

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925.

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXX • Julio-Agosto 1994 • Núm. 623

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Valler de Goytisoló.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albasa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

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.B.N.· 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs

ESTUDIOS

«El Colegio Nacional de Registradores: sesenta años de historia», por ANTONIO PAU PEDRÓN	1427
«El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor», por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ	1485
«La renuncia al cargo de auditor de cuentas: circunstancias justificativas y consecuencias jurídicas de la renuncia», por JUAN LUIS IGLESIAS PRADA	1501
«Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital», por CELESTINO PARDO NÚÑEZ	1521
«Régimen de acuerdos en la Propiedad Horizontal», por JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ	1563
«Sindicación de acciones», por ROBERTO SÁNCHEZ GARCÍA	1585
«Introducción a la publicidad registral mercantil de quiebras y suspensiones de pagos», por MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES	1597
«El deterioro del sistema inmobiliario registral: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1645

DICTAMENES Y NOTAS

«En torno a la multipropiedad», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS	1665

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1687

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1701
II. Resoluciones de la Dirección General, por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA y ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES	1717
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	1769
c) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1776
4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	1788

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición», de CARLOS DE CÁRDENAS SMITH, por MANUEL CASERO MEJÍAS	1795
«Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación», de C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, por ISABEL SABATER BAYLE	1799
«La degradación del derecho al honor», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1802
«Galería de grandes juristas», de J. M. MARTÍNEZ VAL, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1805
«L'abuso del diritto», de GIULIO LEVI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1811
«Contratti atipici. Nuovi strumenti commerciali e finanziari», de LUISA VIGONE, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1812
«I principi generali», de GUIDO ALPA, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1814
«Contract law and practice. The english system and continental comparisons», de MICHEL H. WHINCUP, por ELENA VICENTE DOMINGO	1815
«Legislación cooperativa en la Comunidad Europea», de JOSÉ MARÍA MONTOLÍO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1822
«El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica», de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1824

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1827

ESTUDIOS

El Colegio Nacional de Registradores: sesenta años de historia (*)

EL HEROICO APOSTOLADO DE LOS 473

La decisión de la Ley Hipotecaria de 1861 de crear Registros en todos los pueblos, cabezas de partido judicial, y de crear, además, uno solo en cada pueblo —e incluso en las grandes capitales como Madrid y Barcelona— provocó la máxima dispersión de los Registradores. Si a ello se une la escasez de comunicaciones en la España de mediados del siglo XIX, es fácil imaginar que la dispersión produjo un absoluto aislamiento.

Encerrados en sus despachos, debatiendo con una documentación insuficiente, enfrentándose a la «oscuridad sibilitica» de la legislación hipotecaria —como reconocieron, desde la Dirección de los Registros, GALINDO y ESCOSURA— y, sobre todo, sintiendo gravitar sobre sus cabezas la responsabilidad personal y penal con que la Ley Hipotecaria les amenazaba, los primeros Registradores se sintieron en la más absoluta soledad.

Por eso, cuando muchos años más tarde, pero sin gran variación en las circunstancias profesionales, se publicó la *España invertebrada*, de ORTEGA Y GASSET, los Registradores la acogieron con entusiasmo, y puede comprobarse con qué interés aparece reseñada en las revistas y boletines registrales: su aislamiento y su soledad estaban perfectamente retratados en la obra. «Los grupos profesionales, aislados y aparte cada uno de sus miembros, no pueden subsistir», escribió ORTEGA, sin pensar, como es lógico, en estos funcionarios que, inesperadamente, se convirtieron en sus lectores más apasionados. «¿Y cómo se mantiene despierta la corriente profunda de solidaridad?», se pregunta ORTEGA. Y responde: apretando las filas de las energías vitales, haciendo que todo esfuerzo se multiplique conjugado con el de los demás.

(*) Conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores el día 18 de mayo de 1994, en el marco de la conmemoración del sesenta aniversario de la creación del Colegio

El heroico apostolado de los 473 —como en ocasiones llamaron, con una pasión justificable que hoy nos hace sonreír, a la primera generación de Registradores— sintió muy pronto la necesidad de establecer vínculos corporativos. Miraban con algo de rencor a la primera Ley Hipotecaria: había creado una profesión nueva, la había cargado de «responsabilidades, obligaciones y garantías para la propiedad» —como reconocía la Exposición de Motivos—, y no dedicaba un solo artículo al estatuto profesional.

SE SUGIERE LA CREACION DE COLEGIOS

En 1871, a los diez años de ocupar sus puestos los primeros Registradores, dos de ellos dirigen a sus compañeros un escrito en que propugnan la creación de «Colegios de Registradores que, por medio de un representante, constituyan en la capital del reino un gran centro que represente nuestros Colegios [...]. Estos Cuerpos serían los sostenedores de los derechos de la clase, los iniciadores cerca del Gobierno de reformas importantes y hasta podrían auxiliar a la superioridad en los asuntos de interés que sometiera a su estudio y dictamen». Y añade el escrito: «en una época de agitación y de discusión, el aislamiento es la muerte; por eso los Registradores olemos a cadáver y arrastramos la tristísima condición del paria». Más adelante se dice: «Por desgracia, nos hallamos alejados de todas las esferas, sin los vínculos ni los respetos que nos daría una constante representación, y debemos estar convencidos que mientras así no sea no lograremos, bajo ningún concepto, el remedio de los males que nos aquejan».

LA REVOLUCION DE 1868 INVOLUCRA A LOS REGISTRADORES

De pronto, la necesidad de asociación toma un nuevo cariz. Ya no se trata de compartir problemas y soluciones jurídicos, de reclamar reformas legislativas. La vida de los Registradores está en juego. En la revolución de septiembre de 1868 y en los brotes de violencia del llamado paréntesis revolucionario —que no se cierra hasta 1874—, «predicaciones insensatas y descabelladas utopías» —como dice un periódico de la época— provocan «convulsiones sociales y ataques a la propiedad». La ofensiva se dirige hacia los libros donde esa propiedad se refleja. La *Gaceta de los Registradores y Notarios* hace el recuento: «El Registro de Bande, incendiado. El Registrador, maniatado y apaleado. El de Vinaroz tuvo que trasladarse a Peñíscola. Los de Gandesa, Falset, Valls y Vendrell pidieron autorización para refugiarse en la capital de su provincia como punto menos expuesto.

El Registrador de Tremp, víctima de exacciones pecuniarias y violencias personales. El de Montilla, salvando su vida milagrosamente entre las llamas del Registro. El de Medina del Campo, arbitrariamente separado por una Junta revolucionaria. El de Cuéllar, robado en fondos propios y ajenos. El de Albocácer, perdiendo los fondos del impuesto, que se le llevaron después de otras exacciones. En Castellón, los Registros de Albocácer y de Nules, saqueados. El de Sort, facultado para trasladarse a Lérida como asilo de refugio. En Becerreá y otros, por mano airada se quitan hojas y se destruyen libros [...]. Y la *Gaceta* añade: «Los Registros civiles son, en un número que asusta, un montón de cenizas [...]. Muchos Notarios, con justo motivo, están ausentes de su residencia, en donde son el blanco de aviesas iras y se hallan gravemente expuestos».

LOS REGISTRADORES SE DIRIGEN AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Al margen de estos desórdenes violentos, que durante unos años hicieron difícil el funcionamiento regular de los Registros, la nueva institución iba poniendo en pie el nuevo sistema inmobiliario. Las dificultades técnicas que a cada paso surgían eran resueltas separadamente por cada Registrador y en algunos casos, los menos, acudiendo en consulta a la Dirección General. La Dirección, comprensiva en un primer momento con las dificultades planteadas por los Registradores, resolvió muchas de esas consultas. En el año 1863 contestó a cerca de 700. «Y no eran en su mayor parte las consultas —escriben los Letrados de la Dirección GALINDO y ESCOSURA— escrúpulos monjiles: fundábanse en casos no previstos por el legislador; en las condiciones especialísimas y en los originales contratos a que da lugar la constitución diversa de la propiedad y de los derechos de familia en las provincias forales, que habían de ajustarse por la nueva Ley a un molde igual e inflexible; en la oscuridad de algunos artículos de la Ley Hipotecaria y en las contradicciones reales o aparentes entre otros artículos; en el desacuerdo de no pocos con la legislación común [...]».

Las preocupaciones de los Registradores de la segunda mitad del siglo xix oscilaron entre las dificultades técnicas de la llevanza del Registro y las insuficiencias de su estatuto personal. Las primeras dieron lugar a debates jurídicos de notable altura científica, como puede comprobarse en las revistas técnicas de la época —*La Reforma Legislativa*, *La Crónica Legislativa*, *Revista Jurídica*, *Gaceta de Registradores*, *Gaceta del Notariado*...—. En ellas puede verse cómo los Registradores profundizaron en la interpretación de las reformas hipotecarias de 1869 y 1877 y cómo, en algunos casos, se habían anticipado a la solución legal.

Pero en el otro campo, el del estatuto profesional, no se producía avance alguno. El régimen económico de los Registros y las necesidades asistenciales de los Registradores estaban muy deficientemente resueltos o absolutamente ignorados. Para resolverlos era necesaria la agrupación o asociación de todos los Registradores. Se multiplicaban las iniciativas individuales o locales, siempre estériles por la falta de representatividad. Entre otras muchas de esas iniciativas puede destacarse la de los Registradores de Pontevedra, que elevaron al Congreso de los Diputados una exposición sobre el estado de los Registros en 1878. El escrito revela con fidelidad las dificultades personales que se vivieron en los primeros años de instauración del sistema registral: «Cuando en 1861 se inició la reforma del antiguo sistema hipotecario dándole la que hoy tienen los Registros de la Propiedad, no se hizo en su Preámbulo la indicación más ligera de que los funcionarios que iban a gastar su inteligencia, su salud y sus recursos pecuniarios en ayudar al Gobierno al planteamiento de la nueva Ley Hipotecaria tendrían que sufrir muy pronto en recompensa de su trabajo los variados gravámenes que se les impusieron.

Llenos de esperanzas para el porvenir y confiados en las repetidas promesas de los señores ministros del ramo, consignadas en diferentes reales órdenes, cumplieron sus generosos y leales ofrecimientos y, venciendo los mil obstáculos con que tropezaron, los Registros empezaron a funcionar con un método y regularidad que parecía imposible conseguir; pero pocos años habían transcurrido cuando ya sintieron la mano despiadada de la fatalidad, concibiendo celos y temores de que su difícil empresa sería premiada con la indiferencia y el olvido.

Así sucedió desgraciadamente, y dando pábulo tal vez a esa vulgar creencia de que los Registros se asimilaban a las Américas, se gravaron con ciertos impuestos los productos de su trabajo, y así progresando rápidamente en las exigencias se llegó hasta obligarles a pagar los libros en que escriben [...]. ¿Es esto justo, señores diputados? Los que suscriben dejan a su hidalguía la contestación de esta pregunta».

LOS CONGRESOS REGIONALES

Pero hacía falta un esfuerzo conjunto. Durante varios años se fue perfilando la idea de organizar un congreso nacional. Pero el salto de la absoluta dispersión de los Registradores a una asamblea que físicamente los reuniera a todos era vista con algún temor. Las ideas que cada uno tuviera sobre la profesión eran absolutamente desconocidas. El nuevo rumbo que pudiera surgir del congreso era imprevisible. Se consideró oportuno agrupar a los Registradores por congresos regionales antes de convocar una reunión

general. En esos congresos regionales debían abordarse los temas que luego serían tratados por el congreso nacional. Esos temas eran los siguientes: «1.º ¿Conviene que los Registradores sean liquidadores del impuesto de derechos reales? 2.º ¿Conviene que sean puestos a sueldo? 3.º Fundación de un Montepío. 4.º Modo de proveer los Registros. 5.º Bases de una nueva Ley Hipotecaria. 6.º ¿Confección de un nuevo arancel? 7.º ¿Conviene a los Registradores pasar a la carrera judicial? 8.º Redacción de proyectos de ley para presentarlos a las Cortes».

De las diversas asambleas regionales que tuvieron lugar a lo largo de 1886 —Valladolid, La Coruña, Valencia, Sevilla, Albacete—, tiene especial interés el discurso inaugural de la asamblea de Sevilla, porque en él se hace el primer balance estadístico de la labor de los Registradores a los veinticuatro años de la creación del Cuerpo. No se había iniciado aún la estadística oficial —que tardaría otros veinte años en abordarse—, lo que hace especialmente relevantes estos datos: desde 1863 hasta 1886 se habían hecho 17.327.394 inscripciones y el valor de las propiedades inscritas ascendía a 14.226.860.982 de pesetas. Los créditos garantizados con hipoteca alcanzaban la cifra de 8.088.538.740 pesetas y los libros abiertos en los Registros serán ya, en esas fechas, 193.933. Esta estadística, tan reveladora del uso social del Registro, y el hecho de que en ese mismo año —1886— los Registradores de la Propiedad se hicieran cargo por disposición del legislador del Registro Mercantil justifican las frases de entusiasmo que se pronunciaron en ese discurso inaugural: con algo de deformación profesional, todo el auge de España en los tiempos de la Restauración se atribuye a los Registradores —«el movimiento de los valores territoriales», «el vuelo que ha tomado el comercio», «el movimiento e importancia creciente de nuestros puertos», «el renacimiento de la marina mercante de vapor y su calidad», «el establecimiento de poderosos bancos territoriales y de sociedades de todas clases que por doquiera han nacido y prosperan», «el estado de la agricultura y de esas máquinas de vapor a que no podían llegar antes los propietarios», «la caída inmensa de la jurisdicción civil contenciosa, a que todos los ciudadanos acudían incesantemente, a costa de grandes dispendios, para salvar ese derecho de propiedad cuya defensa os fue encomendada»...—. Y un hecho curioso y muy revelador: en la clausura de la asamblea de Sevilla tomó la palabra el Registrador más antiguo de los presentes —el Registrador de Olvera, que llevaba ejerciendo la profesión en los veinticuatro años que habían transcurrido desde 1863—: hasta ese momento no había conocido a ninguno de sus compañeros. No sabía como era *otro* Registrador.

EL PRIMER CONGRESO NACIONAL DE REGISTRADORES

En octubre de 1886 se convocó un Congreso Nacional de Registradores, que se celebró los días 3, 5 y 6 de noviembre. No fue una celebración de camaradería ni una formularia aprobación de conclusiones redactadas con anticipación. El primer día se repartieron varios proyectos de asociación, el segundo se discutieron calurosamente y el tercero se aprobó uno de ellos, con varias reformas introducidas en el texto originario. Del primer Congreso Nacional surgió el Montepío de Registradores, para el que se señalaron las cuotas de participación —10 pesetas de entrada, más dos pesetas anuales— y los socorros a disfrutar —jubilación, incapacidad, viudedad y orfandad.

Al frente del Montepío había de estar un Director, cargo para el que se nombró al Registrador BUENAVENTURA AGULLÓ —el primer representante de los Registradores, el primer Decano, podríamos decir con terminología de hoy—. Para la «historia menor» del Cuerpo: clausurado el Congreso se reunieron por primera vez, «en amistoso banquete», el Director y Subdirector de los Registros, el Director del Montepío de Registradores y los Registradores que asistieron al Congreso. Al terminar los brindis, dice la crónica del acontecimiento, el Director general, señor NAVARRO OCHOTECO, «con la sobriedad propia de quien ocupa su alto puesto, protestó de su más firme adhesión a cuanto concierne a los intereses de la clase de Registradores, asegurando que si para ello le dejaran tiempo demostrará cumplidamente el verdadero afecto que le une a los Registradores, por cuya prosperidad y bienestar brindaba».

Pero el Montepío, que vivió algunos años «enjugando lágrimas y aliviando penas», como escribió un autor de la época, sucumbió por falta de reconocimiento oficial. Antes de su desaparición en 1905 se hicieron varios intentos para prolongar su existencia: nombrar director del Montepío al Director General de los Registros, incorporar a él a los Letrados de la Dirección, hacer obligatoria la incorporación de los Registradores al Montepío... Todo fue inútil. En la sesión de la Junta general de socios del día 19 de noviembre de 1905 el Montepío acordó su disolución.

CERCA DE TRES AÑOS SIN REPRESENTACION

Coincidió la desaparición del primer órgano representativo de los Registradores con una situación particularmente difícil. Pero fue precisamente esa dificultad la que hizo posible algo que en medio siglo no se había logrado: crear una asociación oficial que agrupara a los Registradores.

Durante los tres años siguientes a la disolución del Montepío se careció de toda representación. En ese tiempo se elaboró una de las reformas más

importantes de la legislación hipotecaria: desde el primer proyecto del Ministro SANTOS GUZMÁN, de 1903, hasta la aprobación en 1909 del proyecto del Ministro ARMADA, Marqués de Figueroa, se discutieron cuestiones de tanta trascendencia para el sistema inmobiliario español como la presunción posesoria a favor del titular inscrito, la suspensión de efectos de la fe pública, la formulación más precisa del tracto, la conversión de inscripciones de posesión en inscripciones de dominio, la extensión objetiva de la hipoteca y el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. La necesidad de que fuesen oídos los criterios sostenidos por los Registradores movió a cuatro de ellos —RAMOS DEL POZO, ODRIÓZOLA, ABEJÓN y TUR— a erigirse en representantes del Cuerpo y a elevar un informe al Senado. La asociación había surgido de hecho y sin grandes esfuerzos finales para constituir la.

Al poco tiempo tuvo carácter oficial. El artículo segundo del Reglamento enumeraba los fines de la Asociación: fomentar la convivencia de los compañeros, fomentar el adelanto y progreso de la institución en consonancia con el interés público y lograr el mejoramiento de la clase. En honor de la Asociación hay que recordar que sus primeros trabajos no se orientaron hacia el interés particular de sus miembros, sino hacia el interés general del sistema inmobiliario: en 1908 se envió un informe al Congreso sobre el proyecto de reforma hipotecaria y otro informe al Ministerio de Hacienda solicitando la armonización de Catastro y Registro que la Ley de 1906 había enturbiado.

EL REGLAMENTO DE LA ASOCIACION

En noviembre de 1908 el Gobernador civil de Madrid aprobó el primer Reglamento de la Asociación de Registradores (el segundo, de 1912, es sustancialmente el mismo: sólo varía el número de vocales de la Junta, su reelección y la sustitución entre los vocales). Su texto fue promovido por una *Junta provisional* en la que hay una llamativa presencia: la de JULIÁN ABEJÓN, que muchos años más tarde sería el primer Decano.

Los fines de la Asociación se ponen de manifiesto en el artículo 2.º: «mantener la unión de todos los asociados, solicitar de los poderes públicos las modificaciones que tiendan a mejorar la institución, a dar mayor seguridad a los derechos del propietario, a fomentar el desarrollo del crédito territorial, a facilitar el servicio público y a obtener, en beneficio de la clase, las reformas que ésta estime favorables». Pero el primero de esos fines es el que se persigue con mayor interés; en el lenguaje más llano del preámbulo que precede al Reglamento se dice que «la realización del más importante propósito del Cuerpo, que es el de estrechar los lazos de unión

de cuantos le componen, hasta el punto de que cada día crezca el número de los conocidos personalmente y lleguemos a ostentar además del título de compañeros el de amigos, lleva a la Junta a exponer el deseo de que se fomenten las relaciones mutuas con frecuentes reuniones [...]».

La pertenencia a la Asociación es, naturalmente, voluntaria. La Asociación se compone (art. 1.º) «de todos los individuos del Cuerpo, adheridos o que se adhieran a los fines que la informan». Se permite que los aspirantes se incorporen a la Asociación (art. 22). Que el deseo de agruparse es un sentimiento ampliamente compartido lo revela que a los cinco años de crearse la asociación ya pertenezcan a ella 448 de los 487 Registradores.

Los dos únicos órganos de la Asociación son la Junta Central —compuesta por Presidente, Secretario y siete Vocales— y la Junta General —a la que se convocará a todos los Registradores y que se considerará válidamente constituida si concurren, al menos, treinta—. La forma en que la Asociación había de llevar a la práctica los fines previstos no debió de estar muy clara en la mente de los redactores del Reglamento porque nada se dice en él sobre las competencias de esos órganos.

Las cuentas de la Asociación van siendo cada año más favorables: el primer año se ingresan 2.505 pesetas y se gastan íntegramente. En 1912 los ingresos casi duplican los gastos: 4.835 pesetas, frente a sólo 2.873 que bastan para pagar el alquiler, el sueldo del único empleado de la Asociación, cuatro suscripciones a revistas jurídicas y la cuota de afiliación a la *Liga Africanista*. En 1913 se publica una *Memoria* —compuesta en la pequeña imprenta situada en el inmueble vecino al de la Asociación— que desequilibra el presupuesto, hasta el punto de que no puede editarse otra en los años posteriores.

PREOCUPACIONES DE LA ASOCIACION

En la España convulsa del primer cuarto de siglo —violencia anarquista, pronunciamientos militares, depresiones económicas, difícil neutralidad internacional—, ¿cuáles eran las preocupaciones colectivas de los Registradores? Una primera estrictamente formal: la dificultad de discutir los proyectos de reforma con interlocutores tan inestables en la Administración. En veinticinco años, en solo un cuarto de siglo, se suceden treinta y seis Ministros de Justicia y veintinueve Directores Generales de los Registros. Cuando la Junta de la Asociación de Registradores vuelve al Ministerio a tratar una cuestión planteada con anterioridad, encuentra a personas distintas ocupando los altos cargos. Es frecuente tropezar en los documentos internos de la Asociación con el lamento de que un cambio de Gobierno hace caer por tierra los proyectos que se habían emprendido.

Las preocupaciones de la Asociación de Registradores son, en unos casos, técnicas; en otros casos, corporativas, y en otros, personales. Las preocupaciones técnicas: en primer lugar, la corriente desinscribitoria —término que inventa Pazos y hace fortuna— que se percibe en las primeras décadas del siglo; en segundo lugar, la coordinación con el Catastro. Muy certeramente ven los Registradores algo que no se percibe desde los diversos sectores administrativos en que ha estado encuadrado el Catastro: que en materia topográfico-parcelaria lo jurídico es previo a lo catastral; que no hay posible delimitación y determinación de parcelas sin las operaciones previas de deslinde o de modificación objetiva. Cuando en 1926 se crea la Junta Superior del Catastro, la Asociación ve con asombro que al frente de ella se sitúa a un general de Brigada y que entre los veinticinco vocales hay un solo Registrador. A la vista de esta situación se hace una crítica amarga, aunque con algún ribete de humor negro; la cita de esta reflexión puede ser larga, pero la actualidad del razonamiento merece que se transcriba por entero: «El Catastro parcelario-jurídico no pasará de ser una colección de planos deficientemente formados, en los que figurarán casi como accidentes naturales las cercas, setos y algunos linderos más o menos visibles.

Los geómetras, precipitadamente preparados para el manejo de brújulas y taquímetros, saldrán al campo impelidos por la triste necesidad de justificar sus dietas y emprenderán el dibujo de sus recorridos sin tener noción de la diferencia que separa a la propiedad del usufructo, a la enfiteusis del arriendo, a la dote estimada de la inestimada, a la tutela del mandato, al peculio profecticio del adventicio, a la posesión jurídica de la simple tenencia..., y considerarán como una sola diversas fincas que el labrador trabaja como propietario, colono, marido, tutor o padre.

Nuevamente abrirá sus fauces el fantasma del Catastro, aunque con nuevo nombre y acaso peores procedimientos, para tragar millones y millones sin resultados jurídicos ni rentísticos; y cuando dentro de veinte años, si el sistema dura tanto como el que le ha precedido, se haga el balance, el Estado optará por archivar la inútil documentación en el sepulcro donde para entonces ya dormirá el Avance Catastral».

Pero también se viven preocupaciones corporativas: una de las más agudas, la de los Registros que se llamaron «indotados»; desde la Ley de Presupuestos de 1877 se previó una subvención para los Registros cuyos rendimientos anuales no llegasen a las 3.000 pesetas; pero el legislador fue poco a poco reduciendo el importe de las subvenciones hasta suprimirlas. En 1925 había veinte Registros indotados —entre ellos, Teruel y Granadilla de Abona—. El Reglamento Hipotecario de 1910 ordenó el restablecimiento de las subvenciones. Pero como escribió MORELL Y TERRY, es inútil que un Reglamento le ordene algo al legislador. Otras preocupaciones corporativas que se reflejan en documentos de la época es la ausencia de Registradores

en la Comisión de Códigos y la falta de un medio de comunicación y publicidad que relacione a los Registradores.

Hay, por último, una preocupación más personal que corporativa: las prestaciones mutualistas. En 1909, cuando se discutía la segunda Ley Hipotecaria, se decía aún —lo sostuvo VALENTÍN GAMAZO en el Congreso— que no había razón alguna para equiparar a los Registradores a los demás funcionarios públicos, «porque aquéllos tienen una retribución distinta de la de los demás funcionarios del Estado, siendo el público quien les paga, y no es justo que la jubilación recaiga en definitiva contra el Estado». Mejoró la situación el Estatuto de Clases Pasivas de 1926, que atribuyó una pequeña pensión de jubilación y exigió para devengarla veinte años de servicios. Más miserables aún eran las pensiones de viudedad y orfandad: quince céntimos por cada año que el causante hubiera estado en activo.

LA ASOCIACION SE SOMETE A LOS CRITERIOS DEL GOBIERNO. SUSPICACIAS DE LA ADMINISTRACION Y DE LOS REGISTRADORES

Hacia 1915, cuando cesa el tercer Presidente de la Asociación, don DIEGO PAZOS GARCÍA, la Asociación está plenamente consolidada. No sé si es por este afianzamiento de la Asociación —no he encontrado la justificación del precepto y la Exposición de Motivos es poco explícita— por lo que el nuevo Reglamento Hipotecario introduce una norma de extraordinario rigor contra la Asociación: «Para que los Registradores de la Propiedad puedan asociarse o constituirse en colectividad —dice el art. 425 del Reglamento Hipotecario de 1915— será necesaria la autorización expresa del Ministro de Gracia y Justicia, quien sólo podrá concederla si en los Estatutos correspondientes se incluyese una cláusula haciendo constar que la entidad quedará disuelta cuando por motivos de orden público, conveniencia de la clase u otra causa el Ministro de Gracia y Justicia estimase procedente disolverla. Asimismo necesitarán autorización expresa del Ministro de Gracia y Justicia para celebrar Asambleas o reuniones».

El precepto causa perplejidad entre los Registradores y no poca discusión. Hay partidarios de reformar los estatutos y solicitar la autorización. Hay partidarios de ignorar la nueva norma; se esgrime un argumento literalista —la Asociación es anterior al Reglamento y éste se expresa en futuro: «para que los Registradores puedan asociarse...»—, pero desde la Dirección se insinúa que no ha sido ese el propósito del legislador.

Prevalece un criterio práctico: es mejor asegurar la subsistencia y someterse a las nuevas exigencias. El Presidente de la Asociación le advierte al

Ministro, al solicitar la autorización, que «las restricciones reglamentarias son inútiles tratándose de un organismo disciplinado...» Desde la *Gaceta de los Registradores y Notarios* se lanza casi un desafío: «llegada la ocasión, que no ha de llegar, de que un Gobierno atentara contra los intereses o contra los prestigios de éste o de cualquier otro Cuerpo de funcionarios, no faltaría quien gritase ¡viva la libertad!»

EL BOLETIN DE LA ASOCIACION DE REGISTRADORES

Hasta el mes de febrero de 1920 no se haría realidad el deseo de contar con un instrumento que, además de dar publicidad a las inquietudes de los Registradores, sirviera para ponerlos en comunicación. «Con el *Boletín* —dice la primera página del primer número— se llena la aspiración del colectivo de tener un órgano de expresión apto para estrechar más y más los lazos que deben existir entre los compañeros y que al mismo tiempo sirva de defensa a los ideales del Cuerpo, ya que se observa con lamentable frecuencia que es preciso hacerse oír para ser escuchados por los poderes públicos, cada vez más indiferentes respecto de todas aquellas cuestiones que, aunque son de vital interés y de verdadera trascendencia, carecen de actualidad política y no se ostentan con el ruidoso aparato de los problemas que sobre la mesa del gobernante han puesto las cuestiones de orden público».

El *Boletín de la Asociación de Registradores* se publicó regularmente, con periodicidad decenal, a lo largo de cinco años. Su primer director fue el Registrador y tratadista FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA, al que sucedió el también Registrador e hipotecarista NARCISO APARICIO LLOBIT, autor de unos valiosos comentarios a la Ley de 1909. Los 180 números que se publicaron del *Boletín* y que los autores posteriores han mantenido en el mayor olvido son aún en nuestros días una estimable fuente de doctrina registral. Porque el *Boletín* dedicó infatigablemente cuatro o cinco páginas, de las doce de las que nunca pasó, a examinar problemas hipotecarios.

El resto de su contenido informaba sobre las resoluciones de la Dirección y las disposiciones publicadas en la *Gaceta*. Se daba noticia regularmente de los Registros vacantes, con todas sus características: Ocaña, villa con 6.600 habitantes, a 45 kilómetros de Toledo. Ferrocarril de Aranjuez a Cuenca. Hospital, Asilo, Presidio, Colegios de 1.ª y 2.ª enseñanza. 12 Ayuntamientos, 3 Notarías. 3 Oficiales. Media de honorarios anuales del Registro, 13.623 pesetas. Casa, 60 pesetas.

El *Boletín* revela una explicable simpatía de la Asociación hacia el poder constituido. Alaba con entusiasmo a cada Ministro y cada Director con ocasión de su nombramiento. Contribuye con módicas cantidades a los

gastos producidos por la guerra de Cuba, a la suscripción nacional para auxilio de los damnificados por temporales en Africa, a los gastos de la construcción de la Ciudad Universitaria, a costear un monumento a Cervantes y otro a la Reina María Cristiana... Al llegar la dictadura del General Primo de Rivera, la Asociación se desdice de sus adhesiones anteriores y se adhiere fervorosamente al nuevo Régimen: «Nos hallamos en un momento culminante de la historia de España —dice el número 5 del *Boletín*, noviembre de 1923—, en el que con recio empuje se inicia la magna obra de nuestra regeneración nacional. A él nos han conducido los desaciertos e injusticias de las mesnadas políticas que en los últimos lustros han dirigido los destinos del país. Es, pues, el actual un período durante el que los nuevos gobernantes, con la mirada fija en el bien de la patria, aspiran a imponer el interés colectivo sobre el individual, la moralidad en las costumbres y muy especialmente en el manejo de los intereses del Estado, y a que la justicia impere en todos los órdenes de la Administración pública». Y más adelante: «Había grandes abusos que corregir, indisciplina sostenida por la debilidad del poder, falta de autoridad, desquiciamiento del Estado». Y se añade, empezando ya a razonar *pro domo sua*: «Pero en medio de este desbarajuste general, es indudable que hay instituciones buenas, necesarias, bien organizadas, servidas por funcionarios útiles y competentes, rigurosamente seleccionados, que por su índole especial han podido conservarse limpias y sin ser contaminadas de esos vicios y complacencias, que no reclaman ser tratadas por los eficaces procedimientos quirúrgicos que se han de emplear con otros centros o servicios jurídicos». Verde y con asas. Pero como si ello fuera necesario, añade: «Nos referimos, entre otros, a los Registros de la Propiedad».

Se dan las noticias administrativas del Cuerpo con toda cordialidad: «ha sido jubilado nuestro querido compañero X»; «ha sido agregado en comisión al Ministerio de Trabajo el distinguiero compañero Y»; «ha fallecido el registrador Z, persona que disfrutaba de grandes simpatías por su modestia e ilustración, y un funcionario tan competente como asiduo». En la nota necrológica del Registrador GAYOSO ARIAS, autor de un manual de Derecho hipotecario y colaborador de SCAEVOLA en su *Comentario al Código Civil*, aparecen inesperadamente, y desde luego inoportunamente, algunos reproches: «sus *Nociones de legislación hipotecaria* estaban escritas con alguna precipitación [...]. Su temperamento, demasiado vehemente, le incapacitaba para la fría imparcialidad de la crítica [...]. Juzgaba con estrecho criterio la labor de otros compañeros [...]». Pero, ¡terrible error!, GAYOSO no había muerto. En el número siguiente se dice que «el fallecimiento del señor GAYOSO ARIAS, afortunadamente, no ha tenido lugar. Llegó la noticia, comunicada por telégrafo, y fue aceptada como cierta». ¿Olvidaría el superviviente los reproches que se le hicieron creyéndole muerto?

LA SEDE DE MARQUES DE SANTA ANA

La Asociación se instala en una pequeña vivienda de la calle Marqués de Santa Ana, número 7, y en ella permanecerá hasta 1932. La casa se conserva; sobre el portal figura la fecha de construcción: 1878. Está en el corazón del Madrid del siglo XIX, en una calle estrecha y soleada que empieza en la calle del Pez y termina en la de Espíritu Santo. En el tercer piso —el ático— trabajaron las Juntas de la Asociación durante más de veinte años: es un local modesto, de cuatro habitaciones, donde se va formando una pequeña biblioteca —el germen de la actual— a la que van donando libros los Registradores, empezando por los que ellos mismos escriben.

SE CREA LA REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

En 1925 tiene lugar un hecho de capital importancia para la historia del Cuerpo de Registradores: la fundación de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. El Registrador VICENTE CANTOS FIGUEROLA, que había sido Director de los Registros durante unos meses en el año 1913, conocía bien la inteligencia y la originalidad de don JERÓNIMO GONZÁLEZ y creó para él la REVISTA CRÍTICA. Con el apoyo económico de la Asociación se constituyó la sociedad «Publicaciones Jurídicas». Presidió el primer Consejo de Administración —incluso en la época en que fue Ministro de Justicia— el propio CANTOS FIGUEROLA. Pero la Asociación quiso, con acierto, que la REVISTA CRÍTICA no perteneciera a la Asociación misma, sino a los propios Registradores, para vincularles así más directamente a la empresa cultural que la Revista significaba. En una comunicación de la Asamblea dirigida a sus miembros en febrero de 1926, se dice: «La Junta central ha acordado dirigirse a todos los asociados que no hayan suscrito ninguna acción, facilitándoles la oportunidad de incorporarse al movimiento doctrinal que aquella representa para la reforma y perfeccionamiento de nuestro Derecho inmobiliario. El deseo de que una publicación de tanta importancia sea algo propio de toda la colectividad, y no patrimonio de una minoría, explica la conveniencia de que prácticamente se adhieran a ella el mayor número de compañeros».

Diez años después de su creación, la Revista contempla su propia trayectoria: «hemos conseguido vulgarizar los problemas, enfocar las dificultades, mantener el sacro fuego de la doctrina» [...] «nuestras columnas han servido de baluarte a la armonía, dignidad y prestigio de las carreras y Cuerpos» [...]. Se reconoce con orgullo que el capital fundacional de 40.000 pesetas no sólo no se ha consumido —como se auguraba al aportarlo—, sino

que está invertido en títulos con garantía inmobiliaria que permitirían una liquidación inmediata.

La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO no ha desarrollado sólo una estimable función científica, sino que ha servido de vínculo personal entre los Registradores. El mismo año en que se fundó la Revista la Asociación dejó de publicar el *Boletín*, y lo que éste tenía de contenido corporativo pasó a un suplemento semanal de la REVISTA CRÍTICA.

LA REPUBLICA, LA ASOCIACION Y LOS REGISTRADORES

Que la llegada de la República causa preocupación en la Asociación es indudable. Al día siguiente de la proclamación se reúne apresuradamente la Junta directiva, y después de intercambiar «impresiones sobre lo acaecido y sus probables derivaciones y consecuencias» se examinan las actuaciones que habían de desarrollarse. A continuación, la Junta redactó una circular en la que se dirigía a los Registradores; en ella se decía: «en unas circunstancias de la gravedad de las presentes y de su importancia en orden a la vida y al porvenir del país, es preciso que nuestro Cuerpo dé, como lo ha dado siempre, la más alta prueba de civismo, de ecuanimidad y de altura de miras, a fin de aportar su grano de arena a la obra de reconstrucción de España. Y esto sin perjuicio de la opinión política de cada uno, porque sobre todas ellas está el interés nacional. La Junta espera simplemente que cada uno cumpla con su deber».

Ejecutando las actuaciones acordadas, la Asamblea acude a visitar al nuevo Director General de los Registros —ANTONIO GARRIGUES— y al nuevo Ministro de Justicia —FERNANDO DE LOS RÍOS—. Las visitas no son formularias. A ambos, la Junta les testimonia su «adhesión, acatamiento y ayuda», y al Director le entrega un escrito en que se expresan las preocupaciones institucionales y corporativas de los Registradores. A continuación —rasgo que honra a la Asociación—, la Junta visita al Director General de Registros saliente, el último de la monarquía, CAMILO AVILA, para testimoniarle su simpatía y su gratitud. Tratan de saludar al nuevo Ministro de la Guerra —MANUEL AZAÑA—, pero éste no les recibe «por no ser el día de los que tiene señalados para recibir» —actitud y razón muy propias de la displicencia habitual de AZAÑA.

La posición decidida y activa que adopta la Junta queda fielmente reflejada en el escrito que entrega al Director. El escrito tiene interés porque revela las preocupaciones del Colegio en esa época y, también, porque —la historia se repite— sus dos primeros puntos tienen hoy absoluta actualidad. En él se dice: «La Junta Central de la Asociación de Registradores de la Propiedad, al tener el honor de saludar al señor Ministro de Justicia,

se complace en ofrecer el testimonio de adhesión del Cuerpo al Gobierno constituido y la cooperación más sincera para cuantos trabajos o proyectos referentes al Régimen de la Propiedad Inmobiliaria sea necesario emprender.

Al mismo tiempo, incluye a continuación un sucinto anuncio de las cuestiones que atañen al servicio que el Cuerpo desempeña y se juzgan de más perentoria solución.

1.º Derogación del Decreto-ley de la dictadura, por cuya virtud el Cuerpo de oficiales técnicos de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue fusionado con el de Letrados del Ministerio.

Se trata de un Cuerpo especializado en una función delicadísima, distinta de la que desempeñan los demás funcionarios de Justicia, para la que se precisan conocimientos y estudios que no son los de aquéllos, y cuyas resoluciones, y esto es lo más grave, sientan jurisprudencia; y no parece natural encomendarla, como ocurriría al ir desapareciendo los individuos que quedan del Cuerpo extinguido, a personal sin tales aptitudes y nuevo en esos cometidos.

2.º Que en cuanto a las cuestiones que afectan al derecho de propiedad sobre inmuebles, sólo legisle el Ministerio de Justicia, o al menos que lo que de nuevo se estatuya sea con conocimiento y de acuerdo con él. Por no hacerlo así, hay una serie de reglamentos, decretos y aun órdenes que vulneran principios esenciales de Derecho, contenidos en el Código Civil, en la Ley Hipotecaria, etc., dictados por todos los otros Ministerios civiles, y más especialmente los de Fomento y Trabajo, disposiciones que crean conflictos jurídicos difíciles de resolver.

3.º Que si la Asociación de Registradores de la Propiedad y su Junta Central en representación de ella han de llenar la función de asesorar al Gobierno, cuando éste lo desee, en asuntos del régimen inmobiliario y cooperar en cuantos proyectos y reformas tiendan al mismo fin, es preciso que se la reconozca carácter y existencia oficial.

4.º Reingreso por concurso de los Registradores excedentes. Este punto, único que tiene carácter personal, obedece a que, en vigor de la nueva clasificación de Registros, hay excedentes que conforme a las normas que hoy rigen para ese reingreso no les es posible lograrlo por la gran diferencia que existe entre los tipos del actual y los de la anterior».

Pero la República, cuya llegada fue vista con preocupación, resulta ser la época más propicia y eficaz para los Registradores. Las nuevas normas tienen en cuenta el Registro, le atribuyen nuevas funciones o emplean sus funciones tradicionales para fines concretos. En las numerosas disposiciones de la primera época, el Registro aparece como la institución encargada de

su efectividad: desde las más anecdóticas —el Decreto de incautación del capital privado de don ALFONSO DE BORBÓN Y HABSBURGO, la llamada Ley de Expropiación a Delinquentes (los Grandes de España), el Decreto de disolución de la Compañía de Jesús— hasta las más trascendentales —la Ley de Expropiación de Tierras de septiembre del 32, la Ley de Reforma Agraria, la Ley de Arrendamientos Rústicos y otras muchas—. La presencia de Registradores en la vida política es máxima: un Presidente del Gobierno, cuatro Ministros —tres de los cuales coincidieron en el quinto gobierno de Lerroux—, un Presidente del Instituto de Reforma Agraria, un Director General de Reforma Agraria, un Director General de Industria, un Director General del Tesoro, seis Diputados en las primeras Cortes de la República, ocho Gobernadores civiles.

NUEVA SEDE DE LA ASOCIACION

El domingo 23 de octubre de 1932 se inaugura la nueva sede de la Asociación de Registradores: un amplio piso en la sexta planta de la calle Eduardo Dato, número 7 —en la cabecera de lo que hoy es el último tramo de la Gran Vía, el más cercano a la Plaza de España—. La Asociación deja el vetusto barrio de Universidad en el que había permanecido un cuarto de siglo (desde su creación).

No es difícil imaginar de qué se habló en esas «agradables horas de charla», a la terminación de la comida, a las que hace referencia la crónica del acto. Está en su punto máximo la preocupación por los derechos pasivos: el Reglamento de la Asociación deja desamparados a viudas y huérfanos; «con la limosna que atribuye el artículo 19 —escribe un Registrador dirigiéndose a la Asociación—, la familia apenas tendrá bastante para los gastos de enfermedad, los fúnebres y el luto». Se habla también del cese del Presidente, don JULIÁN ABEJÓN, que termina su mandato con el año; se le anima a presentarse a la reelección: su experiencia y su ánimo batallador son una garantía para lograr las reformas corporativas que se están reclamando con insistencia.

