

La autora, para una mejor interpretación del artículo 1.331, analiza los capítulos matrimoniales en dos planos:

a) Un plano formal que se corresponde con el *instrumentum* —la escritura pública notarial—, que puede albergar un variado contenido de negocios jurídicos.

b) Un plano material que corresponde al negocio capitular: la estipulación capitular (constitución o modificación del régimen económico matrimonial).

Este se presenta como el contenido propio de la escritura de capítulos, y a él se refieren y le son exclusivamente aplicables las normas jurídicas que regulan las capitulaciones matrimoniales tanto en el Código Civil (arts. 1.315-1.317 y 1.325-1.335) como en las Compilaciones y Leyes Civiles Forales, concluyendo: Las normas que rigen la capacidad para capitular los límites al contenido de los capítulos, las reglas sobre forma y modificación de capitulaciones son aplicables al plano material de la capitulación: al negocio capitular.

Estudia los conceptos de otorgantes, incidiendo en su significación notarial, y el de partes. Ambos conceptos pueden coincidir en una persona o pueden estar disociados. El término otorgante es una acepción técnica que indica la posición de los sujetos en el plano formal (*instrumentum*), y ello con independencia de que dichos otorgantes sean o no partes negociales (plano material o negocio capitular). Por tanto, distingue:

a) Otorgantes formales: son todos los intervinientes en el otorgamiento formal del documento.

b) Otorgantes materiales: se corresponden con las partes del negocio capitular

Concluye: En principio basta la intervención de los otorgantes materiales para modificar válida y eficazmente las capitulaciones matrimoniales. Si es bilateral, aquéllos lo serán los contrayentes, y además, si es plurilateral (inusual en la práctica) lo serán los otorgantes no contrayentes que sean parte en el negocio capitular.

Sólo es preceptiva la intervención de los otorgantes formales cuando hubieren atribuido bienes que sufran un cambio de titularidad con el nuevo régimen pactado y siempre que la transmisión de bienes se efectuara con la carga de que el anterior régimen económico se mantuviera. No es necesaria aquélla en el caso de que el donante haya impuesto normas estáticas sobre las aportaciones (por ejemplo, limitación en la facultad de disponer) porque las modificaciones del negocio capitular no le producen afección en sus derechos.

Sanciones que conlleva el incumplimiento del artículo 1.331:

a) La falta de intervención de los otorgantes materiales producirá la nulidad del negocio capitular pactado.

b) La falta de intervención de los donantes de bienes que por la modificación sufren un cambio en su titularidad dará lugar a la posibilidad de revocación de las donaciones efectuadas, pero no a la impugnación del nuevo régimen económico matrimonial pactado.

En definitiva, se trata de una obra de riguroso razonamiento jurídico y de cuidadosa y ágil redacción, de obligada lectura para el estudio de las modificaciones de las capitulaciones matrimoniales.

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ
Profesora de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de Zaragoza

PARDO NÚÑEZ, CELESTINO: *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1997. Un tomo de 192 páginas.

En la presente obra divide el autor su estudio en dos partes, clara y significativamente diferenciadas, pues, por un lado, analiza, aclara y sistematiza la eficacia de la anotación preventiva de demanda, y, por otro, regulariza, especifica y somete a un riguroso control la eficacia de la anotación preventiva de embargo.

DEMANDA

La anotación preventiva de demanda sienta una presunción irrefutable por razón de su publicidad registral y es el conocimiento del pleito en curso, por lo que impone a cualquiera de sus adquirentes de derechos en la cosa litigiosa

la carga de comparecer. La anotación se constituye en un instrumento esencial para asegurar la seriedad del proceso y la economía judicial, pues impide maniobras fraudulentas y se garantiza la preeminencia del principio de buena fe sin merma de defensa. En otro caso, el ordenamiento entiende que el causahabiente da por buena la defensa de sus derechos que realice su causante. De este modo, si media anotación de demanda, los adquirentes de derechos en la cosa litigiosa que no comparecen no sólo se ven privados del amparo de la fe registral (excepción de fe pública), sino que todos los medios de defensa en sentido amplio de que podían servirse, incluso de los que el demandado no hubiese utilizado en el proceso o hubiese renunciado.

La anotación de demanda supone la subordinación del Registro a los fines del proceso. Así las cosas, los causahabientes anteriores a la sentencia conservan contra el fallo perjudicial dictado contra el título de su causante las defensas no utilizadas por éste, además de las propias. Y por otro lado, el causahabiente que conoce el pleito que se sigue con su causante, a partir de lo que conoce pierde, si no la ejercita, la defensa que pueda tener la sentencia que le perjudica. La razón es porque el causahabiente que tolera la defensa de su causante la consiente. No puede alegar indefensión el que no intenta defenderse pudiendo hacerlo. El que desconoce el proceso anotado en el Registro público, a su negligencia debe imputarlo: le resultaría fácil saber de la existencia del pleito.

Deduca el autor de lo acabado de exponer que la anotación no priva al causahabiente que descuida su defensa únicamente de la excepción de fe pública, sino que también cualesquiera otras que le correspondiesen, tengan que ver con el título controvertido y que pudiendo utilizarlas no las haya usado.

La anotación presta una adecuada protección a todos los interesados, y como el demandante tiene derecho a la tutela efectiva, ésta supone el legítimo interés del actor; como consecuencia de esto, se ha de añadir que la anotación tutela en evitar, que el vencido pueda impedir la ejecutoriedad del fallo favorable mediante el expediente, de vender o deshacerse, antes o después de la demanda, de todo o parte de la cosa litigiosa; debe conseguirse sin merma del derecho de defensa de esos terceros adquirentes que puedan estar en buena fe.

El estudio de la eficacia de la anotación preventiva de demanda responde al hecho de que la cosa juzgada y la consiguiente preclusión del derecho de defensa frente a la sentencia vincula directamente sólo a las partes y a los causahabientes posteriores al fallo. En cambio, los terceros extraños, perjudicados en sus derechos por la sentencia, conservan todos sus medios de defensa. Los causahabientes anteriores a la sentencia son terceros y pueden, en consecuencia, discutir el fallo en un nuevo pleito.

La posibilidad de oposición cesa sólo en el caso de que el causahabiente anterior haya conocido el pleito y desprecie la posibilidad de ejercitar su propia defensa. En este caso debe entenderse que da por buena la defensa que su causante realice. Desde esta perspectiva se aprecia con facilidad la importancia práctica de la anotación de demanda. La anotación dispensa de la prueba del conocimiento del pleito por los causahabientes del demandado que puedan resultar perjudicados de derecho por la sentencia. Y el conocimiento dispensa de la notificación y la anotación de la prueba del conocimiento efectivo. Los titulares de derechos de la cosa litigiosa, cuando adquieran estos derechos a través del demandado por virtud de la anotación de demanda, se

ven forzados a comparecer instando la sucesión procesal si quieren defender su propio derecho. Comparezcan o no, las oportunidades que desde el momento de la anotación el procedimiento acaso brindase a los causahabientes para utilizar sus defensas proceduyen también para ellos, por lo que soportarán los efectos directos del fallo. La anotación de demanda consigue que la sentencia dictada contra el causante perjudique también a los adquirentes de derechos en la cosa litigiosa, de modo que estarán vinculados (solidariamente) al cumplimiento de la pretensión en el fallo.

Para llegar al estudio «del significado de la anotación de demanda» hace nuestro autor un profundo y avanzado estudio a través de las distintas posturas doctrinales: su función va más allá de eliminar los posibles obstáculos que el Registro pueda oponer al reconocimiento de los pronunciamientos del fallo judicial con el único fin de facilitar el acceso registral de la sentencia. Persigue así fines de naturaleza procesal, pues busca extender el alcance de la sentencia con el único objetivo de facilitar su ejecución. El fallo vincula no sólo al demandado, sino también a los causahabientes que pudiendo defenderse por sí mismos, en tanto en cuanto la anotación hace pública la existencia del pleito, toleraron la defensa de su causante. La protección del interés del demandante no puede conseguirse a través de la defensa de los perjudicados por su ejecución. Es el nexo entre uno y otro interés la función típica de la anotación de demanda. Con esto dicho, lo que se trata no sólo es de proteger el interés del demandante o el de los causahabientes del demandado, sino el proceso como tal. La finalidad de la anotación de demanda consiste en prestar el auxilio necesario para que el proceso civil cumpla con la composición justa del litigio al implicar en el pleito a todos los interesados.

Así como la sentencia tiene una eficacia fuerte aunque con alcance sólo *inter partes*, la anotación tiene una eficacia más débil pero con valor *erga omnes*. La anotación, en cuanto consiga implicar en el juicio a todos los que adquieran derechos en la cosa litigiosa, logra que la sentencia que se dicte sea componedora del conflicto. Hoy la anotación cobra un renovado valor en cuanto presta un inestable servicio al proceso al facilitar que los Jueces puedan cumplir con su función jurisdiccional; el Registro cumple así un papel de naturaleza ancilar.

En el capítulo II nuestro autor compatibiliza la concepción tradicional de la anotación de demanda como medida cautelar de naturaleza registral que trata de asegurar la pretensión ejercitada en el proceso y mayoritaria como medida para: a) Preservar el proceso en el Registro eliminando los obstáculos que pueda levantar la fe registral a la ejecución de la sentencia estimatoria que en su día se dicte; b) Sirve para impedir que durante el proceso se produzca en el Registro la adquisición *a non domino* por un tercero del derecho reclamado, cumpliendo así con una función de defensa; c) trata de enervar los efectos destructivos del principio de fe pública registral. La anotación cumple una función de suspensión del juego de la fe pública registral de manera relativa y opera con carácter retroactivo.

Ve nuestro autor en el capítulo III que con la anotación no se trata únicamente de proteger al demandante del peligro del Registro. Lo decisivo, añade, es lograr el acceso registral de la sentencia, y para garantizar ese acceso no basta con paralizar la fe pública. La anotación ha de forzar la cancelación de todo asiento posterior contradictorio o limitativo de sus pronunciamientos. Existe una pretensión registral para la cancelación de asientos posteriores, cualquiera que sea el origen de esa fuerza cancelatoria. La pre-

tensión de cancelación en el caso de que la demanda sea finalmente estimada, bien se funda en la misma anotación, bien en el derecho material del anotante que la sentencia reconoce.

Parte el capítulo IV de la premisa de que se cancelan los asientos de derechos posteriores a la anotación, nunca los anteriores, pues la anotación no transforma para nada el derecho del anotante. Si la anotación no está protegida por la fe registral ni concede prioridad al derecho del anotante, no hay razón que justifique el derecho del demandante aunque sea real, puesto que le falta que la protección de los principios registrales se imponga a los que se inscriben después. Podría argumentarse que los derechos inscritos después de la anotación tampoco deberían estar protegidos por el Registro, pero tampoco lo estaría el del anotante. La falta de razón que justifique que el del anotante se imponga a los demás y pueda cancelar sus asientos. No cabe en nuestro Derecho cancelar el asiento si no se acredita la extinción del Derecho.

Cuando el derecho del demandante no sea real, ninguna fuerza podrá extraer de sí mismo para cancelar asientos posteriores de derecho que sí tengan eficacia real. Así la pretensión anotada es personal, la jurisprudencia admite la anotación de las dirigidas a lograr la modificación de una situación jurídico-real.

La única finalidad de la anotación es la de asegurar la ejecución de la resolución que en su día se dicte. No está protegida por el principio de la fe pública registral. No sirve para hacer ganar prioridad material al fallo que en su día se dicte. No garantiza la prioridad material del derecho del demandante frente a cualquier otro derecho contradictorio o limitativo inscrito con posterioridad. La anotación —siempre refiriéndose a la demanda— no funda una pretensión general de cancelación. No produce efectos añadidos de Derecho Mercantil.

Como nuestros sistemas civil e hipotecario responden a un principio causal, nuestro Derecho no admite una pretensión autónoma de cancelación dirigida a la extinción del asiento. El titular registral no puede renunciar al asiento si no renuncia previamente al Derecho. La anotación no garantiza la prioridad meramente registral de la pretensión ejercitada en el caso de que sea estimada en el fallo sobre cualquier título sentado con posterioridad. La pretensión anotada no se presume legítima. La anotación de demanda no puede fundar una pretensión autónoma de cancelación de los asientos posteriores por dos razones: primera, esta pretensión no es general, y segunda, al faltarle los principios registrales carece de la fuerza necesaria para fundar la cancelación los asientos posteriores.

El capítulo V dispone que entre la anotación y el derecho ejercitado media el proceso y la sentencia, y es esta última sólo la que tiene eficacia cancelatoria, pues los asientos se cancelarán en tanto en cuanto sus declaraciones sean incompatibles con las del fallo y sus titulares vinculados a sus pronunciamientos.

La sentencia cumple con las exigencias del principio de legitimación registral, cual es que las declaraciones registrales están bajo el amparo de los Tribunales.

Para cancelar asientos se precisa destruir primero la eficacia de los títulos y exige ejecutoria que vincule a la persona a cuyo favor se ha practicado la inscripción del título que se pretende cancelar.

Es sólo el recurso a la sentencia el que permite explicar por qué no se cancelan todos sino sólo algunos de los asientos posteriores a la anotación,

son sólo aquellos asientos cuyos titulares resultan perjudicados por sentencia desfavorable.

En el proceso —mantiene el capítulo VI— los ciudadanos ejercen su derecho a la legítima defensa. Sólo las partes son las vinculadas directamente por la sentencia. Pero ¿y los terceros? Estos pueden volver a discutir las cuestiones resueltas y, en lo que pueda perjudicarles, obtener la revocación de la sentencia, reconociéndoseles, por tanto, el derecho a intentar un nuevo juicio pero no a repetir el ya concluido; en esto radica la gran salvedad.

Distingue nuestro autor en el capítulo VII entre partes y causahabientes (determinados terceros) No todos los causahabientes están vinculados por la cosa juzgada, entendiéndose así que no sean siempre cancelados los asientos posteriores a la anotación y que lo sean sólo aquellos que han perdido la defensa frente a la sentencia. Se trata de identificar quiénes son esos causahabientes. Entre éstos existen distinciones: los que alegan sobre la cosa litigiosa derechos por razón de títulos que nada tienen que ver con el demandado serán terceros extraños, y los asimilados a la parte, los que derivan su derecho en la cosa litigiosa del demandado una vez éste ha sido vencido, los que adquieren después de la sentencia. Firme la sentencia, los causahabientes que adquieren con posterioridad derechos en la cosa litigiosa no pueden alegar indefensión. Los asimilados a terceros extraños, que serán los que adquieren derechos en la cosa del que luego será demandado antes de que se entable la demanda: causahabientes del demandado no sólo anteriores a la sentencia, sino a la misma demanda. Estos son sólo materialmente causahabientes, no procesalmente. Los del demandado, que adquieren la cosa litigiosa en el curso del proceso, son causahabientes posteriores a la demanda pero anteriores a la defensa.