EL REGISTRADOR CANTOS FIGUEROLA, MINISTRO DE JUSTICIA

En sólo tres años —de 1932 a 1934— se suceden ocho Ministros de Justicia. Sistemáticamente, la Junta directiva de la Asociación acude a saludarlos después de la toma de posesión y reitera la máxima ambición de los Registradores: tener un Colegio oficial que los agrupe. El proyecto de Decreto está entregado desde hace años en la Dirección y se trata sólo de pedir que se tramite.

En 1934 el Presidente SAMPER nombra Ministro de Justicia a CANTOS FIGUEROLA. Ha llegado la circunstancia propicia. CANTOS, además de una larga carrera política —Director General de los Registros (1913), Director General de Comercio, Industria y Trabajo (1917-1918), Subsecretario de Fomento (1918), Diputado liberal-demócrata, primero, y republicano-independiente, después (desde 1905 hasta 1936, sin interrupción)—, ha participado intensamente en las preocupaciones corporativas, lo que le llevó a la vicepresidencia de la Asociación en los tiempos del segundo mandato de POOLE —de 1927 a 1929—. Cuando la REVISTA CRÍTICA da la noticia del nombramiento, advierte que «el Cuerpo de Registradores sabe muy bien cuánto puede esperar de él en esta ocasión en que sus problemas le son familiares y está convencido de su trascendencia y de la necesidad de acometer su resolución».

A los veinte días de ser nombrado Ministro, la Junta directiva ofrece una comida de homenaje a su ilustre compañero. En el discurso final, «el señor Ministro anunció —dice una crónica del acto— que el proyecto de colegiación de los Registradores podía darse por hecho». Efectivamente, fue así: seis días después —el 18 de mayo— CANTOS FIGUEROLA y el Presidente ALCALÁ-ZAMORA firmaban el Decreto por el que se creaba el Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España, que apareció en la *Gaceta* del día 20. No había retórica en la penúltima frase del preámbulo del Decreto: «con este proyecto se da satisfacción a uno de los anhelos más fervorosamente sentidos por el Cuerpo de Registradores».

VERSOS AL PRIMER DECANO

El entusiasmo es desbordante. El día 21 de mayo se celebra la primera Junta directiva del Colegio, en la que se adoptan los acuerdos de nombrar Decanos honorarios al Ministro CANTOS FIGUEROLA y al Director de los Registros CASTO BARAHONA. El día 30 de mayo la Junta visita al Presidente de la República para agradecerle la firma del Decreto. El día 3 de junio los Registradores ofrecen un homenaje en el hotel Ritz al Presidente de la Asociación y ahora Decano del Colegio, don JULIÁN ABEJÓN. Hay ocho discursos, ¡ocho!, y estos inefables versos que ponen fin a la delirante jornada de camaradería:

¿Quién es quién quién con más tesón
el Colegio propugnó
y en todas partes buscó
de conseguirlo ocasión?

ABEJÓN

Terne y firme con su plan
asediaba a Barahona,
desde prima a la hora nona,
con su inextinguible afán,
DON JULIÁN

Y cuando, con ilusión
su objeto lograr creía,
la crisis se producía,
y tenía un sofocón,
ABEJÓN

Mas los contratiempos dan
a sus arrestos vigor,
y no perdona labor
para conseguir su plan,
DON JULIÁN

Llegó la compensación;
y, entre risas y entre llantos
alegres, contempló a Cantos
de Justicia en el sillón,
ABEJÓN

Ahora maduras están
las uvas —dijo—, y cogiendo
su proyecto, con estruendo
de desatado huracán,
DON JULIÁN

Con la furia del ciclón,
ante el Ministro llegó...
y el Decreto le sacó,
sin la más leve objeción,
ABEJÓN

¡Gloria al insigne varón
y al queridísimo amigo
que logró nuestra ambición!
Decid a un tiempo conmigo:
¡Viva JULIAN ABEJON!

EL DECRETO DE 18 DE MAYO DE 1934

El Decreto de mayo de 1934, de sólo siete artículos, tiene su núcleo en la acertada enumeración de los fines que ha de perseguir el Colegio. El resto de la regulación era insuficiente: atribuía personalidad jurídica al Colegio, pero personalidad privada, no pública y oficial —adjetivos que no aparecerán hasta 1958—; no determina las bases de la organización mutualista.

La relación de fines, contenida en tres apartados, es el germen de los catorce números en que se divide el vigente artículo 6 del Reglamento. Dispuso el artículo 3 del Decreto de 1934 que «serán fines del Colegio:

Primero. La unión y cooperación de sus miembros por medio de subvenciones a los Registros incongruos, auxilios a las familias de los Registradores fallecidos y pensiones a los jubilados y sus familias [...].

Segundo. Prestar al Gobierno, y especialmente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, los informes y servicios que éstos consideren oportunos.

Tercero. Reglamentar el nombramiento y retribución de los Oficiales y Auxiliares de los Registros de la Propiedad, creando el Cuerpo de los mismos sobre la base de la mayor estabilidad [...]».

SEMBLANZA DE DON JULIAN ABEJON, PRIMER DECANO

Sobre la base de algunos rastros escritos, se pueden esbozar unas líneas biográficas de don JULIÁN ABEJÓN. Nació en 1872 en Valls, provincia de Tarragona, donde su padre ejerció un tiempo el cargo de Promotor Fiscal del Juzgado de Primera Instancia. Su abuelo paterno fue archivero de la casa y estados de los Condes de Oñate. Del ambiente de libros y papeles antiguos le vino a JULIÁN ABEJÓN su inclinación al estudio y a la historia. En 1895 obtuvo el título de licenciado en Derecho, con calificación de sobresaliente. Aprobó al poco tiempo las oposiciones a Registrador de la Propiedad y fue destinado a Medinaceli. En ese Registro y en los otros once que desempeñó a lo largo de su vida fue, como se decía entonces, un «funcionario asiduo» que estuvo diariamente al frente de su oficina. Prueba de su conocimiento de las cuestiones del Registro es que una parte de su obra escrita se refiere a aspectos prácticos de la función registral: licencias (*RCDI*, 1945), arancel (*ibid.*, 1942), liquidación de impuestos (*ibid.*, 1945 y 1947), responsabilidad de los Registradores (*ibid.*, 1948). Es muy revelador de su vocación profesional el hecho de que después de jubilado siguiera escribiendo sobre aspectos internos de la profesión.

Sus estudios doctrinales no pasaron inadvertidos en su época, y los

criterios que sostuvo sobre la obligatoriedad de la inscripción, sobre las inscripciones especiales, sobre el expediente de dominio y sobre el Registro Mercantil fueron respetados y compartidos. A los setenta y cinco años escribió un excelente estudio sobre las novedades que introducía el Reglamento Hipotecario de 1947, que acababa de ser aprobado.

A JULIÁN ABEJÓN se deben algunas aportaciones que no deben quedar en el olvido: la instauración del sistema de fichas para la llevanza de índices, la supresión de la firma del presentante en los asientos de presentación, la eliminación de la reseña de cargas en cada inscripción —y su sustitución por la referencia a asientos anteriores—, la atribución de funciones inspectoras al Colegio y la supresión de las categorías de Registros —manteniendo sólo la categoría o clase personal—. Todas estas novedades del Reglamento Hipotecario de 1947 proceden del Anteproyecto de Ley Hipotecaria que redactó durante la República la Comisión Jurídica Asesora. El título que lleva como epígrafe, «Modo de llevar el Registro», fue obra de ABEJÓN.

Aunque era Registrador de Martos desde 1933, se encontraba en Madrid al frente del Colegio cuando empezó la guerra civil. No pudo volver al Registro y vivió esos años en la más absoluta indigencia. Recibió alguna ayuda del Socorro Blanco, admirable servicio, clandestino y perseguido, que dirigía MARÍA PAZ UNCITI. Como Decano de los Registradores fue requerido para contribuir a la recaudación de fondos en favor del ejército republicano que organizó el Decreto de 29 de julio de 1936. El Colegio aportó cinco mil pesetas. Este episodio involucró a don JULIÁN ABEJÓN en un expediente de investigación que se le abrió al terminar la guerra. Pero a los pocos meses de iniciado se autorizó su reincorporación a la carrera.

En 1943 la Junta del Colegio acordó, por unanimidad, nombrar Decano honorario a don JULIÁN ABEJÓN «en consideración a los trabajos realizados en beneficio del Cuerpo, prestados con toda eficacia y altruismo».

PRIMER REGLAMENTO. PRIMERA JUNTA GENERAL

Pero el Decreto de creación del Colegio no era suficiente, por su contenido casi programático. La Junta Directiva sabía que era urgente culminar la regulación del Colegio; la circunstancia propicia podía tornarse en unos días adversa. Una comisión de la Junta directiva del Colegio, integrada por el Decano, el Tesorero y uno de los Vocales, entrega inmediatamente el anteproyecto del Reglamento del Colegio al Director General de los Registros. Hay unas semanas de inquietud porque el Reglamento se retrasa: no aparece en la *Gaceta* de Madrid hasta el día 3 de agosto. La celeridad resultaría luego justificada: el Ministro CANTOS FIGUEROLA sería cesado el día 4 de octubre.

En el verano de 1934 la actividad del Colegio es febril. Se redacta el Reglamento orgánico del personal auxiliar de los Registros, se nombra una comisión para el estudio de la mutualidad, se convocan elecciones en todas las provincias para cubrir los cargos de Delegados y Subdelegados provinciales.

Pero queda todavía, para que el Colegio se desenvuelva con plena normalidad, ensayar el funcionamiento de la Junta general: la reunión de la Junta directiva con todos los Delegados. El acontecimiento se espera con una expectación que desde la perspectiva de hoy resulta exagerada. Y la fecha se retrasa: la Junta general no tendrá lugar hasta diciembre de 1935. La reunión dura tres días: en ella se aprueba un anteproyecto de Reglamento orgánico del personal auxiliar, se acuerdan las líneas generales de las mutualidades de Registradores y Oficiales y se decide solicitar la creación de once nuevos Registros. La Junta no sólo no ha defraudado las desproporcionadas expectativas, sino que produce entre los Registradores un extraordinario entusiasmo. Las palabras con que se la describe son grandilocuentes y apasionadas: «magna jornada», «primera y gran cruzada hipotecaria», «magnífico ensayo de lo que es y de lo que puede ser el régimen corporativo profesional aplicado al ordenamiento jurídico-hipotecario».

EL COLEGIO DURANTE LA GUERRA CIVIL

En los meses anteriores a la gran tragedia nacional, la vida del Colegio discurre sin sobresaltos. En los primeros días de marzo de 1936 tiene lugar el segundo cambio de sede: se abandona la Gran Vía y se alquila un piso en la calle de los Caños, número 2, casi esquina a la plaza de la Opera.

Este es el último acto colegial que se conoce de las fechas anteriores a la contienda. En plena guerra se producirán dos relevos en el Decanato. En 1938, y por «orden comunicada» de la Junta Técnica del Estado de 20 de marzo, se designan los miembros de la Junta del Colegio de Registradores, poniendo al frente de ella a don JOAQUÍN NAVARRO CARBONELL. En ningún momento de la historia del Colegio había sido nombrada la Junta por una resolución de rango tan elevado: un acuerdo del órgano que desde la Ley de 1 de octubre de 1936 hacía las veces de Consejo de Ministros. La participación de NAVARRO en los trabajos de la Asociación y luego del Colegio había sido intensa: fue Vicedecano durante los primeros meses de 1934 y Vocal desde la creación del Colegio. Pero su colaboración más intensa y esforzada se desarrolló en comisiones legislativas: a él se debe buena parte del proyecto de Ley de Reforma Agraria de 1932.

Durante la guerra se produciría un segundo relevo en el Decanato:

durante 1939 y los primeros meses de 1940, RAMÓN CORTIÑAS RIEGO estuvo al frente de un Colegio fragmentado y ambulante. No hubo elección para su nombramiento; una escueta noticia informa que «por dimisión que del cargo de Decano ha presentado don JOAQUÍN NAVARRO CARBONELL, ha sido nombrado para el mismo don RAMÓN CORTIÑAS RIEGO, Vocal 1.º que era de la expresada Junta».

A los tres Decanos que dirigieron el Cuerpo de Registradores en las adversas circunstancias de la guerra civil se debe uno de los capítulos más admirables de la historia del Colegio: la creación del *Boletín del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad*, del que se publicarían catorce números, desde mayo de 1937 hasta enero de 1940. El Boletín informó puntualmente de todas las novedades legislativas y de las trece resoluciones que se dictaron durante la guerra. Cuando en 1966 vuelve a publicarse el Boletín del Colegio se comete la enorme ingratitud de no recordar esta etapa.

El Colegio no actuó en la zona republicana a pesar de que su domicilio oficial estaba en Madrid. Los fondos del Colegio fueron incautados y destinados a fines distintos. En algunas regiones, como el País Vasco, todos los libros fueron extraídos de los Registros y trasladados a otro lugar. Una Orden de 13 de octubre de 1937, dictada a instancia de los Registradores de la Propiedad de Valmaseda, Amurrio y Bilbao, regula la forma de extender los asientos «en tanto no se recuperen los libros entregados por el Gobierno de Euzkadi a las autoridades francesas». La atención a los Registros fue, además, parcial: sólo los Registradores que por razón de edad no fueron movilizados permanecieron al frente de sus oficinas.

Muy distinta fue la situación de los Registros en la llamada zona nacional. Una disposición de extraordinario interés —la Orden de 20 de septiembre de 1936— impone a todos los Registradores que se mantengan o se reintegren a sus Registros, con independencia de su situación militar. Según el preámbulo de esa Orden, «las misiones que tienen a su cargo [...] los Registradores de la Propiedad son de capital importancia para el desenvolvimiento de la vida nacional, y es ineludible, por ello, prestarles toda la atención y asiduidad precisas en evitación de los múltiples problemas que a la sociedad crearía su dejación [...]. Atendiendo a ello, la Junta de Defensa Nacional ha tenido a bien disponer que [...] cuantos Registradores de la Propiedad tengan sus destinos dentro de la zona ocupada por el Ejército nacional y se hallen formando parte de milicias, militarizados, o prestando servicios voluntariamente a las órdenes de cualquier autoridad militar cesen en esos cometidos, reintegrándose al desempeño de sus cargos profesionales antes del día 1 del próximo mes de octubre».

El Colegio, que tuvo su sede primero en Burgos —calle San Juan, núm. 56— y desde julio de 1938 en Vitoria —calle Olaguibel, núm. 12, y luego

(desde septiembre) en Postas, núm. 25—, desarrolló durante la guerra una extraordinaria actividad. Hay constancia explícita de quince reuniones de la Junta directiva del Colegio durante los tres años de guerra. El contenido de estas reuniones es generalmente la concesión de pensiones extraordinarias a las familias de Registradores fallecidos, la organización de las interinidades de los Registros vacantes, la gestión de la incipiente y casi fáctica mutualidad, y el estudio de diversos proyectos: inspección y división de Registros, personal auxiliar, reconstrucción de los Registros destruidos. Pero la actividad de la Junta debió de ser muy superior si se atiende, por un lado, a las diversas consultas elevadas por el Decano al Jefe del Servicio Nacional de los Registros y del Notariado, y por otro, a las numerosas disposiciones de carácter registral que se dictaron en la época y que por su tecnicismo hipotecario y por su conocimiento interno de las oficinas sólo podían proceder de borradores o proyectos redactados por el Colegio: la Orden sobre concursos para la provisión de Registros vacantes, de 26 de diciembre de 1936; la Orden sobre inscripciones en Registros destruidos, de 30 de diciembre de 1936; la Orden sobre anotaciones preventivas por causa de imposibilidad, de 3 de febrero de 1937; la Orden sobre prórroga de vigencia de asientos, de 24 de marzo de 1937, y de manera especial, la Orden de 20 de febrero de 1939, que aprueba las Bases para la ordenación jurídica y económica de la Mutualidad Benéfica de los Registradores de la Propiedad y de su personal auxiliar. De estos años es otra disposición registral sobre los bienes de don Alfonso de Borbón y Habsburgo-Lorena. Por Decreto republicano de 13 de junio de 1932 se ordenó que todos los bienes del «ex rey» don Alfonso de Borbón se inscribieran en el Registro a favor de la Dirección General de Propiedades. Por una Orden de 28 de diciembre de 1938 se dispuso que los Registradores de la Propiedad cancelaran de oficio «cuantas anotaciones e inscripciones se hubieren practicado en los Registros de la Propiedad después del 14 de abril de 1931 sobre los bienes y derechos de don Alfonso de Borbón y Habsburgo-Lorena».

EL COLEGIO VUELVE A MADRID. BALANCE Y RECUPERACION

Cuando el Colegio vuelve a Madrid se instala, primero, en la calle Eduardo Dato, número 21, y desde enero de 1940, en otro número, el 6, piso cuarto, de la misma calle, que entonces se llama avenida de José Antonio.

El particular balance de la contienda que tiene que hacer el Colegio es el siguiente: veintidós Registradores muertos en el frente o asesinados —entre ellos el que fue Presidente de la Asociación de Registradores y Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA, asesinado en septiembre de 1936—, más de

veinte Registradores separados o destituidos, noventa y tres Registros arrasados.

Con el tiempo vuelve la normalidad. Los Registradores inician una tertulia, cada vez más concurrida, en el café «El Oro del Rhin», en la plaza de Santa Ana. Vuelven a hacerse versos, y para festejar la jubilación de un Registrador le dicen, definiendo también en rios la profesión:

Sincero, noble y cordial,
como navarro cumplido,
en la profesión ha sido
un Registrador cabal,
de aquéllos que ya se han ido.

De aquellos Registradores,
sobre todo caballeros,
que fueron nuestros mayores;
entre pares, los primeros,
y entre buenos, los mejores.

No fue un severo censor
gozoso con denegar
por mínimo pormenor;
mas nunca dejó pasar
malicia, fraude ni error.

Calificó esencia y formas
sin escrúpulos monjiles
ni cortapisas pueriles,
pero acatando las normas
registrales y civiles.

Fue siempre fiel a sí mismo
y dio fe de cristianismo;
que en la aplicación diaria
de la Ley Hipotecaria
nunca olvidó el catecismo.

Ajeno a arbitrariedades,
fue de todos compañero
sin reparar en edades;
y si ha ganado dinero,
más ha ganado amistades.

A su proceder austero
en lo que excitó pasiones,
hoy responde el Cuerpo entero
con el cariño sincero
de todas las promociones.

Probó que en él no era vana
esa camaradería
que a todos une y hermana,
¡al no faltar ningún día
a la plaza de Santa Ana!

Y a otro jubilado, como a muchos, le hacen también versos, lo que vuelve a aprovecharse para hacer referencias profesionales:

Ahí está Tena: flamante,
más tieso que un espadín,
más joven que... Marilyn
y más ágil que un danzante.
Tiene, como un estudiante,
la inteligencia despierta;
cuando califica, acierta
con el defecto esencial:
Ni es un «ogro registral»
ni tiene la manga abierta...

Ignoro que sensación
será la de jubilarse
(algo así como marcharse
sin terminar la función).
Pero tengo la impresión
de que no debe dar pena
dejar de ver escrituras,
cuando se tienen «hechuras»
como para ir de verbena...

UNA JUNTA DIRECTIVA IMPUESTA

En 1940 el Gobierno invade normativamente la dirección del Colegio, que en su corta historia, y en su larga prehistoria como Asociación y antes como Montepío, se había regido por rigurosa votación entre Registradores.

En el preámbulo del Decreto de 26 de julio se declara que los importantes fines que ha de desarrollar el Colegio «aconsejan reunir en su Junta directiva un número ponderado de individuos del Cuerpo en los que se den las máximas cualidades de competencia y adhesión al Glorioso Movimiento Nacional, precisas para responder tanto a la confianza de sus compañeros como a las garantías de acierto en la resolución de los diversos asuntos técnicos que se les someten». Una Orden del Ministerio de Justicia de 19 de septiembre nombra a todos los miembros de la Junta, poniendo al frente al general de Brigada, Subdirector de la Escuela Superior del Ejército y Registrador de la Propiedad, don EDUARDO DE FUENTES CERVERA.

La presencia del general FUENTES CERVERA en cabeza de los Registradores fue providencial: hizo que la rigurosa depuración que se produjo en otros Cuerpos no dejara apenas huella entre aquéllos. FUENTES se había ensayado ya en esas actuaciones protectoras unos años antes, en 1937. Yo guardo con particular aprecio una copia del informe que FUENTES CERVERA, entonces Teniente Coronel de Estado Mayor y Ayudante del General-Jefe del Ejército del Centro envió al instructor del expediente de depuración de don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Se acusaba a don Jerónimo de «izquierdista, afecto al Frente Popular e íntimo amigo de Azaña». El expediente, que no termina de tramitarse hasta el 22 de junio de 1939 —después de casi dos años de acusaciones y pesquisas—, se archiva sin sanción, y ello es debido, en buena parte, al informe de FUENTES CERVERA. En él dice el militar y Registrador que «D. Jerónimo González Martínez, *con el que le une la amistad y el respeto afectuoso de un discípulo para su Maestro* [estas palabras causan especial efecto en el expediente: en el cuaderno de extractos están subrayadas], al que conoce desde hace más de doce años, le merece por su conducta pública y privada el máximo respeto. Por su vastísima cultura, su probidad como funcionario y su rectitud como Juez es persona que destaca entre las de mayor valía con verdadera notoriedad».

Durante el mandato de FUENTES CERVERA se aprueba el segundo Reglamento del Colegio, marcadamente intervencionista. Al Reglamento precedió un Decreto que sentaba las bases de la reforma. Estas bases eran tres: «Primera. Refundición en un solo Reglamento de las disposiciones que regulan actualmente el Colegio Oficial y la Mutualidad Benéfica de los Registradores de la Propiedad y su personal auxiliar. Segunda. Creación del nuevo servicio del Centro de Estudios Hipotecarios para fomentar los estudios de Derecho inmobiliario y su divulgación. Tercera. Rectificación de preceptos de carácter mutualista, bien para ampliar los beneficios de este tipo, bien para hacer recaer el gravamen que impone la aportación de los mutualistas solamente sobre los honorarios líquidos que éstos perciben».

Pero donde se percibe el intervencionismo —un intervencionismo que el Colegio no conseguirá sacudirse hasta los últimos años de la década— es

en el segundo Reglamento, de 17 de diciembre de 1941: «la designación de los miembros de la Junta se hará por el Ministro de Justicia» (art. 14); «el ilustrísimo Sr. Director General de los Registros podrá, siempre que lo estime oportuno, convocar y presidir, con voz y voto, las sesiones de la Junta directiva, sean cualesquiera los asuntos que hayan de examinarse o resolverse» (art. 16); «*bajo la presidencia del Ministro de Justicia se crea en el Colegio un Centro de Estudios Hipotecarios*» (art. 28)...

Sería erróneo tener una imagen de EDUARDO DE FUENTES, general y Registrador, que prescindiera de su aspecto intelectual. Fue hombre estudioso y dejó prueba de su seria capacidad de investigación en su extenso estudio sobre la naturaleza jurídica de la electricidad, en el que analizó con detalle el régimen que debía darse al contrato de suministro de energía eléctrica.

EL CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS INICIA SUS ACTIVIDADES

El 3 de marzo de 1942, a las siete de la tarde, se inician las actividades del Centro de Estudios Hipotecarios. El Ministro de Justicia, don ESTEBAN BILBAO, en cumplimiento de la función que le atribuye el Reglamento del Colegio, preside la conferencia inaugural. El acto se celebra en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El bibliotecario del Colegio —vocal de la Junta según el recién estrenado Reglamento—, AURELIO RODRÍGUEZ MOLINA, y bajo el misterioso título «Otra posición doctrinal en el estudio del concepto de Derecho inmobiliario», expone sus ideas sobre la materia. Don BIENVENIDO OLIVER está totalmente equivocado, sostiene el conferenciante; el Derecho inmobiliario no es Derecho civil, porque a éste le repugnan las adquisiciones a *non domino* que son características del primero; la Ley de 1861 ha creado nuevas relaciones jurídicas inmobiliarias, caracterizadas por la legitimación registral; debe volverse a la expresión Derecho hipotecario: la hipoteca no es una parte del sistema, sino su culminación: todo el sistema es necesario para que la hipoteca pueda constituirse y desenvolverse.

Pero los primeros pasos del Centro de Estudios Hipotecarios son lentos y dificultosos. En junio de 1942 se convoca un concurso, con un tema de larguísimo enunciado: «Naturaleza jurídica del derecho del arrendatario en los arrendamientos de fincas rústicas, según el Derecho español histórico y vigente. La inscripción del derecho del arrendatario en el Registro de la Propiedad o en el Especial de Arrendamientos, ¿influye en la determinación de su naturaleza?» No hay rastro del resultado de este concurso, al que debía concurrirse antes del 30 de septiembre del mismo año, plazo brevísimo para tan prolija materia.

Durante nueve años el Centro permanece en riguroso silencio. Hasta 1951 no se convoca el primer ciclo de conferencias, que tiene lugar en la sede del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Hablan CIRILO GENOVÉS («Directrices iniciales y evolución posterior del régimen inmobiliario español»), RAFAEL RAMOS FOLQUÉS («La tradición y el modo»), ANTONIO HERNÁNDEZ GIL («Algunos problemas en torno a la posesión»), ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU («Las condiciones y el Registro de la Propiedad»), RAMÓN DE LA RICA («Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico»), ARTURO GALLARDO RUEDA («El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica») y RAMÓN ROCA SASTRE («Imperfecciones hipotecarias»).

A los pocos meses, en febrero de 1952, se inicia el segundo curso de conferencias, en el que participan JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ («Débito y responsabilidad»), ANTONIO RÍOS MOSQUERA («De la fiducia a la hipoteca mobiliaria»), MANUEL AMORÓS GOZÁLBEZ («Derecho hipotecario hispanoamericano»), NICOLÁS PÉREZ SERRANO («Registro y realidad»), FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ («Calificación registral»), MANUEL VILLARES PICÓ («Principios hipotecarios en nuestra Ley de 1861. Sus precedentes y evolución»), ANTONIO HERNÁNDEZ GIL («Registro y posesión») y VALERIANO DE TENA («Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad»).

Después de este brillante arranque el Centro abandona su actividad y no la reanuda ya —aunque ahora de manera definitiva— hasta que el Reglamento de 1958 crea el cargo de Director del Centro de Estudios Hipotecarios, suprimiendo la presidencia —que la práctica había demostrado formularia— del Ministro de Justicia.

CIRILO GENOVES, DECANO

Una Orden Ministerial de 17 de junio de 1943 nombra Decano a CIRILO GENOVÉS AMORÓS. Será el último nombrado gubernativamente. Bajo su mandato se reforma el Reglamento del Colegio y entre otros preceptos el que regula la elección de la Junta (art. 13), que se inspira en las ideas originarias del Reglamento de 1934, aunque ahora se dictan reglas muy precisas sobre el proceso electoral (art. 14). Pero la novedad normativa más destacada que se produce en estos años en relación con el Colegio es la incorporación de su regulación básica a la legislación hipotecaria. Aunque muy escuetamente y en un solo precepto, la Ley Hipotecaria de 1946 incorpora al régimen sustantivo del Registro la entidad corporativa de los Registradores. Era, sin duda, un motivo de satisfacción. El Colegio de Registradores pasa a ser un capítulo de los tratados de Derecho hipotecario y un tema de legislación hipotecaria en los programas de oposición. La redacción del artículo 295 de la Ley podía haber sido más afortunada: no

estaba en la voluntad del legislador dejar al Reglamento interno la decisión sobre la existencia del Colegio —entre otras razones porque el Colegio aparece nombrado en la disposición adicional 3.ª de la Ley de Reforma de 1944—, pero literalmente lo dice así —«reglamentariamente se determinará la existencia, organización y medios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad [...]»—. El Reglamento Hipotecario de 1947 incorpora con más detalle el régimen del Colegio: trata de concretar su naturaleza (art. 560) —aunque no acierta en el intento, a diferencia de la reforma de 1958—; y estructura su jerarquía en Junta, Delegados y Subdelegados (art. 561); y señala sus fines (art. 562).

El mérito del Decano CIRILO GENOVÉS no es el de haber estado en el cargo al tiempo que se hacían estas decisivas reformas normativas, sino ser el autor personal de ellas. Siendo Decano formó parte de las comisiones redactoras de la Ley de Reforma de 1944, de la Ley Hipotecaria de 1946 y del Reglamento de 1947 en representación de los Registradores. Su mandato, de 1944 a 1949, duró lo mismo que el período de reforma registral. Al culminar la tarea, que desempeñó, según SANZ FERNÁNDEZ, de forma «brillante y desinteresada, inspirándose en elevados problemas técnicos y científicos, en la vida práctica de nuestros Registros y en la defensa de los intereses generales del Cuerpo de Registradores de la Propiedad», no quiso prolongar su permanencia en el cargo.

EL COLEGIO, HACIA SU IMAGEN ACTUAL

Al concluir la segunda etapa CORTIÑAS, en 1956, comienza —por decirlo con una expresión rápida— la edad moderna del Colegio. Aunque las reformas no se producirían hasta 1958, es en los dos años anteriores cuando se estudian y elaboran. Coinciden estos años con el Decanato, breve pero fecundo, de don RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

La imagen actual del Colegio empieza a perfilarse ya en el Decreto de bases de 28 de marzo de 1958. De él proceden tanto los preceptos del Reglamento Hipotecario que hoy regulan el Colegio como el vigente Reglamento interno. Lo que sorprende es que conteniendo esas bases una regulación precisa se hayan trasladado de manera distinta a uno y otro Reglamento, y lo que es más lamentable, sin recoger las bases en toda su amplitud. Desarrolladas ya las bases, es evidente que carecen hoy de todo valor normativo y por tanto su mayor amplitud es, en la práctica, ineficaz.

La finalidad del Decreto de bases —y por tanto de toda la reforma colegial de 1958-1959— es, según su Preámbulo, «robustecer la vida corporativa en todos sus aspectos disciplinarios, de previsión y prestigio de la función registral» y «dar armonía y unidad a la legislación dispersa» sobre

el Colegio de Registradores. Las 16 bases tienen como contenido exclusivo —tras determinar con precisión la naturaleza del Colegio— la enumeración de los fines que éste debe perseguir.

Del Colegio no se dice ya, vagamente, que es «un órgano corporativo con la consideración de persona jurídica», sino que es «una Corporación de carácter público y oficial». Al Colegio se le atribuyen nuevos fines: establecer y administrar el servicio de responsabilidad civil, ejercer la jurisdicción disciplinaria sobre Registradores y personal auxiliar, representar al Cuerpo ante los Tribunales y la Administración, formular consultas en cuanto se refiere a las funciones encomendadas a los Registradores.

El tercer Reglamento del Colegio se aprobó por Orden de 15 de octubre de 1958. La primera diferencia externa con el segundo Reglamento —de 1941— es la adición de dos anexos, destinados a regular el estatuto del personal auxiliar de los Registros y el servicio de responsabilidad civil de los Registradores. El articulado del nuevo Reglamento es más extenso y detallado: se modifica la composición de la Junta, añadiendo como vocal al Director del Centro de Estudios Hipotecarios y suprimiendo de su composición al Vicesorero, Vicesecretario, Contador y Bibliotecario; se crea la figura del Delegado regional, y se determinan las atribuciones de la Asamblea, órgano que aún aparece perfilada con cierta excepcionalidad: tiene una mera función fiscalizadora; está subordinada en su actuación a las iniciativas de la Junta; sólo ha de reunirse obligatoriamente una vez al año. Pero las principales reformas del tercer Reglamento se centran en el régimen de previsión: se incrementan los beneficios que concede la Mutualidad y, correlativamente, se aumentan las aportaciones económicas de los mutualistas.

EL DECANO RAMON DE LA RICA Y LOS REGISTRADORES

La breve presencia de DE LA RICA en el Decanato puede oscurecer su inapreciable servicio al conjunto de los Registradores. Inmediatamente antes de ser elegido Decano, RAMÓN DE LA RICA había sido Vicedecano durante seis años, los mismos que CORTIÑAS, en todo su prestigio, pero ya cansado, enfermo y al borde de la jubilación permaneció al frente de la Junta. La función de DE LA RICA en esas circunstancias es fácilmente imaginable.

DE LA RICA representó a los Registradores en casi todas las Comisiones legislativas y reglamentarias de Derecho privado a lo largo de un cuarto de siglo: desde la Ley de Arrendamientos rústicos de 1935 hasta la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959. Este conocimiento directo de las normas hace que sus obras de exégesis normativa —*Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria* (1946), *La nueva reglamentación hipotecaria* (1947),

Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario (1948), *Comentario a la reforma del Reglamento Hipotecario* (1959)— sean, como interpretación auténtica, de extraordinaria utilidad práctica. Pero su labor científica tiene también un aspecto general y sistemático: con dos valiosas monografías —*Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario* (1950) y *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario* (1962)— ha marcado una orientación a nuestro sistema de la propiedad inmueble en la que aún se debe seguir.

Al cesar en el Decanato comenzó su *cursus honorum*: Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1962, en la vacante del catedrático NICOLÁS PÉREZ SERRANO, y Vocal de la Comisión General de Codificación pocos meses después. En 1964 recibió la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort. En todas las instituciones de las que formó parte defendió con objetividad al Registro. «A la profesión de Registrador de la Propiedad —dijo en una conferencia ya lejana, pero que no ha perdido actualidad (“El Registrador de la Propiedad. Presente y futuro de la profesión registral”, Paraninfo de la Universidad de Oviedo, 1955)— he dedicado mi vida entera, no sólo en el desempeño de Registros, sino a través de mi actuación en libros, conferencias y monografías, en Tribunales de oposiciones, en las Comisiones legislativas de que he formado y formo parte, y en el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, a cuya directiva pertenezco desde hace años».

EL COLEGIO CONMEMORA EL CENTENARIO DE LA LEY HIPOTECARIA

Durante el Decanato de FRANCISCO CERVERA y JIMÉNEZ-ALFARO tienen lugar dos destacados acontecimientos culturales: la celebración del centenario de la Ley Hipotecaria y la celebración del primer congreso de Derecho registral. Aperturas solemnes, discursos, clausuras, y lo que es más importante: dos gruesos volúmenes con ponencias destinadas a una y otra celebración, que constituyen una aportación doctrinal que sigue siendo útil.

Pero «¿estamos para centenarios?», se preguntaba en esa ocasión DE LA RICA recordando al ORTEGA que no quería celebrar el centenario de GOETHE. Porque bastante trabajo tenemos con construir el presente, razonaba ORTEGA, y porque «en las fiestas de centenario el rico heredero repasa complacido el tesoro que los siglos han ido destilando. Pero es triste, depresivo, repasar un tesoro de monedas despreciadas». Y proponía DE LA RICA, prolongando la metáfora de ORTEGA: «tratemos de constatar la valoración real del tesoro que aquellos legisladores nos legaron y de aquilatar si todavía hoy conserva su inicial valor».

Las ilusiones del legislador de 1861 han quedado, en parte frustradas; «creyeron —escribe DE LA RICA— que el nuevo sistema se generalizaría y tendría práctica aplicación en todo el territorio del ámbito nacional; resulta patente que su propósito no ha sido plenamente logrado en el transcurso de los últimos cien años: aun quedan vastas zonas y extensos términos que permanecen indiferentes, cuando no hostiles, al sistema registral». «Hay una masa de propiedad no inscrita y que probablemente no se inscribirá nunca, aun cuando la Ley, de espaldas a la realidad, lo ordenase. Esa propiedad necesita diferente Ordenamiento jurídico-registral, y ahí queda anunciada una labor legislativa del futuro». Hay también, escribe este autor, «fincas que desertan del Registro, que calladamente huyen de la publicidad y tornan, por una u otra causa, al sistema de la clandestinidad, dejando en los folios registrales, a modo de cadáveres insepultos, numerosas fincas cuyo tracto sucesivo ha quedado interrumpido o roto en alguna transmisión».

Pero a pesar de esas deficiencias del sistema, «nuestro Registro —concluye DE LA RICA— puede servir perfectamente para cumplir las finalidades que pretendieron sus creadores y, al mismo tiempo, para cumplir las exigencias de las nuevas necesidades sociales [...]. Ha dado seguridad y certeza al dominio creando las condiciones necesarias para la creación y difusión del crédito territorial; ha contribuido a fomentar la riqueza privada y a evitar los inacabables pleitos inmobiliarios de otras épocas, y ha permitido la circulación y el comercio de los bienes inmuebles mediante la iniciativa privada. Pero también ha colaborado en incrementar la riqueza pública, sirviendo de instrumento a la Hacienda; ha hecho posible la lucha contra el minifundio y la adscripción de fincas a una familia; ha abierto cauces prácticos y seguros para defensa de los derechos de arrendatarios e inquilinos al acceso de la propiedad mediante los derechos de tanteo y de retracto; ha permitido, aun antes de regularse por la ley, la creación de la llamada «propiedad horizontal», y ha permitido, mediante la fe de las inscripciones, la financiación por el Estado o por los organismos oficiales de los bloques urbanos que tienden a atenuar el problema de la vivienda. El cumplimiento de todas estas finalidades, muy diferentes a las iniciales de 1861, aseguran la pervivencia de la institución registral, flexible y adaptable a las circunstancias de la evolución jurídica».

En este clima de conciencia de las deficiencias del sistema, pero también de ilusión por la utilidad del Registro, se celebró el centenario de la Ley del 61. El Decano CERVERA tuvo la idea de «movilizar a compañeros de los tres Cuerpos procedentes de la Ley Hipotecaria: Letrados de la Dirección General, Registradores de la Propiedad y Notarios con el objetivo concreto de informarnos a todos —directamente y al día— acerca de la actuación efectiva de los Registros de la Propiedad en Europa». Y así, fueron MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, a Francia; PÍO CABANILLAS, a

Italia, y ANGEL DE LA FUENTE JUNCO, a Portugal, y sus estudios se publicaron también, en dos volúmenes, como conmemoración del centenario.

EL PRIMER CONGRESO DE DERECHO REGISTRAL

Para abrir la conmemoración del centenario a los profesores españoles y extranjeros y «para someter al conocimiento y deliberación de los juristas de todo el mundo los problemas y las inquietudes que aporta el Derecho registral» —como indicó la convocatoria— se organizó un Primer Congreso de Derecho Registral. Con el tiempo, este primer Congreso se convirtió en único, porque al comenzar pocos años más tarde los Congresos Internacionales de Derecho Registral se vio que tenía poco sentido convocarlos también de ámbito nacional.

Al Congreso vino como gran figura extranjera el célebre profesor BOULANGER, de la Universidad de la Sorbona. Al profesor BOULANGER —al que se agasajó con el mayor esmero durante su estancia en España— no debió de preocuparle demasiado el aspecto intelectual de su viaje e improvisó una conferencia deshilvanada y superficial, y —cosa extraña en las publicaciones científicas y, también, conducta extraña con un invitado— a continuación del texto de la conferencia el Colegio publicó una crítica implacable: «el profesor BOULANGER nos defraudó con su conferencia. Las causas de ello fueron, quizá, un absoluto desconocimiento de la competencia del auditorio español y de nuestro sistema registral. Aparte de la descuidada falta de preparación del conferenciante. Los defectos de la conferencia, principalmente, fueron: A) Absoluta falta de sistemática para exponer el llamado sistema francés. B) Imperfectos antecedentes históricos. C) Omisión de la Ordenanzas fundamentales, como las de 7 de enero de 1959, que coordinan la Ley del 55 con el Código Civil. D) Falta de una crítica adecuada y técnica del antiguo y nuevo sistema y del principio del «tracto sucesivo». E) Falsa apreciación de lo que significa para un perfecto sistema inmobiliario el principio de legalidad». No creo que le enviaran al profesor BOULANGER un ejemplar del libro sobre el Primer Congreso de Derecho Registral.

Al margen de esta anécdota, muchas de las ponencias del Congreso —luego recogidas en el libro— conservan hoy interés, y especialmente las dedicadas al Registro de bienes muebles, aún pendiente de regulación. En las conclusiones del Congreso se articulan 25 bases que pueden servir de inspiración a la regulación futura.

En la clausura del Congreso, el Ministro ITURMENDI dijo cosas de interés, en especial una frase que la REVISTA CRÍTICA publicó en cursiva para resaltarla: «la inscripción, en efecto, se ofrece como resultado final de un ver-

dadero proceso hipotecario, en que el Registrador, a la vista del título y del historial inscrito de la finca, se pronuncia sobre la eficacia y existencia del negocio. Ello mueve a pensar en lo autorizado de posiciones doctrinales en las que la consecuencia de la argumentación anterior es la aproximación de la calificación registral a una actuación cuasi-jurisdiccional específica, declarativa de derechos con eficacia civil y no meramente administrativa».

EL COLEGIO ADQUIERE LA «REVISTA CRÍTICA»

En diciembre de 1963 se produce la disolución de la sociedad «Publicaciones Jurídicas», creada por CANTOS FIGUEROLA y don JERÓNIMO GONZÁLEZ, por virtud de la cesión del activo y del pasivo de la sociedad al Colegio de Registradores, cesión que acepta su Decano, don PEDRO CABELLO DE LA SOTA, en escritura autorizada por el Notario y Registrador don MANUEL AMORÓS GOZÁLBEZ el 29 de abril de 1964. Se nombra liquidadores de la sociedad disuelta a don PABLO MARTÍNEZ DE LA CUEVA, don NARCISO DE FUENTES SANCHIZ y don PEDRO CABELLO DE LA SOTA. La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO pasa a depender jurídicamente del Colegio. Al poco tiempo se designa el primer Consejo de Redacción, para el que se nombra presidente a RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE y secretario a LUIS DÍEZ-PICAZO.

Con la llegada al Colegio, la REVISTA CRÍTICA amplía su ámbito. En una nota preliminar al primer número de la segunda época se dice que «la especialización en materia de *Derecho inmobiliario* la entiende la Revista en el sentido más amplio posible, pues, en definitiva, *Derecho inmobiliario* no significa otra cosa que toda la ordenación jurídica de los bienes inmuebles. Caben, por ello, dentro del rótulo de la Revista, multitud de temas y de cuestiones que se sitúan en partes separadas del sistema jurídico y que son consideradas como cuestiones de Derecho civil, de Derecho registral, de Derecho notarial, de Derecho administrativo, de Derecho tributario, de Derecho agrario, etc.» Se dice también que la Revista «aspira a conservar su sentido eminentemente *crítico*, pero conjugándolo con una preocupación seria por servir a finalidades esenciales *prácticas*. Se trata, de este modo, de que la Revista sea un vehículo de difusión de preocupaciones intelectuales de orden jurídico, bien sean de talante excesivamente doctrinal y teórico —obras monográficas— o bien posean un mayor sentido profesional y práctico inmediato».

Las cuestiones exclusivamente corporativas, que se trataban en los *Suplementos* de la REVISTA CRÍTICA, se trasladan a una nueva publicación, el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*. En la nota introductoria al primer número del Boletín —enero de 1966— se dice que «el Boletín será meramente informativo y, por tanto, ajeno a todo trabajo doctrinal», trabajo

que tiene su ámbito propio en la REVISTA CRÍTICA. El propósito no se ha cumplido, y ha sido para bien. Cuando hace unos años FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, eficaz secretario de ambas publicaciones, ha hecho balance de los veinticinco de publicación del Boletín, ha contado más de 500 «notas de colaboración» de carácter práctico, pero también de indudable valor doctrinal.

SE INAUGURA LA SEDE ACTUAL

El día 15 de diciembre de 1965 se inaugura el edificio destinado a Colegio y Registros de Madrid en la calle General Mola, número 72. Asisten el Ministro de Justicia, don ANTONIO MARÍA DE ORIOL Y URQUJO; el Presidente del Tribunal Supremo, don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS; los Directores de los Registros y del Notariado y de lo Contencioso, y el Presidente de la Audiencia Territorial. «Se trata de un edificio con una instalación funcional y moderna —dice la crónica del acto— y mobiliario con gran elegancia de estilo y adecuado a los fines a que se destinan».

Esta sala, que ha visto a cientos de conferenciantes y de opositores, oyó en ese momento la primera conferencia de su larga y sufrida historia. El Registrador ANGEL DE LA FUENTE JUNCO habló bajo el título «Proyección actual y futura del Registro de la Propiedad». Disertó «con gran concisión y sutileza». «A continuación, el Decano del Colegio Nacional de Registradores, ilustrísimo señor don PEDRO CABELLO DE LA SOTA, leyó la memoria relativa a la adquisición del solar y desarrollo de las obras que felizmente habían culminado, poniendo de relieve el esfuerzo económico y de trabajo y organización realizado por el Colegio. Se cerró el acto por el señor Ministro de Justicia con breves palabras, en las que manifestó su complacencia por las nuevas oficinas que venían a dotar a Madrid de una instalación modelo en su género. Finalizó el acto con un recorrido de las autoridades por las oficinas recién inauguradas».

EL DECANO JUAN JOSE BENAYAS Y SANCHEZ-CABEZUDO

Pero poco disfrutó don PEDRO CABELLO de su nuevo despacho de Decano, porque en enero tomó posesión del cargo don JUAN JOSÉ BENAYAS Y SÁNCHEZ-CABEZUDO, caso excepcional entre los políticos españoles, que fue Ministro de la República y Procurador en las Cortes de Franco. JUAN JOSÉ BENAYAS había sido elegido Secretario de la Asociación de Registradores en 1930. En esos primeros años de la República desarrolló a un tiempo tareas corporativas e intensas actividades políticas. Estas labores, en principio tan dispa-

res, no las realizó por separado, sino en estrecha relación. Cuando se discutió la Constitución de 1931, y más tarde el Estatuto catalán, BENAYAS trató de unificar los criterios de la asociación con los criterios de los seis Registradores diputados en las Cortes constituyentes. Gracias en buena parte a ese esfuerzo, el sistema registral quedó atribuido al Estado y no a las regiones autónomas. El propio Presidente AZAÑA dudó de la titularidad de esa competencia. «El señor Presidente del Consejo de Ministros, que no deja de ser ilustre compañero de los Registradores de la Propiedad, en su último discurso, hablando sobre la organización y dependencia de éstos, se ha olvidado un poco de los buenos tiempos de la Dirección», le dice un Registrador desde la REVISTA CRÍTICA.

Durante la discusión en las Cortes de la Ley de Reforma Agraria, BENAYAS mantuvo un estrecho contacto con el presidente de la Comisión parlamentaria que la estudió —el también Registrador RAMÓN FECED—. Ambos lograron que la reforma se realizase a través de los Registros y no desde el Catastro, como en un primer momento se pensó.

Pero la más destacada intervención pública de BENAYAS tuvo lugar en el desarrollo de la Ley Agraria. Desde sucesivos cargos relacionados con su aplicación —vocal técnico del Consejo Ejecutivo del Instituto de Reforma Agraria, Jefe del Servicio Jurídico del Instituto, Director General de Reforma Agraria y Ministro de Agricultura— logró la máxima efectividad de una Ley de tanta trascendencia social y vigente en momentos tan convulsos y dramáticos. Cuando JUAN JOSÉ BENAYAS cesó en el cargo de Ministro de Agricultura —a finales de 1933— se habían expropiado 89.000 hectáreas y se había autorizado la «ocupación temporal» de otras tantas; 8.600 familias habían sido instaladas en las nuevas tierras que les habían adjudicado.

BENAYAS no olvidó en ningún momento a los Registradores. No los olvidó cuando el Gobierno le encomendó la redacción del proyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos; BENAYAS solicitó la colaboración de cuatro Registradores —NAVARRO CARBONELL, DE LA RICA, IZQUIERDO y MARCOS— y conjuntamente elaboraron el texto. No los olvidó tampoco cuando hubo de aplicarse la Ley: una de sus primeras resoluciones como Director General de Reforma Agraria fue el establecimiento de normas arancelarias específicas para las diversas tareas que los Registradores tenían que realizar en aplicación de la Ley.

Treinta años más tarde, JUAN JOSÉ BENAYAS fue llamado de nuevo a tareas corporativas. En 1962 fue elegido Director del Centro de Estudios Hipotecario, desde el que participó en la elaboración de la Ley de Ventas a Plazos, que tuvo luego que ejecutar, siendo ya Decano en 1966, a través de la creación de los Registros Central y provinciales de Venta a Plazos.

LAS APERTURAS. EL DECANATO DE POVEDA MURCIA

Con el Reglamento de 1958, la configuración jurídica del Colegio se había culminado. Pero quedaba aún por hacer la tarea de actualización, de puesta al día, de una profesión y de unos profesionales que arrastraban prácticas y actitudes vinculados con un pasado ya centenario. La actualización se hizo —se ha hecho, porque estamos en la historia reciente— a través de tres aperturas: la apertura hacia el interior —porque la opacidad se producía también dentro de la profesión misma—, la apertura hacia la sociedad y la apertura hacia la Administración. Cada una de estas aperturas tiene un Decano como protagonista. Los demás de estos últimos veinticinco años han mantenido el rumbo —lo que no es poco— tratando de hacer más amplias las puertas que se abrían. Los Decanos de las tres aperturas han sido JOSÉ POVEDA MURCIA, PÍO CABANILLAS y CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO.

La primera apertura, la que cronológicamente tenía que ser anterior a las demás, era la orientada hacia el interior. No estamos ya en la época de la incomunicación física, de las dificultades materiales de comunicación, pero sí en una época de conductas individualistas, de un cierto encastillamiento profesional. El Colegio no conocía las actividades de sus Colegiados, ni su conducta al frente de los despachos ni sus actividades desarrolladas al margen de la profesión.

Esta primera apertura, aparentemente más fácil, pero humanamente más delicada, fue llevada a cabo por un Decano que reunía las características adecuadas para ello: mesura, prudencia, rigurosidad. POVEDA MURCIA venía de ejercitar la habilidad política en cargos relevantes —la Presidencia de la Diputación Provincial de Ciudad Real, el Gobierno Civil de Avila, la Dirección General de Agricultura, el Consejo del Reino— y supo emplear esa misma habilidad en la reforma interior del Cuerpo de Registradores. Primero se trataba de conocer las situaciones individuales. Algo tan inocuo como rellenar una ficha en que se preguntaba por las actividades profesionales públicas y privadas y por algunos datos personales produjo el máximo revuelo. Luego se trataba, a la vista de esos datos y de la situación de cada uno, de exigir, con mayor o menor rigor, el cumplimiento más estricto de los deberes profesionales. Con mano política, con infinidad de conversaciones particulares, POVEDA MURCIA fue consiguiendo la transparencia interior y la conciencia de responsabilidad.

Pero POVEDA pensó, con acierto, que con ello no quedaba culminada la apertura interior y que la transparencia tenía que ir unida a la vertebración corporativa. Esta vertebración la llevó a cabo con tres innovaciones: la descentralización de la Junta directiva —que no debía monopolizarse por el Decano—, la coordinación de los Seminarios Regionales de Estudios Hipotecarios —que ya existían sobre el papel del Decreto del 58, pero no en la

práctica— y la mayor atribución de funciones a la Asamblea General de Delegados Regionales.

En noviembre del año 1970 se celebró la Primera Asamblea General de Seminarios Regionales de Estudios Hipotecarios, convocada por el director del Centro, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO. Se expusieron las dificultades de funcionamiento de los diversos seminarios y se buscaron soluciones para resolverlos. Se planearon las actividades científicas que habían de desarrollarse en los años sucesivos. Desde la perspectiva de hoy puede comprobarse que casi todos los proyectos se cumplieron y que los estudios sobre los principios hipotecarios de ALFONSO DE COSSIO, sobre gananciales y Registros de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA o sobre urbanismo y seguridad jurídica de NARCISO DE FUENTES SANCHIZ que tanto se han leído, tienen su origen en esa Asamblea. Las reuniones de seminarios registrales se prolongaron hasta 1977. Son un buen precedente para reanudarlas en el futuro. Las conclusiones de la Asamblea de 1970 regularon con detalle y con fortuna el modo de proceder.

Al año siguiente —a principios de 1971— se convocó la Asamblea General de Delegados Regionales para el estudio de la política corporativa. Puede parecer un episodio irrelevante en la ya larga historia del Colegio de Registradores, pero no lo es: por primera vez se discute en asamblea el presente y el futuro del Registro. Ya no se considera sólo tarea de una Junta de Madrid que tutela a sus colegiados. Es la mayoría de edad del Cuerpo, que debe pronunciarse sobre su futuro.

La presencia de POVEDA MURCIA al frente del Decanato fue breve, sólo dos años —1970 y 1971—, pero suficiente para trazar las líneas maestras de la reorganización interior. Al cesar como Decano, POVEDA MURCIA fue nombrado Procurador en Cortes y poco tiempo después Director General de los Registros y del Notariado.

LA SEGUNDA APERTURA

La segunda apertura fue obra de su sucesor. Es una apertura de la que es difícil hacer historia, porque no encarna en realizaciones concretas. Consistió en un cambio de mentalidad, en una nueva visión de algo que, en sí mismo, permanecía sin variación. Se trataba de cambiar la concepción que los Registradores —y sus propios órganos colegiales— tenían de la función registral: de una discreción que rayaba en el anonimato había que pasar a una decidida presencia social. Quien pudo iniciar este cambio era alguien que estaba muy lejos de la profesión —de su mundo cerrado y compacto— y muy atento a la marcha de la sociedad. En PÍO CABANILLAS concurría, además, una excepcional y casi malabárica habilidad para las

construcciones mentales, para reorganizar y replantear, para abrir nuevos horizontes, para inventar caminos imprevisibles.

Pío CABANILLAS era ya un político profesional cuando accedió al Decanato —había sido Jefe de la Asesoría Jurídica de la Organización Sindical, Procurador en Cortes y Subsecretario de Información y Turismo—. Su trayectoria seguiría después siendo política —cuatro veces ministro— y fue política también en los dos años que estuvo al frente del Cuerpo de Registradores. A su manera, un tanto lejana e imaginativa, sintió una profunda admiración por la función registral. Pío CABANILLAS mantenía una actividad mental permanente, ininterrumpida, que luego traducía a desarrollos verbales brillantes y enigmáticos. Desplegó siempre una simpatía desbordante y —hay que decirlo, porque está prevaleciendo sólo el recuerdo de su astucia— también una gran bondad.

La segunda apertura, la apertura de los Registros a la sociedad, no culminó entonces. El horizonte empezó a estar a la vista, pero sólo se ha llegado a él plenamente muchos años más tarde.

EL CENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

Fue absolutamente casual que coincidiera con esta etapa de apertura al exterior la convocatoria en Argentina del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral. No fue casual, sin embargo que, por indicación del Decano, este congreso se aprovechara para lograr la máxima proyección del sistema registral español. El propio Decano, Pío CABANILLAS, asistió a las reuniones y presidió dos de las tres Comisiones en que se estructuró el congreso. A la vuelta, el Decano trató de cosechar dentro los frutos que se habían sembrado fuera; a los dos meses de celebrarse el congreso entregó un ejemplar de la «Carta de Buenos Aires» al Jefe del Estado y al Príncipe de España.

La iniciativa del congreso internacional se debió al Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina y el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires. A la reunión —celebrada los días 26 de noviembre a 2 de diciembre de 1972— asistieron 21 delegados nacionales y dos observadores de especial relevancia: la UNESCO y la Organización de Estados Americanos. La delegación española estuvo integrada por 44 Registradores; aparte de las ponencias y comunicaciones individuales, su aportación colectiva consistió en la «Carta de Buenos Aires», una «formulación universal de los principios registrales», como declara el Prámbulo.

El primer día del congreso se creó por tres de las entidades participantes —el Centro de Estudios Hipotecarios de España, el Instituto de Derecho

Registral y Notarial de Puerto Rico y el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial de Argentina— el Centro Internacional de Derecho Registral, cuya sede inicial se fijó en Buenos Aires y cuya Secretaría General se encomendó al Director General del Registro de la Propiedad Inmueble de Argentina, EDGARDO A. SCOTTI.

En el II Congreso Internacional, celebrado en Madrid el año 1974, se aprobó el Reglamento del Centro Internacional de Derecho Registral. En el V Congreso, celebrado en Roma, se acordó trasladar la Secretaría General a España y se nombró al frente de ella a uno de los más destacados promotores del Centro y uno de los más activos partícipes de la *segunda apertura*, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO. Desde 1982, y a lo largo de más de una década, FERNÁNDEZ CABALEIRO ha logrado la cohesión y la continuidad de este difícil organismo, internacional e intermitente, que agrupa sistemas registrales muy diversos y profesionales de muy heterogénea condición. A él se deben, en su mayor parte, los éxitos de los últimos cinco congresos internacionales. No ha sido esta última época la de las grandes declaraciones y los textos universalistas —las Cartas de Buenos Aires, Puerto Rico, México y Roma, el Proyecto de Ley Uniforme de los Registros Jurídicos de Bienes—, pero sí la de serias elaboraciones doctrinales y comparativas, de conclusiones que abarcan temas de gran trascendencia para la institución del Registro: la incidencia del Derecho público en el derecho de propiedad, el *leasing* inmobiliario, el Derecho como condicionante de la técnica de proceso de datos, la registración de negocios jurídicos fiduciarios...

REFORMAS INTERIORES

Al cesar Pío CABANILLAS, en 1973, entra el Colegio de Registradores en una etapa introspectiva, que dura cerca de una década. Las dos aperturas —la interna y la externa, centrada en cada uno de los dos polos de la función registral: el Registrador y la sociedad— convergían en un mismo espacio físico: la oficina del Registro. ¿Cuál era la realidad de esas oficinas cuando se entra en el último cuarto de siglo? La descripción es bien simple: instalaciones precarias, libros manuscritos, medios insuficientes.

Al frente del Colegio hay, más que un Decano, casi dos: con el título, y con la distancia del cargo, ANTONIO LEYVA, y sin el título —es sólo Vicedecano—, pero luchando cuerpo a cuerpo con los problemas, NARCISO DE FUENTES. LEYVA, con algo de caballero renacentista, de cortesía extrema y señorío imperturbable, y FUENTES, con el brío y el nervio de quien junta una inagotable capacidad de acción y una apasionada dedicación a sus trabajos. LEYVA llegaba al Decanato después de una larga carrera política;

había sido Vicesecretario general de Comisaría del Plan de Desarrollo, Secretario General Técnico del Ministerio de la Vivienda y Subsecretario del mismo Ministerio. FUENTES sumaba ya largos años de experiencia corporativa; llegó a alcanzar los veinticinco en la Junta, con muy escasas interrupciones: fue, desde 1956 hasta 1982, Censor-Interventor, Secretario de la Mutualidad, Director del Centro de Estudios Hipotecarios, Vicedecano y Decano. Se retiró al poco de ser reelegido, cuando sus proyectos se vieron frustrados por la enfermedad.

A la iniciativa de LEYVA se deben los primeros avances en la mecanización del Registro: los primeros ensayos de libros de hojas móviles, que se establecerían por Resolución de 31 de octubre de 1975 y el Real Decreto de 23 de diciembre de 1976; la sustitución de los antiguos libros de índices por fichas «ordenadas por procedimiento manual o mecánico», que se introduce en el Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 27 de agosto de 1977. En estos años y en los posteriores, en que FUENTES SANCHIZ es Decano, se instauran las bibliotecas de los Registros, se abren locales para los Centros regionales de estudios hipotecarios, se mejora la instalación de las oficinas.

EL VICEDECANO ENRIQUE DE LA MATA GOROSTIZAGA

En el año 1976 fue elegido Vicedecano ENRIQUE DE LA MATA GOROSTIZAGA. Ese mismo año había cesado como Ministro de Relaciones Sindicales del segundo Gobierno de la Monarquía. A los pocos años de ingresar en el Cuerpo de Registradores comenzó su doble actividad política y humanitaria. Fue Procurador en Cortes y luego Diputado. En 1967 fue nombrado Presidente de la Asamblea de la Cruz Roja Española —nombramiento que le confirmó el Rey en 1978— y en 1981 fue elegido Presidente de la Conferencia de la Cruz Roja Internacional. Seis años desempeñó ese cargo —hasta su temprana muerte en 1987—, que le obligaba a constantes viajes intercontinentales, sin desatender con ello su labor de Vicedecano. Llegaba con frecuencia al Colegio desde el aeropuerto o viajaba a África o Asia desde una reunión de la Junta. En una ocasión me dijo, con patetismo, y a la vez con sencillez, que era la persona mejor informada sobre las desgracias que iban a producirse. Ese conocimiento anticipado y su incapacidad para prevenirlas le llenaban de amargura.

Vefía la función registral con distancia y a la vez con pasión. «La sociedad no sabe que garantizamos en nuestros libros el movimiento económico más importante del mercado —me dijo la última vez que le vi—. El año pasado *hemos asegurado* cerca de diez billones de pesetas invertidas en inmuebles».

LA TERCERA APERTURA.

EL DECANO CARLOS HERNANDEZ CRESPO

Muy distinta de la procedencia de los Decanos anteriores es la de CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO: ni la política ni otro cargo colegial, orígenes habituales de casi todos los que han accedido al Decanato. HERNÁNDEZ CRESPO viene del Registro, del ejercicio diario de la profesión y, por eso, del conocimiento preciso de los problemas.

El Decano HERNÁNDEZ CRESPO lleva a cabo la tercera apertura: la apertura hacia el interés público representado por la Administración o, más exactamente, hacia la Administración en cuanto representa al interés público. Una frase incidental —en una jura de aspirantes que se produce al poco tiempo de acceder al Decanato— me parece especialmente reveladora de su actitud y también de esta tercera apertura: «Señor Subsecretario, señor Director General de los Registros: estamos preparando los estudios previos para formular reivindicaciones o peticiones, haciendo constar ya desde ahora que esas peticiones no se harán desde la perspectiva del interés personal o profesional ni del peyorativamente denominado corporativismo, sino con la meta del interés público y de la mejora de la prestación del servicio, y precisamente por ser el medio necesario o acaso indispensable para poder afrontar el reto que las propias disposiciones de la Superioridad nos plantean».

Se había alcanzado la transparencia interna —primera apertura—, se había iniciado la presencia del Registro y de los Registradores en la sociedad —segunda apertura—, pero faltaba, no tanto por voluntad de ocultamiento y de lejanía, como por una falta de acercamiento expreso, la aproximación a la Administración pública: esto suponía, de un lado, el reconocimiento de que el Colegio y la Administración tenían un mismo fin de satisfacer el interés público a través del Registro, y de otro, la voluntad de trabajo conjunto y complementario. HERNÁNDEZ CRESPO situó al Colegio junto a la Administración y, a la vez, en una posición más avanzada: es indudable que quien mejor conoce no sólo el Registro, sino también las expectativas de sus usuarios, y quien puede proponer al legislador las reformas y los avances oportunos es el Colegio.

En estos años se ahonda también en las otras aperturas: en la personalización de la función, a través del Real Decreto de 25 de mayo de 1983 —que instaura la audiencia al público por el Registrador— y la Resolución de 25 de julio de 1985 —que exige la identificación del Registrador, a través del sello, en todos los documentos oficiales—; en la modernización de las oficinas, a través de la Resolución de 31 de agosto de 1987, que traza un ambicioso programa de «informatización de los Registros de la Propiedad e implantación de una base gráfica en los mismos». Puedo asegurar que

algunas de estas normas refrendan frases redactadas personalmente por el Decano.

Por particular visión de futuro del Decano, los años en que CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO estuvo en el cargo se caracterizaron por la anticipación: anticipación a la reforma mercantil a través de la creación, en el Colegio, de un Registro Mercantil Central; anticipación a la vigencia de las normas comunitarias a través de la organización de ciclos de conferencias y la creación de un Instituto de Derecho Privado Comunitario —que luego, lamentablemente, se dejó morir—; anticipación a través de la creación del Servicio de Índices a la institución que la reforma reglamentaria de 30 de marzo de 1990 llamaría Índice General Informatizado y cuya llevanza encomendaría al Colegio Nacional de Registradores.

Pero en estos años la función registral se ve amenazada por dos documentos que aparecen con pocos meses de distancia: el informe del Parlamento Europeo sobre el fraude inmobiliario en España y el anteproyecto de Ley de Tasas. El presupuesto del primero eran las reclamaciones de los adquirentes ingleses de multipropiedad. La cuestión no tiene, en principio, nada que ver con el Registro: se trata de adquisiciones hechas a través de fórmulas obligacionales y con sujeción expresa al Derecho inglés, aunque los inmuebles sobre los que recaían estaban situados en España. Pero el Parlamento español nombra una comisión para el estudio del fraude inmobiliario y el Decano de los Registradores es llamado, por primera vez en la historia, a una comparecencia ante la Comisión del Congreso. La intervención del Decano se basa en la más elemental doctrina sobre el Registro: el Registro es la institución destinada en España a garantizar la seguridad jurídica en las adquisiciones inmobiliarias. Por eso la consulta previa y la inscripción inmediata al otorgamiento descarta absolutamente la posibilidad de fraude.

El problema fundamental que planteaba el anteproyecto de Ley de Tasas no era, ni muchos menos, el retributivo, sino el de la rigurosa funcionarización, y sus consecuencias: caída del nivel profesional, administrativización del Registro, desaparición de la rigurosa responsabilidad personal, privación a los particulares del asesoramiento registral.

El efecto de ambos textos citados —el europeo y el español—, que afectaban a la esencia de la función registral y a las personas que la desempeñaban, fue una inquietud generalizada. Si desde el poder público se hacían replanteamientos tan radicales de la función registral, era por una de dos causas —o quizá por las dos simultáneamente—: porque no era suficientemente conocida y valorada o porque no se adaptaba plenamente a las exigencias sociales. Se hacía por ello necesario plantearse en su globalidad el sentido y la situación de la función registral. No bastaban reflexiones individuales. En una Circular de octubre de 1988, el Decano convocó una Asamblea General de Registradores.

LA SEGUNDA ASAMBLEA GENERAL DE REGISTRADORES

Buena prueba de la inquietud generalizada es que a la Asamblea celebrada en Barcelona los días 20 a 22 de diciembre de 1988 acudieron 620 Registradores, más de las tres cuartas partes del número total. En Barcelona se tuvo una experiencia semejante a la de aquel Registrador de Olvera que después de veinticuatro años de carrera conoció por primera vez a otro Registrador en el Congreso nacional de 1886. Los Registradores pudieron ver en Barcelona, por primera vez, la imagen global del Cuerpo: más de la mitad no llegaba a los cuarenta años; cerca de ciento cincuenta eran mujeres, y casi todas jóvenes, porque habían ingreso en su inmensa mayoría a partir de 1982.

Los trabajos se organizaron en cuatro comisiones: «El Registrador ante la sociedad actual: apertura y transparencia de la función registral» (Presidente, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS; Secretario, JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA); «La colaboración del Registrador con las Administraciones Públicas» (Presidente, RAFAEL ARNAIZ EGUREN; Secretario, JOSÉ LUIS BARRIGÓN VÁZQUEZ); «La modernización e informatización de los Registros» (Presidente, CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO; Secretario, LEOPOLDO SÁNCHEZ GIL); «Estatuto personal del Registrador: su organización profesional» (Presidente, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO; Secretario, JORGE SALAZAR GARCÍA).

Como había sucedido en los dos únicos precedentes de reunión de Registradores de toda España —el Congreso nacional de 1886 y la Asamblea de 1935 (aunque este precedente estaba más cerca de una Asamblea de Delegados que de una Asamblea general)—, se discutió con libertad sobre el destino común. Las conclusiones fueron unas, pero podían haber sido otras. No hubo consignas de silenciar temas o de votar acuerdos. Quienes asistieron lo recordarán siempre como un ejercicio de autonomía y de responsabilidad.

No tendría sentido recordar ahora los resultados concretos, porque a diferencia de otros episodios de la historia del Colegio, éste se conserva bien documentado. Pero ¿cuál fue el perfil de la función registral que allí se acuñó con voluntad de que rigiera en el futuro? O más exactamente, ¿cuáles fueron los nuevos rasgos de ese perfil? Básicamente tres: la personalización, la modernización y la colaboración con las instituciones públicas.

La personalización: es necesario que el Registrador asuma *todas* las facetas de la actividad registral —se dice en las conclusiones—, tanto las de índole jurídico-profesional (calificación y despacho de títulos inscribibles, función informativa y certificadora y tareas conexas) como las de índole gerencial (adecuada instalación de las oficinas, relación directa con los usuarios, dirección del personal auxiliar). En dos aspectos se considera

que debe acentuarse especialmente la personalización: en la atención al público, de la que debe partirse como disponibilidad mínima del horario fijado por el Real Decreto de 25 de mayo de 1983, y en el asesoramiento sobre el alcance de la calificación registral y sobre el modo de subsanar los defectos.

La modernización: sin caer en la «mitificación de las técnicas» y sin dejar en segundo plano lo que constituye la esencia de la función registral —la calificación y su plasmación documental— se considera que la informatización de los Registros es una tarea ineludible que debe llevarse a cabo bajo dos criterios principales, el establecimiento progresivo y la uniformidad.

La colaboración con las instituciones públicas: es necesario no sólo acentuar la tradicional colaboración del Registro con las Administraciones Agraria, Urbanística y Tributaria, sino abordar resueltamente la coordinación de Registro y Administración de Justicia. Los procesos no tienen el adecuado reflejo en los libros registrales.

ACTOS CONMEMORATIVOS DEL CINCUENTENARIO DEL COLEGIO

Unos años antes, en mayo de 1984, se celebró el cincuenta aniversario de la creación del Colegio. Coincidió la efemérides con el desarrollo, en Madrid, del VI Congreso Internacional de Derecho Registral. Los actos conmemorativos consistieron en un ciclo de conferencias que se desarrolló en la sede del Colegio y un acto académico que tuvo lugar en la sede del Congreso Internacional —el Palacio de Exposiciones y Congresos—. Pronunciaron conferencias los Registradores JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ («La inscripción de actos y contratos sometidos a previa autorización administrativa») y ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO («Algunos problemas registrales y notariales en las situaciones de conflicto del matrimonio»), el Académico de Jurisprudencia don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ («Las modificaciones legislativas sobre tutela y su repercusión registral»), el Abogado del Estado don ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE («Derecho financiero europeo») y el Magistrado del Tribunal Supremo don PABLO GARCÍA MANZANO («Expropiaciones urbanísticas»). En el marco del Congreso Internacional, el ex Decano NARCISO DE FUENTES disertó sobre la historia del Colegio bajo el título «Miscelánea en el medio siglo».

Las celebraciones comenzaron con un concierto a dos pianos, interpretado por ANGELES RENTERÍA, Catedrática del Conservatorio de Música de Madrid, y JACINTO MATUTE NARRO, Registrador de la Propiedad y pianista, discípulo de Cubiles y premio nacional de virtuosismo.

DE HISTORIA A CRÓNICA. EL ACTUAL DECANO, POVEDA DÍAZ

Con la II Asamblea general de Registradores puede darse por terminada la historia del Colegio en sentido estricto. De todo lo posterior sólo cabe hacer crónica, simple relato de hechos que no pueden contemplarse y valorarse con perspectiva. Están en la memoria personal de casi todos y no hay datos ocultos que rescatar del olvido. La cita de nombres caería, además, en una inevitable injusticia: el presente lo hacen —lo hacemos— todos, aunque luego la historia lo atribuye inevitablemente a unos pocos.

En 1990 fue llamado a regir el Colegio el actual Decano, JOSÉ POVEDA DÍAZ, que ya había dirigido los asuntos registrales desde la Administración como Jefe del Servicio de Registradores. La proximidad de la Asamblea de Barcelona le ha impuesto la difícil tarea de dosificar y aquililar su ejecución práctica a la vista de las cambiantes —y muchas veces difíciles— circunstancias sociales, administrativas y políticas. En algunas ocasiones ha sacrificado la ilusión de construir proyectos en aras del deseo de resolver problemas: así ha sucedido con el régimen jurídico del personal auxiliar y el régimen jurídico de la Mutualidad. La disparidad de criterios jurisprudenciales en el primer caso —que tenía paralizada a la propia Administración— y la nueva normativa de entidades de previsión social reclamaban fórmulas nuevas: esas fórmulas han quedado ya consagradas en el convenio colectivo suscrito en julio de 1992 y en la Orden Ministerial sobre el servicio de previsión mutualista de enero de 1994. A la resolución de estas cuestiones han contribuido de manera decisiva —y su laboriosa dedicación a ellas no debe silenciarse— ANGEL LUCINI CASALES al frente de la Asociación patronal de los Registradores y CARMEN DE GRADO SANZ al frente de la Mutualidad.

La vocación intelectual del actual Decano le ha llevado a acentuar los aspectos intelectuales de la institución: esa preocupación ha cristalizado de manera particularmente eficaz en el «Seminario Jerónimo González» de estudios hipotecarios —creado en 1992— y a cuyo frente ha nombrado al Registrador y Catedrático MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, y en la organización —junto con la Universidad Complutense— de un Curso de Especialista en Derecho registral que se viene impartiendo desde 1990 y cuya dirección se ha encomendado también a MANUEL AMORÓS.

Como todo este capítulo ya no es de historia, puedo manifestar mi apreciación personal de que el Decano inspira —o quizá hereda— su conducta en la de otro Decano que le precedió en el cargo y le acompañó en su vida diaria: la crónica del Colegio puede reflejar hoy una actitud de descentralización de la Junta y de respeto a las opiniones colectivas, que la historia no muy lejana recuerda.

OTROS RASGOS DE LA IMAGEN ACTUAL DEL COLEGIO

La imagen actual del Colegio no quedaría bien trazada sin dos rasgos finales. El primero es el cumplimiento de esa tarea de divulgación, de «extensión cultural» —como antes se decía—, que toda institución con un contenido técnico debe desarrollar. El Centro de Estudios Hipotecarios ha desenvuelto una admirable labor de difusión de las cuestiones registrales —que abarcan el Derecho en su integridad—. EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, JOSÉ ANTONIO NORTES, JOSÉ MARÍA CHICO y, en estos últimos años, JUAN PABLO RUANO han ido acrecentado las tareas del Centro hasta convertirlo en uno de los núcleos más vivos de la cultura jurídica actual. Obras como las «Leyes hipotecarias y registrales de España», colecciones de libros como la editada por el Centro de Estudios Hipotecarios o cursos de conferencias sobre los temas jurídicos de mayor actualidad han contribuido a ello. Coincide este auge con el momento de mayor prestigio y difusión de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; con la publicación del más exhaustivo tratado de Derecho hipotecario, el de JOSÉ MANUEL GARCÍA; con la llegada a la tercera edición de los ya clásicos *Estudios de Derecho hipotecario* de JOSÉ MARÍA CHICO; con el arranque del valioso *Derecho registral inmobiliario* de ANTONIO MANZANO SOLANO; con el nombramiento de MANUEL AMORÓS como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y con la presencia de diez Registradores en la Comisión General de Codificación.

El segundo rasgo es la implantación de un moderno Registro Mercantil. La II Asamblea General dictó ya los criterios y previó ya la necesidad de realizar «un esfuerzo económico y de organización». El Colegio ha sido consciente que la demanda más urgente y directa de la función registral va dirigida hoy al Registro Mercantil, y de que la respuesta de éste había de ser ágil y eficaz. Junto al esfuerzo realizado por todos los Registradores Mercantiles, hay que destacar en especial el de los Encargados de los Registros pluripersonales en esta etapa de adaptación a la nueva legislación mercantil.

HISTORIA Y ESPERANZA

Hasta esta pequeña historia reúne —como la Historia grande— los dos rasgos que advertía CICERÓN: ser testigo de los hechos y maestra de la vida. El magisterio que se desprende de la historia del Colegio es que los problemas se repiten con poca variación y que la representación de los Registradores, orientada primordialmente al servicio de la sociedad, ha logrado superarlos. Ahora se reciben ataques dirigidos a la calificación. «La califi-

cación es recia y pertinazmente combatida por aquellos que, más apegados al tenor literal de los textos, no alcanzan a ver los fundamentos en que descansa la institución del Registro». Estas palabras no son de 1994, sino de 1913, y las escribe el entonces Presidente de la Asociación de Registradores don DIEGO PAZOS GARCÍA.

Por encima de la labor mutualista —nada desdeñable—, la historia demuestra que la tarea colegial más importante es la representativa: el que exista una voz que pueda hablar en nombre del conjunto. Pero el que exista una sola voz exige un esfuerzo de unidad que reclama, de un lado, colaboración, y de otro, apertura hacia todos.

La voz del Colegio se hará oír si antepone el interés social al colectivo. Sólo entonces será aceptada por los poderes públicos. No entiendo por qué afirma DE LA RICA que el mayor obstáculo que siempre se opondrá al robustecimiento del Colegio es que con ello se restan competencias a la Dirección General (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*). No existe —o al menos no debe existir— un problema de reparto de competencias. Siendo el interés concurrente —la mayor utilidad social del Registro—, se trata sólo de respetar esa jerarquía indiscutible que desde la creación del Colegio ha establecido la legislación hipotecaria («el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad [...] queda subordinado jerárquicamente al Ministerio de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado», dice el art. 560 RH). Dentro de ella, la tarea del Colegio, que conoce la función registral mejor que la Administración, es proponer las medidas concretas por las que se debe avanzar en ese incremento de la utilidad social.

Esta breve historia sólo ha querido ser una relación de los hechos y las personas que han jalonado la marcha del Colegio. Sin embargo, quizá haya cumplido, sin pretenderlo, la definición que LAÍN da del saber histórico: «es un recuerdo al servicio de una esperanza».

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad de Madrid

A P E N D I C E S

I. NOMBRES

1934: Ilustrísimo Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España.

1940: Colegio de Registradores de la Propiedad.

1941: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

1958: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.

1994: Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

II. EDIFICIOS

1934: Calle Eduardo Dato, n.º 7 (Madrid).

1936: Calle Eduardo Dato, n.º 7 (Madrid), y calle San Juan, n.º 56 (Burgos).

1938: Calle Olaguibel, n.º 12 (Vitoria).

1938: Calle Postas, n.º 25 (Vitoria).

1939: Calle Eduardo Dato, n.º 21 (Madrid).

1940: Avenida de José Antonio, n.º 6, y avenida de José Antonio, n.º 61 (Madrid).

1965: Calle General Mola (luego Príncipe de Vergara), n.º 72 (Madrid).

III. DECANOS HONORARIOS

VICENTE CANTOS FIGUEROLA.

CASTO BARAHONA Y HOLGADO.

JULIÁN ABEJÓN TOVAR.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO.

IV. DECANOS

JULIÁN ABEJÓN TOVAR.

JOAQUÍN NAVARRO CARBONELL.

RAMÓN CORTIÑAS RIEGO.

EDUARDO DE FUENTES CERVERA.

CIRILO GENOVÉS AMORÓS.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

FRANCISCO CERVERA JIMÉNEZ-ALFARO.

PEDRO CABELLO DE LA SOTA.

JUAN JOSÉ BENAYAS SÁNCHEZ-CABEZUDO.

JOSÉ POVEDA MURCIA.

PÍO CABANILLAS GAYAS.

ANTONIO DE LEYVA Y ANDÍA.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.

CARLOS M. HERNÁNDEZ CRESPO.
JOSÉ POVEDA DÍAZ.

V. LEGISLACION

Decreto 18 de mayo de 1934: Creación del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España.

Orden 30 de julio de 1934: Reglamento del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España.

Decreto 9 de junio de 1936: Autorización al Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España para que pueda transitoriamente realizar los fines de la Mutualidad de Empleados de los Registros.

Orden 13 de noviembre de 1936: Prórroga del plazo para la aprobación del Reglamento de la Mutualidad de los Registradores de la Propiedad.

Orden 21 de abril de 1938: Aplicación forzosa del sello benéfico de la Mutualidad del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 20 de febrero de 1939: Bases para la ordenación jurídica y económica de la Mutualidad Benéfica de los Registradores de la Propiedad y de su personal auxiliar.

Orden 30 de marzo de 1940: Restablecimiento de la vigencia del artículo 35 del Reglamento del Ilustre Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad de España.

Decreto 26 de julio de 1940: Modificación del artículo 4 del Decreto de creación del Colegio de 18 de mayo de 1934.

Decreto 31 de julio de 1941: Autorización al Ministro de Justicia para publicar un nuevo Reglamento del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 17 de septiembre de 1941: Reglamento del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 18 de abril de 1945: Renovación de la Junta del Colegio de Registradores.

Orden 14 de julio de 1945: Modificación de la Mutualidad Benéfica de los Registradores de la Propiedad y de su personal auxiliar.

Orden 27 de noviembre de 1945: Modificación de algunos artículos del Reglamento de la Mutualidad Benéfica de los Registradores de la Propiedad y de su personal auxiliar.

Orden 27 de febrero de 1946: Modificación de los artículos 43, 65 y 68 del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 3 de junio de 1947: Reforma de varios artículos del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 8 de junio de 1951: Modificación de los artículos 41 y 65 del

Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.

Decreto 5 de abril de 1957: Modificación de los artículos 13, 14 y 15 del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 30 de julio de 1957: Procedimiento electoral de los representantes del Personal Auxiliar en la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 11 de octubre de 1957: Normas complementarias sobre elecciones de cargos de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Registradores.

Decreto 28 de marzo de 1958: Bases para la reforma del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.

Orden 15 de octubre de 1958: Reglamento del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 8 de julio de 1971: Reforma parcial del Reglamento del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Orden 19 de agosto de 1981: Modificación del artículo 90 del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores.

Orden 19 de abril de 1982: Reforma el Anexo I del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores, que contiene el Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros.

Orden 7 de junio de 1982: Composición de la Junta directiva del Colegio Nacional de Registradores.

Orden 2 de noviembre de 1982: Modificación de los artículos 6, 44, 45 y 46 del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores.

Orden 28 de junio de 1993: Modificación de diversos artículos del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores y derogación del Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros.

Orden 20 de enero de 1994: Regulación del servicio de previsión mutualista del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

VI. JUNTAS DIRECTIVAS

Secretario (cargo creado en 1934 [entre 1947 y 1958 se denomina Secretario del Servicio de Colegiación]):

JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.

RAFAEL CHINCHILLA RUEDA.

JESÚS PINTO REINO.

AURELIO ESTEBAN RUIZ.

ANGEL DE SOLÁ RISTORY.

GREGORIO PRIETO CAPÓN.

ANTONIO LEYVA Y ANDÍA (sustituido interinamente por ISIDORO DELGADO ROLLÁN).

CÉSAR MARTÍN MUÑOZ.

JOSÉ SERRANO TERRADES.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY.

ANTONIO HUESO GALLO.

JAVIER NAVARRO GONZÁLEZ.

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO NESTARES.

Tesorero (cargo creado en 1934 [desglosado en 1940 y restablecido en 1947]):

AURELIO ESTEBAN Y RUIZ.

MIGUEL MOLINA LÓPEZ.

RAFAEL VICENTE ALMAZÁN.

JOSÉ POVEDA MURCIA.

JUAN JOSÉ RUMEU DE ARMAS.

ANGEL MARTÍN CIFUENTES.

AQUILINO BARTOLOMÉ MARTÍNEZ.

JOSÉ RAMÓN BENAVIDES Y GÓMEZ-ARENZANA.

HELIODORO DELGADO GARCÍA.

VICENTE AGERO HERNÁNDEZ.

JESÚS ALVAREZ BELTRÁN.

LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA.

Vocal (cargo creado en 1934 y suprimido en 1947):

PEDRO CABELLO DE LA SOTA.

JOAQUÍN NAVARRO CARBONELL.

RAMÓN CORTIÑAS RIEGO.

ANDRÉS DE CAPUA Y RIBALTA.

VICENTE ALONSO LLORENTE.

FRANCISCO GASPAR Y LASHERAS.

JULIÁN SEVILLA Y MARTÍNEZ DE PINILLOS.

JUAN F. MARINA ENCABO.

MÁXIMO DE SANDE LÓPEZ.

FÉLIX CARAZONY LICERAS.