Dice el capítulo VIII que si en el momento de la demanda el causahabiente ha adquirido el derecho litigioso es a él al que le corresponde la legitimación para la defensa. Esta defensa debe atribuirse al que resulte directamente perjudicado por la sentencia si la demanda es estimada, y carecerá de defensa el causahabiente que adquirió cuando ya había recaído sentencia. Firme el fallo, habría decaído el derecho a la defensa y los causahabientes que adquieren su derecho con posterioridad no pueden ya alegar indefensión.

La defensa es un derecho propio de los que en el momento de la demanda sean titulares actuales de derechos en la cosa que puedan resultar perjudicados por la sentencia. No le basta al actor obtener una declaración judicial favorable contra cualquiera de los títulos pasados de la cosa litigiosa, sino que debe obtenerla contra el titular actual de la cosa o derecho controvertido, único al que el ordenamiento presume un interés principal en la defensa. El fallo para ser ejecutivo debe obtenerse frente al titular. No basta que el demandado haya sido titular, sino que es preciso que sea titular actual. No cabe que el causante intente una defensa distinta de la que interese a su causahabiente sin contradecir la propia transmisión, ni tampoco cesión de la defensa y en consecuencia de la disposición procesal del título.

Cuando son varios los causahabientes comparten el título de su causante y éste ha de respetar la defensa que de su propio título haga cualquiera de los causahabientes, pero éstos no podrán soportar la misma vinculación: cada uno conserva su derecho a una defensa independiente a falta de alguna relación jurídica que jerarquice el uso de la defensa.

La idea que preside el capítulo IX es la de que el ejercicio del derecho a la defensa se dirige al titular del derecho controvertido (art 503.2 LEC).

El capítulo X trata de resolver el escabroso tema de calificar la situación de los adquirentes de derechos en la cosa litigiosa durante el curso del proceso, es decir, tratándose de causahabientes anteriores a la defensa pero posteriores a la demanda, manteniendo el autor que lo decisivo en esta cuestión consiste en saber si el sucesor está vinculado por la defensa de su causante y, si se responde en sentido afirmativo, saber qué medios de defensa tiene. Esta defensa es facultad exclusiva del titular pasivo de la relación debatida en la demanda por evidente razón de que durante el proceso no es posible la aparición de un nuevo titular. Así las cosas, el problema surge cuando se admite la disposición válida del derecho anotado de demanda, siendo esencial la buena o mala fe del adquirente en el conocimiento o no de la existencia del pleito. Visto esto, deduce el autor de la obra que el que adquiere la cosa litigiosa conoce el pleito y no ejercita la defensa, delegándola en su transmitente.

En cuanto a las posibilidades de defensa del causahabiente, dispone el autor en el capítulo XI de la obra que carece de las oportunidades de defensa cuando realizó su adquisición y que tiene derecho a servirse de todos los medios de defensa a partir del momento de su adquisición y hasta el momento en que devenga firme la sentencia. Este derecho a la defensa únicamente impone la posibilidad de impugnar el fallo. Se consideran precluidas las oportunidades de defensa nacidas con posterioridad a la toma de conocimiento por el causahabiente de la existencia del pleito. El conocimiento permite la defensa propia a través del cauce de la sucesión procesal, y el desconocimiento no culpable la impide.

Trata el capítulo XII de la eficacia de la anotación preventiva de demanda. La anotación de demanda es una medida *cautelar* de naturaleza registral cuya *finalidad* es asegurar la utilidad del proceso entablado y de la sentencia que se dicte para el caso de que sea favorable para el demandante. Y el aseguramiento del acceso registral del fallo no es más que una consecuencia de la expansión que la anotación procura del alcance subjetivo de la sentencia.

La anotación una vez extendida agota la defensa de que dispusiese el tercero. No sólo sirve para impedir al tercero valerse de la fe registral, pues el efecto del principio de publicidad no se confunde con el de la buena fe. La publicidad afecta al tercero aunque demuestre que no conoció o tuvo oportunidad de conocer. La publicidad sienta una ficción de conocimiento y vincula a todos, con independencia de que conozcan o no y de la diligencia que hubiesen empleado para obtener el conocimiento. Así, el tercero que conoce la existencia del litigio es perjudicado directamente por la sentencia, que se vuelve ejecutoria contra él. Por ello su título será inmediatamente cancelable una vez recaída sentencia firme que declare nulo e ineficaz el de su causante, pues la anotación contribuye a facilitar el acceso registral del fallo, siendo ese aseguramiento del acceso registral del fallo una consecuencia del alcance subjetivo de la sentencia. La anotación hace al causahabiente responsable de la defensa que desde entonces realice su causante. Mantiene don CELESTINO PARDO que poco importa que dichos causahabientes inscriban o no sus títulos en el Registro, pues la anotación conserva también, en el caso de que no lo hagan, toda su utilidad. La anotación tutela el legítimo interés del actor, que consiste en impedir la ejecutoriedad del fallo favorable mediante el expediente de vender o deshacerse, antes o después de la demanda, de todo o parte de la cosa litigiosa, que debe conseguirse sin merma del derecho de defensa de esos terceros adquirentes que pueden estar en buena fe; este análisis lo realiza

nuestro autor en el capítulo XIII. Unido a esto el autor alude a que el que adquiere *antes* y no cumple con la carga de inscribir hace que la demanda contra su causante sea anotable. Y en lo que se refiere al adquirente *posterior* a la anotación, la publicidad registral presume el conocimiento efectivo.

El último capítulo, en lo que a la anotación preventiva de demanda se refiere, lo dedica nuestro autor al análisis de la ejecución registral de la sentencia, distinguiendo en dicho capítulo (el XIV) entre asientos de causahabientes del demandado que adquirieron derechos en la cosa litigiosa con posterioridad a la anotación y los que lo hicieron antes. En el caso de los primeros procede la cancelación de sus asientos una vez la sentencia deviene firme; en lo que se refiere a los segundos, su posición procesal depende exclusivamente del momento en que se haya practicado la anotación o del momento en que se haya conocido la existencia del pleito, pues según haya tenido la oportunidad de contestar, de probar o meramente de recurrir, así serán los medios de defensa que conserve.

Se rechaza la posibilidad de que títulos anteriores a la anotación puedan imponerse a la sentencia. Pero la norma no prohíbe la cancelación de los asientos de títulos anteriores, al contrario, acepta expresamente esa posibilidad, se limita a garantizar la audiencia de sus titulares.

La anotación no transforma la naturaleza del derecho ejercitado; la anotación subroga en la posición procesal del demandado únicamente al tercero que adquiere derechos en la cosa litigiosa después de la práctica del asiento, no al que adquirió antes.

Distingue el autor tres casos posible:

— La sentencia no vincula directamente ni será ejecutiva contra los terceros que no son causahabientes en ningún sentido del demandado. No procede aquí la cancelación de sus asientos.

— No perjudica al causahabiente inscrito la sentencia que no priva del dominio del inmueble a su causante sino que lo confirma.

— La demanda en ejercicio de un derecho personal a la cosa litigiosa no perjudica nunca al que con anterioridad ha adquirido su propiedad o un derecho real sobre ella.

Y por último, el autor alude a que siendo causahabiente del demandado es necesario advertir que el dato decisivo para evaluar su posición procesal será no la fecha de la demanda, sino la de la anotación.

EMBARGO

Se establece en el estudio de la anotación preventiva de embargo la diferenciación entre los artículos 1.923.4 y 1.927.2, ambos del Código Civil.

Mientras que en el artículo 1.923.4 los créditos preventivamente anotados en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias gozan de preferencia sobre los bienes anotados, pero sólo en cuanto a créditos posteriores. El artículo 1.927.2 establece que los créditos hipotecarios y refaccionarios anotados e inscritos, y los créditos preventivamente anotados por embargos, secuestros o ejecución de sentencias gozarán de preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad. El artículo 71 de la Ley Hipote-

caria, por su parte, permite explicar la aparente contradicción existente entre los dos preceptos reseñados. La enajenación o gravamen de inmuebles o derechos anotados únicamente deja de perjudicar a los acreedores a cuyo favor se ha practicado la anotación.

La preferencia que establece el artículo 1.923.4 del Código Civil únicamente operará en tanto el inmueble o derecho anotado haya sido todavía transmitido o gravado por el deudor, por lo que su valor se lo disputan sólo créditos, estén o no anotados. En cambio, el artículo 1.927.2 entrará en acción cuando el derecho anotado ha sido gravado *a fortiori* cuando fue transmitido. En este caso los créditos que no están anotados automáticamente quedan postergados a los derechos de naturaleza real por hipótesis, precisamente por razón de su naturaleza real no pueden admitir que disputen el valor de la finca o derecho embargado créditos de su causante que no estén anotados.

Idea conclusiva que resulta de lo acabado de exponer es la siguiente: la eficacia del crédito anotado si concurren al cobro sólo créditos (anotados o no) será sólo personal. Por el contrario, se volverá real si concurren derechos reales. El artículo 71 de la Ley Hipotecaria formula de esta manera una regla general para el caso de colisión del crédito anotado con derechos de realización de valor, como concreta el artículo 1.927.2 del Código Civil. En realidad el artículo 71 de la Ley Hipotecaria no se limita a autorizar la transmisión de los bienes anotados, disponiendo el mencionado precepto que los bienes anotados podrán ser enajenados o gravados sin perjuicio sólo del derecho de la persona a cuyo favor se realizó la anotación; de esta manera sólo los créditos anotados no resultan perjudicados por las enajenaciones o gravámenes de los bienes o derechos anotados, ergo todos los demás créditos si son perjudicados por su enajenación o gravamen. Es decir, si el derecho anotado ha sido enajenado en todo o en parte, o ha sido gravado contra el nuevo titular, nada pueden los créditos del antiguo propietario salvo que se hubiesen anotado con anterioridad. Así, en base al articulado del precepto *procedería aplicar* el artículo 1.923.4 mientras la cosa trabada permanezca íntegra en el patrimonio del deudor, concurriendo así créditos, importando poco si han sido anotados o no; cuál de ellos sea el mejor ha de decidirse atendiendo únicamente a su antigüedad. Y *procedería aplicar* el artículo 1.927.2 cuando la cosa haya sido transmitida o gravada en todo o en parte, de modo que el deudor no retiene la titularidad plena. El inmueble embargado no permanece en el patrimonio del deudor, derechos de naturaleza real vierten sobre la finca, de forma que todo o parte de su valor ha pasado a integrar el patrimonio de un tercero, y el conflicto con los derechos del tercero lo decidirá no la fecha de los créditos, sino la fecha de los derechos, pues el orden o rango entre los derechos reales no determina la fecha de su constitución, en su caso la de su inscripción.

El asiento de anotación proporciona eficacia real, *reipersecutoriedad* al crédito anotado, de forma que su titular subordina al nuevo propietario, *a fortiori*, a cualesquiera acreedores hipotecarios o titulares de otro derecho real únicamente el crédito anotado subsiste y puede disputar la finca a derechos de naturaleza real. El artículo 71 habla de *subsistencia del derecho* no del crédito, subsistir subsiste sólo la anotación. Son los derechos reales posteriores, subordinados en rango al anotado, por hipótesis inmunes a cualquier acción personal nacida por razón de responsabilidad del antiguo propietario o titular, los que proporcionarán prelación al derecho anotado sobre los otros créditos del deudor, es decir, si el anotado concurre con créditos, anotados o no, funciona como un mero crédito, tiene valor o efi-

cacia personal, y sólo si compite con derechos reales cobrará eficacia o valor de derecho real, pero esta eficacia real se ve limitada. Con la eficacia personal, mientras el bien embargado siga en el patrimonio del deudor y concurra con otros créditos, adquiere rango real postergado a cualquier crédito en cuanto se transmita la finca o se la grave con derechos reales, sean de uso y disfrute, sean de mera garantía. La prelación es una consecuencia indirecta de la reipersecutoriedad. La persecutoriedad es la sustancia de la anotación de embargo, que permanece sumergida cuando sólo hay acreedores personales y que emerge cuando ha aparecido un derecho real. En definitiva, la anotación se impone a todo derecho real posterior por la cifra anotada y *a fortiori* también postergará los simples créditos, sean del nuevo, sean del viejo propietario. La anotación se transforma en derecho de naturaleza sólo si alguna de las dimensiones de utilidad de la cosa es sustraída a su titular o es transmitida por éste; si en definitiva, se constituye un derecho real en la cosa trabada. La anotación funcionará como derecho real en la cosa anotada, y precisamente porque adquiere por efecto de la anotación y hasta la cantidad inscrita, sólo el acreedor que haya anotado su embargo toma rango prevalente.

Entre este orden de cosas sólo el acreedor que asienta el embargo puede sustraer al tercero que adquirió derecho sobre la finca trabada del precio obtenido por la venta judicial la cantidad anotada para aplicarla al pago de su crédito. Es el derecho al sobrante el que sustituye en el patrimonio de su titular, por subrogación, al derecho real que tenía sobre el inmueble realizado, siempre con el límite de su valor. Así, el tercer adquirente sólo admite que se le anteponga el crédito anotado y hasta la cantidad inscrita. Por el contrario, los antiguos acreedores del titular primitivo de la cosa o derecho anotado que olviden anotar su obligación sólo podrán intentar cobrar sobre el sobrante que reste después de pagar a todos los acreedores reales y siempre que la propiedad de la cosa realizada siga perteneciendo a su deudor.

La «anotación de embargo» en nuestro Derecho actual, dispone el autor, no impide la transmisión de la finca, no produce el llamado cierre registral. Doctrina y jurisprudencia afirman que el artículo 71 de la Ley Hipotecaria es de aplicación sólo a las fincas anotadas de embargo y que, en consecuencia, los bienes y derechos anotados pueden ser enajenados o gravados libremente, dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó la anotación. Nuestro estilo registral se ampara en la doctrina tradicional. La anotación de embargo no tiene el mismo valor que una hipoteca. El crédito anotado es postergado no sólo por los derechos reales adquiridos sobre el inmueble trabado antes de la práctica de la anotación, sino también por créditos ordinarios (no anotados) si su fecha es anterior a la del crédito que causó la ejecución.