JESÚS CORUJO VALVIDARES.

NICOLÁS MUÑIZ PRADA.

CIRILO GENOVÉS AMORÓS.

Vicedecano (cargo creado en 1940):

FÉLIX CARAZONY IGLESIAS.

MANUEL ORTEGA BAEZA.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.
FRANCISCO CERVERA JIMÉNEZ-ALFARO.
PEDRO CABELLO DE LA SOTA.
PABLO MARTÍNEZ DE LA CUEVA.
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.
NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.
ENRIQUE DE LA MATA GOROSTIZAGA.
ABELARDO GIL MARQUÉS.
JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO.

Vicetesorero (cargo creado en 1940 y suprimido en 1947):
GREGORIO PRIETO CAPÓN.

Contador (cargo creado en 1940 y suprimido en 1947):
LEONARDO CIMIANO GALVÁN.

Contador-Interventor (cargo creado en 1947 [desde 1958 se denomina Censor-Interventor; en 1982 se desglosa en Censor e Interventor; en 1989 vuelve a reagruparse, con la denominación de Censor-Interventor]):

RAMÓN CORTIÑAS RIEGO.
RAFAEL ALMAZÁN PONS.
NARCISO DE FUENTES SANCHIZ
MANUEL ZUMALACÁRREGUI CALVO.
ENRIQUE DE LA MATA GOROSTIZAGA.
FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.
RAFAEL ARNAIZ EGUREN.
MANUEL CASERO MEJÍAS.
MARÍA BELÉN ANDÚJAR ARIAS.

Bibliotecario (cargo creado en 1940 y separado de la Junta en 1958):
AURELIO RODRÍGUEZ MOLINA.
FÉLIX CARAZONY LICERAS.
RAFAEL CHINCHILLA RUEDA.

Tesorero del Servicio de Colegiación (cargo creado en 1940 y suprimido en 1947):
AURELIO ESTEBAN RUIZ.

Tesorero del Servicio de Mutualidad (cargo creado en 1940 y suprimido en 1947):
MIGUEL DE MOLINA LÓPEZ.

Secretario del Servicio de Mutualidad (cargo creado en 1940 [desde 1958 a 1989 se denomina Secretario de Mutualidad; desde 1989 se denomina Director del Servicio de Previsión Mutualista]):

JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.

PEDRO CABELLO DE LA SOTA.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.

MANUEL ZUMALACÁRREGUI CALVO.

FRANCISCO JAVIER DÍE LAMANA.

JUAN B. FUENTES LÓPEZ.

CARMEN DE GRADO SANZ.

MARÍA VICTORIA ARIZMENDI GUTIÉRREZ.

Vicesecretario de los Servicios de Colegiación y Mutualidad (cargo creado en 1940 y suprimido en 1947):

JESÚS PINTOS REINO.

GREGORIO PRIETO CAPÓN.

Director del Centro de Estudios Hipotecarios (cargo creado en 1958).

JUAN JOSÉ BENAYAS Y SÁNCHEZ CABEZUDO.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

JOSÉ ANTONIO NORTES TRIVIÑO.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA.

Interventor (cargo creado en 1982 por desglose del anterior cargo de Censor-Interventor; suprimido por nueva agrupación en 1989):

ENRIQUE FONTES GARCÍA-CALAMARTE.

JULIO SOLER GARCÍA.

Censor (cargo creado en 1982 por desglose del anterior cargo de Censor-Interventor; suprimido por nueva agrupación en 1989):

RAFAEL ARNAIZ EGUREN.

MANUEL CASERO MEJÍAS.

Director del Centro de Proceso de Datos (cargo creado en 1989):

JULIO SOLER GARCÍA.

ENRIQUE COLOMER SANCHO.

VII. PREMIOS CONCEDIDOS POR EL COLEGIO

Premio «Ríos Mosquera» (año 1966) a JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y VICENTE AGERO HERNÁNDEZ.

Premio «Estudios Hipotecarios» (año 1989) a MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

VIII. REGISTRADORES CONSEJEROS
DE LA «REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Consejo de Administración (1925 a 1965):

VICENTE CANTOS FIGUEROLA.

JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ.

JESÚS CORUJO VALVIDARES.

EDUARDO DE FUENTES CERVERA.

JOAQUÍN NAVARRO CARBONELL.

FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA.

JULIÁN ABEJÓN TOVAR.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA.

PEDRO CABELLO DE LA SOTA.

VICENTE LLEDÓ Y MARTÍNEZ UNDA.

CASIMIRO GONZÁLEZ DE VELASCO.

VALERIANO DE TENA Y MARTÍN.

LUIS RODRÍGUEZ LUESO.

Consejo de Redacción (desde 1965):

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE (Presidente desde 1965 a 1979).

PEDRO CABELLO DE LA SOTA.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

JUAN JOSÉ BENAYAS SÁNCHEZ-CABEZUDO.

JOSÉ POVEDA MURCIA.

PÍO CABANILLAS GALLAS.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA (Consejero-Secretario desde 1983 a 1986).

ANTONIO DE LEIVA Y ANDÍA.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO.

JOSÉ ANTONIO NORTES TRIVIÑO.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS (Secretario desde 1968 a 1986).

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS.

ANTONIO PAU PEDRÓN.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ.

JOSÉ POVEDA DÍAZ.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (Secretario desde 1987; Consejero-Secretario desde 1991).

JUAN SARMIENTO RAMOS.

IX. REGISTRADORES DIRECTORES GENERALES DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

VICENTE CANTOS FIGUEROLA.

SEBASTIÁN CARRASCO SÁNCHEZ.

MANUEL PÉREZ JOFRE VILLEGAS.

CASTO BARAHONA Y HOLGADO.

EDUARDO LÓPEZ PALOP.

JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.

JOSÉ POVEDA MURCIA.

FRANCISCO JAVIER DÍE LAMANA.

ANTONIO PAU PEDRÓN.

X. REGISTRADORES VOCALES PERMANENTES DE LA COMISION GENERAL DE CODIFICACION

JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.

VICENTE LLEDÓ MATÍNEZ-UNDA.

ARTURO GALLARDO RUEDA.

RAMÓN DE LA RICA ARENAL.

JOSÉ POVEDA MURCIA.

PÍO CABANILLAS GALLAS.

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

ANTONIO IPIÉNS LLORCA.

JESÚS LÓPEZ MEDEL.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS.

ANGEL LUCINI CASALES.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.
ANTONIO PAU PEDRÓN.
CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO.
JUAN SARMIENTO RAMOS.
JUAN PABLO RUANO BORRELLA.

XI. REGISTRADORES ACADEMICOS DE NUMERO DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

SEBASTIÁN CARRASCO SÁNCHEZ.
FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA.
JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ.
CASTO BARAHONA Y HOLGADO.
JUAN JOSÉ BENAYAS SÁNCHEZ-CABEZUDO (Académico Profesor).
ANTONIO MASEDO BOUSO (Académico Profesor).
RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.
RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.
PÍO CABANILLAS GALLAS.
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.
MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor (*)

SUMARIO· I. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ENTRE LA SOCIEDAD Y EL AUDITOR: 1. EL CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD Y EL AUDITOR. 2. EL CONTRATO DE AUDITORÍA Y EL CONTRATO DE OBRA. 3. EL CONTRATO DE AUDITORÍA COMO CONTRATO «SUI GENERIS» EN EL QUE PREDOMINAN LOS ELEMENTOS PROPIOS DEL CONTRATO DE OBRA. DISCIPLINA APLICABLE.—II. POSIBILIDAD DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE AUDITORIA DE CUENTAS POR PARTE DEL AUDITOR: 1. INADMISIBILIDAD DE LA RENUNCIA UNILATERAL «AD NUTUM». 2. INADMISIBILIDAD DE LAS POSICIONES EN FAVOR DE LA «CAUTIVIDAD TOTAL DEL AUDITOR». 3. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LA AUDITORÍA, FUNDADA EN CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AUDITOR.

I. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ENTRE LA SOCIEDAD Y EL AUDITOR

1. EL CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD Y EL AUDITOR

El estudio de la figura de los auditores en el seno de la sociedad anónima plantea como cuestión previa la relativa a la naturaleza de la relación que media entre la sociedad y el auditor. La precisión es oportuna porque, en ocasiones, al calificarse de orgánica la posición de los auditores dentro de la sociedad acaba negándose el carácter negocial o contractual de esa relación (la tesis «organicista» cuenta con autorizados patrocinadores en

(*) Escrito para los «Estudios jurídicos en memoria del profesor don Manuel Broseta Pont».

Italia, v., por ejemplo, FRE, *Società per azioni*, Roma-Bologna 1982, pág. 544; en Francia, v. la información que al respecto suministran HEMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés commerciales*, II, París 1974, pág. 695; en la vieja doctrina alemana, v., por ejemplo, GODIN-WILHELMI, *Aktiengesetz Kommentar*, I, Berlín-Nueva York 1971, pág. 999; e incluso en el Derecho inglés, v. SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law*, I, London-Edinburgh 1987, pág. 1086; la misma idea se hallaba también ampliamente difundida entre nosotros en relación con los censores de cuentas contemplados por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, v. las referencias contenidas en GARRIGUES-OLIVENCIA, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid 1976, pág. 470, y GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid 1952, pág. 338).

En nuestro Ordenamiento tal orientación no puede aceptarse sin más porque frente a ella no es posible ignorar el carácter contractual del vínculo que se establece entre la sociedad y el auditor. En primer lugar, porque así lo proclama el artículo 14.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas (LAC), que expresamente habla de «contrato de auditoría». En segundo término, porque así lo exige la propia Ley de Sociedades Anónimas, que deliberadamente dejó de incardinar el tratamiento de esta materia dentro del capítulo V, relativo a los «órganos sociales». Y finalmente porque la calificación alternativa como órgano parece escasamente atendible. Atribuir carácter orgánico a la relación que media entre la sociedad y el auditor, algo que en definitiva conduce a insertar al auditor dentro de la estructura de la sociedad y a considerarlo como parte integrante de la persona jurídica, resulta, en efecto, contrario a la inequívoca voluntad de la ley de configurar al auditor como una «instancia externa e independiente de control» (v. en este sentido las acertadas observaciones de CLAUSSEN en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, II, 1, Köln-Berlín-Bonn-München 1978, pág. 158, y de BRÖNNER en *Aktiengesetz. Grosskommentar*, 3.^a edición, II, Berlín 1970, págs. 596-597; y entre nosotros, ult. ILLESCAS, «Las cuentas anuales de la sociedad anónima, auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VIII, 2.º, dir. URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, Madrid 1993, pág. 4).

Los argumentos aducidos por nuestra más reciente doctrina en favor de la tesis «organicista» —como son sustancialmente el nombramiento por la Junta general (art. 204 LSA), la inscripción en el Registro Mercantil (art. 22.2 CCom) y la responsabilidad equivalente a la de los administradores (arts. 11 LAC y 211 LSA) (v., entre otros, GALÁN CORONA, «La verificación de las cuentas anuales», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. por ROJO), Madrid 1987, págs. 326 y sigs.; SÁNCHEZ-CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid 1992, pág. 256, y ult., con alguna vacilación, MARINA GARCÍA-TUÑÓN, *Régimen jurídico de la contabilidad del*

empresario. Valladolid 1992, págs. 252 y 324 y sigs)— no parecen, por lo demás, decisivos. La designación del auditor por la Junta general no significa necesariamente que la aceptación carezca de naturaleza contractual (v. CAVALLI, «I sindaci», en *Trattato delle società per azioni*, de Colombo-Portale, V, Torino 1988, pág. 11); en cierto modo, además, el acuerdo de la Junta como acto corporativo sólo es un mandato dirigido a los administradores para que realicen una operación externa; en definitiva, de él sólo surge un deber interno a cargo de la administración social de concertar el correspondiente contrato con el auditor designado (cfr. BRONNER, *Grosskommentar*, cit., II, pág. 596). La inscripción en el Registro Mercantil no es tampoco un argumento de peso, puesto que hay muchas relaciones (v.gr., las de la representación voluntaria) que acceden al Registro aun careciendo de naturaleza orgánica. La aplicación a los auditores del régimen de responsabilidad de los administradores (arts. 11 LAC y 211 LSA) tampoco presupone, en fin, su configuración como órgano de la sociedad; el criterio de remisión seguido por el legislador en este punto obedece simplemente a la necesidad de lograr rigor y rigidez en el desempeño de una función en la que convergen intereses de terceros e intereses públicos (v. BRONNER, *op. y loc. cit.*). La mejor prueba de que esa norma de remisión nada tiene que ver con la estimación del auditor como un órgano de la sociedad podemos encontrarla en el hecho de que el citado régimen de responsabilidad es aplicable tanto al auditor encargado de la verificación de las cuentas anuales como al auditor a quien se encomiende «cualquier otro trabajo de revisión o verificación contable» (v. arts. 1 y 11 LAC), cuyo carácter externo, y por tanto no orgánico, nadie pone en duda.

En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que la calificación contractual y la calificación orgánica de la relación que media entre el auditor y la sociedad representan una falsa alternativa, puesto que una y otra no son, en rigor, calificaciones mutuamente excluyentes (en el estado actual de la doctrina es éste un punto que incluso se admite para los administradores: v. KUBLER, *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 1981, págs. 182-183; y en nuestra doctrina ult. EDUARDO POLO, «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima», en *Comentario al régimen legal de sociedades mercantiles*. VI, dir. URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, Madrid 1992, págs. 48 y sigs.). En consecuencia, aun cuando admitiésemos que la posición del auditor es orgánica, no por ello tendríamos que excluir la naturaleza contractual de su vínculo con la sociedad (como de hecho no la excluyen algunos partidarios de las tesis organicistas; v. GALÁN CORONA, «La verificación...», cit., pág. 327), que se produce incluso en los supuestos en que el auditor venga designado por el Registrador Mercantil (v. PAZ-ARES, «La reforma del Registro Mercantil», en *Estudios homenaje a Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid 1990, pág. 485).

2. EL CONTRATO DE AUDITORÍA Y EL CONTRATO DE OBRA

La afirmación del carácter contractual de la relación entre la sociedad y el auditor nos sitúa ante otra cuestión de relieve y de especial interés a la hora de integrar la disciplina del contrato. Nos referimos a la necesidad de establecer cuál es la clase de contrato en que ha de encuadrarse dicha relación:

a) Situados ante esta perspectiva, la primera posibilidad que hemos de considerar es la del *contrato de mandato*. Esa es la calificación que hacía entre nosotros aquella doctrina que, bajo la vigencia de la Ley de 1951, negaba carácter orgánico a los censores (v., de nuevo, la información que ofrece GARRIGUES-OLIVENCIA en GARRIGUES-URÍA, *Comentario...*, cit., II, pág. 470); pero también es invocada —y esto es lo que ahora importa subrayar— por algunos sectores doctrinales de países que han introducido un sistema de verificación contable análogo al que hoy rige en nuestro país (remitimos a estos efectos a la información que facilitan HEMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés...*, cit., II, pág. 695).

En principio, cabría sostener que el objeto del contrato de auditoría —que en definitiva se resuelve en la prestación de un servicio (la verificación contable) o en la realización de una cosa (el informe de auditoría)— se acomoda perfectamente al objeto del contrato de mandato, tal como éste se encuentra definido en el artículo 1.709 del Código Civil: «Por el contrato de mandato se obliga a una persona a *prestar algún servicio o hacer alguna cosa* por cuenta o encargo de otra». Mas este argumento no puede reputarse concluyente, pues por la misma razón cabría situar el contrato de auditoría dentro del esquema legal del contrato de arrendamiento, toda vez que —según establece el art. 1.544 del mismo Código— en ese contrato «una de las partes se obliga a *ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto*».

En realidad, parece que la tesis del mandato debe descartarse en atención a las mismas consideraciones ensayadas por la doctrina y jurisprudencia para distinguir esta figura del arrendamiento. El artículo 1.709 del Código Civil utiliza, ciertamente, las expresiones «prestar un servicio» o «hacer una cosa» para definir el objeto típico del mandato, pero añade unas palabras muy significativas —«por cuenta o encargo» ajenos— que sirven para reducir su alcance inicial. La expresión añadida pone de manifiesto, en efecto, que los servicios que comprende el mandato no pueden ser otros que los realizados por cuenta ajena, es decir, aquellos que tienen por objeto la gestión de negocios (v. en este sentido la aguda observación de PÉREZ Y ALGUER, *Anotaciones a Ennecerus-Kipp-Wolf*, Tratado de Derecho Civil, II; Derecho de Obligaciones, II, 1, Barcelona 1966, pág. 459). Dicho en otros

términos, la especificidad del mandato consiste en la realización de una actividad jurídica, es decir, de actividad con trascendencia externa (ésta es la conclusión a la que ha llegado la doctrina más autorizada tras el examen de la disciplina concreta, y especialmente de los arts. 1.712, 1.713 y 1717 CC; v., entre otros, Díez-PICAZO, *La representación en Derecho Privado*, Madrid 1979, págs. 81 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial*, Madrid 1968, págs. 282 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, 3, Barcelona 1986, pág. 317; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, 2, Barcelona 1989, págs. 350 y sigs.). Reducido así el ámbito objetivo del artículo 1.709 del Código Civil, resulta obvio que en la medida en que constituye una actividad que no consiste en la gestión de negocios ajenos y que, por ende, carece de relevancia externa, la verificación contable no puede ser encuadrada dentro de la figura del mandato. Esto no quiere decir, sin embargo, que la disciplina del mandato resulte inaplicable en bloque al contrato de auditoría. Hay aspectos de la configuración legal del tipo del mandato que pueden ser extendidos, dada la identidad de *ratio*, al que aquí nos ocupa.

b) Rechazada la tesis del mandato, la reflexión ha de desplazarse lógicamente al ámbito del arrendamiento. El problema que se plantea en este plano es el de determinar a cuál de los dos tipos contemplados por el artículo 1.544 del Código Civil, es decir, el contrato de obra o el contrato de servicios, ha de adscribirse el contrato de auditoría. Esta es la verdadera alternativa (v., por todos, KROPFF, en GESSLER-HEFERMEHL-ECKARDT-KROPFF, *Aktiengesetz. Kommentar*, III, München 1973, pág. 416). La cuestión depende de la prestación —la actividad de verificación contable (v. art. 208 LSA) o el resultado de la emisión del informe (v. art. 209 LSA)— sobre la que haya de asentarse la vertebración causal del contrato. Un autorizado sector doctrinal, al entender que lo esencial de la prestación debida reside en la actividad de comprobación, estima que la relación que media entre el auditor y la sociedad ha de ser calificada como *arrendamiento de servicios* (en esta dirección se orientan, entre otros, WESTRICK, *Abschlussprüfung und Abschlussprüfer nach geltendem und zukünftigem Aktienrecht*, München 1963, pág. 31 [apud la recensión de ADLER-MÜLLER en *Die Aktiengesellschaft*, 1964, pág. 154]; y en nuestra doctrina, la práctica totalidad de los escasos autores que han prestado atención a la materia: v. GALÁN CORONA, «La verificación de cuentas...», cit., págs. 327 y sigs; GARRIDO PALMA, «Las cuentas anuales de la sociedad anónima y la aplicación del resultado económico», en GARRIDO-SÁNCHEZ-ARANGUREN-MARTÍNEZ-GARDEAZÁBAL, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid 1990, pág. 195). Las siguientes palabras de GALÁN CORONA resumen con gran precisión esta tesis: «Me inclino a considerar, no obstante, que la obligación asumida por los auditores en el desarrollo de su función es básicamente una obliga-

ción de medio, una obligación que se traduce, en una prestación de hacer, en desplegar la debida diligencia, conforme a un parámetro dado —«las normas que rigen la auditoría»—, para comprobar si las cuentas anuales ofrecen la debida *imagen fiel*. Es cierto que el auditor habrá de expedir (o denegar) la certificación y redactar un informe, pero parece evidente que certificación e informe no son sino la última fase de su actividad, la expresión del juicio que se ha formado el auditor en el examen de las cuentas anuales; en definitiva, el auditor no promete un resultado, un *opus* concreto y determinado, sino desenvolver una actividad, aplicar sus conocimientos y manifestar por escrito el resultado —en principio impredecible— de la misma. Creo, en consecuencia, que estamos ante una obligación de medio, de diligencia, que nos remite a la figura del arrendamiento de servicios...»

A nuestro juicio, sin embargo, esta posición no está libre de crítica. A continuación tendremos ocasión de verificar las razones que nos inclinan a rechazarla. Pero al igual que señalábamos anteriormente, con ello no se quiere significar que no existan ciertas características específicas del contrato de auditoría que reclamen la aplicación de ciertas normas jurisprudenciales (pues las que ofrece el Código Civil se revelan inservibles) del contrato de servicios.

c) El contrato de auditoría de cuentas constituye, en realidad, una manifestación más de la vasta fenomenología del *contrato de obra* (y en esta dirección se sitúa precisamente el sector mayoritario de la doctrina que más atención ha dispensado al asunto: v., por citar sólo a los grandes comentaristas, CLAUSSEN, en *Kölner Kommentar*, cit., II, 1, págs. 156-157; BAUMBACH-HUECK, *Aktiengesetz*, München 1978, pág. 550; GODIN-WILHELMI, *Aktiengesetz*, cit., I, pág. 1001, y en nuestra doctrina, ILLESCAS, ob. cit., pág. 5). La prestación básica, aquella que determina la celebración del contrato y que por consiguiente lo conforma causalmente, viene dada, en efecto, por la realización del informe. «La contraprestación principal del auditor —como dice acertadamente ILLESCAS— consiste no tanto en la puesta a disposición de la compañía de sus servicios, sino en la consecución de un específico resultado de periodicidad apriorística pero no necesariamente anual: el informe de auditoría» (ob. y loc. ult. cit.). La realización del informe se incorpora a la causa del contrato, en el sentido de que su finalidad no es auditar sin consideración al resultado del informe, sino justamente auditar para obtener el informe. La razón es clara: la finalidad que persigue la ley con la verificación contable no es otra que la de poner a disposición de los accionistas llamados a aprobar las cuentas anuales (art. 212.2 LSA) y de los terceros que se relacionen con la sociedad (arts. 218 y 220.2 LSA) un instrumento de control y de contraste para que puedan formar su criterio y adoptar correctamente las decisiones que les incumben. Por eso cabe entender que si la auditoría no se materializa en un informe,

queda privada de valor desde el punto de vista de la finalidad de la ley. En consecuencia, si el contrato tiene por misión encauzar jurídicamente el logro de ese objetivo de control y publicidad, por fuerza ha de articularse como contrato de obra. Esa es la idea que se hace transparente en los mismos textos legales, en los que siempre aparece el informe como centro de gravedad del sistema de verificación (v., entre otros, los arts. 1.2 LAC, 1.4 RAC, 209 LSA, etc.). Especialmente significativo parece en este sentido el artículo 1 de la Ley de Auditoría de Cuentas, a cuyo tenor:

«1. Se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, *siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros.*

3. Tanto la auditoría de cuentas anuales y del informe de gestión como cualquier otro trabajo de revisión o verificación contable que de acuerdo con lo establecido en el apartado primero de este artículo deba calificarse legalmente como auditoría de cuentas, *tendrá necesariamente que ser realizado por un auditor de cuentas mediante la emisión del correspondiente informe...*»

Parece, pues, claro que el contrato de obra es el tipo que mejor se acomoda y que mejor puede acoger al contrato que examinamos. En particular, la distribución de riesgos se revela perfectamente ajustada a las expectativas normativas de las partes. En esta materia sucede algo similar a lo que acontece con el contrato concertado sobre los servicios profesionales de un abogado al objeto de que emita un dictamen; se trata, en efecto, de un supuesto en el que ni siquiera nuestro Tribunal Supremo, generalmente proclive a inclinarse por el arrendamiento de servicios en materia de profesiones liberales, duda en calificar como contrato de obra (v. STS 21-III-1950; sobre el caso similar del arquitecto al que se le encomienda la realización de un proyecto, v. FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid 1977, págs. 123 y sigs.). La similitud se aprecia con claridad si tenemos en cuenta que lo que se pide al auditor no es en realidad asistencia técnica en materia contable, sino un dictamen técnico sobre los estados financieros preparados por los administradores (en relación con la previsión legal de la ejecución esporádica u ocasional por los auditores de ciertos servicios específicos distintos de la verificación; v. ILLESCAS, ob. cit., pág. 6).

d) Parece oportuno agregar ahora que la calificación de la relación que media entre la sociedad y el auditor como contrato de obra, si bien se revela especialmente útil a los efectos que aquí interesan no debe sobrevalorarse en exceso, pues en gran parte el régimen y contenido de esa relación vienen predeterminados por la legislación especial (v. KROPFF, *Aktiengesetz...*, cit.,

III, pág. 416). En atención a esta circunstancia y teniendo en cuenta el interés público que informa la verificación contable, ha de entenderse que los preceptos del Código Civil que regulan el contrato de obra tienen una función más bien complementaria y por tanto sólo podrán integrar la disciplina legal de la verificación contable en la medida en que sean compatibles con su sentido y finalidad.

3. EL CONTRATO DE AUDITORÍA COMO CONTRATO «SUI GENERIS»
EN EL QUE PREDOMINAN LOS ELEMENTOS PROPIOS DEL CONTRATO DE OBRA.
DISCIPLINA APLICABLE

Haciendo un resumen de la exposición anterior, podemos afirmar que la relación entre la sociedad y el auditor ha de ser considerada como una auténtica relación contractual que responde básicamente al tipo de contrato de obra, pero cuyo contenido y régimen se hallan en gran medida predeterminados por la ley. Es esta compleja caracterización la que conduce a la estimación de que ciertos aspectos colaterales de esa relación han de ser integrados por algunas normas que disciplinan el contrato de mandato e, incluso, el contrato de servicios. Se trata de una configuración del negocio que no debe extrañar. El contrato de obra contemplado por el Código Civil obedece fundamentalmente al tipo de contrato de construcción inmobiliaria. En este sentido no se puede ocultar que, como viene poniendo de relieve la doctrina, en la realidad de estos contratos de gestión o servicios, si bien cuando se contemplan sus extremos los tipos son nítidos y claros, no sucede lo mismo en la amplia franja intermedia en la que existe una tipología fluida que con frecuencia reclama una combinación de las normas de los contratos vecinos y específicamente de los contratos de mandato y de servicios (v. en este sentido ult. el comentario de SALVADOR CODERCH al art. 1.588, en Ministerio de Justicia (ed.), *Comentario del Código Civil*, II, págs. 1175 y sigs.). Pues bien, el contrato de auditoría parece un caso paradigmático de contrato de obra con ramificaciones en los tipos colaterales (en este punto resulta especialmente interesante la reconstrucción de BRONNER, *Grosskommentar*, II, cit., pág. 597, que habla de un contrato *sui generis* con elementos del contrato de obra, servicios y mandato; y de KROPFF, *Aktien-gesetz...*, cit., III, pág. 416).

Esta formulación flexible de la naturaleza del contrato de auditoría permite llegar a una reconstrucción de la normativa aplicable más acomodada a las expectativas normativas de las partes y a las valoraciones generales de nuestro sistema. En este sentido, y a título de ejemplo, pueden hacerse algunas observaciones de régimen. En principio, por ser el esquema central, serán de aplicación general las normas que disciplinan el contrato de obra. De ellas

solamente habrá que excluir aquellas que hallan sido sustituidas imperativamente por la legislación de sociedades y de auditoría (así, por ejemplo, no podrá aplicarse la libre rescisión por el comitente que señala el art. 1.594 CC y habrá que observar la norma sobre revocación por justa causa del art. 204.3 LSA; tampoco se acudirá a las normas sobre responsabilidad contractual y, menos, su modificación convencional, sino que serán de aplicación los arts. 11 LAC y 211 LSA; etc.). Será necesario excluir también las normas que sólo se explican en función del contrato de construcción de inmuebles (v.gr., art. 1.591 CC) o aquellas otras que son incompatibles con la finalidad de la verificación (por ejemplo, el art. 1.598 CC). De otro lado, como ya hemos insinuado, cabrá aplicar aquellas normas del mandato y del arrendamiento de servicios que resulten analógicamente pertinentes (v.gr., arts. 1.720 y 1.728 CC; v. al respecto arts. 328 y 312.2 RRM; etc.).

II. POSIBILIDAD DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE AUDITORIA DE CUENTAS POR PARTE DEL AUDITOR

Establecidas las líneas maestras que, a nuestro juicio, perfilan la relación auditor-sociedad, podemos contemplar con mayor seguridad la cuestión relativa a *las posibilidades que nuestro Ordenamiento proporciona al auditor para desvincularse unilateralmente del contrato concertado con la sociedad*. En este punto las soluciones que se ofrecen a la consideración del intérprete presentan una notable variedad. La opción por una u otra no es, sin embargo, una operación mecánica que pueda efectuarse automáticamente partiendo de las conclusiones alcanzadas en el análisis de la naturaleza jurídica. Aquél es por fuerza un análisis provisional, que si bien sirve para fijar el contexto sistemático y valorativo en que han de discutirse los problemas de régimen, necesariamente habrá de ser contrastado en un análisis posterior en el que las distintas opciones tendrán que ser valoradas desde el punto de vista de las expectativas normativas de las partes, de los intereses en juego y de los fines perseguidos por la ley. Este es el objeto de las reflexiones que siguen.

1. INADMISIBILIDAD DE LA RENUNCIA UNILATERAL «AD NUTUM»

A nuestro juicio debe descartarse, con carácter general, la tesis minimalista, a tenor de la cual *el auditor goza de un derecho de renuncia virtualmente ilimitado* que le permite desvincularse de los compromisos adquiridos frente a la sociedad por simples razones de «conveniencia personal». Esta

es una orientación muy generalizada en la práctica francesa («la pratique a tendance à admettre qu'un commissaire peut démissionner pour simple convenance personnelle») y se conecta, bien con la doctrina de la renunciabilidad esencial del mandato, que en nuestro Derecho consagran los artículos 1.732.2.º, 1.736 y 1.737 del Código Civil (v. TERRE, «La démission du commissaire aux comptes», *Rev. écon. et comptab.*, 1971, págs. 5583 y sigs.; *apud* HERMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés commerciales*, cit., II, págs. 760 y sigs.), bien con el principio de libre dimisión de los cargos orgánicos (v. la información que suministran VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, París 1985, pág. 275; RIPERT-ROBLLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París 1986, I, pág. 937, y los propios HEMARD-TERRE-MABILAT, *op loc cit.*) (1).

Como acabamos de indicar, a nuestro modo de ver, este planteamiento no puede admitirse. En otro caso se pondría en entredicho la finalidad perseguida por el legislador al establecer el sistema de verificación contable. El legislador ha querido, en efecto, dotar de estabilidad el cargo de auditor (así se infiere con toda claridad del art. 204.3 LSA, que sólo permite su revocación por justa causa, y de los arts. 204.1 LSA y 40 RAD, que preceptúan plazos mínimos de permanencia en el cargo). El propósito perseguido no ha sido, ciertamente, asegurar, en beneficio de los auditores, la conservación de su clientela (en cuyo caso, como es natural, el principio de libre renunciabilidad no sería incongruente), sino el de establecer aquellas condiciones mínimas de seguridad profesional que son precisas para que el auditor, en aras de los intereses de accionistas y de terceros e incluso del propio interés público, pueda desarrollar con el máximo de independencia y eficacia el control contable de la sociedad (v. en este sentido las agudas observaciones de HOUIN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nîmes de 27-III-1973», en *Rev. Trim. Droit Comm.*, 1973, pág. 824). Y esa estabilidad —ha de agregarse— no ha querido garantizarse sólo frente a la

(1) El Derecho inglés puede incardinarse también en este contexto, puesto que concede al auditor un amplísimo derecho de desistimiento. En efecto, a tenor de lo dispuesto por la *section 390 (1) Companies Act 1985*, «[A]n auditor may resign his office by depositing a notice in writing to that effect at the company's registers office, and such notice operates to bring his term of office to an end on the date on which the notice is deposited, or on such later day as may be specified in it» La única exigencia es, pues, una comunicación escrita, en la que el auditor —según precisa el apartado (2) de la indicada *section*— ha de señalar si renuncia por haber detectado algún problema en la compañía, en cuyo caso tiene que explicarlo, o no. Con ello se quiere únicamente prevenir al auditor de renunciar sin informar a los socios, pero no se pretende poner cortapisas al desestimiento del auditor (cfr. SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law*, cit., I, págs. 1.084 y sigs., y PENNINGTON, *Company Law*, London, 1985, págs. 781 y sigs.). El Derecho inglés es, no obstante, poco significativo a nuestros efectos, puesto que descarga buena parte de la regulación en las normas corporativas (v. la *Guide to Professional Ethics* del Institute of Chartered Accountants in England and Wales)

presión de la sociedad, sino también frente a la natural inclinación del auditor a huir de las situaciones comprometidas.

Por todo ello hemos de estimar que la estabilidad reclama también una drástica contención de la renuncia unilateral *ad nutum*, que podría convertirse en «una escapatoria fácil para el auditor que quisiera evitar tensiones y dificultades» (VIDAL, *Commissaire aux comptes*, cit., pág. 276). Esta exigencia se halla hasta tal punto presente en la ley que «el incumplimiento de realizar una auditoría de cuentas contratada en firme» ha sido configurado, además, como un ilícito administrativo, dotado de la correspondiente sanción [v. arts. 16.2.a) LAC y 48.a) RAC]. La solución que consideramos sería, por otra parte, difícilmente compatible con la distribución de riesgos propia del contrato de obra. Ciertamente, esta última observación no es decisiva, puesto que en el plano estrictamente jurídico-privado y al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), habría que admitir pactos modificativos del régimen legal. Es, sin embargo, significativo si tenemos en cuenta que, en buena parte, la estructuración del contrato de auditoría como contrato de obra constituye una exigencia de la propia regulación —imperativa— de la verificación contable contenida en las leyes de sociedades y de auditoría.

2. INADMISIBILIDAD DE LAS POSICIONES EN FAVOR DE LA «CAUTIVIDAD TOTAL DEL AUDITOR»

Pero nos parece que de la misma manera que no cabe predicar una libertad total de renuncia, tampoco puede admitirse la tesis maximalista de la *cautividad total del auditor*, tal como ha sido sostenida por algún sector minoritario, que niega al auditor el derecho de desvincularse unilateralmente de la relación bajo cualquier circunstancia (v. GODIN-WILHELM, *Aktiengesetz...*, cit., I, pág. 1001). Realmente, estos autores sólo admiten el caso de resolución por incumplimiento en el supuesto de mora del deudor. En otras ocasiones se invoca, con gran imprecisión, la naturaleza orgánica del vínculo para establecer este principio de cautividad, pero el enfoque yerra de manera ostensible, porque —como señalan certeramente HEMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés commerciales*, cit., II, pág. 761— para el órgano social más característico —los administradores— rige, de modo general, el principio contrario de libre dimisión. Precisamente por esta razón, bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se entendía que los censores podían dimitir libremente de su cargo (v. GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 393).

En realidad, una presión de tal naturaleza sobre posición del auditor no es compatible con un sistema organizado sobre bases jurídico-privadas.

Solamente si el auditor fuera un funcionario público podría llegarse a consecuencias análogas. Contra estas observaciones no se puede invocar el ya citado artículo 16.2.b) de la Ley de Auditoría de Cuentas, que prevé como infracción administrativa grave «el incumplimiento de la obligación de realizar la auditoría contratada en firme». Las razones son claras: el incumplimiento de la obligación de realizar la auditoría no hace referencia a la situación objetiva en que la auditoría quede sin realizar, sino que representa un concepto jurídico que necesita ser valorado. Naturalmente, el incumplimiento será sancionable, pero sólo cuando jurídicamente merezca la calificación de incumplimiento. En otras palabras, para determinar cuándo hay incumplimiento hemos de saber primero cuáles son los casos en que cabe la renuncia, el desistimiento o la resolución unilateral del contrato, pues donde comienzan éstos acaba aquél.

3. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LA AUDITORÍA, FUNDADA EN CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AUDITOR

En atención a las consideraciones anteriores, parece que lo procedente es ensayar una solución intermedia que *permite al auditor terminar su relación con la sociedad en los casos en que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, resulte objetiva o subjetivamente inexigible una conducta distinta*. Bajo esta formulación general aludimos a aquel conjunto de hipótesis en las que, por una u otra razón, la decisión unilateral del auditor de separarse de la sociedad se halla amparada por una razón digna de ser considerada por el Ordenamiento jurídico. En términos generales, puede afirmarse que esta tesis es la que más amplio consenso ha merecido por parte de la doctrina comparada (la mayoría de los autores hablan, en efecto, aunque ciertamente con muy diferentes contenidos de «justa causa» o de «motivo relevante»; *giusta causa*. v. referencias en CAVALLI, *Sindaci*, cit., pág. 45; *motif légitime*: v. referencias en VIDAL, *Commissaire aux comptes*, cit., págs. 275 y sigs.; *wichtiges Grund*: v. referencias en KROPPE, *Aktiengesetz*, cit., III, pág. 427, cuya obra es especialmente útil para nosotros por ser anterior a la reforma a la que se alude de inmediato). Ha sido, además, el planteamiento que ha cristalizado positivamente en la reciente reforma que se ha introducido en Alemania, la única de las que hemos examinado que, junto a la inglesa, ha dedicado atención al tema (v. S 317 VI y VII HGB). Esta es, en fin, la solución que reclaman las más elementales exigencias de la razón práctica y de la razón jurídica, y que de alguna manera presupone el artículo 314.b) del Reglamento del Registro Mercantil, allí donde dispone que proceda el nombramiento del auditor por el Registro

Mercantil «cuando las personas nombradas [por la Junta] no acepten el cargo dentro del plazo establecido en este Reglamento o, por cualquier causa justificada, no puedan cumplir sus funciones». Los dos problemas que plantea esta solución son los relativos a su fundamentación legal (puesto que la presuposición reglamentaria a que acaba de aludirse sólo tiene valor en cuanto pueda reconducirse a una norma de ley) y a su concreción fenomenológica. En este lugar nos referimos solamente al primero de ellos (2).

a) Con frecuencia suele invocarse un argumento de simetría contractual para fundar la solución propuesta: si la Junta —se dice— puede revocar el nombramiento del auditor cuando concurre justa causa para la revocación (arg. ex art. 204.3 LSA), el auditor ha de poder renunciar al cargo que ha aceptado cuando concorra justa causa para la renuncia (en este sentido se manifiesta, por ejemplo, HOUIN, «Comentario a la sentencia del Tribunal de Nîmes», cit., *Rev. Trim. Droit Comm.*, 1973, pág. 329; VIDAL, *Commissaire aux comptes*, cit., pág. 276; y entre nosotros, aunque muy al paso de otras consideraciones, GALÁN CORONA, «La verificación...», cit., pág. 338). El argumento, no obstante su razonabilidad aparente, no deja de mostrar cierta fragilidad. La correspondencia o paralelismo o, si se quiere, el equilibrio de las posiciones contractuales se establece en términos globales, pero no ha de reflejarse en cada estrato de la configuración del contrato (v., en un sentido similar, HEMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés commerciales*, cit., II, pág. 760). Hay, en efecto, muchas regulaciones que otorgan a una parte el derecho de revocación y se lo niegan a la otra; un ejemplo notorio nos lo ofrece el propio contrato de obra (v. arts. 1.594 y 1.595 CC). En esta misma línea de argumentación es significativo que ciertos Ordenamientos, como el alemán —y, en parte, el francés—, aunque antes de la última reforma, permitían que la sociedad revocase *ad nutum* al auditor, no por ello consideraban que el auditor gozase del mismo derecho. Por lo demás, la *ratio* especial del artículo 204.3 de la Ley de Sociedades Anónimas impide su extensión al auditor. La norma, con el fin de garantizar la estabilidad del auditor, ha querido derogar el principio general de libre revocabilidad que resultaría de la aplicación del Derecho común (v. art. 1.594 y, en su caso,

(2) Para el segundo, relativo a la concreción fenomenológica, es decir, a las circunstancias que pueden considerarse suficientes para el desistimiento del contrato por el auditor (supuestos de imposibilidad física de cumplimiento del contrato, necesidad de atender al cumplimiento de otros deberes, existencia de una causa de incompatibilidad, manifestación de una «política inquietante» de la sociedad, perturbación de las relaciones de confianza, incumplimiento de los deberes de cooperación por parte de la sociedad y ausencia de Registros contables adecuados) y las consecuencias jurídicas de la terminación unilateral del contrato, v. el trabajo «La renuncia al cargo del auditor de cuentas. circunstancias justificativas y consecuencias jurídicas de la renuncia», de IGLESIAS PRADA, en esta misma obra.

arts. 1.584 y 1.733 CC). Por ello no cabe extenderla en la dirección opuesta de facilitar, por el lado del auditor, la ruptura del vínculo. La falta de *eadem ratio* impide, en efecto, el recurso a la analogía (v. art. 4.1 CC).

b) El fundamento ha de buscarse, pues, en el Derecho común. Contemplada la cuestión desde esta perspectiva, hemos de comenzar recordando que con frecuencia se invocan, con carácter general, distintos preceptos que se sitúan en el ámbito del contrato de mandato y del contrato de servicios. En nuestro Ordenamiento podría apelarse a los artículos 1.736 y 1.737 del Código Civil, que expresamente sancionan la renunciabilidad del mandato y no la indemnización del mandante si concurre justa causa. Más la apelación a estos preceptos no parece, sin embargo, pertinente. La justa causa del mandato tiene una amplitud (justificada por las propias exigencias institucionales de la figura) que no resulta congruente, en efecto, con el sentido del contrato de auditoría que examinamos.

c) Descartadas las explicaciones anteriores, sólo queda, a nuestro juicio, el recurso a las normas generales del Derecho de obligaciones en materia de imposibilidad sobrevenida de la prestación, y muy especialmente a las particulares del contrato de obra, que es, como sabemos, el tipo contractual en el que debe incardinarse el contrato de auditoría (esta es la solución que había cristalizado en la doctrina alemana antes de que el legislador consagrara expresamente la facultad de desistimiento por motivo relevante; v., por todos, KROPPF, *Aktiengesetz...*, cit., III, pág. 427). En atención a este modo de ver la cuestión nos parece especialmente significativo el artículo 1.595, III, del Código Civil, que permite la terminación del contrato cuando «*el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad*». Por lo demás, ha de señalarse que el mencionado precepto es aplicable aun cuando en el caso concreto se reputa que el contrato de obra no fue concertado en consideración a las cualidades personales del auditor, como sucede, por ejemplo, cuando éste haya sido designado por el Registrador Mercantil (en este sentido, v. por todos LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, 3, Barcelona 1986, pág. 299). El artículo 1.595, III, del Código Civil y, en general, las disposiciones sobre la imposibilidad sobrevenida (arts. 1.105, 1.192, 1.184 y, analógicamente, el art. 1.124, II, CC *in fine*) y sobre la buena fe objetiva (arts. 7.1, 1.258 CC y 57 CCom) constituyen así el grupo normativo básico que sirve para dar cobertura a la interpretación reglamentaria contenida en el artículo 314.b) del Reglamento del Registro, el cual —según ya hemos tenido ocasión de anticipar— presupone la posibilidad de terminar el contrato de auditoría cuando los auditores, «por cualquier causa justificada, no puedan cumplir sus funciones».

Será bueno por ello que, siquiera sea brevemente, aludamos a la doctrina de la imposibilidad sobrevenida. Lo que en este momento interesa destacar es que junto a los supuestos de imposibilidad estricta, es decir,

imposibilidad objetiva y absoluta de la prestación (provocada por sobrevenir causas impositivas legal o físicamente insuperables; v. art. 1.184 CC), es necesario incluir aquellos supuestos en que, de conformidad con una valoración de las circunstancias del contrato realizada según las exigencias de la buena fe, el esfuerzo requerido al auditor para cumplir sobrepasaría el límite de lo razonablemente exigible, tornándose su exigencia por parte de la sociedad comitente en abiertamente desleal, incorrecta o abusiva. En esta aplicación de la buena fe consiste precisamente la doctrina de la inexigibilidad de la prestación (o la doctrina del límite de sacrificio), que paulatinamente ha ido tomando carta de naturaleza en los Ordenamientos occidentales para flexibilizar y ensanchar la noción tradicional de la imposibilidad (v. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987, págs. 145 y sigs., y más ampliamente, págs. 181 y sigs.).

En nuestro Ordenamiento, la consideración de la inexigibilidad de la prestación como una subespecie de la imposibilidad encuentra base normativa en los artículos 7.1 y 1.258 del Código Civil, que asignan a la buena fe una función delimitadora del contenido de la obligación y, por tanto, también de la noción misma de imposibilidad sobrevenida (v. JORDANO, *op. cit.*, pág. 183; este planteamiento ha encontrado un amplio eco en nuestra doctrina —v., entre otros, Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid 1972, págs. 682 y sigs.; y más claramente Díez-PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid 1976, págs. 161 y sigs.—; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1, Barcelona 1977, pág. 117; PÉREZ Y ALGUER, *Anotaciones...*, cit., Derecho de obligaciones, I, págs. 246 y sigs.; y no ha quedado ajena a él nuestra jurisprudencia: v., entre otras, SSTs 9-XI-1949 y 2-VII-1910). A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de imposibilidad objetiva y absoluta, que determinan la liberación automática del deudor, en los casos de inexigibilidad de la prestación *ex bona fidei* la liberación del deudor tiene carácter facultativo. La terminación del vínculo se opera justamente mediante el desistimiento.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho Mercantil

La renuncia al cargo de auditor de cuentas: circunstancias justificativas y consecuencias jurídicas de la renuncia (*)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II.—CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN CONSIDERARSE SUFICIENTES PARA EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO POR EL AUDITOR: 1. SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. 2. SUPUESTOS DE DESISTIMIENTO DERIVADOS DE LA NECESIDAD DE ATENDER EL CUMPLIMIENTO DE OTROS DEBERES. 3. SUPUESTOS FUNDADOS EN ALGUNA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD. 4. SUPUESTOS EN QUE SE MANIFIESTA UNA «POLÍTICA INQUIETANTE» DE LA SOCIEDAD. 5. SUPUESTOS EN QUE SE MANIFIESTA UNA PERTURBACIÓN DE LAS RELACIONES DE CONFIANZA ENTRE EL AUDITOR Y LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD AUDITADA. 6. SUPUESTOS EN QUE SE MANIFIESTAN INCUMPLIMIENTOS DE LOS DEBERES DE COOPERACIÓN POR PARTE DE LA SOCIEDAD. 7. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE REGISTROS CONTABLES ADECUADOS. 8. PONDERACIÓN DEL PERÍODO DE AUDITORÍA EN QUE SE PUEDA PRODUCIR UNA CAUSA DE RESOLUCIÓN O DE DESISTIMIENTO.—III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO: 1. SUPUESTOS EN QUE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO RESULTA PROCEDENTE. 2. SUPUESTOS EN QUE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO NO RESULTA PROCEDENTE. 3. LA INSCRIPCIÓN DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO EN EL REGISTRO MERCANTIL. 4. SUSTITUCIÓN DEL AUDITOR QUE PONE FIN A SU RELACIÓN CON LA SOCIEDAD.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La naturaleza jurídica de la relación contractual que media entre la sociedad y el auditor de cuentas (1) y la singularidad de la función que el Orde-

(*) Escrito para los «Estudios jurídicos en memoria del profesor don Manuel Brosa Pont»

(1) Sobre la naturaleza jurídica de la relación entre la sociedad y el autor, v. en esta misma obra AURELIO MENÉNDEZ, *El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor*.

namiento encomienda a los auditores suscitan numerosas cuestiones en materia de extinción de la relación sociedad-auditor. No es nuestro propósito abordar aquéllas que derivan de la finalización del plazo establecido en su nombramiento o la eventual prórroga del mismo, ni tampoco aquellas otras que, sin duda, puede plantear la revocación del nombramiento por la sociedad (2). Nuestro estudio se centra únicamente, en efecto, en la hipótesis de terminación de esa relación por iniciativa unilateral del auditor ante la imposibilidad de desarrollar su función por causas ajenas a su voluntad y, aun dentro de esa perspectiva, prescinde de la consideración de la admisibilidad misma de la renuncia para detenerse en el análisis de aquellas concretas circunstancias que pueden considerarse suficientes a efectos de estimar con fundamento la concurrencia de dicha imposibilidad. Mas antes de analizar esa particular fenomenología o, al menos, los grupos de casos más significativos en que podría identificarse una imposibilidad de realizar la auditoría por causas ajenas a la voluntad del auditor, conviene establecer algunas premisas generales que han de tenerse en cuenta para su valoración.

La primera de ellas viene sugerida por la finalidad de la verificación de cuentas, que impone una valoración muy ajustada de lo que haya de entenderse por inexigibilidad de una conducta distinta. Los intereses en juego —privados y públicos— reclaman, en efecto, una estricta delimitación de los supuestos que se abren a la terminación del contrato por parte del auditor, pues de lo contrario la estabilidad del cargo —de la que en buena medida dependen la independencia e imparcialidad del auditor— quedaría seriamente socavada (3). Parece claro, en efecto, que una interpretación generosa de la normativa conduciría a ofrecer al auditor que encuentre ciertas dificultades por parte de los administradores una vía fácil para eludir el cumplimiento de su función y de sus obligaciones. Y lo que es más importante, podría incentivar conductas obstruccionistas de los administradores encaminadas precisamente a provocar la dimisión del auditor, lo que, a la postre, equivaldría a dejar en sus manos la selección de un «auditor de confianza».

La segunda premisa de la que hay que partir viene dada por la específica naturaleza de la «obra» objeto del contrato de auditoría. En este aspecto ha

(2) Sobre estas cuestiones, v. recientemente ILLESCAS, «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, de URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA (dirs.), VIII, 2.º, Madrid 1993, págs. 53 y sigs. También, OTERO RUBIN, «La revocación de los auditores: la justa causa», en *La Ley*, núm. 3.216, 12 de marzo de 1993.

(3) Véase en este sentido KROPFF, en *Aktiengesetz. Kommentar*, de GESSLER-HEFERMEHL-ECKARDT-KROPFF, III, München, 1973, S. 163, 43, pág. 427; en contra, PONTAVICE, «Comentario a la sentencia del Tribunal de Nîmes de 27-III-1973», en *Rev. Soc.*, 1974, pág. 331, quien inexplicablemente afirma la conveniencia de facilitar la salida del auditor a fin precisamente de garantizar su independencia y eficacia, con el dudoso y discutible argumento de que retenerlo en la sociedad contra su voluntad le haría desinteresarse de su labor de control, en perjuicio de la sociedad y de terceros.

de tenerse presente que la prestación a realizar por el auditor consiste en la emisión de un informe que, si bien originariamente está encaminado a manifestar una opinión técnica (esta idea aparece subrayada en el art. 1.1 del Reglamento de la Ley de Auditoría y Contabilidad —RAC—), puede perfectamente concluirse con la denegación de aquella opinión (arts. 2.3 de la Ley de Auditoría y Contabilidad —LAC—, 5.3 del RAC y punto 3.6.10 de las Normas Técnicas de Auditoría de Cuentas —NTAC—). Por tanto, la imposibilidad de la prestación ha de valorarse en dos momentos distintos: en el momento inicial habrá que determinar si existen perspectivas para la emisión de un informe con opinión; en el momento final sólo será preciso determinar si es posible emitir un informe, con opinión o sin opinión. Esta precisión será especialmente útil, como veremos, para la valoración de las hipótesis más problemáticas.

En todo caso, el punto de partida lo constituye la observación de que el contrato de auditoría sólo puede ser terminado por iniciativa del auditor en aquellos casos en que la prestación haya devenido imposible por causas independientes de su voluntad. Ciertamente, el concepto de imposibilidad debe comprender incluso ciertas hipótesis en que las dificultades para el cumplimiento de la prestación sean de tal naturaleza que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, resulte inexigible la continuación de la tarea (4). Y es justamente el análisis de las más representativas de dichas hipótesis el que ocupará nuestra atención en las páginas siguientes.

II. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN CONSIDERARSE SUFICIENTES PARA EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO POR EL AUDITOR

1. SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD FÍSICA DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La primera hipótesis concreta que procede contemplar nos la ofrecen *los casos de fallecimiento, enfermedad prolongada, incapacidad transitoria, etc.* Se trata de los supuestos paradigmáticos de la imposibilidad y, por tanto, no suscitan mayores dudas en su consideración (v. art. 1.595, I y III, del Código Civil). En el caso de que la imposibilidad tenga un carácter meramente temporal, para determinar su fuerza liberatoria será preciso verificar si la misma «frustra el fin del negocio» (5). Y en el contrato de

(4) Sobre la inadmisibilidad de la renuncia unilateral *ad nutum* y la fundamentación legal de una admisibilidad de las renunciaciones basadas en causa justificada, v. ampliamente AURELIO MENÉNDEZ, *El contrato de auditoría* ..., cit.

(5) Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid 1972, págs. 683-684

auditoría a que nos venimos refiriendo, en el que el término de finalización de la obra tiene carácter esencial (v. arts. 171 y 210 de la LSA), el fin del negocio se frustrará siempre que el informe del auditor no pueda estar listo para la época de la convocatoria de la Junta general ordinaria llamada a deliberar sobre las cuentas anuales (v. arts. 95 y 212 de la LSA) (6).

Conviene tener en cuenta, no obstante, que las hipótesis de imposibilidad en sentido estricto que han sido consideradas no son de aplicación, en principio, a las personas jurídicas (aunque naturalmente podría pensarse en la disolución, quiebra, etc., de la sociedad de auditoría). Pero en este caso la cuestión puede plantearse en relación con aquellos supuestos en que la indisposición del auditor asignado a la empresa de que se trate ponga a la sociedad de auditoría, dada la programación general de sus actividades, en graves dificultades para poder sustituirle y atender al compromiso. Con todo, a nuestro juicio, esta circunstancia no autoriza la terminación del contrato. La distribución de riesgos inherentes al contrato de obra significa que el auditor ha de asumir todas las eventualidades y contingencias que se sitúan en el área que le incumbe y, por consiguiente, que ha de soportar el riesgo de que las mismas puedan llegar a producirse.

2. SUPUESTOS DE DESISTIMIENTO DERIVADOS DE LA NECESIDAD DE ATENDER EL CUMPLIMIENTO DE OTROS DEBERES

Algo más problemáticos son los casos en que el auditor se ve en la necesidad de abandonar su trabajo para atender al cumplimiento de otros deberes más elevados. Las hipótesis más características nos las proporcionan los deberes constitucionales derivados del ejercicio de un cargo público o del servicio militar (arts. 23.2 y 30 de la Constitución). Pero existen o pueden existir muchos otros casos, que llegan incluso a los deberes morales y familiares (v.gr., la muerte del padre del auditor que le obliga a hacerse cargo del negocio familiar), merecedores del mismo tratamiento. A nuestro modo de ver, en todos estos supuestos ha de admitirse resueltamente el derecho del auditor a desistir del contrato, a pesar de las dudas que inicialmente pudiera suscitar su admisibilidad. Y la razón se halla precisamente en que al auditor no le es exigible, de acuerdo con los dictados de la buena fe (inexigibilidad *ex bona fidei*), continuar la ejecución de la obra (7). En efecto, el sacrificio de deberes más altos —según ha tenido

(6) Sobre el plazo para emisión y entrega del informe de auditoría, v. ILLESCAS, *Auditoría, aprobación...*, cit., págs. 138 y sigs.

(7) Cfr JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987, pág. 184, nota 179 e *ibid.* más indicaciones.

ocasión de apuntar nuestro Tribunal Supremo— hace inexigible la obligación pendiente (V. STS 9-XI-1949).

3. SUPUESTOS FUNDADOS EN ALGUNA CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD

Tampoco suscitan mayores dificultades *los casos en que sobreviene alguna de las causas de incompatibilidad establecidas por la ley* (v. arts. 8.2 de la LAC y 37-39 del RAC). En tales supuestos la doctrina generalizada admite que el auditor tiene el derecho —y el deber— de poner fin a su vínculo con la sociedad (8). Esta conclusión no parece discutible, máxime si tenemos en cuenta que la continuación en el cargo por persona incompatible constituye una infracción administrativa [v. arts. 16.2.d) de la LAC y 48.d) del RAC]. El supuesto, en la medida en que se traduce en un caso de incapacidad legal, encaja dentro del ámbito del artículo 1.595, III del Código Civil. Es preciso, no obstante, que el auditor no incurra voluntariamente en la causa de incompatibilidad, pues de lo contrario la imposibilidad le sería imputable y, en consecuencia, debería indemnizar a la sociedad (v. arts. 1.105 y 1.182 del CC). Sin embargo, la incompatibilidad no le será imputable en los casos, sin duda los más frecuentes, en que no le resulta exigible impedir que se produzca el evento en que se funda. Así, por ejemplo, si el auditor encuentra una buena oportunidad para adquirir un paquete de acciones de la sociedad auditada y cierra la operación, o si contrae matrimonio con un accionista de la misma o se le ofrece en ella un puesto de trabajo en condiciones ventajosas, no puede estimarse que haya obrado ilegítimamente. Naturalmente, si se prueba la existencia de una conexión causal directa entre la producción del evento y el deseo de relevarse de la obligación asumida incurrirá en responsabilidad.

Distinta es, en cambio, la hipótesis de incompatibilidad originaria, que da lugar a la nulidad absoluta del contrato (art. 1.271 del CC). El supuesto se produce cuando el auditor conocía su incompatibilidad en el momento de contratar y no advirtió de ello a la sociedad. En ese caso, en la medida en que ha obrado con reticencia (dolo negativo), está obligado a indemnizar a la sociedad el interés negativo (es interesante en este contexto el punto 1.3.7 de las NTAC).

Los problemas fundamentales no se plantean, sin embargo, con las causas de incompatibilidad típicas, sino con las que podríamos denominar atípicas, es decir, con aquellas que tienen lugar siempre que sobreviene alguna circunstancia que pueda poner en entredicho la independencia, entendida según se desprende del art. 36.3 del RAC— como aquella situación de «ausencia de

(8) Véase, entre tantos otros, KROPFF, *Aktengesetz...*, cit. III, S 163, 43, pág. 428

intereses o influencias que pueden menoscabar la objetividad del auditor» (v., para algunos ejemplos, art. 36.3 del RAC y punto 1.3 de las NTAC). No obstante, a nuestro modo de ver, estos supuestos deben equipararse a los específicamente previstos por la ley. Si la auditoría de cuentas —por imperativo del art. 8.1 de la LAC— debe realizarse en el marco de una situación de plena independencia, ha de estimarse que cualquier causa que la ponga seriamente en entredicho justifica de manera suficiente la terminación del contrato por parte del auditor (9).

4. SUPUESTOS EN QUE SE MANIFIESTA UNA «POLÍTICA INQUIETANTE» DE LA SOCIEDAD

Más complejas se nos presentan, en cambio, *las hipótesis que podríamos calificar de «política inquietante» de la sociedad*. Bajo este rótulo se puede agrupar una serie heterogénea de casos —prácticas financieras irregulares en situación de sobreendeudamiento, medidas de inversión extravagantes por parte de empresas en dificultades, etc.—, cuyo común denominador viene dado por la previsión de un desastre o un riesgo inminentes. A nuestro juicio, sin embargo, ninguna circunstancia de este tipo autoriza al auditor a resolver su compromiso. En este sentido, el hecho de que el auditor desapruuebe personalmente la gestión empresarial e incluso la circunstancia de que se encuentre en una posición incómoda frente al modo en que ha sido desarrollada no impiden en absoluto el cumplimiento de su cometido y, sobre todo, no pueden justificar un abandono de la función que legalmente tiene encomendada. Todas estas hipótesis, pues, no configuran una causa fundada para el desistimiento unilateral por parte del auditor (10).

5. SUPUESTOS EN QUE SE MANIFIESTA UNA PERTURBACIÓN DE LAS RELACIONES DE CONFIANZA ENTRE EL AUDITOR Y LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD AUDITADA

Desde otra perspectiva, resultan de difícil valoración *los casos en que se registran diferencias personales con los administradores de la sociedad*

(9) En esta dirección, que propende hacia una interpretación amplia de la «incompatibilidad profesional», se orienta, por lo demás, la doctrina mayoritaria, v., entre otros, KROPFF, *Aktiengesetz...*, cit., III, S 163, 25-28, págs. 419-421; CLAUSSEN, en *Kolner Kommentar zum Aktiengesetz*, II, 1. Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, S 163, 28, pág. 160; etc.

(10) En contra, sin embargo, se manifiesta un importante sector de la doctrina francesa: v., entre otros, HEMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés commerciales*, II, París 1974, pág. 761; PONTAVICE, «Comentario a la sentencia del Tribunal de Nîmes...», cit., págs. 334-335.

auditada que determinan una seria perturbación de las relaciones de confianza. Un autorizado sector de la doctrina viene estimando, en efecto, que en estos supuestos, y de acuerdo con las exigencias de la buena fe, el auditor no debe considerarse obligado a continuar en el desarrollo de su cometido y que, por ello, el motivo que haya dado lugar a la ruptura de confianza puede estimarse causa bastante para renunciar a la auditoría (11). A nuestro juicio, sin embargo, estas precisiones son merecedoras de alguna matización, pues si bien es cierto que, en términos generales, la buena fe ampara la terminación de los contratos de obra cuando las diferencias personales han dañado seriamente la relación de confianza, en el caso que nos ocupa ese amparo debe ceder frente a las exigencias institucionales del sistema de verificación contable.

En este sentido es preciso tener presente que la misión del auditor es censurar las cuentas preparadas por los administradores. Y que si en el desarrollo de esta tarea es ciertamente deseable la existencia de un clima de recíproca confianza, la confianza no es, sin embargo, una circunstancia esencial e indispensable para el desempeño de las funciones de control. Los conflictos con los administradores no pueden, por ello, justificar la dimisión del auditor, puesto que, de otro modo, la auditoría, como instrumento de control externo, quedaría privada de buena parte de su sentido (12). La buena fe no puede, por consiguiente, ser invocada eficazmente por el auditor para desistir de la relación contractual establecida con la sociedad auditada cuando haya quebrado el clima de confianza en que normalmente se desarrollarán sus relaciones con los administradores de la misma, pues a la conveniencia de que ese clima permanezca se sobrepone en este caso la función propia de la verificación contable en beneficio de los intereses de socios y terceros, e incluso en interés público, como valor prevalente que en este caso ha de ser preservado. En este aspecto, nos parecen especialmente ilustrativas las siguientes palabras que extraemos de una ya vieja Instrucción de la «Commission des Opérations de Bourse» francesa, relativa a la auditoría de las sociedades cotizadas:

«Des rapports confiants entre les dirigeants sociaux et les commissaires aux comptes facilitent l'accomplissement de la mission, mais leur disparition ne justifie pas la démission des commissaires

(11) Así, por ejemplo, BRONNER, en *Aktiengesetz Grosskommentar*, 3.^a edición, II, Berlín 1970, S 163, 14, pág. 600; CLAUSSEN, *Kolner Kommentar* .. cit., II, 1, S 163, 20, pág. 158; y en cierto modo esta solución parece presuponerla, por exclusión, el nuevo S 318 VI del HGB cuando señala que «las diferencias de criterio sobre el contenido de la opinión» no pueden reputarse justo motivo para el desistimiento.

(12) Véase en este sentido KROPFF, *Aktiengesetz*.... cit., III, S 163, 43, pág. 428.

à un moment où leur intervention devient peut-être plus nécessaire» (13).

6. SUPUESTOS EN QUE SE MANIFIESTAN INCUMPLIMIENTOS DE LOS DEBERES DE COOPERACIÓN POR PARTE DE LA SOCIEDAD

No menos problemáticos son *los supuestos en que la sociedad se resiste a dar información a los auditores o les retiene la documentación y, en general, toda la fenomenología de las prácticas obstruccionistas*. Estos casos han de analizarse, a nuestro juicio, desde la perspectiva de las llamadas «cargas del acreedor».

Como es sabido, el acreedor tiene la carga de cooperar o colaborar con el deudor a fin de que éste se encuentre en las necesarias condiciones para llevar a cabo la prestación prometida (14). Precisamente por esta razón la sociedad que encarga una auditoría tiene que facilitar la documentación y atender a cuantos requerimientos de información le formule el auditor en el desarrollo de su trabajo (v. arts. 3 de la LAC y 9 del RAC). Sin embargo, la infracción de estos deberes de cooperación no constituye, a nuestro modo de ver, una situación de incumplimiento contractual que autorice al auditor a resolver el contrato en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.124 del Código Civil (15). En efecto, la infracción de cargas no puede en modo alguno reputarse incumplimiento resolutorio, es decir, incumplimiento de la prestación debida, como lo sería, por ejemplo, el impago de los honorarios devengados (16). Y siendo ello así, el recurso a la disciplina del referido precepto no parece justificado en este caso.

Con ello no se quiere afirmar, sin más, que la situación creada por la infracción sea jurídicamente irrelevante. El tema ha de analizarse nuevamente desde el punto de vista de la doctrina de la imposibilidad. Desde esta perspectiva cabría entender, en efecto, que la actitud obstruccionista de la sociedad impide llevar a cabo la prestación debida por el auditor y que, por tanto, una vez cumplido por éste el «deber de esfuerzo» que le es exigible para vencer los obstáculos, la hipótesis puede encuadrarse dentro de los

(13) El texto de la instrucción se reproduce en la RTDC, 1973, págs. 582-584.

(14) Véase Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, cit., pág. 722.

(15) Véase, no obstante, FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid 1977, págs. 181-182.

(16) Cfr. CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid 1988, págs. 207-208.

(17) Véanse artículos 1.182, 1.105 y 1.595 del Código Civil, y CABANILLAS, *Las cargas del acreedor*..., cit., págs. 208-223, con abundante información doctrinal y jurisprudencial.

supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa imputable al acreedor, que faculta al deudor para resolver el contrato (17). Esta es precisamente la conclusión a que llegan la mayoría de los tratadistas de Derecho de sociedades en otros Ordenamientos próximos al nuestro al examinar los supuestos que consideramos de obstrucción (18).

A nuestro juicio, sin embargo, semejante conclusión ha de ser necesariamente matizada. La facultad de resolver podría serle reconocida al auditor en aquellos supuestos extremos en que la sociedad le niega la más mínima documentación o información, pero no en aquellos otros más recurrentes en que el auditor, con más o menos dificultades, puede al menos iniciar su trabajo. Una cosa es, en efecto, que al auditor se le impida el acceso a la información en bloque —o incluso que no se le entreguen las cuentas que está llamado a censurar— (19) y otra muy distinta es que se le retenga documentación, aunque sea muy sustancial, o no sean atendidas sus solicitudes de información. En el primer caso no nos parece dudoso que el auditor puede resolver el contrato, puesto que de antemano resulta claro ya que no podrá realizar la prestación debida, es decir, un informe dirigido a expresar una opinión sobre la fiabilidad de las cuentas anuales (v. art. 1.1

(18) Véanse, entre otros, CLAUSSEN, *Kölner Kommentar*..., cit., II, 1, S 163, 20, pág. 158, y S 165, 9, pág. 174; BRÖNNER, *Groskommentar*..., cit., II, S 163, 14, págs. 599-600, y S 165, 11, pág. 625; HEMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés commerciales*..., cit., II, pág. 761; VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, París 1985, pág. 276).

(19) A nuestro modo de ver la falta de entrega al auditor de las cuentas que han de ser objeto de verificación constituye un claro supuesto en que ha de reconocerse al auditor la facultad de resolver el contrato de auditoría, sin que sea razonable exigirle una conducta distinta. En este sentido, no parece dudoso que excede de los deberes propios de los auditores reclamar de los administradores sociales el cumplimiento de sus obligaciones de formulación de las cuentas anuales y de entrega de éstas para su verificación. Ningún precepto legal impone a los auditores un deber semejante ni les obliga tampoco a emitir el informe de auditoría previsto en el artículo 209 de la Ley de Sociedades Anónimas, que por principio no podrá ser emitido al faltar el presupuesto básico al que ha de ir referido, es decir, la entrega de las cuentas anuales para su verificación. Si, como afirma BOLUFER NIETO, la actividad del auditor se concreta en la emisión «no de un informe cualquiera, sino que ha de tener por objeto verificar y dictaminar acerca de la fiabilidad de los documentos contables o cuentas anuales» (*Prólogo al Diccionario de Auditoría* de FERNÁNDEZ PEÑA, Madrid 1989), es obvio que no siéndole entregadas las cuentas anuales al auditor no puede serle exigido a éste el cumplimiento de su función esencialmente dependiente del previo cumplimiento por los administradores de las obligaciones de formulación y entrega de dichas cuentas que la ley les impone. La falta de entrega de las cuentas anuales legítima al auditor, pues, para la resolución del contrato de auditoría por imposibilidad del *opus* en que consiste su prestación como contratista de obra (v. art. 1.595, III, del CC), con las consecuencias a que posteriormente nos referiremos (v. *infra*, III.1). En todo caso, no estará de más añadir que en estos supuestos resulta absolutamente improcedente cualquier imputación de responsabilidad administrativa al auditor *in bonis* o cualquier pretensión de una responsabilidad contractual o extracontractual a su cargo, derivadas de la falta de emisión del informe a que se refiere el artículo 209 de la Ley de Sociedades Anónimas.

del RAC). Incluso podrían asimilarse a esta hipótesis aquellas análogas de grave desconsideración hacia la figura y la persona del auditor (el caso más característico se produce cuando se le niegan las más elementales condiciones de trabajo —espacio en la empresa, comunicación con el personal, etc.—). Pero fuera de estas hipótesis, verdaderamente excepcionales en la práctica, no es posible flexibilizar la noción de imposibilidad.

En particular, nos parece que no es procedente la resolución en los casos más recurrentes de obstrucción puntual aunque sea reiterada (retención parcial de documentación —v.gr.: de la contabilidad «B», de ciertas pólizas o contratos, etc.—; obstaculización de prácticas de verificación —v.gr.: comunicación de cuentas de determinados clientes, recuentos de *stocks*, etc.—; negativas a informar...). En tales supuestos no existe, en rigor, la imposibilidad sobrevenida de la prestación. La razón es bien sencilla: ninguna de estas medidas obstruccionistas impide la realización del informe de auditoría. Lo único que sucederá es que el auditor habrá de dar cuenta en su informe de todas las eventualidades que se hayan registrado y, llegado el momento, si no se ha obtenido evidencia suficiente sobre el estado financiero de la empresa, habrá de denegarse la opinión o formularla con los correspondientes reparos (20).

No es otra, por lo demás, la solución que subyace en la normativa vigente en materia de auditoría y especialmente en los artículos 2.1 de la Ley de Auditoría y 4.d) y 5.3 de su Reglamento, que se preocupan de precisar que el informe ha de reflejar «cualquier limitación impuesta a la actividad auditora» y, en general, recoger «las incidencias que se pongan de manifiesto en el desarrollo de los trabajos de auditoría». Las propias normas técnicas de auditoría, al eludir a los supuestos típicos de «opinión denegada», se hacen eco en diversas ocasiones de esta situación. Especialmente elocuente resulta a este respecto el punto 3.7.2 de las Normas Técnicas de Auditoría, a cuyo tenor:

«Las limitaciones al alcance de la auditoría pueden provenir de la propia entidad auditada o venir impuestas por las circunstancias. A título de ejemplo, entre las primeras se contarían la negativa de la Dirección de la entidad al envío de cartas de solicitud de coinformación de saldos o a permitir presenciar un recuento físico de existencias que el auditor considera procedimientos necesarios para esa auditoría».

(20) Véase, en este sentido, KROFF, *Aktiengesetz...*, cit., III, S 163, 43, pág. 428, v. también, por su interés en este punto, SCHMITTHOFF, *Palmer's Company Law*, London-Edinburgh 1987, I, pág. 1087.

Una hipótesis parcialmente distinta nos la ofrecen, sin embargo, aquellos supuestos en que la *mora creditoris* determina una alteración sustancial del programa general del auditor, de suerte que el cumplimiento retardado de encargo frustra su interés en el contrato. Si el auditor y la sociedad han concertado el contrato de auditoría sobre la base de que el primero llevaría a cabo la revisión en un determinado momento y sucesivamente como consecuencia del retraso en la cooperación de la segunda, aquel plan resulta de imposible cumplimiento, no parece que pueda impedírsele al auditor que resuelva el contrato (21). Bajo este aspecto, en efecto, la naturaleza contractual de la relación no puede constreñirse más allá de ciertos límites. Por ello, para la solución práctica de estas situaciones parece oportuno incluir en los contratos de auditoría una cláusula específica, a tenor de la cual, ante el retraso de la sociedad en el cumplimiento de sus deberes de cooperación, el auditor se reserve el derecho de fijarle un plazo prudencial, transcurrido el cual podrá poner fin al contrato (22).

7. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE REGISTROS CONTABLES ADECUADOS

Otra de la hipótesis que merece específica consideración viene dada por *los casos de imposibilidad de realizar la auditoría debido a la ausencia de registros contables adecuados*. En principio, la cuestión así formulada no debería suscitar mayores problemas, pues la «imposibilidad» constituye la hipótesis paradigmática en que parece que el auditor, como contratista de obra que es, podría verse liberado de la obligación contraída a la vista de lo preceptuado por el artículo 1.595.III del Código Civil (v. también art. 1.184 del mismo Código).

No obstante, si analizamos el supuesto con mayor detenimiento, se puede advertir inmediatamente la inviabilidad de esa solución. En este sentido, son dos las observaciones que procede formular. De un lado, es preciso recordar que la ausencia de registros contables adecuados es una circunstancia que ha de valorarse antes de firmar el contrato. «Antes de aceptar el encargo —señala el punto 2.2.2 de las NTAC— el auditor debe considerar si existe alguna razón que aconseje su rechazo por razones [...] técnicas». En atención a esta norma parece oportuno entender que, en la mayoría de los supuestos, la infracción de este deber de diligencia precon-

(21) Véase Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pág. 684.

(22) Esta solución se inspira en el S 643 del BGB, especialmente invocado por la doctrina para los casos de retención morosa de información y documentación: v., entre otros, BRONNER, *Grosskommentar*, cit., II, S 163, 14, pág. 600; entre nuestros autores, es propuesta, incluso como solución de *lege lata*, por algún estudioso del contrato de obra: v., por ejemplo, FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de arquitecto...*, cit., pág. 182.

tractual ha de impedir librarse posteriormente del vínculo —es decir, liberarse sin responsabilidad— apelando a la excesiva dificultad de llevar a cabo el trabajo prometido. La segunda observación, sin duda más importante, se centra en la misma idea de «imposibilidad». El contrato de auditoría, según venimos repitiendo, obliga al auditor a emitir un informe. Pero el hecho de que el auditor no pueda formarse una opinión completa sobre la situación financiera de la empresa no determina la imposibilidad del *opus* en que consiste su prestación. De ahí que la ausencia de registros contables adecuados no pueda ser considerada causa bastante para la terminación del contrato. En efecto, el auditor deberá realizar su informe detallando los procedimientos de auditoría que no ha podido aplicar «como consecuencia de cualquier *limitación impuesta* a la actividad auditora» [arts. 2.1.d) de la LAC y 4.d) del RAC], entre las que destacan la inexistencia de los registros necesarios (v. punto 2.7.2 de las NTAC); y si llegado el momento, por no haber logrado «evidencia suficiente» (v. punto 2.5.10 de las NTAC) no le parece posible ofrecer una opinión completa, habrá de especificar —según hemos indicado anteriormente— las razones que justifican dicha abstención aportando a tal fin «cuantos detalles e información complementaria sean necesarios» (v. arts. 2.3 de la LAC y 5.3 del RAC). En particular, es misión del auditor informar acerca de los incumplimientos en materia de contabilidad formal. Y bajo este aspecto, las infracciones cometidas en la llevanza de los libros y en la conservación de la documentación deben ser inspeccionadas por los auditores, quienes, naturalmente, no pueden ampararse en esta circunstancia para relevarse de su compromiso.

8. PONDERACIÓN DEL PERÍODO DE AUDITORÍA EN QUE SE PUEDA PRODUCIR UNA CAUSA DE RESOLUCIÓN O DE DESISTIMIENTO

Finalmente, conviene señalar que el enjuiciamiento de las hipótesis anteriormente examinadas y de cualquier otra que presente rasgos similares ha de efectuarse, a nuestro juicio, con distinto rigor en función del período de auditoría de que se trate. El máximo rigor ha de emplearse, sin duda, en el primer período. Pero en los sucesivos parece oportuno suavizar el criterio. Imaginemos que un auditor es contratado para un período de cinco años y que los registros contables de la sociedad se hallan en condiciones lamentables. Como fruto de la primera auditoría deberá emitir, ciertamente, un informe con opinión denegada, en el que el auditor inste la recuperación de cierta información. Si en el período sucesivo la sociedad persiste en su actitud, parece razonable admitir, en cambio, que el auditor, llegado un cierto momento, pueda desentenderse de su compromiso profesional. Lo mismo sucede si imaginamos una retención de información sustancial que

se prolonga varios ejercicios. Al auditor no puede exigírsele continuar en una sociedad cuando sabe que el informe que realizará se saldrá necesariamente con una opinión denegada. El trabajo del auditor consiste en una actividad de auditoría —no en una actividad testimonial de simple y reiterada protesta— que, cuando se inicia, aspira a concluir con la emisión de una opinión. Cuando por la experiencia adquirida ya se sabe de antemano que la opinión no podrá ser expresada, no parece que pueda negarse al auditor el derecho de desistir. La buena fe reclama en tales hipótesis una adecuada ponderación de la dignidad del trabajo profesional desarrollado por el auditor. Y a nuestro modo de ver, las exigencias institucionales del sistema de verificación contable encuentran en estas situaciones unos límites infranqueables.

III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO

Delimitados en los apartados precedentes los supuestos en que cabe la terminación, sea por resolución o por desistimiento del auditor, del contrato de auditoría, parecen convenientes algunas breves consideraciones sobre las consecuencias jurídicas que desencadena la terminación unilateral del contrato. Y a tal efecto es útil tratar separadamente los casos en que la terminación resulta procedente de aquellos otros en que la misma es improcedente. Además, es preciso abordar algunas otras consecuencias comunes a ambos supuestos, como son los relativos a la inscripción de la terminación del contrato en el Registro Mercantil o las que afectan a la necesaria sustitución del auditor.

1. SUPUESTOS EN QUE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO RESULTA PROCEDENTE

Si de conformidad con cuanto ha sido expuesto resulta procedente la terminación del contrato de auditoría, no es dudoso que *el auditor no queda obligado a indemnizar ningún daño o perjuicio a la sociedad*. Esta es, en efecto, una consecuencia necesaria de la legalidad de su conducta. Mas la cuestión fundamental se suscita en relación con *la emisión de un informe que recoja los resultados alcanzados durante el tiempo que ha prestado sus servicios*. En otros Ordenamientos así se ha establecido expresamente (v. art. 317.VI del HGB, *in fine*), y a un resultado similar parece que debe llegarse en nuestro Derecho en atención a las exigencias de la buena fe (art. 1.258 del CC y también, por analogía, art. 1.720 del mismo Código), en el bien entendido, sin embargo, de que no se tratará de un informe de auditoría

en el sentido de los artículos 1 y 2 de la Ley de Auditoría de Cuentas ni, por supuesto, del informe que contemplan los artículos 209 y 210 de la Ley de Sociedades Anónimas y de que, por consiguiente, la falta de emisión del mismo no debe generar la responsabilidad administrativa prevista en los artículos 16.2.a) de la Ley de Auditoría y 48.a) de su Reglamento. Siendo ello así, debe estimarse que el auditor habrá de acompañar tal informe a la necesaria notificación que ha de dirigir a la sociedad comunicándole la terminación del contrato (arg. anal. *ex art.* 1.736 del CC). En este contexto, y a la luz de las previsiones generales del artículo 1.258 del Código Civil, ha de añadirse que el auditor dimisionario tiene también ciertos deberes de introducción y de información frente al auditor que venga a sustituirle (23). En todo caso, no estará de más advertir que el cumplimiento de estos deberes no supone, como es natural, una infracción del deber de secreto que consagra el artículo 13 de la Ley de Auditoría.

Por lo demás, el auditor puede *reclamar honorarios a la sociedad* en la medida en que la obra realizada pueda serle de interés o de utilidad, lo cual se determinará básicamente calculando la disminución de los honorarios que como consecuencia de ello habrá de satisfacer al nuevo auditor (arg. *ex art.* 1.595.II del CC). A nuestro modo de ver, la distribución de riesgos característica del contrato de obra conduce a esta conclusión (24). Mas en los casos de resolución por conducta culpable de la sociedad parece correcto estimar, no obstante, que al auditor le corresponderá percibir el importe íntegro de los honorarios, al menos de aquellos que correspondan al ejercicio en curso (25).

2. SUPUESTOS EN QUE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO NO RESULTA PROCEDENTE

En la hipótesis de que *la terminación del contrato de auditoría no resulte procedente* (y en aquella equivalente en que judicialmente no logre probarse su procedencia), no nos hallaremos, en rigor, ante un supuesto de resolución, renuncia o desistimiento dotados de eficacia extintiva, sino más bien ante un supuesto de incumplimiento del contrato imputable al auditor.

(23) En este sentido se manifiesta la doctrina mayoritaria. v., entre otros, PONTA-VICE. «Comentario a la sentencia del Tribunal de Nîmes...», cit., pág. 336; KROPFF. *Aktiengesetz...*, cit., III, S 163, 52, pág. 430.

(24) Véase KROPFF, *Aktiengesetz...*, cit., III, S 163, 53, pág. 430. Naturalmente, si se estimara que nos hallamos ante un contrato de servicios, la sociedad debería honorarios con independencia de la utilidad del resultado. Mas si, como parece, la relación que media entre la sociedad y el auditor ha de encuadrarse básicamente dentro de la categoría de los contratos de obra (sobre la cuestión, v. AURELIO MENÉNDEZ, *El contrato de auditoría...*, cit., y allí otras referencias), los honorarios sólo serán debidos en función de la *utilitas* del trabajo que hubiere desarrollado el auditor.

(25) Véase CABANILLAS. *Las cargas del acreedor...*, cit., págs 221 y sigs.

Siendo ello así, las responsabilidades que se desencadenan son de muy diversa naturaleza.

a) Ante todo, parece que el auditor incurrirá en *responsabilidad administrativa* puesto que el «incumplimiento de la obligación de realizar la auditoría contratada en firme» ha sido configurado como infracción administrativa [arts. 16.2.a) de la LAC y 48.a) del RAC]. Y como quiera que la infracción es considerada grave por la ley, las sanciones que cabe imponer pueden alcanzar, en función de la gravedad intrínseca del caso, de los perjuicios ocasionados y de la conducta anterior del auditor a la suspensión de la actividad temporal —hasta un año o hasta cinco— e incluso definitiva (arts. 17.3 de la LAC y 51 del RAC). Por lo demás, la exigencia de esta responsabilidad, bien sea *ex officio*, bien a instancia de parte interesada, se deducirá por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (art. 22.2 de la LAC) mediante expediente tramitado según las normas de procedimiento administrativo, con las especialidades contempladas en los artículos 52 y siguientes del Reglamento de la Ley de Auditoría.

b) Incorre asimismo el auditor en *responsabilidad extracontractual* frente a los accionistas y los terceros individualmente perjudicados por el «incumplimiento de sus obligaciones» (arts. 11 de la LAC y 42 del RAC) (26). La legitimación para el ejercicio de esta acción, que es una acción individual de responsabilidad, se regirá por las reglas generales. El artículo 211 de la Ley de Sociedades Anónimas no es aplicable, sin embargo, a este caso (arg. *ex art.* 135 de la LSA) (27).

c) Finalmente, el auditor incurre en *responsabilidad contractual* frente a la sociedad. Este es, tal vez, el aspecto más relevante de la cuestión. En este sentido, conviene tener presente que la regulación de esta responsabilidad se integra mediante las reglas generales del Código Civil y las reglas especiales recogidas en la legislación de auditoría y de sociedades que en sus extremos más significativos pueden sintetizarse de la siguiente manera. De una parte, el incumplimiento por el auditor de su obligación, que va implícito en el abandono injustificado de sus funciones, determina el derecho de la sociedad, bien a solicitar la *ejecución en forma específica*, que tendrá lugar si el auditor insiste en su actitud rebelde mediante la orden judicial de que la auditoría se

(26) Véase, no obstante, las reservas de ILLESCAS a la extensión de la responsabilidad establecida en el artículo 11.1 de la Ley de Auditoría y Contabilidad a supuestos de auditorías diferentes de las contempladas en la disposición adicional primera de la propia Ley de Auditoría y Contabilidad, sin perjuicio del reconocimiento de que los auditores, como cualquier otro arrendatario de obra, se encuentran sometidos a la disciplina del artículo 1.902 del Código Civil (*Auditoría, aprobación.... cit.*, págs. 165 y sigs.).