En realidad no se mantiene una postura uniforme por parte de la doctrina en lo que atañe a la anotación de embargo. La opinión mayoritaria es la que sostiene que anotación de embargo no equivale a hipoteca. La anotación produce unos efectos limitados y nunca equiparables a los de la hipoteca. El crédito anotado es preferente a las hipotecas y créditos refaccionados anotados posteriores y sólo cede ante los anteriormente inscritos e, implícitamente, se antepone a cualquier crédito simple; pero esta interpretación del artículo 1.927.2 del Código Civil lo hace antinómico con el artículo 1.923.4, pues de este precepto se deduce que la anotación de embargo no goza de la prelación típica de un derecho real de garantía ni posterga a todos los créditos, sólo a

los posteriores, pues el embargante adquiere la posesión de la cosa trabada pero carece de título hipotecario. En la misma línea, el primitivo artículo 44 de la Ley Hipotecaria de 1861 y del vigente Texto Refundido de 1946, disponiendo lo siguiente: «Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros y ejecución de sentencias gozan de preferencia sobre los bienes anotados, pero únicamente sobre créditos posteriores».

El entramado mundo de la anotación de embargo engloba una compleja problemática que nuestro autor trata de aclarar a través de un tratamiento riguroso y exhaustivo de su práctica actual, haciendo un recorrido intenso por todo su tracto

En este estado de cosas, nos podemos encontrar, bien con un embargo que ha entrado al Registro con anterioridad a otros derechos que disputan al anotante su preferencia sobre la finca, bien que los derechos que se disputan la preferencia sobre la finca embargante se hubiesen sentado antes. En el primer caso, el embargo porque ha ingresado antes tendría mejor rango y su titular cobrará después, y el segundo, por haber ingresado después y como consecuencia ser posterior, tendrá peor rango. Pero ambas afirmaciones, dice nuestro autor, son aventuradas, pues añade que la anotación posterior se impondrá a la anterior si el crédito que asegura es más antiguo

Entre los antecedentes permisivos de que asientos de dominio con posterioridad a la anotación de embargo se extiendan aparece ya en la reforma hipotecaria de 1909 que preveía la existencia de asientos posteriores cuando era una hipoteca la que se ejecutaba, concretamente asientos de propiedad, usufructo o dominio útil y a cuyos terceros llamaba terceros posteriores, y a través de este entramado legal se establecía la posibilidad de que las fincas embargadas puedan ser gravadas o transmitidas y, en consecuencia, de que aparezcan terceros con derechos reales sobre fincas embargadas (terceros poseedores) Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil olvidó prever la posibilidad de que en el curso del procedimiento apareciesen terceros poseedores y que, en consecuencia, sólo desde la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 el legislador impusiese inequívocamente al Juez la obligación de contar con ellos. Fuese cual fuese el motivo, lo cierto es que al igual que en ejecutivo hipotecario los Registradores acabaron por exigir que también en el juicio ejecutivo ordinario se requiriese de pago a los terceros poseedores que resultasen de la certificación de dominio y cargas expedidas por mandato del Juez; sin embargo, a esto se unió el que la jurisprudencia de ese momento entendió necesario el que antes de proceder a la adjudicación o subasta de los bienes trabados requerir de pago, sin excepción, a todos los terceros poseedores que hubiesen surgido en el curso del juicio ejecutivo y también a los surgidos con posterioridad a la expedición de cargas; esta afirmación, sin embargo, planteaba una gran dificultad, pues extendida la anotación y expedida la certificación bastaría para que el deudor transmitente de la cosa o del derecho eso le bastase para que la ejecución se viniese abajo por falta de requerimiento al nuevo titular debido a que al no resultar tal derecho de la certificación su existencia se desconocía por el Juez. Y si el procedimiento a ejercitar fuese el sumario hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el legislador de 1909, que vio el problema, se adelantase a dar una solución: *la nota marginal*, que acredita la expedición de la certificación de dominio y cargas, serviría para dar paso a considerar notificados del curso del procedimiento hipotecario a los titulares de derechos que hubiesen ingresado en el Registro con

posterioridad. La práctica de la nota de expedición sólo es explicable por el cambio de finalidad y eficacia que sufrió la anotación de embargo. La anotación había nacido como un medio de garantizar la eficacia de los procesos judiciales frente a todo acto dispositivo posterior, imposibilitándolo. Admitida la validez de la transmisión posterior, la anotación de embargo evolucionó hasta una forma intermedia cercana a un derecho de realización de valor, de forma que la nota de expedición de certificación ocupó el lugar y recuperó el papel de la anotación de embargo. Se trata al mismo tiempo de recuperar la vieja doctrina sentada por el legislador de 1861 sobre la anotación de embargo, pues una vez practicada la anotación la disposición posterior carece de valor frente al ejecutante. Para ello se afirma que el embargo es título real. Pero esa pretendida eficacia real no puede ser la típica de la hipoteca; ya nuestra primera Ley Hipotecaria rechazó esta posibilidad el embargo —como ya hemos dicho— no equivale a una hipoteca. Se eliminaron las hipotecas judiciales. Por esta razón, es comprensible que la ejecución por vía ordinaria del derecho de hipoteca que es título real necesitare embargo, esto es, en la primera Ley Hipotecaria embargo e hipoteca son magnitudes incomparables; por eso se precisan ambos para llevar adelante el ejecutivo hipotecario. Si el embargo se limitase a ser una garantía real, nada añadiría a la hipoteca. Además, si lo que se pretende es hacer tratar de equiparar el embargo a una hipoteca, la nota marginal de expedición de cargas, también mencionada, es el fundamento de la eficacia procesal de la hipoteca, vía judicial sumario, frente a terceros adquirentes posteriores al inicio de la ejecución; y mientras no se aclare en qué consiste esa afirmada eficacia real del embargo, lo único discutible es que la anotación no impide la disposición válida del inmueble anotado. El embargo no transforma la naturaleza del crédito según doctrina repetida hasta la saciedad e ininterrumpida por el Tribunal Supremo. El embargo —mantenía la doctrina— es una resolución judicial con eficacia meramente entre las partes. El Código Civil ha privado de efecto real a la acción rescisoria. La venta postembargo es sólo rescindible ergo válida. ¿Cómo puede tratar de privarse a un poseedor con título válido de su posesión y su derecho sin su consentimiento, sin oírle y vencerle en juicio? No permiten los principios de Derecho Civil que la enajenación de un inmueble hecha con persona con capacidad legal para ello deje de producir sus efectos naturales respecto al que compra si la venta es válida; y esto no puede negarse. No permiten los principios de Derecho Hipotecario que la inscripción de una venta cuya validez presume pueda cancelarse no por nulidad del contrato ni del título, sino porque otra escritura posterior otorgada por el mismo enajenante transmita a otra persona lo que consta en el Registro que no es suyo. No permiten las leyes de procedimiento que cuando hay choque de derechos o intereses privados pueda resolverse la legitimidad del título. Todas estas dificultades se intentan superar con la notificación al tercer poseedor y sustituto reglamentario: la nota marginal de expedición de certificación de cargas. La razón de la notificación a los acreedores hipotecarios posteriores es la tutela del tercer poseedor. Cada hipoteca es causa de una venta válida que, una vez inscrita, haría imposible la ejecución de otra hipoteca, incluso de aquella que por haberse inscrito antes en el Registro tuviese mejor rango. En definitiva, la hipoteca posterior puede originar un tercer poseedor, de ahí la necesidad de notificar a su titular el ejecutivo en curso. Las hipotecas a notificar pueden ser posteriores no sólo a otra hipoteca, sino también a una anotación preventiva de embargo.

Como nada se había dispuesto respecto del juicio ejecutivo, el Tribunal Supremo entendió que la misma anotación de embargo cumplía esa función. De no ser así la anotación cerraría el Registro.

Parece que en la práctica las últimas orientaciones no han alterado sustancialmente las viejas prácticas salvo en un matiz: los Registradores no suelen paralizar la cancelación de asientos posteriores por el solo hecho de que los títulos que los hayan causado tengan fecha anterior al que motivó el embargo o, en su caso (derechos reales), a éste mismo.

Ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en nuestras leyes hipotecarias del siglo XIX existe precepto alguno que haga referencia expresa y clara de asientos, ni siquiera de hipotecas posteriores a una anotación de embargo, no cierto, sin embargo, fue que la jurisprudencia acabó por admitir esta posibilidad, ya que entendió que el precepto que exigía notificar a los posteriores acreedores hipotecarios era de aplicación también al ejecutivo ordinario, pues existía una práctica registral que toleraba la extensión de asientos con posterioridad al de anotación de embargo y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no hizo más que sancionar esa interpretación de la Ley Procesal, la que sostenía que la anotación no cerraba el Registro. De este modo, debido a que el Tribunal Supremo entendió que podían existir hipotecas posteriores a la anotación, se vio obligado a exigir que también en el ejecutivo de un crédito ordinario los acreedores hipotecarios posteriores al anotante de embargo fuesen notificados para que interviniesen en el avalúo y subasta de los bienes no hipotecarios. Se acabó admitiendo la posibilidad no de que se inscribiesen hipotecas con posterioridad a otra hipoteca, sino también a una anotación de embargo, situación que la Ley no contemplaba expresamente. Sin embargo, tal doctrina imponía dos límites: 1) practicada la nota de expedición de cargas en el Registro, los asientos posteriores, aunque sean de hipoteca, no es necesario que sean notificados, y 2) puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil mencionaba sólo a los acreedores hipotecarios y nunca fue modificada, la jurisprudencia entendió que era obligatorio notificar a éstos, pero no a los titulares de anotaciones posteriores. En el ejecutivo ordinario nada importaba al Juez y al ejecutante que existiesen anotaciones posteriores: la Ley no obligaba llamar a sus titulares a juicio para que interviniesen en la tasación y subasta del derecho trabado, discriminación hoy superada.

La anotación de embargo nunca prevalece frente a la enajenación o gravamen real de fecha anterior aunque acceda con posterioridad al Registro siempre que efectivamente se inscriba antes que la adjudicación judicial.

Los titulares de asientos de propiedad, usufructo, dominio directo o útil o equivalentes con títulos otorgados antes, pero inscritos después de haberse extendido la anotación de embargo, no son terceros poseedores de la misma clase que los demás. Y si los títulos de propiedad son de fecha anterior a la anotación, ésta nunca les perjudica siempre que el que lo aplica se atenga a la doctrina que sienta el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, es decir, que dispone que la anotación de embargo no perjudica a las enajenaciones o gravámenes anteriores, háyanse o no inscrito. No sirve ante esto alegar el artículo 1.927.2 del Código Civil: si este precepto manda atenerse a la fecha del asiento para decidir la preferencia entre anotaciones de embargo, de crédito refaccionario e hipotecas es porque todos son derechos de constitución registral. Los derechos reales de constitución extrarregistral no se someten a este régimen y la fecha que cuenta es la de su constitución con anterioridad a la fecha de la anotación, imponiéndose siempre. Esta interpretación del

artículo 71 de la Ley Hipotecaria produce una excepción, que es que el anotante no está protegido por el Registro frente al propietario con título anterior, que no inscribe, de esta manera, títulos de dominio o derechos reales no inscritos perjudicarán a tercero inscrito: el anotante. Y si el procedimiento ejecutivo llega a término sin que el adquirente inscriba su título, pierde éste su derecho. Si el rematante se adelanta a inscribir la adjudicación judicial, en caso de doble venta será mejor la que primero accede a los libros. Al propietario no inscrito o que inscribe después de la anotación le desprecupan las anotaciones de embargo, pero no aquellas anotaciones que puedan convertirse en inscripciones (*ex art. 71 LH*). No cabe duda que si hubiese conversión caerían todos los asientos posteriores a la anotación, que se convierte en inscripción definitiva. A los asientos del Registro les preside el principio de salvaguardia judicial en el sentido de que para obtener la cancelación de la anotación se precisa mandato del Juez competente. Así, el que adquiere la finca antes de la anotación e inscribe después no puede servirse de la tercería registral, pues sería, al decir de LA RICA, una tercería registral contra el Registro, pues defendería no la fecha de los asientos, sino la de los títulos. Y al decir de RAMOS FOLQUÉS, la anotación de embargo se impondrá a todo grave-men que su titular haya realizado, incluso de fecha anterior a la anotación del embargo si ingresase con posterioridad en el Registro.

La preferencia en el proceso de ejecución la protege la tercería de mejor derecho. Antes de la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 la venta judicial era una. La finca surgía imaculada de la ejecución y la tercería de mejor derecho sólo decidía una mera preferencia de cobro sobre el precio de subasta: el remanente no hacía descuento o retención del precio de subasta y ninguna carga subsistía a la ejecución. La situación cambió desde la reforma hipotecaria de 1909, pues el proceso de ejecución pasa a regirse por el principio de subsistencia de cargas preferentes. Son posibles tantas ejecuciones cuantas cargas subsistan a la que se está ejecutando (anterior o preferente).

Sale ahora a colación el tema de la preferencia en el sentido de ver las inscripciones de derechos de garantía posteriores que aseguran créditos de fecha anterior al que se está ejecutando. Según el artículo 1.923.4 del Código Civil, son preferentes los asientos posteriores a la anotación y que aseguran créditos anteriores al que se ejecuta, es decir, que garantías constituidas con posterioridad al embargo que se ejecuta subsisten si se aseguran créditos anteriores al que se ejecuta, residiendo entre este entramado el principio de la subsistencia; sin embargo, nos encontramos ante una cuestión que suscita múltiples dudas e interrogantes muy difícilmente contestables.