(27) En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid 1992, pág. 258.

practique por un tercero a su costa (arts. 1.098 del CC y 923 y 924 de la LEC) o bien a *resolver el contrato con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios* (arts. 1.124 y 1.101 del CC y 11 de la LAC). De otra parte, la indemnización se registrará por lo establecido en los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil, de suerte que si el auditor no ha obrado dolosamente no queda obligado a resarcir los daños no previsibles (28).

Por lo demás, este régimen de responsabilidad no puede ser modificado convencionalmente. En este sentido, ha de considerarse que las posibilidades de exoneración de responsabilidad por negligencia que ofrece el régimen general han quedado cerradas por el carácter imperativo de la disposición contenida en el artículo 11.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas, y que tampoco son admisibles las cláusulas contractuales limitativas de la responsabilidad de los auditores (29). Finalmente, y en cuanto se refiere a la legitimación para el ejercicio por parte de la sociedad de las acciones conducentes a la exigencia de responsabilidad, debe advertirse que ha quedado notablemente modificada como consecuencia de la remisión que efectúa el artículo 211 de la Ley de Sociedades Anónimas al precedente artículo 134, que en definitiva viene a supeditar la deducción de la acción a un pronunciamiento, positivo o negativo, de la Junta general (30). Bajo este aspecto, en el caso de que el pronunciamiento sea negativo (o de que la Asamblea no fuese oportunamente convocada), la acción podrá ser ejercitada por accionistas que represente un cinco por ciento del capital y, a falta de la iniciativa de éstos, por los acreedores sociales (art. 134.4 y 5 de la LSA) (31).

3. LA INSCRIPCIÓN DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO EN EL REGISTRO MERCANTIL

La terminación por parte del auditor de su vínculo con la sociedad *ha de inscribirse en el Registro Mercantil* (v. arts. 22.2 del CCom y 94.4.º, 114.6.º, 153 y 154 del RRM). La cuestión que en este punto suscitan los

(28) Sobre todos estos aspectos v., ampliamente, ILLESCAS, *Auditoría, aprobación...*, cit., págs. 153 y sigs., e *ibid* otras referencias doctrinales.

(29) La validez de las cláusulas limitativas es rechazada, también, por ILLESCAS, *Auditoría, aprobación...*, cit., pág. 164.

(30) La remisión del artículo 211 al artículo 134 de la ley ha sido expresamente limitada, como se puede advertir, al aspecto de la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Por ello, no alcanza a otros aspectos de la responsabilidad de los auditores: por ejemplo, los relativos a los presupuestos de la misma que, como advierte SÁNCHEZ CALERO, se hallan sometidos a lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley de Auditoría y Contabilidad (*Instituciones...*, cit., pág. 258).

(31) Véase, no obstante, ILLESCAS, en cuya opinión «debe excluirse la aplicación del artículo 134.5 de la Ley de Sociedades Anónimas a la responsabilidad frente a la sociedad de los auditores sociales» (*Auditoría, aprobación...*, cit., pág. 163).

supuestos que hemos venido considerando es la de si el propio auditor está legitimado para instar el oportuno asiento registral. En la regulación de esta materia, el artículo 154 del Reglamento del Registro Mercantil remite a la disciplina aplicable a los administradores, por lo que, a la vista del artículo 147.1 del propio Reglamento, podría sostenerse que el auditor puede solicitar la inscripción de su cese mediante un escrito suyo de renuncia al cargo acompañado del documento que acredite su notificación fehaciente a la sociedad. Estimamos, no obstante, que esta solución no es compatible con la posición jurídica del auditor, pues éste, a diferencia del administrador, no puede renunciar o desistir *ad nutum*. La remisión del artículo 154 del citado Reglamento opera, por lo demás, «en la medida en que sea compatible» con la naturaleza del vínculo del auditor. Así las cosas, no parece dudoso que la modificación del asiento registral de nombramiento que implica la inscripción del cese requiere, de acuerdo con los principios generales aplicables a la materia, bien el consentimiento de la sociedad (que se recogería en la correspondiente certificación del acta) o bien una resolución judicial que declare extinguido el vínculo preexistente entre la sociedad y el auditor. Sin embargo, la inscripción puede solicitarse en cualquier momento a partir del instante mismo en que se haya producido la extinción del vínculo, pues el auditor no tiene que permanecer en funciones hasta el momento en que se nombre sustituto (32).

4. SUSTITUCIÓN DEL AUDITOR QUE PONE FIN A SU RELACIÓN CON LA SOCIEDAD

Finalmente, conviene hacer una breve referencia al *sistema previsto en la ley para la sustitución del auditor que pone fin a su relación con la sociedad*. En este punto pueden ser consideradas varias hipótesis. Si en su momento se nombraron auditores suplentes, lo que procede, naturalmente, es encomendarles a ellos la continuación de la auditoría. Esta solución, aunque no está directamente contemplada por el artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, parece imponerse por imperativos sistemáticos, pues de lo contrario quedaría vacía de contenido la previsión recogida en el artículo 204.2 *in fine* de la propia ley (33). Si no hay nombrados suplentes —y con independencia

(32) En este punto nuestro Ordenamiento difiere de aquellos otros más próximos que habiendo configurado al auditor como órgano de la sociedad no permiten la inscripción del cese hasta que se haya producido el nuevo nombramiento: v. FERRI, «Dimissioni dei sindaci e iscrizione nel Registro delle imprese», *RDC*, 1984, II, págs. 112-113; HEMARD-TERRE-MABILAT, *Sociétés commerciales...*, cit., II, págs. 762-763.

(33) La conversión de un auditor suplente en un titular procede, como señala ILLESCAS, siempre que el cese del titular se haya producido por cualquier causa distinta de la conclusión del plazo para el que fueron nombrados tanto el titular como sus suplentes (*Auditoría, aprobación...*, cit., pág. 57).

de que el sustituido haya sido nombrado por la Junta general, por el Registrador Mercantil (v.gr., por haber sido designado a instancias de la minoría de acuerdo con lo dispuesto por el art. 205.2 de la LSA) o, incluso, por el Juez (v. art. 206 de la LSA)— debe aplicarse en todo caso, a nuestro modo de ver, el sistema de recambio previsto en los artículos 205 de la Ley de Sociedades Anónimas y 314 del Reglamento del Registro.

En consecuencia, si el ejercicio a auditar ha finalizado, el nuevo auditor habrá de ser necesariamente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los administradores, del Comisario del sindicato de obligacionistas o de cualquier accionista [arg. anal. ex art. 314.a).II del RRM] (34). En cambio, si el ejercicio a auditar no ha concluido, debe esperarse a que realice el nombramiento la Asamblea [arts. 205.1 de la LSA y 314.b).I del RRM]. El problema que suscita en este caso consiste en determinar si los administradores tienen la obligación de convocar una Junta *ad hoc*. En principio y si se quiere evitar el riesgo de anular fácticamente la posibilidad contemplada por la disposición, parece que la respuesta debe ser afirmativa. No obstante, tratándose de grandes compañías, en las que la celebración de una reunión extraordinaria comporta normalmente una especial dificultad, tal vez fuera oportuno admitir el otorgamiento a los administradores de un cierto margen de maniobra, de suerte que si estiman que el coste de la sociedad resulta desproporcionado pudieran prescindir excepcionalmente del trámite, aunque es preciso reconocer que esta iniciativa no goza en nuestro Ordenamiento de un suficiente amparo legal (35).

En cualquier caso, si por una u otra razón la Junta general no procede al nombramiento de auditor dentro del plazo indicado, éste habrá de ser efectuado por el Registrador Mercantil. En la hipótesis de que el nuevo auditor sea impuesto por el Juez a costa del sustituido incumplidor en ejecución de sentencia, parece correcto entender que el nombramiento también corresponderá al Registrador Mercantil, pues éste no es el supuesto contemplado por el artículo 206 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por lo demás, el plazo durante el cual deberá desempeñar su cometido el nuevo auditor dependerá del sistema de nombramiento. Si el auditor ha

(34) Véase sobre esta hipótesis el criterio del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, así como una breve referencia a otra posible interpretación del sistema instaurado por los artículos 204 y 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el sentido de que la atribución de competencia al Registrador Mercantil para el nombramiento del auditor podría no implicar una privación de la correspondiente a la Junta general en MÉRIDA RAMOS. «Competencia para el nombramiento de auditores de cuentas de sociedades obligadas a ello con posterioridad a la finalización del ejercicio a auditar», *RDBB*, núm. 41, enero-marzo 1991, págs. 497 y sigs.

(35) En esta dirección se orienta, sin embargo, un autorizado sector de la doctrina comparada: v., por todos, KROPPF, *Aktiengesetz...*, cit., III, S 163, 35, pág. 424; CLAUSSEN, *Kölner Kommentar...*, cit., II, 1, S 163, 33, pág. 162.

sido designado por la Junta, ha de estimarse que el plazo habrá de ser el mínimo de tres años establecido por el artículo 204.1 de la referida ley. Sí, por el contrario, ha sido nombrado por el Registrador Mercantil, su tarea habrá de quedar circunscrita a la auditoría del ejercicio en litigio (art. 324 del RRM).

JUAN LUIS IGLESIAS PRADA
Catedrático de Derecho Mercantil

Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del capital

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. EL MERCADO, INSTRUMENTO DE LA EFICIENCIA. 2. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO. 3. LA TRANSPARENCIA DEL MERCADO. 4. LA INCERTIDUMBRE. 5. RIESGOS DE LA INCERTIDUMBRE: MÉTODOS DE PREVENCIÓN. 6. LA FUNCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—II. EL VALOR DE LA INFORMACIÓN: 1. LA INFORMACIÓN COMO UN BIEN. 2. DISPERSIÓN DE PRECIOS: EL COSTE DE LA BÚSQUEDA. 3. BIENES EXPERIMENTADOS. 4. UNA SEGUNDA COMPLICACIÓN: LA CONDUCTA ESTRATÉGICA. 5. LA COOPERACIÓN. 6. LAS VENTAJAS DEL OPORTUNISMO. 7. SUS CONSECUENCIAS: LA SANCIÓN COLECTIVA. 8. GRAVEDAD DE LA SITUACIÓN: NECESIDAD DE REDUCIR LOS COSTES DE INFORMACIÓN.—III. EL MERCADO INMOBILIARIO: SUS CARACTERÍSTICAS: 1. LA OPACIDAD DEL MERCADO INMOBILIARIO. 2. LA INFORMACIÓN JURÍDICA: DIFICULTADES PARA SU OBTENCIÓN. 3. MERCADO INMOBILIARIO Y OPORTUNISMO. 4. ESCASO PAPEL DE LAS CLIENTELAS. 5. LA MODIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE JUEGO. 6. LA REGULACIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO ROMANO Y SU POSTERIOR ABANDONO.—IV. LA SEGURIDAD DEL TRAFICO INMOBILIARIO: 1. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO. 2. SACRIFICIO DEL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO. 3. LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN. 4. LOS COSTES DE LA INTERVENCIÓN: LOS LLAMADOS GASTOS DE VIGILANCIA. 5. ESCASA CONVICCIÓN DE LAS RAZONES EXPUESTAS HASTA AHORA: REPLANTEAMIENTO.—V. JUSTIFICACION DE LA INTERVENCIÓN: 1. RECUPERACIÓN DEL PUNTO DE PARTIDA. 2. DEFENSA DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO. 3. DIFICULTADES PARA VALORAR LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS REFORMISTAS. 4. BIENESTAR GENERAL: PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN. 5. ANÁLISIS COSTES-BENEFICIOS: DIFICULTADES DE EMPLEO. 6. EXPOSICIÓN DE ALGUNAS OPINIONES FAVORABLES. 7. NECESIDAD DE ENCONTRAR JUSTIFICACIONES CONCRETAS.—VI. DOS MODELOS: SU RELACION Y FUERZA EXPLICATIVA: 1. INTERCAMBIO VOLUNTARIO E INTERCAMBIO FORZOSO. 2. CAMBIO DE PLANO: NUEVAS REGLAS DE JUEGO. 3. EL MODELO DE PAZ-ARES. 4. OTRA PERSPECTIVA: ECONOMÍA DE LA INFORMACIÓN. 5. DINÁMICA DE LOS MERCADOS ESTRECHOS. 6. RACIONAMIENTO DEL CRÉDITO. 7. RESUMEN: LA REDUCCIÓN DE LA INCERTIDUMBRE.—VII. ALTO EN EL CAMINO: LA FINALIDAD DE LA LEY HIPOTECARIA: 1. LA EXPLICACIÓN ANALÍTICA Y LA HISTORIA. 2. FINALIDAD DE LA REFORMA HIPOTECARIA. 3. CUESTIÓN PREVIA. 4. LOS «VERDADEROS» MOTIVOS DE LA REFORMA: UNA MEDIDA DE APOYO A LA POLÍTICA DESAMORTIZADORA. 5. CRÍTICA. 6. PROYECTO HIPOTECARIO Y PENSAMIENTO FISIOCRÁTICO. 7. CAPITALIZACIÓN, MODERNIZACIÓN.—VIII. EL CAPITAL Y LA GARANTIA INMOBILIARIA: 1. GARANTÍA INMO-

BILIARIA Y VALORIZACIÓN DEL CAPITAL. 2. LA TRANSFORMACIÓN DE LA TIERRA EN UNA MERCANCÍA. 3. CARESTÍA DEL CAPITAL.—IX. EL PRECIO DEL DINERO: 1. LA USURA. 2. EL «STELLIONATUS». 3. LA CONTRASELECCIÓN Y EL MERCADO INMOBILIARIO. 4. REACCIÓN EN FAVOR DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO: LA REPUTACIÓN ABSOLUTA. 5. EL INTERÉS DE LA REFORMA PARA LOS PROPIETARIOS COMO SECTOR. 6. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA: CAUSACIÓN RECÍPROCA. X. LOS SISTEMAS INMOBILIARIOS: MECÁNICA: 1. PRESUPUESTO COMÚN A TODOS ELLOS: LA REDEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD. 2. LA PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS: SU SENTIDO. 3. LA EFICIENCIA DE LOS DISTINTOS SISTEMAS: LOS REGISTROS DE MERA PUBLICIDAD. 4. LA PUBLICIDAD EXCLUSIVA: EL PRINCIPIO DE CIERRE. 5. RIESGOS DE LOS SISTEMAS CON «CIERRE»: CALIFICACIÓN Y RESPONSABILIDAD. 6. RESUMEN FINAL: LA NEGOCIACIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

1. Una determinada asignación de bienes (1) será eficiente cuando no es posible otra distribución alternativa que consiga mejorar a una persona sin perjudicar a otra: formulación habitual (1 bis) del llamado *óptimo de Pareto* (2).

La importancia analítica del criterio paretiano consiste en que permite elaborar una **teoría de la decisión** al margen de los juicios de valor. Un juicio descriptivo sustituye a otro prescriptivo: una elección es acertada cuando el cambio es **aceptado por todos** los interesados. Este es el sentido del denominado *postulado de la unanimidad* (2 bis).

(1) Este trabajo sólo puede desplegarse en el espacio abierto a la controversia por el de PAZ-ARES, *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, en RDM (1987): las diferencias y variaciones que se permite lo unen, si cabe, todavía más a él.

(1 bis) SAMUELSON-NORDHAUS, *Economía* (1993), p. 354. A la inversa, es posible una *mejora de Pareto* cuando alguno gana sin que nadie pierda, lo que, evidentemente, indica una situación subóptima. La eficiencia de PARETO no garantiza, sin embargo, una sociedad justa: la distribución inicial de recursos es determinante de la estructura productiva de una sociedad. El modelo paretiano no está en condiciones de discutirla: toda **redistribución** forzosa de la situación de partida, por justa que parezca, enriquece a uno, pero (y porque) otro pierde. Será así perfectamente posible una estructura productiva, eficiente en el sentido de PARETO, en que parte de la población viva en condiciones de pobreza. Para este y otros problemas vid. WICH, *Economía analítica del Bienestar* (1971) p. 99 y ss.

(2) Una crítica brillante del eficientismo productivista desde presupuestos económicos BOULDING, *La economía futura de la Tierra como un navío espacial*, en DALY (comp.), *Economía, ecología ética Ensayos hacia una economía en estado estacionario* (1989) p. 262 y ss. Por lo demás, no debe malbaratarse la disputa entre eficiencia y justicia, reduciéndola a la disputa sobre el posible uso del principio redistributivo en la formulación del Derecho. MITCHELL POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho* (1985) p. 19, supone que no habría conflicto entre eficiencia y justicia si la renta pudiese redistribuirse sin coste. Por el contrario, la **Justicia** hace referencia a un problema de **jerarquización de valores** (entre los que se encuentra precisamente la eficiencia) y remite a la (insuperabilidad de la) **Política**: vid. sobre este decisivo punto MEIER Carl Schmitt Leo Strauss *et la notion de Politique. Un dialogue entre absents* (1990) p. 72 y ss. especialmente.

(2 bis) BUCHANAN-TULLOCK, *The calculus of consent. Logical Foundations of Cons-*

2. La importancia jurídico-política de esta proposición se aprecia en todo su valor cuando se la reformula en su forma negativa: una determinada **distribución de bienes** debe calificarse de **óptima** cuando los recursos no son reasignables en vía contractual. Dicho de otro modo: sólo el **intercambio voluntario** asegura un resultado eficiente (3).

La **garantía institucional de la libertad contractual** se transforma así en **presupuesto básico de la racionalidad económica**: el principio de consentimiento tutela la estabilidad de aquellas situaciones en que existe una eficiente asignación de los bienes disponibles (4).

Si el mercado funciona en forma correcta, sólo el mayor beneficio, que espera obtener el adquirente, por la explotación del recurso que decide comprar, determinará que oferte por él un precio que haga irracional su retención en poder del titular actual: éste será el primer interesado en vender. En el modelo competitivo los bienes gravitan siempre hacia su utilización más eficiente (5).

3. La eficiencia del mercado es función de su transparencia: **presupuesto del modelo competitivo** es que los agentes económicos están perfectamente informados, pero lo cierto es que el que concurre en el mercado carece de información completa.

titutional Democracy (1962) p. 7 **Presupuesto del modelo es el comportamiento racional** de las personas en función de sus objetivos que supone la posibilidad de ordenarlos según un **determinado rango (transitividad)** que no garantiza, sin embargo, el hallazgo de una función social de bienestar: algún modo de traducir el orden de preferencias de cada individuo en un solo orden de preferencia para toda la sociedad. Para la demostración de su imposibilidad cfr. ARROW, *Social Choice and Individual Values* (1951) Vid. también sobre jerarquización cardinal y ordinal de objetivos el resumen de VICKREY, *Utilidad, Estrategias y Reglas de Decisión social*, en ARROW-SCITOVSKY (comps.), *La Economía del Bienestar* (1974) p. 95 y ss

(3) BUCHANAN, *A contractarian Paradigm for Applying Economic Theory*, en *AER* (1975) p. 226 y ss

(4) Sobre garantía institucional vid. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1982) p. 183 y ss.: «(Las garantías institucionales)... se explican por razones históricas concretas, por la aprehensión de ciertos peligros que se temen a causa de ciertas experiencias. Sólo de manera inmediata sirven al principio de los derechos fundamentales sin ser ellas mismas derechos fundamentales. Contienen una **protección especial** contra el abuso de la **facultad de legislar**...» La libertad de contratar no está protegida como derecho fundamental: vid. RODOTA, *Los orígenes de la Noción Moderna de Propiedad*, en *El Terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (1986) p. 105 y ss. Sobre los modos en que se articula la obligación de contratar vid. LARENZ, *Derecho de Obligaciones* I (1958) p. 67 y ss.

(5) Resultado obligado del entendimiento consecuente de este principio es el famoso criterio de «subasta»: el derecho sobre un determinado recurso debe ser atribuido por el ordenamiento a quien estuviese dispuesto a pagar más por él (el mejor postor: *aggregate consumer willingness to pay*). Vid. POSNER, *Economic Analysis of Law* (1977) p. 10-11.

Aunque los precios y el mercado constituyen la base del sistema de incentivos de la economía, existen algunos problemas de información que los mercados no resuelven o lo hacen de un modo insatisfactorio.

El hecho de que productores y consumidores no dispongan de toda la información sobre los bienes y servicios ofertados no es dato lo suficientemente decisivo para someter a crítica definitiva el modelo competitivo, pero ha obligado a los economistas a incorporarle la variable de incertidumbre con el propósito de obtener una mayor convergencia entre sus análisis y el mundo real (6).

4. La incertidumbre que la desinformación genera no puede por menos que pasar factura: elevados *costes de información* hacen perder al mercado utilidad como instrumento para corregir las asignaciones ineficientes de los recursos. Esta situación perjudica por igual a transmitentes y adquirentes y, sobre todo, a la economía en general.

La **prevención** de los **riesgos** que la **desinformación** produce origina gastos que no redundan en beneficio de ninguno de los contratantes: los llamados **costes de transacción** entendidos como **costes de información**, puesto que debe admitirse que todos tienen su origen en la información imperfecta que el mercado proporciona (7).

5. El problema se simplifica cuando el **riesgo** que la desinformación genera puede ser **contratado**, sea para distribuirlo entre las partes, sea para trasladarlo a un tercero. No está de más recordar ahora el éxito de algunos mercados específicos que se han demostrado especialmente efectivos en la gestión del riesgo excesivo: concretamente, mediante la fórmula de proce-

(6) SAMUELSON, cit. p. 354: en un sistema de mercado en equilibrio general, perfectamente competitivo, todos los precios de los bienes son iguales a costos marginales, todos los precios de factores iguales al valor de sus productos marginales y no hay externalidades. Podemos pensar que el desarrollo de **mercados imperfectos** es una consecuencia del hecho de que cuando los bienes se vuelven sumamente diversificados y complicados, cuando debemos saber su precio pero también su calidad, **fallan los intermediarios** (que dedican su tiempo a recoger y transmitir información) porque el **costo de adquisición del conocimiento** pertinente es **mayor** que el que el **mercado está dispuesto a pagar**: vid. BOULDING *La economía del conocimiento y el conocimiento de la Economía*, en LAMBERTON (comp.), *Economía de la información y del conocimiento* (1977) p. 26.

(7) Vid. DAHLMAN, *The Problem of Externality*, en *JLE* (1979) 148-150. Costes de transacción obstativos identifican la presencia de externalidades. A la inversa, la **externalidad** existe cuando se imponen costes sobre otros que no se pagan o se conceden beneficios que no se cobran (interdependencia no negociada), lo que **señaliza** la presencia de **costes de transacción**: precisamente los que impiden negociar el efecto externo: si la información fuese completa y adquirible sin costo ni gasto de tiempo, no habría costes de transacción; cfr. LAPAGE, *Mañana, el capitalismo* (1978) p. 24-27.

der al reparto de los daños futuros, el seguro desempeña hoy una función insustituible (8).

El supuesto cambia cuando, por la razón que sea, el **riesgo no es contratable**: es este el momento en que el **Estado debe intervenir**. El objetivo consistirá únicamente en mantener la ignorancia en límites tolerables para el mercado.

6. Una de las **funciones** asignadas al **Derecho** por los analistas, en vista al objetivo común de maximizar el beneficio social, ha sido precisamente la de forzar una **reducción de los costes de información** en aquellos casos en que su elevado volumen impide intercambios que se estiman necesarios para conseguir una más eficiente utilización de los recursos existentes.

Los modos en que esa reducción se lleva a término, en la práctica, pueden llegar a ser muy diferentes, pero lo cierto es que la suerte del mercado depende en gran parte del éxito de la lucha que en este frente libra el Derecho contra los riesgos que la incertidumbre genera cuando la desinformación se vuelve insoportable (9).

(8) Lo cierto es que no son asegurables todos los riesgos mediante un seguro privado. Sobre el especial problema que presenta el *moral hazard* vid. MITCHELL POLINSKY, cit. p. 71-73. la solución no suele ser factible en la práctica porque el asegurador no puede controlar a bajo coste la conducta de la persona asegurada. Para los **problemas del seguro (fraccionamiento insuficiente)** como fórmula eficaz para indemnizar el coste de los daños, CALABRESSI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil* (1984) p. 69 y ss.: «El hecho de existir un amplio apoyo a sistemas tales como el de responsabilidad de la empresa y el de seguridad social, que implican algo más que un fraccionamiento voluntario de las pérdidas, sugieren que los **individuos, tomados de uno en uno, no se aseguran** voluntariamente en la medida necesaria para producir el fraccionamiento de los daños que sería **conveniente** a la sociedad».

(9) El equilibrio de mercado (eliminación de toda distorsión de precios) supone la ausencia de externalidades y, en consecuencia, de costes de transacción. De ahí que **función del Derecho** sea reducirlos todo lo posible (minimizar) operando sobre los derechos privados (reassignándolos incluso si fuese necesario) a fin de proceder a una **adecuada internalización de los costes** que genera cada actividad: se trata de conseguir computar en el coste de cada actividad todos sus costes. Para valorar en lo que merece la potencia explicativa del modelo analítico sirva el ejemplo especialmente instructivo que utiliza DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, en *AER* (1967) 347 y ss. La subordinación de la regulación jurídica de los derechos de caza al objetivo de la internalización cuando aparece un mercado de pieles. Una generalización del modelo, con el objetivo de explicar la transición de una economía de caza a otra basada en la agricultura, en NORTH, *Estructura y Cambio en la Historia Económica* (1984) p. 98 y ss.

1. Aunque el riesgo está en la raíz misma del juego económico, sólo en fecha reciente, como una variable más, se ha comenzado a incorporar la incertidumbre al análisis de la conducta de empresas y consumidores: economía de la información (1).

La existencia de incertidumbre determina que la información se transforme en un bien, concretamente aquellas informaciones que si conociesen mejorarían las expectativas de todos respecto a la consecución de los objetivos perseguidos. En estas condiciones la **obtención de información** se convierte en una **actividad productiva** semejante a la del inventor.

Sin embargo, no todas las informaciones son valiosas y en consecuencia provechosas para la sociedad. Así cuando benefician a un particular a costa de otro, pero no mejoran la situación de la sociedad en su conjunto, o cuando sus costes de obtención o de divulgación superan la mejora de utilidad social que inducen: informaciones improductivas (2).

2. La **dispersión de precios** es una de las manifestaciones más llamativas de la **ignorancia** en que se mueve el mercado: de hecho cambian frecuentemente, sin secuencia previsible, aun en el caso de bienes homogéneos, y, como por otro lado el mercado no está centralizado, nadie puede llegar a conocer todos los vigentes en un momento dado.

La situación de desorientación del consumidor se multiplica cuando la **información proporcionada por el precio** resulta **insuficiente** para valorar la **calidad del producto**: la dispersión de precio es función también de que los bienes, que se ofertan en el mercado, nunca son completamente homogéneos y no sólo de la ignorancia del consumidor.

En consecuencia, si lo que el consumidor desea es encontrar la mejor relación calidad/precio, estará obligado a realizar una **búsqueda de infor-**

(1) El artículo pionero de STIGLER, *Economía de la información*, en LAMBERTON, cit. p. 59 y ss. Cfr. BOULDING, *La Economía*, cit. p. 25: «En el supuesto del mercado competitivo suele formularse un supuesto explícito acerca del **conocimiento perfecto**. Esto significa en realidad que la adquisición del **conocimiento** de los precios o las oportunidades de intercambio en un **mercado perfecto** es **gratuita**, de modo que el conocimiento resulta ser un bien gratuito. Este supuesto podría ser razonable si sólo hubiese unos cuantos compradores y vendedores. Pero el mercado perfecto supone también gran cantidad de compradores y vendedores y, presumiblemente, muchos precios, y mientras más precios y transacciones haya, menos razonable se vuelve el supuesto de que el conocimiento es gratuito».

(2) Sobre este punto, con especial consideración de la información productiva del inventor, ARROW, *Bienestar económico y asignación de recursos a la intervención*, en LAMBERTON, cit. p. 144 y ss.: la **información tendrá valor económico si el que la posee puede obtener ganancias mayores** que en ausencia de información. Extensamente ARROW, *Limited Knowledge and Economic Analysis*, en AER (1974) 6 y ss.

mación inevitablemente costosa: el coste marginal de la búsqueda aumenta conforme se incrementa (3).

En resumen, la existencia de elevados costes de información pone «patas arriba» el modelo competitivo básico: con razón la evaluación de las calidades de los bienes se ha convertido en uno de los problemas más difíciles y, por ello, más estudiados de la economía de la información.

3. Una primera complicación analítica surge porque, aunque la inseguridad de los adquirentes afecta a los precios y a la identidad y calidad de los productos, siendo sencilla la comparación de los primeros, no pasa normalmente lo mismo con los productos. Dos situaciones son posibles:

En la hipótesis más favorable el comprador puede reducir la inseguridad sobre las condiciones de la mercancía recurriendo a informarse por su cuenta, tal como lo haría si la incertidumbre afectase sólo a los precios. La **búsqueda** será **posible** sólo porque la adquisición versa sobre aquellos **productos cuyas condiciones** puede el comprador **valorar** perfectamente en el momento de la compra.

Sin embargo, en muchos otros casos, normalmente **bienes de consumo duradero**, por tanto los más caros, la situación será exactamente la contraria: **costes de información prohibitivos imposibilitan la búsqueda** y obligan al comprador a confiar en el suministrador. Su dilema es bien sencillo: o se arriesga a que le engañen o no compra (4).

(3) STIGLER, cit. p. 59: «Un comprador que desee encontrar el precio más favorable debe preguntar a varios vendedores. fenómeno al que denominaré **búsqueda**... El tiempo será más valioso para una persona con mayor ingreso. Si el coste de búsqueda se iguala a su rendimiento marginal esperado, se encontrará la cantidad óptima de búsqueda. Cuando los bienes son únicos, es extremadamente **baja la eficiencia de la búsqueda** personal de compradores y vendedores porque la **identidad de vendedores potenciales es desconocida**; el costo de la búsqueda debe dividirse entre la fracción de compradores (o vendedores) potenciales en la población que se explora... Los costos de la búsqueda son tan grandes que en tales condiciones existe un poderoso incentivo para localizar las transacciones a fin de **identificar a compradores y vendedores potenciales**. Los mercados medievales solían aumentar su eficiencia a este respecto prohibiendo la compra o venta de los bienes designados dentro de una distancia dada del mercado o en días que no fueran de mercado. » Cfr el resumen modélico de BOULDING, *La economía...*, cit. p. 26: **La ausencia de transmisión gratuita de información es salvada** en el mercado competitivo por la **aparición de intermediarios** especializados «que dedican todo su tiempo al problema de conocer. Desde un punto de vista social el **ingreso del intermediario** podría considerarse como el **costo de adquisición de conocimiento necesario** para operar en el mercado, y es evidente que los demás participantes están dispuestos a pagar a ese costo antes que convertirse ellos mismos en intermediarios».

(4) Sobre el concepto de **bienes experimentados** en que debido a sus altos costes **no es posible el esfuerzo de búsqueda** del consumidor, por lo que ha de confiar en el suministrador: NELSON, *Information and Consumer behaviour*, en *JPE* (1970) 311 y ss. Ya STIGLER, cit. p. 77 decía: «reputación es una palabra que denota persistencia de calidad, y la **reputación tiene un precio** (o significa un castigo) porque economiza la

4. Una **segunda complicación** viene a aumentar la dificultad de la gestión del riesgo que genera la incertidumbre sobre las calidades de los productos: la **existencia de una interdependencia estratégica entre competidores**.

En ausencia de un mercado perfectamente competitivo, **cada empresa debe preocuparse de las reacciones de los demás** a sus decisiones: se trata de descubrir la forma en que las decisiones o estrategias de los agentes se condicionan recíprocamente (5).

La **teoría de los juegos** proporciona al economista un **excelente modelo** para proceder a un análisis correcto de la interdependencia entre competidores en el juego productivo (6).

5. Poco importa la estrategia de cada parte si el juego carece de equilibrio dominante, esto es, cuando ninguno de los dos jugadores dispone de una estrategia dominante. Existe una estrategia dominante para una parte cuando puede jugar su mejor estrategia, con independencia de cuál sea la que elija el otro.

Por el contrario, si no existe equilibrio dominante y está impedida, por la razón que sea, la cooperación entre las partes, la situación de **equilibrio se produce cuando ninguno de los jugadores puede mejorar, dada la estrategia que sigue el otro**. Ello aunque el resultado obtenido, al no producirse la cooperación y precisamente por no producirse, **no sea maximizador** (7).

búsqueda». Las personas inducen una regla general de ciertas experiencias (limitadas) significativas de modo que la expectativa de un comportamiento futuro de una persona es función del que haya tenido en el pasado: **principio de extrapolación**; cfr. VON WIEZSACKER, *Barriers to Entry, A theoretical Treatment* (1980) p. 72 y ss.

(5) SAMUELSON, cit. p. 238: En los mercados perfectamente competitivos, todas las partes consideran dados los precios y no tienen que preocuparse de las reacciones de los demás a sus actos. Sin embargo, en muchas circunstancias son fundamentales las consideraciones estratégicas. La economía moderna ha comenzado recientemente a incorporar la incertidumbre en el análisis de la conducta de las empresas y de las economías domésticas».

(6) El prototipo del juego competitivo es el juego de suma nula: la ganancia de un jugador consiste en la pérdida que sufre el otro. En la práctica son extraños. En los juegos llamados de suma no nula cada parte, en cambio, gana o pierde más de lo que pierde o gana el contrario. Cfr. DAVIS, *Teoría del Juego* (1971) p. 83. **Los juegos productivos son juegos de suma no nula que se determinan porque la suma de las ganancias de todos los jugadores puede ser superior a cero**. Es en estos casos cuando la conducta cooperativa cobra todo su valor.

(7) **Dos estrategias están en equilibrio si ningún jugador gana cambiando unilateralmente su estrategia**. El resultado (pago) correspondiente a este par de estrategias se define como el punto de equilibrio. Como sugiere el nombre, los puntos de equilibrio son muy estables. En los juegos bipersonales de suma cero puede haber más de un punto de equilibrio, pero, si los hay, todos tendrán el mismo pago. En los de suma no nula no es preciso que los puntos de equilibrio tengan el mismo pago: un punto de

6. Determinados sectores, en que los **competidores están al abrigo de reacciones penalizadoras del mercado** y los consumidores sólo pueden obtener **informaciones incompletas sobre la calidad** de los bienes ofertados, se prestan fácilmente a la aparición de **comportamientos oportunistas** y, en consecuencia, a generar inevitablemente pérdidas de utilidad general (8).

La estrategia del oportunista es sencilla: a falta de la amenaza de una posible pérdida de clientela, es muy posible que el productor poco escrupuloso **rebaje precios a costa de empeorar la calidad** de los productos. En estas condiciones los demás competidores que opten por ofrecer buenas calidades a precios justos no pueden resistir mucho tiempo. La única posibilidad de sobrevivir es sumarse a la rebaja de calidades (9).

equilibrio puede atraer a **ambos** jugadores más que otro, así en el dilema del prisionero: vid. DAVIS, cit. p. 45.

(8) Lo paradójico está en que la **cooperación, aun siendo maximizadora, no se produce fácilmente**. El dilema del prisionero, un problema clásico en la corta historia de la teoría de los juegos, ilustra esa dificultad: dos hombres sospechosos de cometer juntos un crimen son detenidos y situados en celdas separadas. Cada sospechoso puede confesar o no y cada uno conoce las consecuencias de su postura: i) Si un sospechoso confiesa, siempre que su compinche no haga lo mismo, cambia la evidencia y queda libre y el otro va a la cárcel veinte años; ii) Si ambos confiesan, los dos van a la cárcel cinco años; iii) Si ambos permanecen callados, ambos son condenados a prisión por un año por tenencia ilícita de armas, un cargo menor. El dilema de los prisioneros se escenifica de modo que ambos tengan que elegir simultáneamente: en consecuencia, ninguno puede saber qué estrategia elige el otro. El resultado es sorprendente. Cada jugador tiene dos decisiones básicas: puede actuar cooperativamente o no cooperativamente. Cuando ambos actúan cooperativamente, consigue cada uno mejor resultado que cuando no lo hacen. Pero, **para cualquier estrategia fijada por el otro jugador**, siempre se consigue más actuando no cooperativamente que cooperativamente. Es preferible la versión castellana de *free rider* —origen en WILLIASON, *Markets and Hierarchies* (1975)— por «gorrón» tal como se hace en la traducción del libro de NORT. *Estructura*., cit. p. 62 y ss. Lo racional es entonces **no jugar cooperativamente** puesto que sólo de este modo con seguridad minimizan pérdidas los jugadores, aunque desde luego esa opción garantiza que **nunca se alcanzará la eficiencia**, maximización de ganancias posibles. El dilema del prisionero fue inventado hacia 1950 por Merrill Flood y Melvin Dresher. vid. sobre este punto AXELROD, *La evolución de la cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de los juegos* (1986) p. 18 y ss.

(8) La superación de la dialéctica del prisionero sólo puede conseguirse mediante la **confianza mutua**. Lo grave del caso es que está demostrada la **dificultad de generar espontáneamente** la confianza necesaria: el jugador oportunista es un peligro real. En el dilema del prisionero el asumir que el oponente cooperará es una mera suposición: DAVIS, cit. p. 116. Cabría pensar que el dilema podría superarse cuando hay posibilidad de que el juego se repita. El jugador cooperativo puede señalar al contrario la ventaja de la estrategia cooperativa arriesgándose a jugarla en primer lugar en prueba de su buena fe. Sin embargo las dificultades de cooperación resurgen si el juego es finito: no puede repetirse indefinidamente. AXELROD, cit. p. 21: cada prisionero, ante el peligro de que su adversario se adelante a delatarle, tratará de **anticiparse**; en consecuencia lo probable es que ya ambos confiesen ya en el primer interrogatorio. Cfr. sobre el juego de **plazo incierto** DAVIS, cit. p. 112.

(9) Sobre el mercado de limones y la **selección adversa**, AKERLOF, *The Market for*

7. Ahora bien, la generalización de los malos productos realimenta la desconfianza del consumidor, lo que no puede dejar acarrear perjuicios a todo el **sector**, que a la larga resultará **penalizado en su conjunto** (10).

Una de las consecuencias de esta situación es que el mercado se estrecha: relativamente hay pocos compradores y pocos vendedores. Incluso en algunos casos el mercado puede ser tan estrecho que casi no existe: mercado incompleto. Los compradores en lugar de arriesgarse simplemente no compran.

8. La conducta no cooperativa puede volverse no sólo contraria al interés inmediato del conjunto de competidores que operan en un mercado sectorial, sino obstativa de la eficiencia económica general: así cuando afecta a determinadas actividades que funcionan como llaves de la competitividad de la economía de un país. Y no hay que olvidar que, por desgracia, el comportamiento cooperativo, en ausencia de acuerdos previos vinculantes entre las partes, se ha demostrado difícil de conseguir (11).

En estas condiciones la reducción de los costes de información o la **implantación de sistemas que los limiten** drásticamente se convierte en un **objetivo** de primer orden: sea mediante mecanismos económicos o el auxilio de instituciones sociales, sea mediante intervenciones estatales, se vuelve entonces imperiosa la necesidad de garantizar la calidad de los productos ofrecidos a los consumidores y la identidad de sus propietarios (12).

Lemons. Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, en *QJE* (1970) p. 488 y ss. Un resumen claro así como de la dinámica de los mercados estrechos en STIGLITZ, *Economía* (1993) p. 545 y ss.

(10) Sobre los procedimientos que el jugador puede seguir durante el curso del juego para enseñar reciprocidad a su contrincante: cfr. el modelo de AXELROD, cit. p. 132 y ss sobre el **toma y daca**.

(11) DAVIS, cit. p. 125 y 141.

(12) Una solución es generar **etiquetas, estereotipos o marcas** que permiten conocer la estrategia de cada jugador antes incluso de que la interacción empiece. AXELROD, cit. p. 140 y ss. **Sobre la reputación** como una especie de garantía y a su vez como barrera de entrada. WEIZSACKER, cit. p. 124. Otra solución: «Tendría que haber leyes que impidiesen esas cosas» es reacción corriente de quienes se encuentran en el dilema del prisionero. Lo que hacen los gobiernos es modificar la estructura de pagos **penalizando** duramente al **gorrón**. Si el castigo de la defección es muy grande, la cooperación es inevitable: AXELROD, cit. p. 129-131.

1. Es conocida la **opacidad del mercado inmobiliario**, que encarece comparativamente sus costes de transacción: entre ellos, en razón del elevado volumen que pueden alcanzar, no son despreciables los necesarios para conocer la identidad de los titulares de los derechos que se ofertan, así como el número y la naturaleza de las cargas que gravan los inmuebles, en su mayor parte ocultas.

La **situación jurídica de los inmuebles determina su utilidad** y valor. Su conocimiento es indispensable para el interesado en adquirir, en cuanto es uno de los componentes que permite definir el precio.

Nuestro objetivo consiste en el análisis de los problemas que, en un mercado específico como es el inmobiliario, generan los **costes de información jurídica**: uno de los costes típicos del intercambio. Dos características de ese mercado conviene ahora destacar:

2. En primer lugar, lo difícil que resulta al adquirente apreciar, en el momento de la compra, la **calidad** de los bienes orientados. Sólo con posterioridad, transcurrido incluso un largo espacio de tiempo, se podrá comprobar cuál era efectivamente la calidad (también la jurídica) del producto que se ha adquirido.

El verdadero **estado jurídico de la propiedad** no es susceptible de ser descubierto mediante un esfuerzo personal de **búsqueda**, de investigación, por parte del que pretende adquirir: el hipotético comprador encontraría dificultades insuperables en saber si verdadero propietario es el que se ofrece como tal (1) y si hay más cargas que las aparentes (2). En este punto el cliente potencial está indefenso.

(1) La propiedad sin posesión no es visible. en Derecho alemán el propietario posee a través del poseedor; cfr. por todos. WOLFF, *Derecho de Cosas* (1944) p. 39 y ss., aunque ciertas tradiciones vulgaristas, como parece ser el caso de nuestro Derecho, admiten una cuasiposesión directa del mero propietario: para el nacimiento y extensión del concepto, KASER, *Derecho Romano Privado* (1968) p. 93-94. Esta distinción jurídica entre *propietas* y *possession*, a pesar de su dificultad, fue valorada tradicionalmente como uno de los logros más brillantes de la cultura jurídica: popularizada por la doctrina del Derecho natural jugó un papel de peso en las discusiones sobre contractualismo político que mantuvieron los filósofos del xviii xviii. Resulta irresistible, por significativa, la cita de KANT, *Principios Metafísicos del Derecho* (1974) p. 65 y ss.

(2) En cuanto a las cargas ocultas, nuestro Código civil dispone que las servidumbres discontinuas y no aparentes sólo pueden adquirirse en virtud de título y parece excluir la usucapión, a falta de posesión, según la opinión más segura sobre la cuasi posesión de servidumbres, LACRUZ, *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes*, en EDC (1958) p. 37 y s. Por lo que se refiere a la hipoteca basta decir que ya en Derecho griego fueron evidentes las rémoras a la venta de fundos hipotecados. Cfr. GERNET, «*Horoi*» *hipotecarios en Antropología de la Grecia Antigua* (1980) p. 313 y ss.: *ópos* es un mojón que, plantado en el suelo, testifica por medio de una inscripción que se ha hipotecado un terreno.

3. En segundo lugar, las dificultades que el mercado inmobiliario encuentra para expulsar los comportamientos estratégicos de otros competidores sancionando al oportunista que trata de «vender gato por liebre»; y, sin duda, un **peligroso oportunista es el que se hace pasar por propietario** (3).

Este resultado contribuye a **multiplicar la incertidumbre** del consumidor y también en consecuencia la evidencia de la imperfección del mercado. Los compradores, ante la dificultad de evaluar las calidades de los bienes ofertados debido a los elevados costes de información, comparará sólo los precios y seleccionará el artículo que lo tenga más barato. En estas condiciones la única posibilidad de sobrevivir en el mercado es operar con productos de baja calidad a fin de poder aguantar el descenso de precios.

A la larga los ofertantes de malos productos desplazan a los de los buenos: a medida que baja el precio sólo resisten los peores. Ahora bien cuando la calidad se deteriora y baja el precio, una vez llegados a cierto punto, la cantidad demandada disminuirá: **la dinámica de la selección adversa domina el mercado inmobiliario**.

4. El competidor, que con su conducta rompe la confianza y genera la retracción de posibles adquirentes, difícilmente podrá ser sancionado individualmente: la dinámica habitual del mercado inmobiliario **obstaculiza** la formación de **clientelas** (4).

El ofertante que conscientemente comercializa productos de mala calidad (gravados con cargas ocultas que no declara), o que se hace pasar por propietario, no suele recibir sanción alguna porque, aunque concorra habitualmente al mercado, cada cliente normalmente le compra una sola vez.

En efecto, el intercambio inmobiliario normalmente se materializa mediante **operaciones aisladas**: aunque sea posible que un consumidor a lo largo de su vida repita una misma operación, sería casual que las realizase precisamente una misma persona. No hay que olvidar, además, la tradicional importancia que en el sector siguen teniendo las segundas transmisiones, las ventas de viviendas de segunda mano, en que el vendedor es ocasional: no repite operación en el mercado.

(3) El *crimen stellionatus* es soporte tradicional del mercado de garantías en Derecho Romano: es reo el que pignora dolosamente una cosa ajena o ya pignorada. Abarca, en principio, todo tipo de fraudes no sancionados de otro modo: cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (1968) p. 387 y n. 8.

(4) Imposibilitada la búsqueda, la **ausencia de clientelas** impide el **reconocimiento social del producto de calidad**. Sobre selección adversa en que quiebra uno de los tres postulados de la economía neoclásica (relación inversa entre precio y cantidad demandada), cfr. la sencilla exposición de STIGLITZ, cit., p. 545.

Los consumidores, en consecuencia, reaccionarán al empeoramiento de la calidad media de los productos y no de los de un ofertante particular, por lo que este último no resultará penalizado, sino el conjunto de los competidores que sufrirán emigración de clientes y el consiguiente **estrechamiento del mercado**.

5. La mejor manera de superar esta dialéctica ruinosa sería **modificar las reglas del juego** penalizando severamente el comportamiento oportunista mediante acuerdos vinculantes entre los competidores que forzasen la lealtad mutua (cooperación) (5).

Por desgracia, en el mercado inmobiliario existe una insalvable dificultad para conseguirlos: la identificación de todos los posibles competidores impone costes de transacción insuperables. Muchos de los derechos sobre fincas están ocultos, por lo que el descubrimiento de sus titulares exigirá una costosísima investigación.

6. Ante este fracaso, la única alternativa viable parece ser la adopción de medidas jurídicas apropiadas que permitan superar las dificultades: cooperación forzosa. Tradicionalmente las **medidas coercitivas** adoptadas por los Estados fueron de **dos clases**:

i) El riesgo por razón de la incertidumbre sobre el verdadero estado de la propiedad que se transmite es de cuenta del vendedor: *evictio*. Las manifestaciones del vendedor sobre su condición de propietario de las fincas transmitidas y el número y naturaleza de los gravámenes que las afectan

(5) La atención sólo a la calidad media y consiguiente ausencia de productos de nombre indica existencia de riesgo (incertidumbre) sobre cuál sea comportamiento de los competidores (falta de cooperación). Necesario SPENCE, *Market Signalling* (1974): las **etiquetas** son características fijas de los jugadores, observables por los demás, que pueden explicar la aparición de comportamientos sociales estables (*status*) y en consecuencia también la **formación de jerarquías sociales** perfectamente definidas. Sin embargo el origen de la marca está probablemente en otro sitio: ligada al hurto de reses y el delito de abigeato. Sobre este punto mucho tiene que decir A. OTERO. Cfr. también BRAUDEL, *Civilisation matérielle et Capitalisme* (1967): todavía en «Inglaterra a comienzos del XIX, (los) cuatreros formaban por sí solos una categoría social». El dilema del prisionero permite también excelentes análisis del efecto conocido como **tragedia de los comunes**. Cfr. HARDIN, *La tragedia de los espacios colectivos*, en DALY (comp.), cit. p. 111 y ss. La conducta racional impone su sobreexplotación y en consecuencia su agotamiento a la larga: las **ganancias** por una sobreutilización **son más**, las apropios en exclusiva; pero las **pérdidas** nos las repartimos **todos**. Como señala DAWES, *Social Dilemma*, en ARP (1980), las variantes al planteamiento tradicional del dilema del prisionero se reducen a: i) el daño causado por una defección (falta de cooperación) queda difuminado entre muchos jugadores y no concentrado en uno solo, ii) la conducta de cada jugador porque son muchos puede quedar anónima; iii) y lo más importante, ninguno de los jugadores tiene un control de refuerzo total sobre la conducta del oportunista, pues los pagos quedan determinados por lo que están haciendo también muchos jugadores diferentes: juego de suma no nula de n -jugadores.

le obligan a indemnizar daños y perjuicios en el caso de que luego se demuestren inexactas: **infracción de la confianza** (6).

La obtención y divulgación posterior de la información así como la responsabilidad por su veracidad se carga a la parte que puede obtenerla con menos coste y que además está en grave peligro de seguir la tentación oportunista, en razón de los enormes beneficios que sabe le reporta la conducta fraudulenta.

ii) Hoy sin embargo **esta añeja solución**, que impone al vendedor la garantía del estado jurídico de la propiedad en atención a las evidentes asimetrías de información que sobre este punto existen entre comprador y vendedor, ha sido **desplazada**. La vieja doctrina romanista que trata el riesgo de la incertidumbre jurídica como cualquier otro riesgo contractual empieza a ser postergada en Derecho continental ya en la Edad Moderna, definitivamente en el pasado siglo.

En un mercado continuo, en que la tierra cambia de manos con cierta frecuencia, el conocimiento del verdadero estado jurídico de los fundos es muy dificultoso incluso para el propietario.

Las **monarquías absolutas**, reconociendo esta situación, intervinieron en el régimen transmisivo de la propiedad inmobiliaria optando por la **implantación de un sistema** que luego se llamó **de seguridad del tráfico**. Por esta vía se **limitaron drásticamente los costes de información**: sólo la propiedad publicada en los libros oficiales es tenida y en consecuencia defendida como tal (7).

La violencia y profundidad de las medidas adoptadas en reforma del estado civil de la propiedad tiene necesariamente que impresionar al observador neutral una vez ha superado la tendencia natural a juzgarlas inevitables, en vista de la general aceptación con que han sido incorporadas como elementos imprescindibles de nuestro moderno sistema económico.

(6) Se parte de que el **riesgo de evicción es un riesgo contractual** y se imputa según el criterio analítico a quién puede defenderse mejor contra él: se estima existe una notable asimetría en la información de que dispone cada parte en favor del vendedor. Cfr. SCHAFER-OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1986) p. 269 y ss. Sobre si el resultado de evicción supone el incumplimiento de una obligación contractual (de hacer propietario en el caso de la compraventa) o de solo una obligación accesoria de garantía, cfr. ahora RUBIO, *Contrato de Compraventa y Transmisión de la Propiedad* (1993).

(7) Entre las intervenciones que se producen en el contexto europeo es de destacar, por su especial importancia en el Derecho contemporáneo, el sistema de las *lettres de ratification* del **Edicto de 1771** que reforzó notablemente el régimen de publicidad obligatoria de las transmisiones inmobiliarias de 1673. Cfr. GIFFARD-VILLERS, *Droit Romain et ancien Droit Français (Obligations)* (1976) p. 411 y ss. Para una valoración de la evolución general y sus repercusiones en la legislación española oso remitir a PARDO, *Entre la purga y la Fe Pública Génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI (1993). Una valoración del sistema hipotecario español, según sus orígenes, en el contexto europeo: imprescindible OLIVER, *Derecho Inmobiliario Español* (1892).

1. Los Estados, en casi todos los países europeos, han reaccionado contra la excesiva incertidumbre que generaba el sistema transmisivo de Derecho romano: los adquirentes se veían obligados a soportar una intolerable inseguridad respecto a la firmeza de sus adquisiciones. Las **medidas correctoras** se centraron en dos puntos:

i) Una innovación material: sólo la información que publican los libros oficiales, creados *ad hoc*, será pertinente para el tercero que pretenda adquirir derechos sobre fincas. Mediante el expediente de reconocer como propietario indiscutible sólo al que publica su derecho en los libros oficiales, los costes de información se redujeron de manera drástica: en beneficio del adquirente **prevalece siempre la verdad oficial sobre la real** caso de ser discordantes.

ii) La otra innovación fue formal: con la finalidad de facilitar el acceso a la información de los posibles interesados, los Estados optaron por concentrarla en centros de naturaleza pública, procediendo a plantear las oportunas instituciones (1).

2. Los resultados de esta política intervencionista se aprecian en toda su dimensión cuando se repara que **su éxito** pasa por aceptación de **quiebras ocasionales del principio de consentimiento**: como sabemos, **cancerbero** de la estabilidad de aquellas situaciones en que existe una **asignación eficiente** de recursos.

La transmisión voluntaria prueba la eficiencia del intercambio: sólo cuando el intercambio es voluntario deja de ser un juego de suma nula y se transforma en un verdadero acto creador (2).

(1) Sirvan de ejemplo las **conservadurías francesas**: se implantan definitivamente en 1771 como necesario presupuesto del **juicio de liberación** o **purga** que se establece en la Ley hipotecaria de 1798. Su denominación deriva de que sólo los derechos transcritos **eran** conservados, o sea tenidos en cuenta, en el procedimiento de purga, el comprador, que aspiraba a obtener la liberación del inmueble, presentaba su título de compra en la Escribanía del Juzgado competente; seguidamente se fijaba a las puertas del Juzgado un extracto del contrato durante dos meses, para que los que tuviesen algún derecho de hipoteca sobre la finca vendida ejercieran la acción correspondiente, para la conservación de su derecho, ante el encargado del Registro, bajo apercibimiento de que, transcurrido dicho plazo, quedarían privados del que tuvieran sobre el inmueble. Si se presentaban algunos acreedores, se tomaba razón de los títulos de los derechos a fin de poder hacerlos efectivos sobre el precio de compra por orden de fechas: vid. OLIVER, cit. p. 169-173.

(2) Resume LAPAGE, *Por qué la Propiedad* (1986) p. 95-96: se trata de conseguir que el control de los **recursos** se **oriente** a aquellos que pueden hacer el **mejor uso** de ellos.; el **instrumento** para conseguirlo es el **principio de libre transferencia** de los derechos. Cuando (el intercambio) es puramente voluntario, en una sociedad de hombres libres y bajo el único impulso de los intereses individuales, el intercambio permite que los recursos, a medida que cambian las necesidades y evolucionan las técnicas, sean constantemente reorientados hacia los campos de mayor utilidad social.

Por esta razón las virtuales expropiaciones que el juego de la seguridad de tráfico puede producir no cabe justificarlas ciertamente en el criterio paretiano (3). Gana uno pero porque pierde otro: el que adquiere del propietario oficial mejora su posición, pero a costa de perjudicar al propietario real, privado del inmueble contra su voluntad.

3. Sin embargo, en general, la razonabilidad de estas medidas no ha sido discutida seriamente ni desde un punto de vista del bienestar social ni siquiera de la eficiencia económica.

Sencillamente se han considerado acertadas con apoyo en el genérico argumento de que son necesarias a fin de que el mercado pueda cumplir mejor con su función. Esta afirmación general se resuelve en tres tipos de argumentos:

i) Se razona que no hay duda que la limitación de los costes de información jurídica reduce los costes de transacción y que, en consecuencia, tampoco debería existir duda de que tal ahorro es en sí mismo beneficioso: libera capital hacia tareas productivas.

Ahora bien la política de ahorro de costes transaccionales no es buena a cualquier precio. Lo grave de la seguridad de tráfico es que, para economizar costes de transacción, priva de su propiedad, si fuese necesario, al propietario original, propietario eficiente en tanto en cuanto no quiere dejar de serlo.

No se busca la reducción de costes de transacción simplemente porque sí, sino para facilitar que los bienes sean asignados a quien los use de manera más eficaz; y éste no es un resultado, como vimos, asegurado por el juego de la seguridad de tráfico: más bien, a la vista de lo ya dicho, porque llega a privar de su derecho al propietario contra su voluntad, debe presumirse lo contrario (4).

(3) STIGLITZ, cit. p. 76: «Cuando los economistas dicen que el intercambio voluntario mejora el bienestar de los dos participantes, eso no significa que los dos estén satisfechos.; dice simplemente que cuando la gente decide cerrar un trato prefiere cerrarlo a no cerrarlo» dado su nivel de información que nunca puede ser totalmente completo si se quiere que el mercado funcione. Si los partícipes en el mercado conociesen no sólo los recursos de que disponen, precios y calidades de los productos, sino también las preferencias y situación económica de sus contrincantes, la tentación del mercado desaparece y se impone la guerra de todos contra todos: la conducta estratégica mediante la utilización de engaños o amenazas se vuelve económicamente más rentable. Cfr. VELJANOVSKY, *The new Law and Economics* (1982) p. 54 y ss.

(4) Afirma convincentemente PAZ-ARES, cit. p. 21-23: «Las reglas de seguridad de tráfico rebajan los costes totales de la transacción. Esta circunstancia es **condición necesaria pero no suficiente** de la eficiencia en la protección del tráfico. Para comprender este punto hemos de tener en cuenta que esa reducción de costes que acarrea la seguridad del tráfico se tramita a través de la imposición forzosa de la transacción al titular. Por lo tanto no basta reducir los costes para justificar esas reglas, sino que es

ii) Si se limitan los costes de información, se argumenta, se facilita la circulación, con lo que se refuerza la **eficiencia del mercado**. La disminución de los costes de información permitirá transmisiones de bienes que en otro caso no se producirían.

Pero, como se ha dicho con acierto, «la circulación no es un fin en sí mismo; son meramente medios para un fin que cabalmente consiste en el disfrute de los recursos... Ahora bien si la finalidad última del tráfico es el disfrute, no se entiende por qué se va a preferir el adquirente frente a su titular» (5).

iii) Por último, se afirma, si se reducen costes de transacción, se consigue que se asignen los bienes al propietario eficiente, a quien en definitiva los explota en forma más eficiente.

Pero ¿de qué eficiencia y de qué propietario hablamos? El propietario original es eficiente precisamente porque no quiere vender y éste es el único penalizado por la implantación de un sistema de seguridad de tráfico (6).

4. Cabría sin embargo intentar la defensa de la seguridad del tráfico desde otro punto de vista y argumentar que el abaratamiento de los *costes de información* redunda también en beneficio directo de los propietarios actuales.

Estos, porque existe la seguridad de tráfico, pueden esperar razonablemente una mayor y más fácil valorización de sus fincas: su margen de beneficio se agranda y el tiempo de espera para la realización de sus ganancias se acorta, en la misma medida que se reducen los *costes de transacción*.

Este argumento tampoco convence: la limitación de la información jurídica pertinente, en defensa de la seguridad de tráfico, puede llegar a perjudicar al propietario actual, por hipótesis, propietario eficiente mientras (y porque) no desea dejar de serlo.

Como consecuencia de la **implantación de un sistema de seguridad de tráfico**, los propietarios no pueden hurtarse al **riesgo de una eventual**

necesario reducirlos precisamente respecto de aquellas y sólo de aquellas transacciones típicamente eficientes. ¿Qué sentido tiene reducir los costes de transacción que no se quiere efectuar si semejante reducción se logra decretando la transacción que no es deseada?»

(5) PAZ-ARES, cit. p. 17-18.

(6) La espontaneidad del mercado, que presupone la libertad de contratación de los partícipes, es la salvaguardia del funcionamiento del sistema de precios: de ahí su importancia capital. La idea antisocialista de que los **precios** son un **mecanismo de comunicación de informaciones**, sin el que **ningún sistema económico puede funcionar eficientemente**, es responsabilidad de la escuela austríaca: la economía dirigida sería un imposible **epistemológico**. Para un resumen de sus posiciones políticas cfr HAYE, *Camino de servidumbre* (1978)

pérdida de sus derechos, lo que **origina nuevos gastos**: *los costes de conservación o vigilancia* con el fin de impedir una transmisión inconsciente de los mismos (7).

5. Desde un punto de vista económico, una política de seguridad de tráfico será eficiente si el ahorro que permite en *costes de información* supera el montante de los nuevos gastos de conservación que genera.

Pero la existencia de este ahorro no es un criterio decisivo que justifique, de por sí, la implantación de un sistema de seguridad. Los gastos de conservación aumentan cuando los costes de información disminuyen: el mero hecho de que los *costes de vigilancia* o de conservación sean inferiores a los de información, de que se produzca ahorro en cifras, no justifica, por sí solo, el que se fuerce al propietario actual a asumir gastos de vigilancia, por pequeños que sean.

El propietario no interesado en vender está haciendo, por hipótesis, un **uso eficiente de sus bienes**. No se ve la razón de forzarle a **asumir costes de vigilancia** de su propiedad en **beneficio** de aquellos propietarios que sí están interesados en **transmitir** precisamente en razón del **mal uso** que hacen de los suyos.

1. El **criterio superior** de Pareto no permite justificar la decisión de implantar un **sistema de seguridad de tráfico**, tal como lo entiende y practica el moderno Derecho inmobiliario: mejora ciertamente uno, el tercero protegido, pero siempre a costa del perjuicio que soporta otro, el *verus dominus*.

Falla aquí la prueba del intercambio eficiente precisamente porque **falta el intercambio voluntario**: por hipótesis la adquisición protegida es *contra domino* y no hay nada que garantice, más bien todo lo contrario, que el nuevo propietario sea más eficiente que el propietario original.

(7) *Típicos costes de enforcement* que tratan de eliminar la distinción entre tiempo presente y futuro: se trata de operar con los resultados esperados como si realmente ya se hubiesen producido: cfr. POSNER, cit. p. 63-67. Plásticamente, para poner de relieve la importancia de la incertidumbre, ARROW, *Bienestar...*, cit. p. 144, señala que «la producción de un bien dado en condiciones de incertidumbre puede describirse como la producción de un vector de opciones de bienes», al tiempo que advierte sobre la imposibilidad de lograr una asignación óptima del riesgo. La incertidumbre sobre el resultado futuro o el mantenimiento futuro de la situación presente, evidentemente, se dispara en las relaciones duraderas. Sobre la estructura de los contratos a la luz del análisis económico, CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of a Non Exclusive Resource*, en JLE (1970), reproducido en FURUBOTN-PEJOVICH, *The Economics of Property Rights* (1974).

2. Ahora bien del indiscutible hecho, con el que por lo demás tiene que contar cualquier política de seguridad de tráfico, de que puedan llegar a producirse intercambios forzados de bienes como consecuencia del juego del principio que se quiere implantar, no cabe deducir la existencia de obstáculo insalvable a la implantación de un sistema de seguridad de las transmisiones inmobiliarias.

La suerte de un mercado tan importante como es el inmobiliario, caso de probarse dependiese de la implantación de la seguridad del tráfico, no puede quedar en manos de los ocasionalmente perjudicados por los eventuales fallos del sistema que se intenta implantar (1).

3. El problema se ventila a otro nivel. **No se trata de evaluar la eficiencia de contratos realizados dentro de un marco jurídico e institucional determinado, sino de juzgar la eficiencia del propio marco jurídico antes y después de las medidas correctoras que se proponen:** en nuestro caso las necesarias para implantar de un sistema de seguridad del tráfico inmobiliario (2).

Cuando nos situamos a esta altura, la perspectiva cambia: el principio de unanimidad, como guía en la toma de decisiones, es ciertamente un criterio seguro pero a veces sin duda poco práctico. Por esta razón las decisiones políticas de cierta envergadura nunca cumplen con la unanimidad real y se limitan a buscar amparo en la llamada **unanimidad hipotética**: deben considerarse legítimas aquellas decisiones que de ser consultadas a los ciudadanos serían admitidas con toda probabilidad.

Lo grave es que ni siquiera cabría tener, sin más ni más, por cumplido hipotéticamente el *test* de la unanimidad cuando, como es el caso, parece

(1) El **retórico del principio productivista domina aquí** la toma de decisiones: se trata de saber si la actividad regulada genera más riqueza que la que destruye como consecuencia de la regulación propuesta: el crecimiento generaría consenso. «Así en los casos en que cierta política conduce a un incremento de productividad física y, por lo tanto, del ingreso real total, el argumento del economista a favor de esa política no se ve afectado, en absoluto, por la cuestión de la comparabilidad de las satisfacciones individuales, porque en todos esos casos es posible (!) colocar a cada individuo en una situación mejor que antes, o por lo menos mejorar la situación de algunos, sin empeorar la de nadie», en KALDOR, *Las Proposiciones del Bienestar en la Economía y las Comparaciones Interpersonales de Utilidad*, en ARROW-SCITOVSKY (comps.), *La Economía del Bienestar* (1969) p. 10-11

(2) Este planteamiento remite al de BUCHANAM-TULLOCK, *The calculus ...*, cit., cuando distinguen **dos niveles de contratación**: los **contratos** de primer orden se producen dentro del marco jurídico vigente; por el contrario, los de **segundo orden** versan sobre las **modificaciones del propio marco**. Unos y otros tienen que ser consentidos por los implicados (unanimidad). Ahora bien los cambios de normativa, porque nos implica a todos, serían imposibles si se exigiese la unanimidad real: de ahí baste la llamada unanimidad hipotética.

segura la resistencia de los afectados: la implantación del sistema de seguridad exige que los propietarios civiles pasen por una eventual reasignación de los derechos de propiedad y una general dilución de sus medios de defensa (3).

4. En resumen, ciertamente parece razonable decidirse por una política de modificación de la configuración concreta de los distintos poderes jurídicos inmobiliarios cuando su reasignación voluntaria se demuestra obstaculizada en exceso, ya por la existencia de costes de transacción prohibitivos, ya por la probabilidad de conductas estratégicas de los interesados.

Sin embargo, semejante opción deberá compatibilizarse, si no con el principio de unanimidad, sí al menos con **la proposición del bienestar general**.

Será legítima la decisión propugnada si **mejora un miembro de la sociedad, aunque otro se perjudique, y la ganancia del primero permite indemnizar al segundo y además retener algún beneficio**: sólo en consecuencia si cualquier miembro de la sociedad puede esperar una indemnización por los perjuicios que suponga la pérdida de su derecho como consecuencia del funcionamiento del nuevo sistema implantado (4).

Debe, en todo caso, advertirse que no es preciso que la indemnización se produzca efectivamente: en este caso se habría cumplido con el criterio paretiano. No es por tanto obligado que la indemnización sea inmediatamente exigible, que sea individual y coetánea al daño sufrido (principio de compensación especial), sino que basta con que sea general: es suficiente con que, a la larga, todo el mundo acabe encontrándose mejor que si la decisión no se tomase: principio de compensación general (5).

(3) La proposición de Bienestar General, cfr. nota 1, es compatible con la unanimidad cuando los perjudicados por la modificación pueden esperar ser resarcidos con los nuevos excedentes obtenidos, lo que da juego a las llamadas valoraciones débiles que remiten a la cuasi-unanimidad: cfr. ARROW, *Social Choice...*, cit.

(4) Dos situaciones alternativas, en un universo de dos personas, pueden simultáneamente (inconsistencia) cumplir con el principio de Kaldor según se opte por juzgarlas a partir de las preferencias de una u otra y, en consecuencia, ambas pueden ser elegidas racionalmente: SCITOVSKY, *Una nota sobre las Proposiciones del Bienestar en Economía*, en ARROW-SCITOVSKY, cit. p. 24, que resume: «Primero, debemos averiguar si es posible redistribuir el ingreso en la nueva situación, en forma tal que cualquier persona mejore su posición, respecto a la situación inicial; en segundo lugar debemos averiguar si no es posible, partiendo de la situación inicial, y mediante una mera redistribución del ingreso, alcanzar una posición superior a la situación nueva, otra vez desde el punto de vista de todos. Si lo primero es posible, y lo segundo imposible, diremos que la nueva situación es mejor que la anterior. Si lo primero es imposible y lo segundo posible, diremos que la nueva situación es peor; y si ambas son posibles, o imposibles, nos abstendremos de formular una proposición de bienestar».

(5) Sobre el principio de compensación, MISHAN, *Welfare Economics* (1964).

5. El principio de compensación sostiene que un cambio de política conducirá a un **aumento neto de bienestar** si los **beneficios agregados superan a los costes agregados de modo que sea posible a los beneficiarios compensar a los perjudicados**. Estos son precisamente los fundamentos teóricos del análisis coste-beneficio: para unos costes dados, elección de la opción que maximiza los beneficios (6).

El problema es que esta técnica sólo es utilizable en términos de equilibrio parcial, lo que le priva de su utilidad como instrumento de análisis de las decisiones políticas que generan transformaciones de importancia en el contexto social o económico.

Las **consecuencias del cambio** sólo **pueden ser evaluadas** con seguridad si se desarrollan en un **entorno económico más amplio** que básicamente permanece **inalterado**. Este marco invariable proporciona la referencia de precios necesaria para poder expresar en forma monetaria los costos y beneficios a calcular.

La imprecisión en el valor monetario de las indemnizaciones o compensaciones puede despreciarse cuando el cambio a analizar es pequeño en relación con el sistema económico en que se produce. La inversa, por desgracia, es también rigurosamente cierta: si la política en estudio es susceptible de cambiar sustancialmente el sistema económico, es necesario analizarla en el contexto del equilibrio general, y no contamos con un cuerpo de teoría fiable para semejante tarea: cuanto más grande son los cambios considerados, menos fiable es la técnica de análisis.

El alcance de la **indeterminación contable** que se produce en el marco global económico como consecuencia de la implantación del sistema hipotecario en razón de las alteraciones de precios que inevitablemente se producen en el mercado inmobiliario es difícil y, en consecuencia, aun disponiendo de los medios estadísticos oportunos, donde no es necesario decirlo está todo por hacer, parece poco decisivo.

6. Llegados a este punto, parece que hemos encallado en lugar de difícil salida. Es ahora, por ello, el momento oportuno para recuperar la noticia de tres hechos que tensen de nuevo el hilo del discurso: la doctrina científica desde perspectivas distintas y la práctica de los Estados conforman un principio de apoyo argumental que prestan una oportuna ayuda:

i) La analítica económica no duda de la necesidad de un sistema de seguridad de tráfico inmobiliario: «Imaginemos una sociedad en la que no hubiese un Catastro ni un servicio central de Registros que actualizase

(6) Sobre análisis coste/beneficio, PREST-TURVEY, *Cost-benefit analysis: a survey*, en *EJ* (1965) p. 683 y ss. Vid. la ilustrativa aplicación de FOSTER-BREESLEY, *Estimación del Beneficio Social de la construcción de un ferrocarril subterráneo en Londres*, en ARROW-SCITOVSKY, cit. p. 103 y ss.

constantemente el censo de los títulos de propiedad, introduciendo las modificaciones que continuamente se producen en dichos derechos, el mercado, instrumento básico de la racionalidad económica, sólo podría funcionar con graves dificultades» (7).

ii) Tampoco la moderna doctrina jurídica: «los Registros públicos conducen a una exoneración de los costes de información para el tráfico jurídico y a un gravamen para aquellos cuyos asuntos son afectados por inscripciones o publicaciones registrales inexactas, pero, al mismo tiempo, a una reducción de los costes de información en general. Sobre esto ya no es necesario detenerse más» (8).

iii) En todo caso ayuda la experiencia histórica: los Estados europeos no han adoptado en este punto un modelo uniforme, pero todos han limitado los *costes de información* y en consecuencia incrementado en medida proporcional, aunque inferior, los costes de *vigilancia* de los actuales propietarios (9).

Este último hecho, sobre todo, inclina a presumir que son razones de interés general las que justifican la necesidad de la implantación, en el mercado inmobiliario, de un sistema de seguridad que limite de modo significativo los *costes de información*.

7. Reconfortados por estos apoyos, se impone intentar una última aproximación al problema que presenta el análisis de cualquier política intervencionista, como es la inmobiliaria, aceptando la perspectiva propuesta por un reciente investigador.

La dificultad de realizar un análisis de costes/beneficios sobre los efectos de la reforma hipotecaria no debe llevarnos a buscar un fácil, pero falso amparo, en la *cómoda alegación* de que el efecto **óptimo de Pareto (todos mejoran)** estaría **garantizado a largo plazo mediante una aplicación sostenida del criterio de compensación**.

Debido a que es perfectamente posible, como es el caso de la reforma inmobiliaria, que grupos enteros resulten perjudicados durante mucho tiempo e incluso de forma sistemática, será preciso buscar justificaciones más concretas para la adopción de decisiones en esta materia.

Es pues ahora, en vista a obtener una **justificación concreta** de principio de seguridad del tráfico inmobiliario, el momento de identificar aquellos modelos analíticos que han demostrado una capacidad explicativa especial-

(7) LAPAGE, *Por que...*, cit. p. 243.

(8) SHAFER-OTT, cit. p. 306-307. que aceptan como inevitables las cargas para el propietario original: «De esa forma —se ejemplifica— a un comerciante le es posible, con un gasto reducido, reconocer la inexactitud de las inscripciones del Registro Mercantil en lo referente a sus propias relaciones jurídicas y procurar la rectificación de tales informaciones como lo sería para cualquier contratante».

(9) Cfr. cp. 4.

mente poderosa en este campo, u otros paralelos, con el propósito de intentar su extrapolación al supuesto que nos ocupa.

1. La incertidumbre que la **desinformación** genera **no cabe eliminarla a cualquier precio** y por encima de cualquier otra consideración. Las distribuciones de recursos óptimas desde el punto de vista de la eficiencia son aquellas en que el cambio no es querido por su propietario: no quiere vender el que está haciendo un uso eficiente de los bienes que retiene. Por consiguiente en caso de duda, mientras no se pruebe otra cosa, lo prudente es dejar seguir disfrutando el derecho a la persona que lo ostenta (1).

Lo discutible de la seguridad de tráfico está en que, en el afán de comprimir los costes de información en beneficio del intercambio voluntario, impone el intercambio forzoso: no siempre ciertamente pero sí al menos en aquellos casos, que se califican de excepcionales, en que se producen fallos en el sistema.

La reducción de los costes de transacción mediante una reasignación de los bienes no es siempre una medida positiva, ni siquiera neutral, desde el punto de vista económico: la atribución del derecho al tercero, a costa de su expropiación al verdadero titular, no garantiza —ni en consecuencia puede fundamentarse— en que el nuevo propietario vaya a hacer un mejor uso del recurso.

2. De este modo la seguridad del tráfico, en el caso límite, genera ineficiencia y en consecuencia la decisión por su implantamiento no es una medida política que se justifique por sí sola: al contrario precisa justificación y no basta, desde luego, con cualquier justificación.

La legitimación de una posible limitación de los costes de información jurídica mediante la implantación de la seguridad de tráfico, como vimos, no podrá conseguirse simplemente atendiendo a los daños y beneficios agregados de las personas directamente afectadas.

Al contrario la **discusión debe plantearse en otro plano**, razonando la necesidad de las drásticas medidas que exige la implantación de la seguridad en el tráfico, en la existencia de graves obstáculos que en otro caso dificultarían el funcionamiento adecuado del mercado inmobiliario: la importancia de este último justifica sobradamente la imposición, en beneficio común, de sacrificios extraordinarios a todos los competidores (2). Dos

(1) PAZ-ARES, *La seguridad* .., cit. p. 22.

(2) PAZ-ARES, cit. p. 33: «... las normas de seguridad de tráfico sólo se justificarían si existiesen costes de transacción que impidiesen la contratación entre ellos, que impidiesen un intercambio típicamente eficiente. De lo contrario carecerían de sentido desde el punto de vista económico»

modelos analíticos, por lo demás, íntimamente interrelacionados, vienen aquí en nuestra ayuda:

3. i) Según el primero es **racional** establecer normas de **seguridad del tráfico** en aquellos sectores en que los **beneficiarios** son precisamente los **titulares originarios** de los recursos.

Por lo tanto está justificado, desde luego, reducir los costes de información respecto a aquellas transacciones y sólo aquellas transacciones típicamente eficientes; es decir, aquellas transacciones que presumiblemente satisfacen el interés de los titulares (originarios) (3).

Cuando por la naturaleza económicamente abstracta de los recursos (dinero, mercancías, títulos-valor) o por la específica actividad económica de intercambio de su titular (comerciante o empresario) prime el valor de cambio cuando el valor de uso, resulta evidente que es al propio titular —y no sólo al adquirente— que el ordenamiento jurídico produzca seguridad de tráfico: sólo de esta manera al titular le resultará mucho menos costoso valorizar sus derechos: es decir aprovecharse de su valor de cambio (4).

4. ii) Según el segundo modelo sólo la reducción de los costes de información permite garantizar el buen funcionamiento de mercados que operan con un elevado grado de incertidumbre: una **desinformación excesiva contrae el mercado** con la consecuencia de que puede llegar a haber pocos contratantes.

(3) PAZ-ARES, cit. p. 23. Cfr. *Ibidem*, p. 25: La **seguridad de tráfico es necesaria a la vida mercantil pero no a la civil**. «... en términos generales, en el tráfico civil (a diferencia del tráfico mercantil) prima el valor de uso sobre el valor de cambio de los bienes. Los titulares prefieren exponerse al riesgo de que la valoración en cambio de sus bienes, es decir, su transmisión, se vea dificultada por la ausencia de normas de seguridad de tráfico que exponerse al riesgo de ser expropiados en el caso de que los adquiriera un tercero de buena fe».

(4) GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil* (1980) p. 129-130 ya había advertido, pensando desde los títulos valores pero generalizando la afirmación, que la posición del declarante como del destinatario de la declaración como la del tercero de buena fe son posiciones equivalentes entre sí. No hay razón alguna, plausible para el sentido común, en virtud de la cual la primera posición deba sucumbir a las otras (como tampoco existe ninguna razón plausible por la cual en la adquisición a *non domino* el interés del ilícitamente desposeído deba sacrificarse frente al tercero poseedor de buena fe). El fenómeno seguirá sin explicarse mientras se razone con la lógica del acto; sólo podrá comprenderse situándose en una lógica diversa que abarque la totalidad del hecho circulatorio. El interés protegido no es el de (la) parte o tercero de buena fe, sino el interés del empresario, el **del que lanza bienes al mercado y está interesado en una circulación lo más extensa, segura y rápida posible**. También VIVANTE, *Trattato de Diritto Commerciale* I (1902) p. 79 había alertado sobre el peligro de la moderna producción industrial en masa que trata de subordinar todos los factores a las exigencias de valorización del capital.

La seguridad del tráfico se demuestra el instrumento adecuado para evitar tan peligroso resultado cuya temida dialéctica alcanza no sólo al mercado inmobiliario sino también, como veremos, al de capitales. Deben aquí tenerse presentes dos datos que nos permitirán valorar adecuadamente la importancia de la cuestión:

5. En primer lugar está el hecho de que los posibles compradores de inmuebles no pueden, sino a costa de gastos inasumibles, llegar a distinguir los vendedores fiables de los oportunistas que ofrecen bienes que saben están gravados, o que no les pertenecen: en estas condiciones los **interesados, en lugar de arriesgarse, sencillamente no compran.**

Naturalmente la demanda escasa empuja el precio a la baja, aumentando la proporción de oportunistas a quienes sólo puede compensar vender en semejantes condiciones: lo que aumenta las sospechas y retrae todavía más a los compradores. Se trata de un círculo vicioso (5).

6. En segundo lugar el estrechamiento del mercado inmobiliario tiene directa repercusión en el **mercado de capitales**, sometido, por lo demás, a una **dinámica semejante.**

Los Bancos saben que unos prestatarios tienen más posibilidades de cumplir que otros, pero difícilmente pueden saber quiénes son. Ahora bien, a medida que aumenta la desconfianza del Banco respecto al riesgo que asume como consecuencia de su desinformación respecto a la solvencia de los deudores y la bondad de las garantías que ofertan, tentará de subir los tipos de interés.

Pero si lo hace es muy probable que sus rendimientos disminuyan: a tipos elevados de interés aumenta la proporción de aventureros, entre otras cosas porque los prestatarios se ven estimulados a asumir mayores riesgos y, a la inversa, a medida que sube el interés, los prestatarios mejores, los cumplidores o menos arriesgados, tienden a abandonar el mercado.

En consecuencia, es más que probable que finalmente el Banco opte, para hacer frente a la situación, más que por subir el interés, por **racionar el crédito** para defenderse de los oportunistas, con lo que acaban pagando justos por pecadores.

7. En conclusión, sólo una mejor y mayor **información** sobre la capacidad de cumplir de los deudores puede **combatir eficazmente las causas**

(5) STIGLITZ, cit. p. 545-547 Frente a una curva de oferta de pendiente positiva, existe una curva de demanda que a partir de cierto punto se vuelve hacia atrás; puede tener tanto pendiente positiva como negativa. Los compradores saben que la calidad es peor cuando los precios son más bajos y, por lo tanto, deciden comprar menos cuando el precio baja: selección adversa. La demanda depende no sólo del precio, sino también de la calidad: si la **calidad se deteriora** a medida que **baja el precio**, la **cantidad demandada disminuye** porque de hecho los consumidores reciben menos por su dinero.

que explican el racionamiento del crédito. Pocas dudas caben ahora sobre la importancia económica del conocimiento fiable del patrimonio inmobiliario de los consumidores de crédito.

Sólo una información exacta sobre su solvencia, y por tanto de la solidez de su patrimonio inmobiliario, permite tratar a cada uno como merece: se cobrarán tipos de interés más alto a aquellos deudores que presentan más posibilidades de incumplimiento al tiempo que todos los solicitantes, dispuestos a pagar el tipo adecuado, obtendrán finalmente su crédito (6).

Se comprende también fácilmente la importancia de aquellos instrumentos jurídicos que al garantizar la solvencia del deudor contribuyen a **moderar el coste de capital y el racionamiento del crédito:** entre otras las ganancias reales inmobiliarias.

El mercado del crédito precisa de mecanismos que garanticen la reducción de la incertidumbre que existe sobre la devolución del capital adelantado: válvulas de escape que, eliminando la variable tiempo, permiten operar con el valor futuro como si de uno presente se tratase.

1. Se trata ahora de confrontar ambos modelos, generados en vista a explicar los defectos de mercados específicos que funcionan con información escasa, con la realidad, para decidir el peso que acaso pudiese reconocerles en el intento de justificar la implantación del sistema, de base registral, de seguridad del tráfico inmobiliario, que se produjo en el siglo pasado.

En este punto sería especialmente instructiva la comparación de la dinámica de los mercados estrechos tal como se definen hoy por la moderna analítica con las dificultades que arrastraba el intercambio y el crédito hipotecario a que se enfrentaron los reformadores del siglo XIX.