En otro orden de cosas y en lo que al tema de que los derechos que conviven con el embargo se refiere, es decir, el problema surge en aquellos supuestos en que los derechos que compiten con el embargo anotado sea de naturaleza real, es decir, cuando los derechos que se dejan de inscribir sea el de propiedad o derechos de uso y disfrute, que reciben el nombre de cargas intrínsecas. Ante estas premisas hemos de decir que la anotación perjudica a tercero sólo en la medida que el deudor sea dueño del derecho embargado. El que embarga finca que no pertenece al deudor nunca podrá hacer valer su prioridad registral frente a propietario que adquirió antes, aunque inscriba después o deje de hacerlo. Además la anotación no convalida la falta de dominio del titular registral, al contrario que la inscripción de hipoteca, por lo que se impondrá a ésta aunque su asiento sea posterior. Las presunciones registrales no operan a favor del demandante. El asiento registral no le defien-

de frente a derechos reales no inscritos si su fecha es anterior a la anotación. Su rango registral opera únicamente contra aquellos derechos que siendo o no de constitución registral nacen con posterioridad a la anotación. Dicha anotación sólo perjudica al propietario real en la medida en que el asiento de la propiedad del embargado sea exacto, así la anotación no puede trasmutar en beneficio del embargante la realidad material en perjuicio de propietarios o titulares de derechos reales aunque dejen de inscribir derechos. Esta alusión al rango registral hace que veamos que el deudor es efectivo propietario y los derechos con los que compete el embargo son derechos de constitución registral. La anotación así sólo perjudica al propietario real en la medida en que el asiento de la propiedad embargada sea el adecuado, pues mantiene nuestro autor que la anotación no puede trasmutar en beneficio del embargante la realidad material en perjuicio de propietarios o titulares de derechos reales aunque dejen de inscribir sus derechos.

Las ideas que nos preceden son las que presiden los capítulos I-IV de la obra atinentes a la anotación preventiva de embargo.

Nuestro autor mantiene en el capítulo V la trayectoria por la que ha viajado el «embargo»; de esta manera, en las Partidas el embargo implicaba una ocupación o toma de posesión del bien, aprovechando a ejecutante y a acreedores; este es el efecto llamado *pignus pretorium*. En este momento los derechos reales constituidos con posterioridad sobre la finca embargada eran inoponibles a cualquier crédito anterior al embargo.

Esta misma línea se mantuvo en el primera Ley Hipotecaria (art. 44) y artículo 1.923.4 del Código Civil. Sin embargo, y con anterioridad a la promulgación de la Ley Hipotecaria, el acto esencial del embargo fue su asentamiento en los libros registrales (y no ya la ocupación posesoria). Surge así la validez de disposición de derecho embargado favoreciendo sólo al anotante, pues la cosa trabada se vincula al crédito del ejecutante hasta la cantidad sentada en los libros, aprovechando sólo al acreedor que la obtenía. De esta manera la anotación de embargo tendió a aproximarse a los derechos de realización de valor. Son dos ahora los principales matices que rodean el embargo. 1) la ausencia del *pignus pretorium*, y 2) la protección que da únicamente al ejecutante.

Si antes el interés protegido por la acción real que el embargo confería era el de todos los acreedores anteriores a la traba, no sólo el del embargante, los adquirentes posteriores de derechos en la cosa embargada eran meros detentadores con un derecho de crédito contra el deudor para la devolución del precio que hubiesen pagado; cuando con la promulgación del Código Civil la acción rescisoria deja de ser real, será el adquirente el que gozará de la protección de una acción real: la reivindicatoria o la que le corresponda por razón del derecho que hubiese adquirido. Por el contrario, los acreedores anteriores al embargo serán ahora los que pasarán a estar protegidos por una mera acción personal (la nueva rescisoria), operativa contra el adquirente del inmueble trabado sólo si demuestran que no pueden cobrar de otro modo lo que se les debe. Por tanto, después de la promulgación del Código Civil, una vez transmitido o gravado por el deudor el inmueble trabado, el embargo por virtud de la anotación toma rango real. Y el crédito anotado resulta condicionado en su efectividad a que un tercero adquiera derechos reales en la cosa embargada.

En el capítulo VI suscita el autor el especial problema de si la venta judicial transforma la anotación en un verdadero derecho real, igual que cual-

quier otra enajenación o gravamen Para poder responder a este interrogante que se suscita hemos de adentrarnos en la profundidad que el mismo conlleva: en este caso el acreedor hipotecario posterior puede hacer valer contra el anotante la preferencia por razón de su crédito y ello, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.923.4 del Código Civil, hace valer la fecha de su crédito y no su carácter de derecho real. Puede darse una situación dudosa en este orden de cosas, situación que se circunscribe a preguntarnos si el crédito hipotecario posterior de mejor fecha subsiste y en consecuencia perjudica al adjudicatario. El acreedor hipotecario con crédito anterior al que causa el embargo sabe que el rematante en subasta recibe la finca no sólo gravada con las cargas anteriores, sino con las preferentes, y preferente es su crédito atendiendo a la fecha de los títulos (art. 1.923.4, citado). La subsistencia de las cargas reales cuando el crédito en ejecución sólo está garantizado por una anotación de embargo sólo cuenta la fecha de los créditos que aseguran, lo decisivo es la fecha del crédito que la hipoteca asegura. Nunca puede proceder la purga de la hipoteca si el crédito que garantiza la misma es anterior al que causó el embargo. El adjudicatario no es tercero, sino deudor. La venta judicial no es equiparable a la común o extrajudicial; por imperativo legal el rematante o adjudicatario debe subrogarse en las deudas que garantizan las cargas que subsistan, y subsisten las preferentes.

Precisamente el capítulo VII lo dedica nuestro autor a desentramar el concepto que se da a la subsistencia de los créditos preferentes. En realidad, sólo el rango (real) confiere la condición de carga; la cualidad o rango determina la subsistencia del derecho o, al contrario, justifica su purga. La subsistencia no decide la fecha o naturaleza de los créditos que las cargas puedan asegurar; no obstante, esta afirmación se somete a un planteamiento más profundo, pues no siempre esto ha sido así. El embargo anotado no es por naturaleza una carga real. El adquirente del derecho embargado no adquiere sólo la propiedad de la finca trabada, sino que asume también el pago de los créditos garantizados con las cargas que gravan la finca. El adjudicatario es propietario y deudor, y por efecto de la subrogación judicial el adjudicatario se vuelve deudor de los créditos que las cargas que gravan la finca o derecho embargado garantizan. En consecuencia, porque el rematante por efecto de la subrogación se vuelve deudor, la preferencia entre cargas, de la que depende la subsistencia, la decidirá no la fecha de los asientos, sino la fecha de los títulos que las obligaciones garantizan. Al igual que en el antiguo sistema de purga, en el nuevo sistema de subsistencia el deudor debe quedar liberado de toda responsabilidad por razón de créditos si su montante es cubierto por el valor de las cosas subastadas.

La subrogación judicial es un instrumento pensado para liberar al primitivo deudor de la obligación de pago de las cargas que subsisten, pero no para decidir qué cargas subsisten y cuáles no. Se cuestiona nuestro autor cuál de las dos (subsistencia/subrogación) ocupa el primer lugar. A esta pregunta contesta diciendo que el adjudicatario no se subroga en todos los créditos del deudor, sino en aquellos que, garantizados con derechos de eficacia real, subsisten por ser reales frente al rematante que inscribe. Y subsisten si les corresponde con arreglo al orden que determina la prioridad (real) material en los casos de derechos de constitución extrarregistral o la registral de los asientos.

Analiza el capítulo VIII la diferencia que existe entre derechos reales y derechos de crédito. Los derechos reales son tales porque en principio siguen,

mientras no se extingan, a la cosa que gravan, cualquiera que sea su nuevo propietario. No resultan afectados por el cambio de titular y en este aspecto puede decirse que subsisten. Esta nota de reipersecutoriedad falta a los derechos de crédito, que si bien pueden gozar de preferencias de cobro sobre derechos o bienes concretos, será siempre entretanto esos bienes o derechos no salgan del patrimonio del deudor.

A los derechos reales de constitución registral la reipersecutoriedad, la subsistencia, se las concede el asiento y opera desde la fecha de éste. A los de constitución extrarregistral, la escritura o posesión también desde la fecha del título o la entrega. La preferencia, por el contrario, porque tiene naturaleza personal está protegida por una acción personal ligada a la fecha de nacimiento del derecho personal.

El capítulo IX defiende que las anotaciones de embargo son cargas reales una vez que la finca o derecho trabado ha sido transmitido o gravado a favor de un tercero, pero también acepta que mientras no existen más que anotaciones éstas carecen de eficacia real y operan como meros créditos, no teniendo todavía valor de cargas reales. Precisamente porque las anotaciones por sí solas, hasta tanto no aparezca un derecho real, no son todavía gravámenes de naturaleza real y carecen en consecuencia todavía del derecho a la subsistencia.

En base a esto el anotante, preferente por su título pero posterior por su asiento, que se adelanta en la reclamación judicial perdería inevitablemente la preferencia de que goza por razón de su título y justamente cuando quiere ejercitarla, esto es, porque inicia, y cuando culmina el juicio ejecutivo. La razón es que al rematante, como propietario, sólo le perjudican los créditos anotados y con arreglo a la fecha de los asientos y no de los títulos que los causaron.

El ejecutante, anotante posterior pero preferente, no podría ejercitar la tercería de mejor derecho porque no es tercero sino ejecutante: no cabe una tercería contra sí mismo ni contra un tercer acreedor. La tercería es el medio con el que cuenta el tercer acreedor para hacer valer su preferencia contra el ejecutante.

Nuestro Tribunal Supremo entiende que la adjudicación de la finca embargada a un anotante en pago del crédito que reclama perjudica a anotantes anteriores si la fecha de sus créditos fuese posterior. Y la ineficacia de la anotación anterior frente a la posterior por crédito preferente en ejecución conduce a la necesidad de un declarativo para consumar la postergación.

El capítulo X mantiene que en nuestro Derecho tradicional las cargas reales que acaso gravan el inmueble del deudor objeto de realización judicial no sobrevivían a la subasta, de modo que el rematante adquiría la finca libre de todo tipo de gravámenes. El régimen general, por lo que a derechos reales respecta, era precisamente el opuesto al que imponía la purga, pues los derechos de naturaleza real, aunque se transmita la cosa gravada, subsisten al contrario que los derechos de naturaleza obligacional. Parecía negarse a la hipoteca naturaleza real y reconocerle sólo valor de simple privilegio. El derecho a la subsistencia se transformaría por efecto de la enajenación judicial en una simple preferencia el rango real en la forma de prelación personal; sin embargo, la purga nunca hizo de la garantía real un privilegio. Las cosas se condujeron hacia otro camino, la hipoteca y en general las garantías reales no se confundieron con la purga, con los simples créditos privilegiados. Así las cosas, el acreedor hipotecario que conoce y consiente la transmisión judicial

pierde la reipersecutoriedad de su derecho, éste es el fundamento de la «purga judicial». Incorporado a nuestro ordenamiento el principio de subsistencia, se siguió manteniendo la carga de notificar a los acreedores posteriores, por razón de que las cargas posteriores serán ahora las únicas que resultarán purgadas. Concluye el capítulo X refiriéndose al tema de las cargas reales mal purgadas, de las que dice que sobreviven a su cancelación y perjudican al tercer adquirente, y que, por el contrario, la preferencia con valor meramente obligacional que pueden tener los simples créditos y que protege en la ejecución la tercería de mejor derecho no alcanza nunca a perjudicar al tercero rematante que adquiere la finca ejecutada.

La diferencia entre rango y preferencia subyace en el capítulo XI. La vinculación real se materializa en una especie de preferencia excluyente y desplaza a cualquier crédito. Los derechos reales sujetan directamente la finca que gravan, separan la cosa del patrimonio del deudor hasta la altura del gravamen, de modo que no toleran ni permiten que meros acreedores personales les disputen ese valor ni concurran a su reparto; en esto consiste la sustancia de la afección de naturaleza real. Y las garantías (reales), caso de ser purgadas, nunca concurren al reparto del precio obtenido en subasta en las mismas condiciones que lo hacen los derechos de crédito.

No cabe ejecutar créditos comunes sin tomar las cautelas precisas para salvaguardar el derecho de los hipotecarios, camino éste por el que se consiguen resultados equiparables a los de la acumulación, pero sin necesidad de que el acreedor hipotecario la pida, ni siquiera de que inste la ejecución. La garantía de cobro de su valor es tutelada por la certificación registral, que a estos efectos tiene en el proceso de ejecución el mismo valor que una ejecución.

El capítulo XII y último que nuestro autor dedica a la anotación preventiva de embargo hace alusión a la notificación del juicio ejecutivo a los anotantes del embargo. En torno a este tema el Derecho tradicional no estimaba en absoluto necesario la mencionada notificación individual de los acreedores (reales) posteriores para proteger su derecho al posible sobrante y, por tanto, su protección la dispensaba la subasta. La Ley de Enjuiciamiento Civil dispuso de notificar a los acreedores (reales) anteriores y obligó a notificar a los posteriores, salvo que fuesen anotantes. Se suprimió la necesidad de notificar la existencia del procedimiento a los acreedores (reales) anteriores porque el legislador adoptó mecanismos alternativos que aseguraron su derecho, como son: 1) la incorporación de la certificación registral de las cargas que gravasen las fincas, y 2) condicionó la purga de los acreedores anteriores al pago total de su crédito. Por lo que se refiere a los acreedores hipotecarios posteriores, exigió que se les notificase el procedimiento para que intervinieran en las diligencias de tasación y subasta, pero sólo con el fin de conseguirles hacerles parte en el proceso. Así se comprende la no exigencia de notificación a los titulares de las anotaciones de embargo; el consentimiento de los titulares de anotaciones posteriores nada cuenta; la disposición de la anotación está en manos del Juez que la ordene, no de ningún titular registral.

Pero toda esta polémica ha perdido su sentido después de la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fruto de la cual es que cualquiera que sea la naturaleza de los derechos sentados con posterioridad al del que ejecuta el legislador exige que se comuniquen a los titulares de todos los asientos la existencia del procedimiento en curso para que puedan éstos participar en el avalúo y subasta de bienes.

En realidad, los resultados a que hemos llegado siguiendo nuestro planteamiento podemos resumirlos en una regla o fórmula que se desenvuelve en una doble conclusión:

— La preferencia de los créditos por sus fechas, que dispone el artículo 1.923.4 del Código Civil, *sólo es viable* cuando la cosa o derecho embargado está íntegramente en el patrimonio del deudor y, por tanto, no se han constituido todavía derechos reales sobre ella: sólo concurren meros créditos, anotados o no

— El artículo 1.927.2 *entra sólo cuando* un tercero adquiere un derecho real sobre el inmueble; también el de hipoteca, por supuesto, o la titularidad de la cosa o alguna de sus dimensiones de utilidad ha pasado del (deudor) propietario a un tercero. Este último sólo consiente que se le antepongan sobre la cosa o su valor de realización créditos de su causante anotados con anterioridad: los únicos que ha de soportar según el artículo 71 de la Ley Hipotecaria. En resumen, reclamará para sí todo sobrante de valor de la cosa o derecho transmitido una vez pagado el derecho anotado, y en consecuencia aparta, dada la naturaleza real de su derecho, a cualquier otro acreedor de su primitivo titular.

Los ámbitos de los artículos 1.923.4 y 1.927.2 del Código Civil sin diferencias y en consecuencia no se ocupan de la misma cuestión el artículo 71 de la Ley Hipotecaria vendría a ser así el eslabón perdido entre ellos. El artículo 71 de la Ley formularía así una regla general que para el caso de colisión con otros derechos de realización de valor concreta el artículo 1.927.2 del Código Civil. Mantiene el autor que la negativa jurisprudencial a la conversión de la anotación de embargo en inscripción, una vez se produzca la transmisión judicial, contribuyó también a aproximar sus efectos a los de la hipoteca. El embargante carece de título que fundamente la conversión, puesto que la providencia de embargo ni el crédito que se ejecuta atribuyen una pretensión a la cosa trabada, al contrario de lo que pasa en el caso de la anotación de demanda.

ISABEL MORATILLA GALÁN

LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil. Tomo VI. Derecho de Familia*, Editorial Trivium Madrid, 1997. Un tomo de 431 páginas.

En el ámbito del Derecho privado estamos asistiendo actualmente, por mor de la distinta panorámica social que nos rodea, a la mutación de varias instituciones que siempre aparecieron como intangibles. Así, si la propiedad ya no es la del artículo 348 del Código Civil, sino otra muy distinta delimitada por normas urbanísticas, agrarias y de otros tipos, la familia ha sido aún más afectada y no es la casi patriarcal que se contemplaba en dicho Código hasta hace muy poco, sino más bien otra figura presidida por concepciones éticas y jurídicas muy diferentes.

Tal nos lo resalta el autor del libro que presentamos, Carlos Lasarte, catedrático y director del Departamento de Derecho Civil de la UNED, consejero y asiduo colaborador de esta Revista, en la que venimos dando noticia de sus publicaciones

Con este tomo, el sexto de la serie, va cumpliendo el plan propuesto de ofrecernos completo este tratado del Derecho civil español actual; ya sólo le falta la parte de sucesiones, que nos anuncia para enero de 1998 y así será si sigue tan puntual como hasta ahora.

El autor, como decíamos, ya nos advierte en los comienzos del libro que de los diversos sectores del Derecho civil, es la familia la que se ha visto sometida a las reformas más profundas en los tiempos recientes. Los criterios que presidieron su regulación en el Código Civil, que podían resumirse en su consideración patriarcal, autoridad prevalente del marido y la distinción clara entre hijos legítimos e ilegítimos, han variado sustancialmente a tenor de las nuevas concepciones sociológicas de los tiempos actuales.

El profesor Lasarte considera que estas tendencias, que se han reflejado en la Constitución en el sentido de establecer la igualdad del marido y la mujer en el matrimonio y la equiparación de los derechos de los hijos de cualquier clase, autorizando además la investigación de la paternidad, han dado lugar a importantes reformas legislativas en la regulación de la familia.

En efecto, son varias las leyes que se han promulgado para reformar tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil en el ámbito familiar y cuyo sentido y contenido se recogen en este libro con amplia exposición de la materia. Siguiendo estas pautas legales, el profesor Lasarte construye su estudio con las mismas características a las seguidas en los tomos anteriores y que apuntamos en otra ocasión. En principio, el libro tiene una tendencia didáctica encaminada a servir de guía a los estudiantes, por lo que se notan unas directrices iniciales de presentar el Derecho positivo y comentarlo con la mayor claridad posible; pero no olvida la necesaria construcción teórica que sirva de base para una mejor comprensión de las instituciones estudiadas. Y para los más estudiosos, para los interesados en ahondar en cuestiones concretas, se ofrece en el libro, al comienzo de cada capítulo, una completísima bibliografía que proporciona una orientación muy valiosa.

La sistemática del libro sigue las líneas clásicas de los tratados al exponer las diversas partes que integran el Derecho de familia, empezando por estudiar, en la parte primera, sus caracteres y la naturaleza de sus normas, destacando su sentido ético, que el autor plasma en el conocido dicho de que cuando la familia funciona bien no hace falta el Derecho y éste sólo tiene que actuar cuando esa familia se descompone.

En la parte segunda se estudia el matrimonio como núcleo central y originador de la familia, señalando sus supuestos básicos de bisexual, monogamia, comunidad de vida, estabilidad y solemnidad; estudiando también las diversas tesis sobre su naturaleza y los sistemas matrimoniales, con la natural referencia más amplia al sistema español actual. Sigue esta parte con la celebración del matrimonio, analizando sus requisitos, las prohibiciones o impedimentos y su dispensa y las formas posibles de celebrarlo, con la publicidad mediante el Registro Civil.

Una vez celebrado el matrimonio, se originan relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges como consecuencia de su vida en común. En el libro se detallan los conocidos deberes de fidelidad, atención familiar y el respeto y ayuda mutuos; también estudia el autor las cuestiones del domicilio, la nacionalidad y vecindad, la capacidad de los cónyuges y la posibilidad de contratar entre ellos, que, como es sabido, son materias estas últimas que han sido objeto de importantes modificaciones.

La parte tercera del libro se dedica a las crisis matrimoniales en sus posibles enfoques de nulidad, separación y divorcio. Aquí sí que adquiere importancia el Derecho y hay que acudir a las normas que diriman las divergencias que en estos casos se producen inevitablemente. La regulación actual, no hace falta decirlo, es totalmente distinta a la precedente. El libro recoge y comenta la normativa sobre la nulidad del matrimonio y las causas que la producen, así como los efectos del matrimonio putativo, especialmente respecto de los hijos. La separación es un estadio previo, intermedio, que casi siempre desemboca en el divorcio, aunque deja abierta la puerta a la reconciliación; se estudian sus causas y efectos. Por último, el divorcio, cuya regulación provocó un profundo debate social, se estudia en su nueva normativa y a ella se atiene el autor haciendo antes una reseña de sus avatares históricos, para pasar después a su regulación actual en cuanto a sus causas y efectos. Como final o complemento de esta parte tercera se estudian los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, empezando por las medidas provisionales de la demanda para acabar por las medidas o efectos definitivos que se fijan en la sentencia; por medio quedan las importantes cuestiones que se plantean en lo personal y lo patrimonial que ya se han encauzado en el previo convenio regulador y que suelen centrarse fundamentalmente en la custodia de los hijos y las pensiones, viveros casi seguros de pleitos y contiendas.

En la parte cuarta el libro contempla el régimen económico matrimonial, materia en la que las variaciones del sistema clásico no han sido tan llamativas como en los aspectos personales. No obstante, no dejan de tener importancia las modificaciones sobre la adquisición y administración de bienes, la posibilidad de contratar los cónyuges entre sí y la nueva figura del régimen de participación, esta última de escasa o nula aplicación práctica, según nuestras noticias. Se estudian detalladamente, como es natural, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio y la sociedad de gananciales, que es nuestro régimen normal, desde su constitución a su disolución.

La parte quinta engloba el parentesco y la filiación. Si en la primera se mantiene la regulación clásica del Código, en materia de filiación las modificaciones son más importantes, derivadas, como dijimos, del principio de igualdad de los hijos establecido por la Constitución, así como de la posibilidad de investigar la paternidad. Las leyes que al efecto se han promulgado para reformar el Código suponen unas variaciones fundamentales que el autor recoge en los capítulos que dedica a las acciones y la determinación de la filiación, recogiendo además la novedosa cuestión de la reproducción asistida en sus diversos supuestos. Como cuestiones anejas que se pueden englobar en las relaciones paterno-filiales, se estudian la patria potestad y la adopción, con importantes retoques que actualizan estas figuras, y, por último, como tema ya más genérico, el de los alimentos entre parientes, que no tiene variaciones.

La parte sexta, con la que finaliza este tomo, se refiere a la tutela y las instituciones tutelares, según la regulación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que ha modificado profundamente la redacción originaria del Código, y que viene a apartar el antiguo sistema familiar para sustituirlo por la tutela de tinte judicial, admitiendo la patria potestad prorrogada cuando el incapacitado alcanza la mayoría de edad; también se regula, y en el libro se estudia, la situación de la guarda y acogimiento de menores, con unos tintes marcadamente administrativos.

Con este apretado resumen hemos querido recoger el contenido de este nuevo libro en el cual el autor ha sabido presentar de modo completo y certero la normativa que rige las familias españolas, tras las recientes reformas motivadas por el mandato constitucional.

Ahora, a esperar que con el anunciado tomo de sucesiones se termine esta obra, que ha de constituir un completo tratado de Derecho civil; para entonces podremos dar al autor la enhorabuena definitiva, que ahora vamos dándole por etapas, una vez más. Animo y a por ello.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 634-635 (Julio-Agosto 1997)

«Una visión antidogmática de la sentencia», por ANGEL MARTÍNEZ DEL BURGO Y MARCHÁN, pág. 8591

SUMARIO. I. LA SENTENCIA.—II. ELABORACION DE LA SENTENCIA.—III. EL FORMALISMO EN LA SENTENCIA.—IV. NATURALEZA DE LA SENTENCIA.

«La excepción de la cosa juzgada en el proceso laboral», por PABLO CACHÓN VILLAR, pág. 8607.

SUMARIO: I. INDICACIONES PREVIAS SOBRE LA COSA JUZGADA: 1 LA COSA JUZGADA FORMAL 2. LA COSA JUZGADA MATERIAL: 2.1. *Concepto*. 2.2. *Funciones excluyente y prejudicial de la cosa juzgada*. 2.3 *Las sentencias que producen el efecto de cosa juzgada*. 2.4. *Delimitación subjetiva de la cosa juzgada*. 2.5. *Delimitación objetiva de la cosa juzgada*. 2.6 *Teorías sobre la naturaleza jurídica de la cosa juzgada*.—II LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO LABORAL: 1 EL ALCANCE SUBJETIVO DE LA COSA JUZGADA EN LOS PROCESOS DE CONFLICTO COLECTIVO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.ª, DE 13 DE OCTUBRE DE 1995) 2. LA ALEGACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA POR EL INSS EN PROCESO JUDICIAL SOBRE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL (DETERMINACIÓN DE BASE REGULADORA DE PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA) (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.ª, DE 19 DE MAYO DE 1992). 3. EL ÁMBITO DE LA COSA JUZGADA EN RELACIÓN CON LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS NO INCORPORADAS EXPLÍCITAMENTE A LA PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA, RECLAMACIÓN DE SALARIOS CONTRA GRUPO DE EMPRESAS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.ª, DE 29 DE MAYO DE 1995). 4. OTRAS NOTAS RELATIVAS A LA COSA JUZGADA MATERIAL, EN ESPECIAL EN EL PROCESO LABORAL: 4.1. *Supuesto de tramitación simultánea de procesos de conflicto colectivo y de procesos individuales sobre el mismo objeto. suspensión de los procesos individuales*. 4.2. *Sentencia no resolutoria del tema de fondo*.

«Constitución y Justicia constitucional», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 8711.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2 CONCEPTO CLASICO DE CONSTITUCION Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCION ORDINA-

RIA.—3. LA IMPOSIBILIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD BAJO LA SOBERANIA PARLAMENTARIA.—4. LAS DIFICULTADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO UNITARIO DE SOBERANIA NACIONAL Y EL CONTROL NO JURISDICCIONAL.—5. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRATICO: LOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CONCENTRADA (EL CASO ESPAÑOL).

«El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital», por EDUARDO POLO, pág. 9119.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. NUEVA REFORMA DE LA SOCIEDAD ANONIMA (TIT. I, CAP IV): 1. SUPRESIÓN DE LA DELEGACIÓN ESTATUTARIA OBLIGATORIA DE FACULTADES (ARTS. 124.1 Y 2 Y 185.1 Y 3). 2. ATRIBUCIÓN SUBJETIVA DE LA REPRESENTACIÓN E INDEROGABILIDAD DE LA REPRESENTACIÓN *EX LEGE* DEL CONSEJO [ARTS. 124.2.d) Y 185.3.d)]. 3. LA NO INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA ENUMERACIÓN DE FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES (ARTS. 124.4 Y 185.6). 4. SUPRESIÓN DE LA EXIGENCIA ESTATUTARIA RELATIVA AL FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO (ART. 124.4). 5. ACEPTACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES Y TÍTULO INSCRIBIBLE (ARTS. 141 Y 142). 6. NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR, PERSONA JURÍDICA (ART. 143). 7. PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL CARGO (ART. 144). 8. CADUCIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR (ART. 145). 9. EXCLUSIÓN DE LA CONTINUIDAD DE LOS CARGOS DELEGADOS (ART. 146). 10. ADMINISTRADORES SUPLENTE (ART. 147). 11. INSCRIPCIÓN DE LA DELEGACIÓN DE FACULTADES (ART. 149).—III. EL NUEVO REGIMEN DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (TIT. II, CAP. V). 1. LIMITACIÓN EN LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE VOTO (ART. 184.2). 2. JUNTA GENERAL Y PROHIBICIÓN DE LA PREVISIÓN ESTATUTARIA DE LA SEGUNDA CONVOCATORIA (ART. 186.2). 3. ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN (ART. 185). 4. NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES E INSCRIPCIÓN: REITERACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA Y REMISIÓN AL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA (ARTS. 191 Y 192). 5. PARTICULARIDADES DEL ACTA NOTARIAL (ART. 194).—IV. MODIFICACIONES APLICABLES A LAS SOCIEDADES EN GENERAL (TIT. II, CAP. III): 1. APROBACIÓN DE LAS ACTAS (ART. 99). 2. EL VOTO POR CORREO (ART. 100). 3. ELEVACIÓN A PÚBLICO Y FACULTAD DE CERTIFICAR LOS ACUERDOS SOCIALES (ARTS. 108 Y 109). 4. CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR PERSONA NO INSCRITA (ART. 111). 5. CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN (ART. 112).

«Aproximación al Reglamento del Consejo de Administración como norma de organización. El Reglamento del Consejo de Administración de Telefónica España, S. A.», por JOSÉ R. SALELLES, pág. 9143.

SUMARIO: INTRODUCCION.—TÍTULO PRELIMINAR: FINALIDAD, INTERPRETACION Y MODIFICACION DEL REGLAMENTO.—TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE EL CONSEJO DE ADMINISTRACION.—TÍTULO II: ESTATUTO DEL CONSEJERO.—TÍTULO III: ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION. EL PRESIDENTE Y EL SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION LAS COMISIONES DEL CONSEJO.

«La *Green shoe option* y el Derecho español», por FERNANDO TORRENTE Y GARCÍA DE LA MATA, pág. 9143

SUMARIO: A) CONCEPTO.—B) FINALIDAD.—C) UBICACION EN NUESTRO DERECHO.

«Consideraciones en torno a la nueva Ley de Sociedades Laborales», por ANTONIO CIVERA GARCÍA, pág. 9181 (sin sumario)

Número 636 (Septiembre 1997)

«Publicidad del cambio de régimen económico-matrimonial mediante capitulaciones», por JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO, pág. 10317.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.—2. DERECHO COMPARADO: 2.1 SISTEMAS DE INEXISTENCIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO. 2.2 SISTEMAS DE INMUTABILIDAD. 2.3. SISTEMAS DE MUTABILIDAD Y HOMOLOGACIÓN. 2.4. SISTEMAS DE MUTABILIDAD Y PUBLICIDAD. 2.5. ALEMANIA. 2.6. FRANCIA. 2.7. SUIZA. 2.8. ITALIA.—3. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—4. ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 4.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 4.1.1. *Código Civil*. 4.1.2 *Ley de Registro Civil*. 4.1.3. *Ley de 2 de mayo de 1975*. 4.2. DERECHO COMÚN VIGENTE: 4.2.1 *Escritura pública de capitulaciones*. 4.2.2 *Prevención notarial*. 4.2.3. *Publicidad del Registro Civil*: a) Naturaleza del asiento, b) Objeto de la indicación, c) Carácter facultativo; d) Efectos de la indicación. 4.2.4. *Publicidad del Registro de la Propiedad*: a) Naturaleza de la inscripción; b) Efectos; c) Efectos sobre los derechos adquiridos por terceros. 4.2.5. *Publicidad del Registro Mercantil*: a) Objeto; b) Efectos. 4.3. DERECHO FORAL. CATALUÑA. 4.4 CONCLUSIONES.

Comentario: Realiza el autor un estudio concreto de la necesidad de publicidad del cambio de régimen económico-matrimonial realizado mediante capitulaciones matrimoniales en favor de la oportuna protección de los terceros.

Como es sabido, la causa de la necesidad se debe a que la relación negocial iniciada con una capacidad económica personal, puede verse disminuida después por un desplazamiento económico que traslade al patrimonio del cónyuge bienes del consorte o de la comunidad patrimonial, a fin de que el citado consorte quede en situación de insolvencia y su acreedor no pueda realizar su crédito.

El autor, con buen juicio, declara la exigencia de protección de los terceros en dos aspectos: la imposibilidad que se persiga la citada situación de insolvencia y la accesibilidad del conocimiento de la verdadera capacidad económica y solvencia de cada persona casada.

Tras realizar un repaso por los diversos sistemas de Derecho comparado y los problemas que surgen en el Derecho Internacional Privado, se centra en un breve, pero pormenorizado, estudio de la situación en nuestro ordenamiento jurídico.

El punto central de su análisis se centra en examinar el cambio producido en nuestro sistema, que pasó de ser de inmutabilidad capitular al de mutabilidad por la Ley de 2 de mayo de 1975.

Concluye señalando la falta de información suficiente otorgada por el sistema español de publicidad en torno al régimen económico por el que se rige el matrimonio. Pues a fin de ser conocido por un tercero, éste necesita saber en que Registro Civil consta el matrimonio. En el supuesto en que no haya capitulaciones, tampoco podrá conocer el régimen económico por el que se rige el matrimonio, ya que éste dependerá de la vecindad civil y de sus normas de conflicto, y carecen de sistema de publicidad. Por otro lado, en caso de existir capitulaciones, éstas constarán mencionadas en el margen de la inscripción del matrimonio, indicándose únicamente la calificación del régimen pero no su contenido, siendo necesario para su conocimiento su búsqueda en el Protocolo notarial en el que se otorgó, siempre que el secreto del mismo lo permita.

A su juicio, estas cuestiones se resolverían con la existencia de un Registro General de Bienes o Regímenes Matrimoniales —cuya misión central fuera la atención de cuestiones patrimoniales— pues no considera apropiado, por insuficiente, la constancia registral de la calificación del régimen económico matrimonial en el Registro Civil. Además, puntualiza la necesidad de la inscripción constitutiva y obligatoria de las capitulaciones donde, además, se determine el régimen económico bajo el que se contrae el matrimonio a fin de determinar si las capitulaciones se realizan en fraude de terceros o no.

«Presente y futuro de la adopción de acuerdos por la Junta de Propietarios», por VICENTE ORTEGA LLORCA, pág. 10353

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.—3. ADOPCION DE ACUERDOS EN LA JUNTA: 3.1. LA CONVOCATORIA. 3.2. DE *LEGE FERENDA*. 3.3. LA CITACION PARA LA JUNTA: 3.3.1. *El orden del día*. 3.3.2. *Antelación de la convocatoria*: 3.3.2.1. Junta ordinaria. 3.3.2.2. Juntas extraordinarias. 3.4. EL RÉGIMEN DE ADOPCION DE ACUERDOS: 3.4.1. *El voto de abstención*. 3.4.2. *Unanimidad versus mayoría*. 3.4.3. *La interpretación sociológica*. 3.4.4. *De lege ferenda*.—4. DOCUMENTACION: 4.1. LIBRO DE ACTAS. 4.2. QUIÉN HA DE REDACTAR Y AUTORIZAR EL ACTA. 4.3. QUIÉN PUEDE CERTIFICAR DEL CONTENIDO DEL ACTA. 4.4. PLAZO DURANTE EL CUAL HA DE CONSERVARSE. 4.5. DE *LEGE FERENDA*.—5. EJECUCION DE ACUERDOS: 5.1. RESPONSABILIDAD EN LA EJECUCION.—6. IMPUGNACION DE ACUERDOS: 6.1. CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD. 6.2. CONSENTIMIENTO Y MERO CONOCIMIENTO. 6.3. CONSENTIMIENTO TÁCITO. 6.4. ABUSO DE DERECHO. 6.5. CADUCIDAD, CONVALIDACION Y NULIDAD *PLENO IURE*. 6.6. DE *LEGE FERENDA*.

«La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la Sociedad Anónima: notas sobre el debate jurisprudencial», por ALFREDO AVILA DE LA TORRE, pág. 10379.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—2. DETERMINACION DE LOS SUPUESTOS DE HECHO GENERADORES DE LA RESPONSABILIDAD EX ARTICULO 262.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS.

2.1. LA OBLIGACIÓN DE CONVOCAR LA JUNTA GENERAL. 2.2. LA SOLICITUD DE DISOLUCIÓN JUDICIAL.—3. AMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ARTICULO 262.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS: 3.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EX ARTICULO 262 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, ANTE LAS DISTINTAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL. 3.2. EL ADMINISTRADOR DE HECHO.—4. EL CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD EX ARTICULO 262.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. 4.1. AMBITO OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD. 4.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 262.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: 4.2.1. *La responsabilidad derivada del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, entendida como responsabilidad por daños.* 4.2.2. *El artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas como un supuesto de responsabilidad sanción.*—5. CAUSAS DE EXONERACION.—6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

«Independencia y responsabilidad del Juez», por RIANSALES LÓPEZ MUÑOZ, pág. 10405.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ: VALORACION DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.—III. ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL JUEZ.—IV. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL Y DISCIPLINARIA DEL JUEZ.—V. CONCLUSIONES.

«Problemas planteados por la exclusión del control judicial de algunos actos de la Administración Electoral: el artículo 21 de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General», por MARÍA VICENTA GARCÍA SORIANO, pág. 10485.

SUMARIO: 1. DELIMITACION DEL ESTUDIO: LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 21.2 DE LA LOREG.—II. PRECEDENTES.—III. RESOLUCIONES DE LAS JUNTAS QUE QUEDAN FUERA DEL CAMPO DE APLICACION DEL ARTICULO 21, PORQUE CONTRA LAS MISMAS SE PREVE REVISION JURISDICCIONAL ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL: a) PROCLAMACIÓN DE CANDIDATURAS; b) PROCLAMACIÓN DE ELECTOS.—IV. RESOLUCIONES QUE QUEDAN FUERA DEL CAMPO DE APLICACION DEL ARTICULO 21, PORQUE CONTRA LAS MISMAS NO SE ADMITE POSIBILIDAD DE ALZADA: a) DELIMITACIÓN DE SECCIONES, LOCALES Y MESAS ELECTORALES; b) DESIGNACIÓN DE PRESIDENTES Y VOCALES DE LAS MESAS ELECTORALES.—V. RESOLUCIONES A LAS QUE EN PRINCIPIO SE PODRIA APLICAR EL ARTICULO 21: a) RESOLUCIONES DE LAS JUNTAS SOBRE DECISIONES DE LOS MEDIOS DE ADMINISTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE TITULARIDAD PÚBLICA. ACTUACIONES RECURRIBLES: 1. *Distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral.* 2. *Resoluciones sobre debates entre candidatos de fuerzas políticas con representación parlamentaria. Procedimiento.* b) Actos de las Juntas Electorales relativos al ejercicio de la potestad disciplinaria o de imposición de multas; c) Resoluciones sobre actos de campaña electoral y de propaganda institucional en período de campaña electoral; d) Distribución de emplazamientos para colocación de carteles de propaganda

electoral.—VI. PRINCIPALES CONFLICTOS SUSCITADOS POR EL TENOR LITERAL DEL ARTICULO 21.—VII. INTENTOS DE SOLUCION MEDIANTE INTERPRETACIONES *SUI GENERIS* DEL PRECEPTO.—VIII. PRIMERAS LLAMADAS DE ATENCION A LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 21.2.—IX. LA MAS RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RESPECTO: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 103/1996, 46/1997 Y 48/1997.—X A MODO DE CONCLUSION: UNA PROSPECTIVA DE LA POSIBLE DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 21.2 LOREG.

«El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas», por José MASSAGUER y José R. SALELLES, pág. 10927.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. NUEVAS PERSPECTIVAS: LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION.—3 PROPIEDAD INTELECTUAL, SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y BIBLIOTECAS.—4. DIGITALIZACION DE FONDOS BIBLIOGRAFICOS.—5. ACCESO A FONDOS BIBLIOGRAFICOS ESPECIAL CONSIDERACION DEL ACCESO A FONDOS BIBLIOGRAFICOS «ON-LINE».—6. A MODO DE CONCLUSION.

«La marca comunitaria y las lenguas no oficiales», por LARA FONCILLAS, pág. 10959.

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. EL REGIMEN LINGUISTICO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCESION DE DIFERENTES ORDENAMIENTOS: 1. CONVENIO DE PATENTE EUROPEA. 2. LEY ESPAÑOLA DE PATENTES. 3. REGLAMENTO DE LA MARCA COMUNITARIA. 4. LEY DE MARCAS.—III. POSIBILIDAD DE REGISTRO DE TERMINOS GENERICOS, DESCRIPTIVOS O VULGARES EN LENGUAS NO OFICIALES DE LA COMUNIDAD.—IV. RAZON DE LA PROHIBICION DE LOS TERMINOS GENERICOS, DESCRIPTIVOS Y VULGARES.—V. PRINCIPIO DE UNIDAD.—VI. PARTE RELEVANTE DE LOS CONSUMIDORES: 1. LA DOCTRINA 2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA 3 REFERENCIA A LOS VOCABLOS EXTRANJEROS GENÉRICOS O DESCRIPTIVOS EN EL DERECHO COMPARADO.—VII. DETERMINACION DE PARTE RELEVANTE DEL PUBLICO CONSUMIDOR.—VIII. LA APRECIACION DEL CARACTER GENERICO O DESCRIPTIVO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCESION: 1. DE OFICIO POR LOS EXAMINADORES. 2. A INSTANCIA DE PARTE MEDIANTE LAS OBSERVACIONES.—IX. CONCLUSION.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE Número 154 (Junio 1997)

«Ejecución del planeamiento: Expropiaciones urbanísticas. Implicaciones Valoraciones», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 11.

SUMARIO. 1. ELECCION DE LA EXPROPIACION COMO SISTEMA DE AC-TUACION.—2. LEGITIMACION DE LA EXPROPIACION Y OBTENCION DE SISTEMAS GENERALES.—3. VALORACION DE SUELO URBANO EXPROPIADO PARA LA EJECUCION DE UN SISTEMA GENERAL — 4. VALORACION DE SUELO NO URBANIZABLE CON EXPECTATIVAS URBANISTICAS.

«Las licencias urbanísticas», por JULIA ORTEGA BERNARDO, pág. 69.

SUMARIO: 1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA LICENCIA: ACTO ADMINI-STRATIVO DECLARATIVO DE DERECHOS DE CARECTER REGLADO: A) LA NATURALEZA DE LA LICENCIA: ACTO ADMINISTRATIVO DECLARATIVO DE DERECHOS DE CARÁCTER REGLADO: a) *Consecuencias de la declaración de nulidad de los Planes de urbanismo sobre las licencias otorgadas en ejecución de los mis-mos;* b) *Consecuencias de la cláusula —salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero— en el otorgamiento de las licencias.* B) ASPECTO SUBJE-TIVO DE LA LICENCIA: VERIFICACIÓN DEL AJUSTE ENTRE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTI-COS. CARÁCTER MIXTO DE LA LICENCIA: REAL-PERSONAL C) LAS CONDICIONES EN LAS LICENCIAS.

«Urbanismo y legislación sectorial», por JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, pág. 121.

SUMARIO: 1. COSTAS A) DESLINDE. B) SERVIDUMBRE DE PROTECCIÓN. C) SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO.—2. PUERTOS: A) PLAN ESPECIAL DE ORDENA-CIÓN DE LA ZONA DE SERVICIO —3. OBRAS PUBLICAS: A) LICENCIAS Y TASAS MUNICIPALES.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 15 (1997)

«La exclusión de los derechos de tanteo y retracto en la nueva Ley de Arren-damientos Urbanos», por ANTONIO PARA MARTÍN, pág. 331.

SUMARIO: I. EL PRECEDENTE ARTICULO 47 DE LA LEY DE ARRENDA-MIENTOS URBANOS DE 1964.—II EXEGESIS DEL ARTICULO 25 7 DE LA LEY 29/1994.—III. EL REQUISITO DE JUSTIFICACION DE LAS NO-TIFICACIONES O LA DECLARACION DE LA INEXISTENCIA DE ARREN-DAMIENTO PARA LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIE-DAD.—IV. AMBITO DE APLICACION DE LA NUEVA NORMATIVA

Número 16 (1997)

«Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores; el artícu-lo 12 de la Ley de Crédito al Consumo», por GEMMA ANGÉLICA SÁNCHEZ LERMA, pág. 343

SUMARIO: I. LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO CAMBIARIO.—II. CREDITO AL CONSUMO E INSTRUMENTOS CAMBIARIOS EN EL DERECHO COMPARADO.—III. CREDITO AL CONSUMO E INSTRUMENTOS CAMBIARIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: 3.1. LA SOLUCIÓN DESDE LA APLICACIÓN DE LA LEY CAMBIARIA: 3.1.1. *La excepción de inexistencia de tráfico y su aplicación a las relaciones entre consumidores.* 3.1.2. *La comunicación de las excepciones por la vía de la exceptio doli y las letras al consumo.* 3.1.3. La excepción de nulidad de entrega y las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo a los consumidores. 3.2. LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO Y LOS INSTRUMENTOS CAMBIARIOS FIRMADOS POR LOS CONSUMIDORES 3.2.1. *La Ley de Crédito al Consumo.* 3.2.2. *El artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo:* 3.2.2.1. Presupuestos. 3.2.2.2. Efectos.—V. CONCLUSIONES.

Número 17 (1997)

«La tutela aquiliana de la situación posesoria», por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, pág. 369.

SUMARIO: I. TUTELA PETITORIA, TUTELA POSESORIA Y TUTELA AQUILIANA.—II. LA TUTELA AQUILIANA DE LA POSESION EN EL DERECHO COMPARADO. LA CUESTION EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANAS.—III. EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA LESION POSESORIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO: 1. EL ARTÍCULO 1.658, PÁRRAFO 2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: A) *La naturaleza jurídica de la acción.* B) *Legitimación activa.* C) *Legitimación pasiva.* D) *El requisito de la culpa.* E) *Alcance y contenido de la indemnización.* F) *Procedimiento para su determinación.* 2. LA VIABILIDAD DE UNA ACCIÓN AQUILIANA CON UN FUNDAMENTO INDEPENDIENTE DE LAS PREVISIONES DEL ARTÍCULO 1.658 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—IV. BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA.

Número 18 (1997)

«El principio de congruencia en la jurisdicción civil. Una propuesta de futuro», por AURORA BARRERO RODRÍGUEZ, pág. 409.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. CONCEPTO, ANTECEDENTES Y REGULACION.—II. SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTADORES: 1. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN. 2. LOS PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN Y DEFENSIÓN JURÍDICA. 3. EL CARÁCTER TECNIFICADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA.—III. EL CARACTER CIRCUNSTANCIAL O CASUISTICO DE LA APLICACION DEL PRINCIPIO.—IV. EL TERMINO DE COMPARACION CON EL FALLO. EL OBJETO DEL PROCESO.—V. EL ELEMENTO PERSONAL.—VI. LA CAUSA O RAZON DE PEDIR: 1. EL COMPONENTE FÁCTICO. 2. EL COMPONENTE JURÍDICO DE LA CAUSA PETENDI SU DISTINCIÓN CON LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES —VII. LAS PRETENSIONES: 1. NECESIDAD DE ADECUACIÓN DEL FALLO CON LAS PRETENSIONES 1.1. *Inexistencia de servidumbre al tenor literal de las pretensiones.*

1.2. *La resolución de las pretensiones implícitas.* 1.3. *La inclusión de extremos complementarios* 1.4. *La concesión de menos de lo pedido.* 1.5. *Los simples errores materiales y los defectos de redacción.* 1.6. *Atención a la verdadera naturaleza de la acción.* 2. SUPUESTOS DE INCONGRUENCIA: 2.1. *Incongruencia ultra y extra petita.* 2.2. *Incongruencia omisiva.* 2.3. *Relación entre la incongruencia y la obligación de motivación de las sentencias.* 2.4. *El caso especial de las sentencias absolutorias.* 2.5. *Incongruencia y reconvencción.* 2.6. *Incongruencia y ejecución de sentencias.*—VIII. UNA PROPUESTA DE FUTURO. LA POSIBLE MODIFICACION PONDERADA DEL COMPONENTE JURIDICO DE LA CAUSA PETENDI: 1. POSIBILIDAD DE UNA JURISPRUDENCIA EVOLUTIVA 2. EL CASO ESPECIAL DE LA CONGRUENCIA EN LA JURISDICCION CONTENCIOSA: 2.1. *Antecedentes y regulación.* 2.2. *Distinción con figuras afines.* 2.3. *Las verdaderas especialidades de la congruencia en el ámbito de la jurisdicción contenciosa.* 2.3.1. *La posible utilización del artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.* 2.3.2. *La vinculación del Juez a las alegaciones* 3. CONCLUSIÓN.

Número 19 (1997)

«Hacia la competencia territorial improrrogable», por RAMÓN ARBÓS LLOBET, pág. 431.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LA COMPETENCIA: 1. CONCEPTO.—III. LA COMPETENCIA TERRITORIAL: 1. CONCEPTO. 2. LOS FUEROS: CLASES. 3. JERARQUIZACIÓN. 4. CARÁCTER DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA TERRITORIAL. 5. LÍMITES A LA PRORROGACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL. 6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL IMPRORROGABLE.—IV. CONCLUSIONES

Número 20 (1997)

«La nueva Ley portuguesa de Defensa de los Consumidores», por BELÉN TRIGO GARCÍA, pág. 453.

SUMARIO. I. INTRODUCCION 1. PRESENTACIÓN DE LA LEY. 2. ESTRUCTURA — II. PRINCIPIOS INSPIRADORES.—III. AMBITO DE APLICACION. 1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR. 2. AMBITO DE LA PROTECCIÓN: LOS SERVICIOS PÚBLICOS — IV. DERECHOS DEL CONSUMIDOR: a) DERECHO A LA CALIDAD DE LOS BIENES Y SERVICIOS; b) DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DE LA SEGURIDAD FÍSICA; c) DERECHO A LA FORMACIÓN Y A LA EDUCACIÓN PARA EL CONSUMO, d) DERECHO A LA INFORMACIÓN PARA EL CONSUMO; e) DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS; f) DERECHO A LA PREVENCIÓN Y A LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES O NO PATRIMONIALES QUE RESULTEN DE LA OFENSA DE INTERESES O DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS, COLECTIVOS O DIFUSOS; g) DERECHO A LA PROTECCIÓN JURÍDICA Y A UNA JUSTICIA ACCESIBLE Y PRONTA; h) DERECHO A LA REPRESENTACIÓN, POR VÍA REPRESENTATIVA, EN LA DEFINICIÓN LEGAL O ADMINISTRATIVA DE SUS DERECHOS E INTERESES.—V. NULIDAD —VI. DEFENSA INSTITUCIONAL DEL CONSUMIDOR.—VII. VALORACION DE LA LEY.—VIII. EPILOGO. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACION AL DERECHO ESPAÑOL.

Número 21 (1997)

«Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica», por MARCO VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, pág. 473 (sin sumario).

Número 22 (1997)

«La forma en la modificación y extinción convencional de relaciones obligatorias», por M.^a BELÉN SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, pág. 489.

SUMARIO: I. EL OBJETO DE ESTUDIO Y SU CONTEXTO ACTUAL —II. LOS CONTRATOS SOBRE OBLIGACIONES Y SU FORMA EN EL CODIGO CIVIL. EL VALOR DE LAS SOLEMNIDADES. 1.º) APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES. 2.º) EL PAPEL INSTRUMENTAL DE LA FORMA EN ESTOS CONTRATOS EN RELACIÓN CON LAS PECULIARIDADES QUE EN ELLOS SE DERIVAN DE TENER POR OBJETO UNA OBLIGACIÓN. 3.º) FORMA Y VALIDEZ, FORMA Y EFICACIA. LA CONDICIÓN DE TERCERO EN LOS CONTRATOS SOBRE OBLIGACIONES.

Número 23 (1997)

«Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE», por JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 509.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL FENOMENO DE LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES.—II. CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA DE 28 ENERO 1981 —III. LEY ORGANICA 5/1992 (LORTAD): 1. OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS «RESPONSABLES DE FICHEROS». 2. SUPUESTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: A) *Ley aplicable a los derechos de la personalidad*. B) *Soluciones específicas incorporadas por la LORTAD: Ley aplicable al tratamiento automatizado de datos personales*. C) *Distintos supuestos* a) Tratamiento de datos en España; b) Tratamiento de datos en país con nivel de protección «equiparable»; c) Tratamiento de datos en país con nivel de protección «no equiparable»; d) Tratamiento de datos en distintos países. D) *Contratos internacionales y transferencia internacional de datos personales*.—IV. DIRECTIVA 95/46/CE: 1. CARACTERES GENERALES. 2. LEY APLICABLE AL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS PERSONALES: A) *Ficheros sitos en la Unión Europea: el criterio de la «ubicación del fichero»*. B) *Ficheros sitos fuera de la Unión Europea. control de los flujos internacionales de datos personales*.—V. CONCLUSIONES

Número 24 (1997)

«Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español», por ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, pág. 541.

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. LA SUBSIDIARIEDAD Y LA ACCESORIEDAD DE LA FIANZA CIVIL: A) SIGNIFICADO B) REFLEXIONES EN TORNO A LA FIANZA SOLIDARIA. C) LA FIANZA «ÓMNIBUS»: SUS LÍMITES.—III. LA GARANTÍA AUTONOMA: A) AVAL A PRIMERA DEMANDA. B) OTRAS FIGURAS.—IV. GARANTÍAS PERSONALES INDIRECTAS: A) LA COMPENSACIÓN COMO FORMA DE GARANTÍA. B) CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA. C) ASUNCIÓN DE DEUDA CUMULATIVA. D) REPRESENTACIÓN INDIRECTA. E) LAS GARANTÍAS PERSONALES EN EL DERECHO SOCIETARIO.—V. OTRAS GARANTÍAS NO EstrictAMENTE REALES: A) DERECHO DE USO FINANCIERO. B) PACTO RESOLUTORIO EXPLÍCITO. C) DERECHOS PERSONALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: EN ESPECIAL LA OPCIÓN DE COMPRA.—VI. INCIDENCIA DE ALGUNAS NORMAS IMPERATIVAS: A) NORMATIVA CONCURSAL. B) NORMATIVA DE CONSUMO.—VII. ALGUNAS CONCLUSIONES RELATIVAS AL ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ESPAÑOL.—VIII. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA BASICA.

Número 25 (1997)

«Pluralidad de ordenamientos en materia agraria», por GABRIEL GARCÍA CANTE-RO, pág. 561.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II MARCO COMUNITARIO Y EUROPEO — III. MARCO CONSTITUCIONAL Y ESTATAL.—IV MARCO AUTONOMICO.—V. A MODO DE CONCLUSIONES.—VI BIBLIOGRAFIA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO Número 142 (Enero-Junio 1997)

«Luces y sombras en un *Speculum* del siglo xv», por FRANCISCO CANTELAR RODRÍGUEZ, págs. 9-36

«La cárcel "concordataria" de Zamora y el "caso Añooveros"», por VICENTE CÁRCEL ORTÍ, págs. 37-93.

«La exclusión de la educación de la prole», por CELESTINO CARRODEGUAS NIETO, págs. 95-134.

«La inscripción o registro de los hijos adoptados en la legislación canónica», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 135-154

«Estudio comparativo del artículo 7 de los Acuerdos con la FEREDÉ, FCI y CIE», por ROSA MARÍA RAMÍREZ NAVALÓN, págs. 155-186.

«L'eutanasia tra il diritto alla vita e alla libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna», por CARMELA VENTRELLA MANCINI, págs. 187-208.

«Análisis del matrimonio: síntesis personalista institucional», por CORMAC BURKE, págs. 211-218

«La crisis matrimonial a la luz del Tribunal Interdiocesano de Sevilla (1982-1988)», por ULPIANO PACHO SARDÓN, págs. 219-261.

«Doctrina y legislación de los sínodos diocesanos españoles de 1851 a 1914 sobre prensa e imprenta», por FRANCISCO J. SERRANO OCEJA, págs. 263-282.

«Ideario de un hospital católico y despido. A propósito de la sentencia del TC 106/1996, de 12 de junio», por GLORIA MORENO BOTELLA, págs. 283-299.

«Boletín de Legislación Canónica Particular Española, 1996», por FEDERICO R AZNAR GIL, págs. 301-335.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (1997)

«La acción de repetición contra el deudor de los alimentos Solidaridad familiar y prestaciones asistenciales públicas», por J. EGEA FERNÁNDEZ, pág. 617.

SUMARIO: I. INTRODUCCIO.—II. LA RELACIO ENTRE L'OBLIGACIO LEGAL D'ALIMENTS, COM A MANIFESTACIO DE LA SOLIDARITAT FAMILIAR, I L'ATENCIO SOCIAL PELS PODERS PUBLICS —III. LA NORMATIVA CATALANA SOBRE SERVEIS SOCIALS EN L'AMBIT DE LA VELLESA.—IV. LA LLEI 10/1996, DE 29 DE JULIOL, D'ALIMENTS ENTRE PARENTS CONSIDERACIONS GENERALS.—V. PRESTACIO PELS TERCERS I ACCIO DE REPETICIO CONTRA ELS DEUTORS. 1. PRESSUPÓSITS DE L'ACCIÓ DE REPETICIÓ 2. CONTINGUT I LÍMITS. 3. LEGITIMACIÓ. 4. L'EFFECTE SUBROGATORI 5. LES MESURES CAUTELARS.—VI. EL CONTRACTE ASSISTENCIAL COM A MITJA DE PRESTACIO PUBLICA D'ALIMENTS. L'APLICACIÓ DE L'ART. 10 LAEP A LA PRESTACIO DELS SERVEIS SOCIALS SEGONS EL DECRET 394/1996, DE 12 DE DESEMBRE.

«Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil», por FRANCISCO VICENT CHULIÁ, pág. 655

SUMARIO: I. EVOLUCION DEL REGIMEN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES.—II. SISTEMATICA DEL REGIMEN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.—III. LA CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO.—IV. LA TRANSFORMACION EN LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: A) COMPLEJIDAD Y CASUISMO DE LA MATERIA. B) APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA C) LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD LIMITADA. D) TRANSFORMACIONES HETEROGÉNEAS.—IV FUSION Y ESCISION. BIBLIOGRAFIA.

«La ocupación de viviendas deshabitadas y el nuevo Código Penal a la luz del principio de intervención penal mínima», por J. BAUCELLS LLADÓS, pág. 683.

SUMARIO: 1 INTRODUCCION.—2. EL PRINCIPIO DE INTERVENCION PENAL MINIMA: 2.1. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS. 2.2 EL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD. 2.3. EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO*: LA LIBERTAD COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—3. EL CARACTER SUBSIDIARIO DEL DERECHO PENAL; DOS CONSECUENCIAS PARA EL PRINCIPIO DE INTERVENCION PENAL MINIMA: 3.1. *ULTIMA RATIO* COMO LÍMITE FORMAL A LA INTERVENCIÓN PENAL. 3.2 UNIDAD Y COHERENCIA DEL ORDENA-

MIENTO JURÍDICO COMO LÍMITE MATERIAL A LA INTERVENCIÓN PENAL.—4. LA OCUPACION DE VIVIENDAS DESHABITADAS COMO INSTITUCION RECONOCIDA EN EL DERECHO CIVIL; LA POSESION SIN JUSTO TITULO Y DE MALA FE —5. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 245.2 DEL NUEVO CODIGO PENAL: 5.1. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 47 CE. EN RELACIÓN AL 92 CE. EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA IGUALDAD MATERIAL. 5.2. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE DERECHO A LA PROPIEDAD Y DERECHO A LA VIVIENDA.—6. CONCLUSIONES

REVISTA JURIDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMAN Número 30 (1996)

- «Delitos cometidos contra satélites artificiales en vuelo», por JORGE VÍCTOR MIGUEL y VÍCTOR EDUARDO MOLINA, pág. 3.
- «Ley Natural y Derecho Natural», por JULIO CÉSAR CASTIGLIONE, pág. 15.
- «Teoría general del Derecho y las ramas del mundo jurídico», por JOSÉ NICASIO BARRERA, pág. 31.
- «Algunos aspectos jurídicos de la aplicación de sistemas satelitales a la navegación aérea», por M^a CRISTINA GRUNAUER DE FALU, pág. 57.
- «Legislación del petróleo en la República Argentina», por GUSTAVO ADOLFO BELLAGAMBA, pág. 71.
- «El Derecho Romano: Arte de lo justo», por LUIS RODOLFO ARGUELLO, pág. 103.
- «La informática y su incidencia en el campo jurídico», por NORMA SOSA, pág. 127

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS DE MARACAIBO Número 72 (Enero-Diciembre 1995)

- «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por hecho ilícito», por SALVADOR LEAL WILHELM, pág. 3.
- «Consideraciones en torno al proyecto de Reforma de Constitución del Estado Zulia», por MIRIAM ALVAREZ B. DE BOZO, Y OTROS, pág. 15.
- «El derecho a un medio ambiente sano en Venezuela», por RICARDO COLMENARES OLIVAR, pág. 23.
- «La detención preventiva en el proceso penal venezolano», por MATIANELA PÉREZ LUGO, pág. 33.
- «Aplicación de los principios del proceso ordinario a la actividad procesal minoril», por TRINA TUDARES DE GONZÁLEZ, pág. 41.
- «Evolución del Poder Judicial en Venezuela», por LUIS A. ACOSTA VASQUEZ, pág. 49.
- «Jurisprudencia Procesal Civil de la Sala de Casación Civil, 1973-1979 (Maximario)», por ALBERTO E. SEFFANO, pág. 79.

- «Integración latinoamericana a la medida del hombre», por CARMEN ZULETA DE MERCIÁN, pág. 111.
- «La crisis económico-social en Venezuela durante la década de los años ochenta y sus efectos sociales en la familia actual», por ALIRIO PÉREZ, pág. 123.

BOLETIN DA FACULDADE DE DIREITO DE LA UNIVERSIDAD DE COIMBRA Vol. LXXI (1995)

- «Nova Ordem Mundial e Ingerência Humanitária (Claros-Escuros de um Novo Paradigma Internacional)», por JOSÉ JOAQUIM GORNES CANOTILHO, pág. 1.
- «O Código de Napoleão e do Direito Ibero-Americano», por A. SANTOS JUSTO, pág. 27.
- «Sobre a Proteção do Agente Comercial no Direito Português e Europeu», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 97.
- «Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 117.
- «La racionalidad del Derecho: Sistema y decisión», por MANUEL SEGURA ORTEGA, pág. 145.
- «Alimentos entre cónyuges o la crisis de la autonomía de la deuda alimenticia en Derecho Internacional Privado», por SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ, pág. 165.
- «La Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos y su aplicación en el Derecho comparado. Especial referencia al Derecho español», por MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, pág. 187.
- «Los Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas», por JOSÉ ANGEL FERNÁNDEZ ARRUTY, pág. 203.
- «Valoración global de la Ley 291/994, de Arrendamientos Urbanos», por DOMINGO BELLO JANEIRO, pág. 219.
- «Problemi della Commisurazione della Pena in Italia e in Portogallo», por EMILIO DOLCINI, pág. 261.
- «Da Nao Intervenção à Intervenção? O Movimento do Pêndulo Jurídico perante as Necessidades da Comunidade Internacional», por PAULO JORGE CANELAS DE CASTRO, pág. 287.
- «Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas Bio-Bibliográficas», por PEDRO CAEIRO, pág. 347.
- «O Princípio da Nao Ingerência e o Direito Internacional Humanitário», por FRANCISCO ANTONIO DE M. L. FERREIRA DE ALMEIDA, pág. 373.
- «A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Praticados pelos Filhos Menores», por MARÍA CLARA SOTTOMAYOR, pág. 403.
- «Portugal's World Outlook in the Constitution of 1976», por PAULO JORGE CANELAS DE CASTRO, pág. 469.
- «A Propósito do Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais (Mudança de Paradigma no Novo Código Penal)», por FERNANDO TORRAO, pág. 545.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 2 (Mayo-Agosto 1996)

- «La Revista de Derecho Puertorriqueño: trigésimoquinto aniversario de su fundación», por CARMELO DELGADO CINTRÓN, pág. 255.
- «Some thoughts and observations on the teaching of therapeutic jurisprudence», por DAVID B. WEXLER, pág. 273
- «La revisión judicial de las cláusulas penales en el Derecho español», por MARGARITA FERNÁNDEZ ARROYO, pág. 289
- «The concept of Puerto Rican citizenship», por EUGENIO HUOT CALDERÓN, pág. 321.
- «Comentario: La adopción de la nueva Ley de Adopción en Puerto Rico», por JOSÉ A. QUINONES TORRES, pág. 347.
- «La reforma del régimen económico matrimonial en los Códigos Civiles de España y Puerto Rico. ¿De un pájaro las dos alas?», por PEDRO SANTIAGO RIVERA, pág. 385.
- «La profesión legal en el Japón», por J. J. SANTA-PINTER, pág. 425.

Número 3 (Septiembre-Diciembre 1996)

- «Presidente IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia», por ULISES PITTI G., pág. 431.
- «Hacia un Derecho de Familia del siglo XXI», por FERNANDO HINESTROSA, pág. 445.
- «Derecho de familia y violencia intrafamiliar», por AIDA MORENO DE RIVERA y DORA W. DE DA COSTA, pág. 459.
- «Reflexiones en torno a la eficacia del llamado proceso familiar», por AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, pág. 479.
- «Bioética y fecundación *in vitro*», por MARTHA TARASCO MICHEL, pág. 569

BARCO DE PAPEL. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO «EUGENIO MARIA DE HOSTOS».

PUERTO RICO

Número 1 (Septiembre 1996)

- «En Barco de Papel», por EUGENIO MARÍA DE HOSTOS, pág. 9.
- «Hostos sobre la educación y la liberación, y el futuro de la escuela puertorriqueña», por ANGEL R. VILLARINI, pág. 13.
- «El Derecho más allá del Derecho», por CARLOS RIVERA LUGO, pág. 19.
- «La teoría del Derecho y el pensamiento tardomoderno», por CARLOS ROJAS OSORIO, pág. 33.
- «Nacionalidad y ciudadanía», por JUAN MARI BRAS, pág. 51.
- «El sistema de la responsabilidad civil extracontractual en los ordenamientos jurídicos de Puerto Rico y España», por JOSÉ A. CUEVAS SEGARRA, pág. 67
- «Reflexiones sobre un nuevo sistema penal y de seguridad ciudadana», por ALFONSO SILVA SERNAQUE, pág. 77.

- «En torno al ombligo de Dios. I», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, pág. 103
 «El currículo humano profesional en la enseñanza del Derecho: algo así como fundar un sueño», por ORLANDO PORTELA VALENTÍN, pág. 127.

Número 2 (Mayo 1997)

- «La nación en la postmodernidad», por JUAN MARI BRAS, pág. 20
 «En busca de la ciudadanía perdida», por CARLOS M. RIVERA LUGO, pág. 31.
 «En torno al ombligo de Dios. II», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, pág. 37
 «A ras de sueño», por SONIA M. SERRANO RIVERA, pág. 59.
 «Nota introductoria a "Siglo XX" de Hostos», por JUAN MARI BRAS, pág. 66.
 «Siglo XX», por EUGENIO MARÍA DE HOSTOS, pág. 69
 «La solución hostosiana para la descolonización de Puerto Rico», por JOSÉ LUIS MÉNDEZ, pág. 73.
 «Hostos: ¿la plenitud de una enseñanza o la enseñanza de una plenitud?», por JULIO CÉSAR LÓPEZ, pág. 78.
 «Hostos y la Liga de Patriotas», por MARÍA M. CABRERA TORRES, pág. 85.
 «La disciplina integradora en la carrera de Derecho», por ROBERTO DE JESÚS PEÑA MULET, pág. 92.
 «Sobre la delimitación de la materia mercantil», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, pág. 99.
 «La revisión judicial de las cláusulas penales», por MARGARITA FERNÁNDEZ ARROYO, pág. 113.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 925 (Septiembre-Diciembre 1996)

- «El comercio electrónico y la firma digital», por MAURICIO DEVOTO, pág. 613.
 «Menores y la intervención notarial (Primera parte)», por la COMISIÓN DE CONSULTAS - COMITÉ DE REDACCIÓN REVISTA NOTARIAL, pág. 637.
 «A modo de comentario», Discurso del Consejero Delegado del Banco de Comercio en la VII Jornada Notarial Iberoamericana, pág. 649
 «La primera inscripción en los registros de seguridad jurídica», por ANA MARÍA RANZETTI, pág. 661.
 «Matriculación», por MARTA TONEGUZZO, pág. 675
 «Subsanación de defectos instrumentales en la constitución de sociedades en comandita por acciones, sin individualización del comanditario», por ALBERTO ARAMOUNI, pág. 687.
 «Boleto de compraventa. Incumplimiento. Pacto comisorio. Resolución», por SILVIA LILIANA ARAMAYO, y otros, pág. 707.
 «Clasificación de los inmuebles adquiridos por personas casadas dentro del lapso que media entre la fecha de la notificación de la demanda de divorcio, o de la presentación conjunta, y la de la sentencia», por MIGUEL NORBERTO FALBO, pág. 723.
 «¿Es posible adjudicar el único bien ganancial a un solo cónyuge?», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 729.
 «Las actas de notoriedad», por RUBÉN AUGUSTO LAMBER, pág. 733.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 148 (Mayo 1997)

- «El sistema comunitario de competencias: antagonismos y perspectivas», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 9
- «La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por violación del Derecho Comunitario. El caso de las normas sobre ayudas de Estado», por ALFONSO GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, pág. 27.
- «Mercado interior y productos farmacéuticos. patentes y autorización de comercialización», por MERCEDES ALVARGONZÁLEZ FIGAREDO, pág. 41.
- «Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria», por JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, pág. 49.
- «Efectos de la ausencia de permiso de trabajo de nacionales de Estados miembros de la CEE en el período transitorio. Una visión desde la jurisprudencia», por CELSA PICO LORENZO, pág. 57.
- «Alcance del artículo 30 TCE a la luz de la Sentencia de 9 de febrero de 1995», por MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ, pág. 67.

Número 149 (Junio 1997)

- «In memoriam de José María Chico y Ortiz», por la DIRECCIÓN DE LA REVISTA, pág. 5.
- «Comentario a los resultados de los seminarios de Cambridge acerca del sistema de competencias de la Comunidad Europea», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 11.
- «Las relaciones euromediterráneas (separando el grano de la paja)», por CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 15
- «Las instituciones de la Unión Europea ante la reforma del 96», por ANGÉLICA MARUGÁN SÁENZ, pág. 23
- «La política regional y energética comunitaria desde el estudio de la iniciativa REGEN. Luces y sombras de un objetivo», por MARÍA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, pág. 39.
- «La protección del medio ambiente urbano en la Unión Europea y a escala internacional», por ANGEL B. GÓMEZ PUERTO, pág. 53.
- «La evolución de la libre circulación de capitales una perspectiva jurisprudencial», por ANDRÉS MESA CASANOVA, pág. 57.
- «El régimen jurídico de la protección de datos personales: aspectos internacionales, comunitarios e internos», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 73.

Número 150 (Julio 1997)

- «Los servicios de interés general y las normas de competencia los nuevos límites del Estado del Bienestar», por BERNARDO M. CREMADES, pág. 15.
- «El respeto del derecho de defensa en materia de competencia», por RAFAEL GARCÍA-VALDECASAS FERNÁNDEZ y FRANCISCO ENRIQUE GONZÁLEZ DÍAZ, pág. 25.

- «El principio de capacidad económica en Alemania y su relevancia para el Derecho español», por PEDRO MANUEL HERRERA MOLINA, pág. 37.
- «La necesidad de un "control preventivo" de los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos públicos», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 43.
- «Derecho de asilo y condición de refugiado», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 47.
- «La protección del consumidor en la Unión Europea», por ANTONIO MARÍN LÓPEZ, pág. 67.
- «Incumplimiento de Directivas, responsabilidad del Estado y derecho a indemnización de los particulares», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 81.
- «*Forum executionis* en materia contractual. El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968 y los Convenios de Derecho Uniforme (comentario a la Sentencia TJCE, de 29 de junio de 1994)», por JOSÉ ANTONIO PÉREZ BEVIA, pág. 99.
- «El coaseguro comunitario en la Ley del Contrato de Seguro», por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, pág. 109.
- «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicabilidad directa de las Directivas», por JOAN MANUEL TRAYTER, pág. 113.