La mejor manera de afrontar el problema podría ser, como paso previo, **investigar las concretas razones** que los **legisladores alegaron** para una intervención de la propiedad de la envergadura que se produjo: sólo así podrá comprobarse hasta qué punto el uso de aquellos modelos explicativos permite comprender mejor los objetivos perseguidos por la reforma hipote-

(6) Sobre la selección adversa en el mercado de capitales y el racionamiento del crédito, STIGLITZ, cit. p. 604-606. La **oferta de fondos** depende del **rendimiento esperado**. Si éste disminuye cuando sube el interés, la oferta se vuelve hacia atrás. Aunque la demanda de fondos sea superior a la oferta al tipo de interés vigente, el prestamista no lo sube ya que reduce sus rendimientos esperados. En condiciones de equilibrio puede así existir un exceso de demanda de crédito (!). En fin, para la selección adversa en el mercado de seguro, una variante del juego de la *moral hazard*: *Ibidem*, p. 176-177 y SAMUELSON, cit. p. 247.

caria y, en consecuencia, sólo así tendremos un criterio que nos permitirá evaluar el acierto con el que sus ideólogos la programaron.

2. Dos fueron, *grosso modo*, las razones que entonces se alegaron para justificar el planteamiento de los modernos Registros, la instalación de un sistema de seguridad del tráfico inmobiliario y, en consecuencia, se expusieron como motivos de la promulgación de la Ley hipotecaria:

i) La circulación de la riqueza inmobiliaria favoreciendo la buena fe en las transmisiones, y ii) la lucha contra la usura. Resumidos uno y otro en un propósito central: lograr la **capitalización** del país.

3. Sin embargo antes de descender al análisis pormenorizado de este punto es preciso enfrentarse a una **cuestión previa**: las finalidades confesadas por el legislador han sido puestas en entredicho por un sector de la doctrina que considera la **organización del registro** como una medida coyuntural dictada en **apoyo del proceso desamortizador, concretamente de bienes eclesiásticos** (1).

El conocido más tarde como juego registral de la fe pública sería un sofisticado mecanismo que habría sido importado con la única finalidad de garantizar la irreversibilidad de la adquisición de los bienes desamortizados.

4. Lo cierto, sin embargo, es que si esa hubiese sido la finalidad escondida de la Ley, ciertamente el saldo de la acción del legislador resultaría negativo y la política hipotecaria un rotundo fracaso: el viejo sistema de seguridad inmobiliaria del antiguo régimen, en que el juego sucesivo de inscripciones nunca convalida los títulos, subsistió hasta bien entrada la década de los setenta.

Desde entonces, a partir de la entrada en vigor de la reforma hipotecaria de 1869, fue privado el juego registral de toda eficacia convalidadora respecto a los posibles vicios de los títulos inscritos: el principio de fe pública fue conscientemente desterrado.

(1) FIESTAS, *La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados*, en *AHDE* (1983) p. 333 y s. Conjetura probablemente inspirada en investigaciones históricas de **origen francés**. Vid. DE JUVENEL, *Los orígenes del Estado moderno* (1977) p. 194. Se ha destacado, en esta perspectiva, con acierto la cercanía temporal, casi simultaneidad, entre la culminación de la primera etapa de la desamortización con los inicios del proyecto hipotecario. Al tiempo se ha insistido sobre la necesidad de articular medidas legislativas que permitiesen superar la desconfianza de los nuevos propietarios en cuanto a la firmeza de sus adquisiciones. Este desasosiego que sin duda hacía peligrar la eficacia del proceso tenía sólidas razones para producirse. FIESTAS, *¿Protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados?*, en *RCDI* (1987) p. 92 y ss.: las advertencias de la jerarquía eclesiástica

Hay, por lo tanto, razones para dudar del acierto de esta opinión que puede ser calificada de reduccionista a la hora de valorar los motivos de la Ley hipotecaria de 1861 (2).

Importancia decisiva en contra de esta concepción tiene también el argumento, sustentado en la experiencia política, de que las reversiones de bienes a antiguos propietarios, en virtud de anulación de algunas leyes desamortizadoras, siempre se imponen en virtud de su fuerza política y sólo remiten, como mucho, al Derecho privado el alcance obligacional de las indemnizaciones procedentes. La reversión es un efecto legal que se impone por encima de cualquier consideración jurídica de Derecho privado (3).

5. Lo prudente, a la vista del estado de cosas que hemos expuesto, sigue siendo aceptar los motivos declarados en que el legislador ampara su propósito. La Ley hipotecaria es ciertamente una medida que participa en la constitución de una nueva sociedad a la que es indispensable el proyecto desamortizador, pero aquélla no sirve a éste de manera directa e inmediata.

El Registro no sirve para apuntalar la eficacia de la desamortización en sí misma, sino del efecto que ésta desata y al que declara servir: la circulación de la riqueza inmobiliaria. Además el servicio de un muy concreto proyecto ideológico.

6. La implantación del sistema capitalista encuentra firme oposición en el campo donde es vital que triunfe como fuente principal de la riqueza de un país según el pensamiento de la época. Es así que la legislación hipotecaria será una entre otras de un **proyecto típicamente liberal**, pero que además, y es lo más importante a mi modo de ver, arrastra resabios de claro **corte fisiocrático**: la denominada capitalización de la agricultura. El

(2) Esta ley no funda una nueva propiedad y no sólo respeta los derechos nacidos antes de su entrada en vigor, sino incluso todas las acciones resolutorias o de nulidad que procediesen con arreglo al derecho derogado: incluso, debido a sucesivas prórrogas, durante un sorprendente plazo de tiempo. Además la doctrina y la jurisprudencia admiten y la reforma de 1869 confirma que asiento posterior pueda ser invalidado en virtud de cualquiera otro anterior y anterior válido considera, a todos los efectos el nuevo reglamento, al extendido en las viejas contadurías. En ellas constarían asentados obligatoriamente mayorazgos, pero también las disposiciones a favor de los institutos eclesiásticos. Vid. CLAVERO, *Mayorazgo Propiedad feudal en Castilla. 1369-1836* (1974) p. 372.

(3) Vid. el texto de la real cédula de 11-3-1824 que declara la nulidad de la legislación desvinculadora en CLAVERO, cit. p. 292. Vid. cómo razona respecto a la ley de disvinculación de 1820 PACHECO: «... no es una ley regular, es un hecho de revolución. La legitimidad de lo que decreta el poder de hecho no puede ser contestada por los mismos argumentos con que se contestaría en tiempos comunes...», en CLAVERO, cit. p. 383. *Ibidem*, p. 380 para la distinción, bien clara entonces, entre medidas políticas y de Derecho privado

legislador hipotecario tiene en mente a la propiedad agrícola descapitalizada e intenta levantarla de su tradicional postración (4).

La promulgación de la nueva ley es la última de tres necesarias medidas a un proyecto consecuentemente fisiocrático. Se ha cumplido la reforma fiscal como mejor se ha podido buscando sustituir la vieja y paralizante imposición indirecta por la nueva capitalización personal (reforma de A. Mon). Definitivamente se ha instalado la libertad de comercio con la promulgación del Código de Sainz de Andino. Según los dictados de escuela faltaba además asentar en sólidas bases la propiedad para proporcionar la seguridad necesaria al nuevo proceso económico que se trata de promover y, en consecuencia, promocionar el uso agrícola del capital frente al industrial (5).

Pero la agricultura sólo disputará los capitales a las otras ramas de la economía si se encuentra el instrumento que consiga ofrecer a los inversionistas las necesarias garantías a fin de poner en movimiento sus capitales (6).

7. El legislador se puso a la tarea con concienzuda dedicación y diseño para aquellos fines la institución del nuevo Registro. La propiedad que fundamenta la constitución del nuevo Estado no es cualquier propiedad y su identidad sólo es susceptible de conocerse atendiendo a las medidas correctoras, de formulación legislativa, con que el parlamento liberal intenta rescatar su «verdadera» función y naturaleza.

Frente al propietario meramente rentista, el **nuevo Derecho civil decimonónico protege al inversionista que con su capital pone en marcha la producción** (7).

(4) «El gobierno nada tiene que hacer como fomento positivo, pero nunca hará demasiado para quitar las trabas y reparar los obstáculos puestos a las buenas raíces...»: palabras de M. M. Cambronerio en *Ibidem*, p. 374. Todavía en 1821 RICARDO, *Principios de Economía Política y Tributación* (1959) p. 28 estimaba que la evolución del tipo general de beneficio prevaleciente en el sistema económico depende del tipo de beneficio que se forma en la agricultura. Contra esta idea tiene que luchar todavía, y de qué abstrusa manera, MARX, *El Capital* 3 (1972) p. 725 y ss.

(5) Son las máximas 5, 13, 4 y 9 para un gobierno económico de un reino agrícola de F. QUESNAY, *Textes annotés* 2, en SALLERON, ed. (1958). Concretamente en la **cuarta** afirma literalmente que «la seguridad de la propiedad es el fundamento esencial del orden económico de la sociedad». La principal de las artes es la agricultura como dicen expresamente las exposiciones de motivos de la Ley de 1861 y del proyecto de reforma de 1869. Cfr. COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España* 1.1 (Madrid 1975).

(6) Para entender la desamortización en el proyecto fisiocrático vid. el ya clásico TOMÁS Y VALIENTE, *Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora*, en RCDI (1969) 887 n. 46. La propiedad, junto con la libertad, son los pilares en que se apoya el estado liberal de Derecho. Una y otra no deben ser entendidas, tal como hoy ocurre, como valores o conceptos abstractos, sino como realidades de precisos contornos que se tratan de proteger y estimular.

(7) El impulso decisivo para la implantación del sistema hipotecario no proce-

La plasmación legislativa de estas medidas se produce en un ámbito doble: i) mediante la «depuración» del dominio, que elimina sorpresas indeseables, y la regulación de la nueva hipoteca si el capital que se trata de invertir es ajeno; ii) mediante la garantía de la estabilidad de la propiedad ya adquirida cuando el inversionista lo es de capital propio (8).

1. Para el reformador hipotecario del siglo XIX el **ordenamiento jurídico de las garantías es presupuesto** indispensable de la **valorización del capital** (1). El dinero es una mercancía y su valor de uso es el cambio, pero no hay cambio de dinero si falta la oportuna garantía.

derá, como veremos, del Ministerio de Justicia sino de Hacienda y se relaciona con la creación de **bancos de crédito territorial**, concretamente el Banco territorial central. Vid. OLIVER, *Derecho...*, cit. p. 696. Esta ligazón no se pierde. Para el proyecto de crédito agrícola (introduce garantías sobre frutos) y Montero Ríos vid. las observaciones del ponente Sr. Lavin en la discusión parlamentaria de la ley de reforma de 1909 en COLEGIO, 12 cit. p. 382. Es curioso que, como pasa en otros países, estos bancos no harán negocio en el campo sino en la ciudad. Vid. PALMADE, *La época de la burguesía* (1978) p. 100. El éxito de nuestro sistema hipotecario residió en que logró ofrecer garantía firme al capital industrial, también el urbano. Las razones por las que el campo fue derrotado frente a la industria en su lucha por el capital no interesan ahora. Lo importante es que en el nuevo Registro se demostró suficiente garantía al inversionista industrial y urbano. La vinculación entre la Ley hipotecaria y las sociedades de crédito está presente ya en la discusión parlamentaria de la primera Ley hipotecaria: vid. COLEGIO, 12 cit. p. 184 y la exposición de motivos en COLEGIO, 11 cit. 289; «... entre capitalistas y propietarios haya instituciones intermedias que emitiendo obligaciones de valor único...»

(8) Es también importante la modificación a que se sometió el régimen jurídico del poseedor de buena fe y el de los arrendamientos. Para el primer caso es indispensable el estudio de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (1852) p. 361 y 381 con su análisis de las innovaciones de los artículos 404 en cuanto a limitación del derecho del propietario a la sola renta y 432 en cuanto a las mejoras. Por lo que se refiere al arrendamiento inscrito, se trata de conferirle estabilidad como un «verdadero derecho real». Vid. la exposición de motivos de la Ley de 1861 en COLEGIO, cit. p. 244.

(1) Como **prueba de la estrategia del reformador hipotecario** que busca la subordinación de la tierra al capital basta, como ejemplo, referirse a la **discusión parlamentaria de la Ley**. Cfr. las palabras del Sr. ALVAREZ en COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes* 1.2 (1975) p. 117: «La gran necesidad de nuestra propiedad inmueble es convertirla en un capital tan seguro como el que existe en el Banco de España (...) millares de ciudadanos que por su posición no pueden dedicarse a las venturas del comercio, emplearán, los ahorros de sus familias... Hoy nadie presta.» Asimismo, con su habitual clarividencia, el entonces Ministro de Justicia Sr. FERNÁNDEZ NEGRETE, en COLEGIO, *Leyes hipotecarias y registrales de España* 1.2 (1989) p. 390 decía: «... yo creo que esta Ley levanta las trabas que hasta ahora ha tenido el desarrollo de nuestra riqueza inmueble, que siendo el Registro, como va a ser, el espejo civil de la propiedad española, todo

El prestamista renuncia temporalmente al uso de su capital. Entre el momento de la entrega y el de su devolución media un tiempo mínimo necesario para que culmine el proceso de producción o consumo que posibilita: capitalización implica movilización (2).

Ahora bien la entrega de dinero que hace el prestamista no se apoya en un simple acto de fe. La seguridad del tráfico inmobiliario es necesaria porque la **propiedad de la tierra** sigue siendo una de las **garantías típicas del prestamista**: para servir al crédito, al comercio del dinero, y en tanto lo sirve la tierra se transforma en una auténtica mercancía y su circulación se protege como tal.

La **seguridad de tráfico en el mercado inmobiliario** no busca ahora una **asignación eficiente** de la propiedad en vista a su mejor disfrute, sino del **capital**; pero no es posible asignar eficientemente el capital sin proteger el **intercambio de la tierra como si de una mercancía** se tratase: paso inevitable si quiere transformarse en asiento firme del capital. No hay garantía inmobiliaria sólida sin la llamada seguridad de tráfico.

2. La seguridad del tráfico inmobiliario es necesaria porque los inmuebles siguen siendo garantía típica del préstamo: no hay valorización del capital sin circulación segura de la tierra (3).

El elevado riesgo que apareja el uso del capital acaba trasladándose a la propiedad, en este caso inmobiliaria y no sólo por razones técnicas: estamos también ante la expresión jurídica de una hegemonía económica y política.

Por consiguiente en el siglo XIX los Estados se deciden a organizar la seguridad del tráfico de inmuebles no en defensa de los intereses de los propietarios, sino del capital. No es posible ya entonces interpretar el dinero partiendo de la propiedad tradicional sino, al contrario, **sólo puede inter-**

capitalista puede prestar con completa confianza de que recogerá su capital y sus intereses...» Para los vaivenes de la tesaurización/destesaurización, CIPOLLA, *Historia Económica de la Europa Preindustrial* (1990) p. 52 y ss.

(2) Vid MANN, *The Legal Aspect of Money* (1982), citado por PAZ-ARES, *Seguridad...*, cit. p. 24 n. 18: The reason for this (adquisición a *non domino* del dinero) is not that the loser cannot know his money again, or in other words that money has not earmark... The true reason of this rule is that by the use of money the interchange of all other properties is not readily accomplished the true reason is upon account of the concurrency of it.

(3) GARRIGUES, *Los Contratos Bancarios* (1975) p. 293 «Estos (los bancos) **no suelen conceder crédito sin garantías**. En el estudio de cada operación concreta, el examen y la ponderación de la garantía es tema de preferente atención para el banco... En último término el banco, al que se garantice la devolución de los créditos que concede, está garantizando a sus depositantes la restitución de sus capitales».

pretarse la propiedad desde el dinero (4). Esta opción sigue demostrándose acertada (5).

3. Nunca, hasta ahora, fueron tan grandes las necesidades de **capital** y, por lo tanto, nunca fue **tan escaso y caro**. En consecuencia nunca asimismo tuvo tanta importancia la cuestión de la eficiencia del ordenamiento de las garantías inmobiliarias.

Nuestra sociedad ha apostado decididamente por la técnica, lo que supone enormes inversiones y el correlativo ascenso del trabajador de conocimiento, sujeto a formación permanente (6). Ni una ni otra serían posibles si no existiese un capital capaz de asumir los mayores riesgos que, comparativamente, su financiación supone (7).

(4) Cfr. la insistencia de LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1983), p. 119-142, en que «no se puede interpretar el dinero y los demás bienes partiendo de la propiedad, sino que sólo se puede interpretar la propiedad partiendo del dinero».

(5) El éxito de la reforma hipotecaria es muy probablemente debido a la resolución de los **políticos residenciados en el Ministerio de Hacienda** que ante la oposición a la Ley hipotecaria y las dudas de Justicia decide abrir un frente propio a fin de posibilitar la implantación de Bancos de Crédito Territorial: Decreto-Ley de 5-2-1869 en que reconoce la libertad de establecimiento de bancos territoriales y reforma determinados artículos de la Ley hipotecaria: cfr. artículos 11 (principio de Fe pública) y 13 (limitación período transitorio de la reforma hipotecaria, todavía no acabado). Justicia reaccionó promulgando una reforma (21-12-1869) de corte muy moderado que abandonó muchos de los logros técnicos de la Ley de 1861 pero que consiguió recuperar el espíritu de la reforma de la propiedad territorial que entonces parecía estar a punto de abandonarse. Las soluciones técnicas acogidas en Justicia, costosas y lentas (frente a la Fe pública adoptó el sistema de «purga» con arreglo a la Ley de Bases de 23-7-1868) no agradaron en Hacienda que, por razones que no son del caso probablemente relacionadas con la quiebra financiera del Estado, mantuvo el régimen de Fe pública del Decreto de febrero de 1869 para el Banco Hipotecario, que se crea más tarde, reforzando además su posición acreedora con nuevas medidas (procedimiento especial de ejecución). Cfr., para todo ello, PARDO, cit.

(6) BELL, *El Advenimiento de la Sociedad Post-Industrial* (1976) p. 147 y ss.: «La sociedad postindustrial se basa en la información (...) lo que cuenta no es la fuerza o energía sino la información...» Sobre la sociedad del conocimiento y el cambio tecnológico *Ibidem*, p. 208 y ss.: «en los últimos años nos hemos acostumbrado a la afirmación de que la cantidad de conocimiento se incrementa según un índice exponencial. «MACHLUP, en su esfuerzo por computar la proporción de PNB dedicada a la producción y distribución de conocimiento, calculó que en 1958 (!) se gastaba en este campo alrededor de un 29 % del PNB existente...». *Ibidem*, p. 249. De común acuerdo, los gastos en investigación y desarrollo (I&D) se han convertido en la medida financiera del crecimiento de la ciencia y la tecnología. Considerando que ambos se han transformado en el recurso central de la sociedad, uno de los puntos decisivos de toda Política es la «financiación de la Educación».

(7) Por lo demás asistimos hoy probablemente a un cambio radical en el papel y función a reservar al capital que impone la subordinación de sus intereses inmediatos al éxito de la gestión empresarial que busca fundamentalmente la **valorización del saber como recurso central**: muerte del viejo capitalismo. Sin capital no hay posibilidad de asumir riesgos y los riesgos se multiplican cuando la «función del capital será cada vez

De hecho, en un contexto internacional de disputa por el capital, la atribución de su uso vendrá mediada de modo decisivo por el coste comparativo de las garantías que cada país puede ofertar. **El coste de la seguridad jurídica es de hecho ya un coste de capital** y tenderá inevitablemente a igualarse.

1. El legislador económico quería acabar con la mala fe en las transacciones y con la usura (1): hechos que descubren la **ausencia de mercado viable para las transacciones inmobiliarias y las hipotecas** en cuanto reflejan una situación de **precio excesivo del dinero** o, lo que es lo mismo, de infravaloración de la tierra.

Entonces ya se intuye, y así se dice expresamente, que la constitución de un dinámico mercado inmobiliario es presupuesto necesario para la viabilidad del negocio financiero a gran escala: objetivo que se entiende indisolublemente unido al de la **modernización** de la sociedad española que, en definitiva, era de lo que se trataba (2).

Detengámonos ahora en estudiar los resultados a que conduce, e inevitablemente condujo, el consecuente desarrollo de estas ideas.

más hacer que el saber sea eficaz en producir resultados: cada vez más estará al servicio de la dirección en lugar de dominarla». «Ya no es posible conseguir grandes beneficios fabricando o trasladando cosas, incluso ya no es posible hacer grandes beneficios mediante el control del dinero»: incluso los Bancos comerciales se ganan la vida de forma creciente no negociando con dinero sino recibiendo honorarios a cambio de información. Cfr. DRUCKER, *La Sociedad Postcapitalista* (1993) p. 88 y 182: «De hecho cualquier industria tradicional que haya logrado crecer en los últimos cuarenta años lo ha hecho porque se reestructuró en torno al saber y a la información».

(1) «Pocas reformas en el **orden civil y económico** (decía el Ministro en la exposición dirigida a S.M. la Reina que precede al Decreto de 8-8-1855 que ordenaba la redacción de la Ley hipotecaria) son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión porque ni garantizan suficientemente la propiedad ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza **ni moderan el interés del dinero** ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales». OLIVER, cit. p. 16-17

(2) «Los trabajos que se han practicado en otras naciones poniendo fuera de disputa la conveniencia de la publicidad... vienen hoy a constituir una prenda de acierto y señalan el camino que la experiencia ha acreditado como el **mejor para facilitar la libre contratación**, impedir los fraudes y **realzar en su consecuencia el valor de la propiedad inmueble (!)** y de todos los derechos reales que la puedan interesar» Son palabras de la exposición de motivos del Proyecto de Reforma de 11-2-1858 en OLIVER, cit. p. 316.

2. Aunque la oferta inmobiliaria se encuentra diseminada entre un gran número de proveedores, no se consigue el precio competitivo por varias razones.

Poca duda cabe que, al ser ocultas la mayor parte de las cargas inmobiliarias, el riesgo de la adquisición inmobiliaria se dispara: los costes de información para reconocer la calidad del producto ofertado son anormalmente altos, por lo que el cliente comparará sólo precios. De este modo los productos malos acaban desplazando a los buenos, por lo que se imponen los peores (3).

La probabilidad de este resultado se multiplica debido a las enormes ganancias que remuneran, y en consecuencia incentivan, el comportamiento no cooperativo (estelionato): suerte atractiva al jugador de ventaja por cuanto la rebaja de la calidad de los productos le permite promedios de precios anormalmente bajos y así mantener, e incluso aumentar, sus ventas.

3. Los potenciales clientes pueden arriesgarse a adquirir en estas condiciones inmuebles sólo a cambio de que se les reconozcan mayores márgenes de ganancias, prima debida por razón de los superiores riesgos que corren, por lo que acaban por competir sólo los ofertantes de bienes de peor calidad: dinámica adversa propia del mercado usurario (4).

En estas condiciones los mejores no concurren. El resultado acaba siendo la sanción colectiva: la contracción del negocio como consecuencia del descrédito general que acaba tirando precios y avocando a todos a la ruina.

(3) Vid. la Exposición de Motivos del Proyecto de Cárdenas de 1857: «El remedio de tan graves males está en la reforma de la legislación hipotecaria, condición preliminar indispensable para la adopción de otras providencias encaminadas a facilitar y proteger el crédito territorial. Es menester dar **publicidad** a todos los derechos reales que, permaneciendo ocultos como hoy, son un peligro constante y una dificultad casi insuperable para la seguridad del dominio y de los demás derechos que de él se desprenden. Es menester que la Ley declare de modo absoluto y terminante que no se tendrá por constituido, modificado ni extinguido ningún derecho sobre cosa inmueble sino mediante su inscripción en el Registro Público y desde la fecha de ella». OLIVER, cit. p. 307-308. El pensamiento de los reformadores lo explicaba, con ocasión de la discusión parlamentaria de un punto por lo demás tan interesante, el Ministro de Justicia FERNÁNDEZ NEGRETE. «El artículo 25 dice que el derecho (real) nace desde la inscripción y es la diferencia que hay entre la legislación germánica y la latina. En la latina nacía con el contrato, y como el contrato es oculto (con el nuevo sistema) el derecho nace desde la inscripción; la cuestión de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho, está decidida completamente por los artículos 23, 24 y 25». Vid. COLEGIO 12 (1989), cit. p. 388.

(4) En la Exposición de Motivos del Decreto de 8-8-1855 decía el Ministro de Justicia que «no debe dilatarse (la reforma hipotecaria) lo que requiere urgente remedio (el estado de la propiedad) y que es indispensable para dar certidumbre al dominio y a los derechos en la cosa para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiados». cfr. OLIVER, cit. p. 16.

4. La superación de esta peligrosa secuencia, imposibilitando el acuerdo con los competidores ante elevados costes de transacción por razón de las dificultades que presenta el identificarlos, exige una **intervención externa que modifique las reglas de juego** a fin de garantizar la confianza en la **calidad media de los productos** que el mercado inmobiliario oferta.

Se impone así la adopción de cautelas que respalden la calidad de los bienes ofertados, productos de marca en los que se pueda confiar: esta es exactamente la función de la seguridad del tráfico inmobiliario.

El Estado garantiza frente a todos la fiabilidad de la información que proporcionan los libros oficiales. No se trata simplemente de limitar los *costes de información* con el consiguiente riesgo de pérdida de derechos para sus titulares originales que, en consecuencia, se verían obligados a hacer frente a nuevos gastos: *costes de vigilancia*.

Mejor dicho, se trata de limitar la información en vista a crear una marca de confianza absoluta que **garantice el producto frente a todos** a fin de superar la imparable tendencia del mercado inmobiliario a derivar hacia un mercado incompleto (5).

5. Formulada la cuestión en estos términos, la **seguridad del tráfico inmobiliario** se transforma en un **objetivo común** al conjunto de los **propietarios** en cuya consecución estarán **interesados como sector**.

Este interés compartido (unanimidad hipotética) es garantía de éxito ya que el establecimiento de un sistema de seguridad exige pasar por el posible sacrificio de todos los propietarios en cuanto cualquiera de ellos puede llegar a resultar perjudicado por el juego de la seguridad de tráfico que se decide implantar.

Debe entenderse, hipotetizando sobre el supuesto de racionalidad en la conducta de los miembros del sector, que todos los propietarios, como categoría, estarán dispuestos a afrontar los riesgos de ese resultado en cuanto estarán interesados en superar la situación natural (mercado incompleto) a que por sí solo se ve abocado el mercado inmobiliario: todos pierden con ella (6).

(5) **Frente a la inseguridad absoluta** sólo cabe, si se quiere que el mercado funcione, ofrecer **reputación absoluta**: cfr. sobre este punto KORDHAUSER, *Reliance, Reputation and Breach of Contract*, en *JLE* (1983) p. 702-704. La característica más destacada de la información registral es que goza de una reputación indestructible en cuanto tiene el respaldo del Estado: hasta tal punto es fiable que, aun el caso de no ser exacta, frente a tercero opera como si lo fuese. Decía con su habitual maestría FERNÁNDEZ NEGRETE que «siendo el Registro el espejo de la propiedad, todo capitalista podrá prestar con completa confianza. yo creo que, a proporción que crezca esta confianza, naturalmente disminuirá el interés»: COLEGIO 1.2 (1989), cit p. 390

(6) Sobre unanimidad hipotética y valoración débil como método para la toma de

6. Aceptado este punto, se vuelve necesario concluir, lo que por cierto la Historia concluyó: la **seguridad del tráfico inmobiliario** es un objetivo cuyo logro exige la **implicación activa de todos los interesados**; no sólo la conducta del adquirente influye en la cuantía y posibilidad de los daños, sino también la del posible perjudicado (propietario original). En consecuencia nos encontramos ante un problema de **causación recíproca**.

«Ante un supuesto de posible daño recíproco no puede determinarse *prima facie* quién es el causante y quién el perjudicado»: la búsqueda de un único causante no puede conducir sino a errores.

En todo caso se trata de encontrar fórmulas que maximicen beneficios tanto de las actividades de uno como del otro: el problema es evitar el daño grave mutuo. Al ordenamiento jurídico le toca sancionar aquella norma de actuación de ambas partes que permita alcanzar ese resultado (7).

1. Resuelto este punto, parece necesario detenerse, aunque sea muy brevemente, en el **estudio de la mecánica registral**. En efecto no todos los **sistemas de seguridad inmobiliaria** son iguales, por lo que es preciso entrar a juzgar su **organización y efectos**.

Como veremos, todos se asientan sobre un **mismo presupuesto** (suelo común que no impedirá desarrollos específicos): la condición **exclusiva** del derecho de propiedad, o cualquier otro de naturaleza real, queda diluida hasta tanto no se contrate con el Estado su **publicidad legal** que de este modo se transforma en objeto de una específica función pública (1).

decisiones políticas vid. p. 21. Los propietarios admiten la atenuación (dilución) de los medios de defensa, y en consecuencia de la exclusividad, de la propiedad no inscrita precisamente para aumentar la exclusividad, y en consecuencia el valor, de la inscrita: se produce así una **reformulación del derecho de propiedad sobre inmuebles**. Decía la Exposición de Motivos del Proyecto de 6-6-1857: «.. sólo así (si se inscriben) los **actos y contratos que modifican el estado civil de la propiedad podrán obligar justamente al que no ha intervenido en ellos**; sólo así podrán adquirirse y transmitirse con la seguridad necesaria los derechos reales, que son base y garantía del crédito territorial». Vid. OLIVER, cit. p. 308.

(7) Son palabras de COASE, *El problema del coste social*, en GALLEGO (comp.), *Economía del Medio Ambiente* (1974) p. 99 y ss.: a la hora de configurar los ordenamientos jurídicos y elegir entre ellos no debemos perder de vista nunca las repercusiones que se pueden producir como consecuencia de la decisión adoptada. Se trata de conseguir la combinación de actividades óptima desde el punto de vista del bienestar: en nuestro caso la que realiza el propietario original y la propia del adquirente

(1) La publicidad se transforma en un bien de titularidad pública cuyo uso es administrado por el Estado: este es el presupuesto político de los Registros de la Propiedad. Vid. PARDO, cit. p. 121. El presupuesto jurídico es la atribución de auténtico

No sería posible el planteamiento de los modernos registros si el contenido tradicional de los derechos de naturaleza real no hubiese sufrido una drástica **redefinición**.

De esta forma el derecho que, según el ordenamiento jurídico tradicional, tiene el propietario civil de no ser dañado por tercero, que eventualmente contrate la adquisición del inmueble de quién es *non dominus*, se transforma en la obligación de soportar ese daño en caso de no haber hecho pública su titularidad en los Libros oficiales (2).

Se produce así una reasignación de los *property right* inmobiliarios justificada por razón de los prohibitivos costes de transacción que el mantenimiento del derecho tradicional generaría (2 bis).

carácter real sólo al derecho que se publica oficialmente: el efecto adquisitivo se sustrae a la dinámica contractual, no es disponible por las partes. La exclusividad del derecho se liga a la publicidad (acto externo al contrato) que se entiende como paso necesario y fundamento insustituible de un mercado auténticamente operativo.

(2) El monopolio de la organización y venta de la publicidad tiene una evidente razón de ser. Estaríamos ante el llamado *monopolio natural*: cuando mayores sean los gastos de la empresa para empezar a producir, mayor será la escala de producción en que se minimicen los costes medios. Vid. SAMUELSON, cit. p. 200-202. El producto registral exige, para tener la calidad requerida por la sociedad, que cada **empresario** dispusiese de un Archivo semejante al que hoy almacenan las Oficinas registrales: evidentemente su reproducción, conservación y actualización por cada uno de los competidores obligaría a un gasto despilfarrador. El tamaño de la planta, eficiente de la «empresa registral» de hecho debe ser cada vez mayor, por lo que resultaría antieconómico la coexistencia competitiva pacífica de muchos competidores perfectos, debido a que una gran empresa es mucho más eficiente que las pequeñas. Por lo demás la ineficiencia del monopolio es evitable: siempre cabe la *regulación* controlando precios y producción vid. SAMUELSON, cit. p. 233. Por otra parte, en los sistemas que la publicidad registral que tiene eficacia convalidante y asegura al último adquirente no sólo contra derecho no inscrito sino incluso contra los contradictorios inscritos (derechos en consecuencia perfectos por estar registrados), la titularidad pública de la función de publicidad se justifica porque sólo la **intermediación estatal puede amparar un efecto expropiatorio**.

(2 bis) La vuelta al sistema romano de adquisición exigiría la constitución de un mercado de la información jurídica, cada partícipe podría así contratar los riesgos de la incertidumbre sobre la identidad de los verdaderos titulares de derechos en la cosa que pretende comprar. El «inventor», descubridor del verdadero estado jurídico de la propiedad interesada, sería una pieza esencial para el funcionamiento del sistema. Pero cfr. para las dificultades de constitución de una verdadera propiedad de la información, susceptible de negociación, con la calidad y abundancia que exigiría la Economía, ARROW, *Bienestar...*, cit. p. 137 y ss., y la réplica de DEMSETZ, *Información y eficiencia: otro punto de vista*, en LAMBERTON, cit., p. 154 y ss. Resume el estado de la cuestión SALVADOR CODERCH, *El Derecho de la Libertad* (1933) p. 136-138: «la información... es costosa de producir, pero aún más de controlar su difusión... no hay rivalidad en el consumo de información porque resulta muy difícil impedir su difusión ulterior tras su primera **venta**; de ahí la tendencia a la infrainversión y al sobreconsumo que caracteriza a los bienes públicos y la consiguiente necesidad de subvencionar la producción de información **pública** mediante el sistema impositivo... Quien genera y difunde

2. El sentido de esta intervención estatal es fácilmente comprensible (3). Se trata de facilitar el intercambio reduciendo los costes de información del que pretende adquirir sobre la titularidad y cargas que graven los recursos apetecidos: no cabe por hipótesis contratar derecho alguno con titulares cuya identidad es desconocida (4).

El gasto de publicidad a que se ve abocado el propietario civil cabe así calificarlo como un coste típico de conservación de los derechos en cuanto impide que la titularidad publicada sea desconocida en el mercado y que, en consecuencia, su adquisición o extinción sea posible sin contar con la voluntad de su titular original (5).

3. Este paso es presupuesto decisivo de un sistema de seguridad del tráfico inmobiliario pero no definitivo: **entre varios sistemas de seguridad será más eficiente el que con iguales o semejantes costes de vigilancia, reduce en mayor medida los costes de información.** Para unos *costes de vigilancia constantes*, sería óptimo el sistema que consiguiese reducir a cero los de información.

la información pública no está en condiciones de hacerse con los beneficios de la inversión que ha llevado a cabo ...»

(3) La información jurídica no tiene por qué conseguirse únicamente a través del ente público que monopoliza la publicidad oficial: al fin y al cabo la publicidad tiene por finalidad la información y en consecuencia no se necesita cuando por la razón que sea el tercero interesado hubiese adquirido el conocimiento por otro conducto. Vid. PAZ-ARES, *Seguridad...*, cit. p. 27. Sólo resta destacar que la publicidad no registral puede ser tan informativa como la oficial, pero nunca fundamento del efecto convalidante (expropiatorio) del Registro en el caso de estar equivocada: el juego de la llamada fe pública precisa de la *potestas* estatal.

(4) El obstáculo, que el riesgo del daño de evicción, supone para la circulación inmobiliaria no puede ser sorteado mediante el recurso a responsabilizar a la **parte que pueda contratar a menor coste** con el tercero perjudicado por la transmisión. Hay dos razones: no es posible en muchos casos identificar al verdadero titular (carga oculta) y por lo tanto es difícil calcular el coste del eventual daño. Vid., sobre *the best bidder*, CABRESI, cit. p. 161 y ss. Es así **muy difícil la repercusión de los costes de los riesgos asumidos en los precios (precio total)**, modelo de LANDERS-POSNER, *The Economic Structure of Tort Law* (1987), lo que impide controlar a un nivel adecuado la intensidad de la actividad productora del daño. Para el recurso al seguro cfr. nota 9.

(5) La sujeción del adquirente a la carga de inscribir para publicar su derecho, abonar una cantidad por ello y pasar por el control de legalidad de su título son todas ellas fórmulas para evitar el daño que generaría (el accidente de) la evicción. En la terminología de CALABRESSI, cit. p. 44-46: son costes primarios los que tienen por objetivo reducir el número y la gravedad de los accidentes restringiendo (condicionando) la actividad productora del daño. Dos son los métodos de prevención: prohibir o restringir actos específicos o actividades que se entienden son su causa (método de prevención específica: cfr. especialmente *Ibidem*, p. 126-127) o encarar esas actividades haciéndolas así menos atractivas cuanto mayores sean los daños que generan (método de prevención general). Sobre el *best cost avoidance* como criterio de imputación de responsabilidad por el daño en una estrategia de prevención general. cfr. *Ibidem*, cit. p. 153 y ss. Sobre prevención general, nota 4.

La mera publicidad no garantiza la veracidad de sus contenidos, por lo que ciertamente, por sí misma, reduce los *costes de información* de forma significativa pero todavía poco importante. Por dos razones:

Primero: El que pretende adquirir ha de asegurarse por su cuenta sobre cuál de los derechos publicados existe y sobre quién es efectivamente su titular. Ha de examinar todos los títulos de propiedad publicados que puedan afectar al derecho que se pretende adquirir.

Segundo: Esta investigación debe repetirse con cada nueva adquisición. La información ya lograda por razón de una primera transmisión no sirve de apoyo a la siguiente que pueda eventualmente producirse.

4. Esto sólo se consigue en los **sistemas que impiden la coexistencia de publicidades contradictorias** o incompatibles. La publicidad que proporcionan será selectiva, tendencialmente exacta y reducirá de modo sustancial los *costes de información*. De esta forma se consigue que cada finca tenga su propietario, cada derecho su titular y que unos y otros, como necesarios precedentes, sean firme apoyo de los posibles consiguientes (6).

La información de este caso no sólo será limitada, sino también veraz y su carácter **oficial** le permitirá operar con especial fortaleza en el mercado.

5. Si la información, por la razón que sea, se demuestra luego equivocada, el **amparo estatal** permitirá **mantener la firmeza del negocio concluido** y no transformará al adquirente en un mero acreedor a la oportuna indemnización. La solidez que este efecto procura a la garantía inmobiliaria es seguro estímulo a la circulación del capital.

Ciertamente el **titular anterior** resultará despojado: **protegido antes** por una *norma de propiedad*, **pasará a serlo** sólo por una *norma de responsabilidad* (7).

Este indeseable efecto debe ser evitado, en la medida de lo posible, imponiendo **controles que garanticen la legalidad** de los derechos que soliciten acogerse a la publicidad oficial.

La naturaleza y alcance de los controles es decisión de cada Estado, así como la organización del oportuno fondo de responsabilidad que garantice

(6) Este es el efecto que garantizan los principios de especialidad y cierre que permiten fundar un verdadero Registro de Tráfico. Vid PARDÓ, cit. p. 115.

(7) Sobre esta distinción de CALABRESSI-MALAMED vid. la referencia de PAZ-ARES, *La Economía...*, cit. p. 683: el *entitlement* es susceptible de protección a tenor de una regla de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad. En el primer caso, el que quiera el derecho debe comprárselo a su titular; en el segundo, puede forzar la adquisición abonando su valor; en el tercero, la transmisión es siempre imposible. indisponibilidad

a los propietarios una justa indemnización por los daños producidos en razón del anormal funcionamiento del servicio (8).

6. En resumen, para terminar, la incertidumbre sobre la titularidad de los recursos genera riesgos a cargo del que pretende su adquisición y, en consecuencia, el consiguiente gasto de prevención si quiere protegerse contra los eventuales daños que resultarían de una elección equivocada.

Los mecanismos de seguridad del tráfico de base registral se apoyan todos en un mismo **presupuesto** que permite su clasificación en un único **género común: el reconocimiento legal de naturaleza real a los derechos inmobiliarios se subordina a su publicidad oficial**. Así se reduce de modo drástico el círculo de posibles competidores: sólo los titulares inscritos podrán disputar al que adquiere el derecho que pretende.

La **diferencia específica** entre los distintos sistemas viene dada por el alcance de la publicidad oficial contratada que la inscripción produce:

i) La publicidad puede organizarse de modo que su **uso sea solidario** entre los competidores. Todos los que rivalizan en la atribución del derecho tienen garantizado el acceso registral de su pretensión. **La publicidad de uno no impide u obstaculiza la de los demás: como tal es indivisible**.

El acceso al Registro debe ser reconocido a todos los competidores que de este modo, como no hay derecho real sin publicidad, compran el derecho a no ser dañados por los demás. Ahora bien **el derecho a no ser dañados no equivale al derecho a dañar**: puede ser ya ciertamente propietario exclusivo porque haya comprado de verdadero dueño, pero eso el asiento registral no se lo garantiza en absoluto todavía.

La atribución definitivamente segura del recurso exige un nuevo contrato: el pretendiente deberá negociar la atribución exclusiva del derecho con todos los posibles contrincantes que ahora puede identificar con facilidad a través de los datos que le proporciona la oficina registral (9).

(8) Los llamados por CALABRESSI, cit. p. 83 y ss. costes secundarios hacen referencia a los costes sociales derivados del accidente **una vez éste se ha producido**. El método más usado para hacer frente al daño, ya producido, es el llamado fraccionamiento de la pérdida (comúnmente un seguro también el seguro social) y el *deep pocket* (buena bolsa)

(9) Una vez identificados todos los posibles pretendientes del derecho que se quiere adquirir es posible la contratación con ellos de la exclusividad del derecho. Este era el objetivo del viejo sistema de purga. Vid PARDO, cit. p. 125. Método típico de mercado para evitar los daños o de prevención general: alternativa costosa y lenta de patrocinio francés al sistema de fe pública registral. Otra posibilidad de mercado es contratar el riesgo del daño con un profesional o una compañía de seguros. En este caso el tercero carece de la garantía absoluta de la adquisición. Ciertamente aquí también juega su papel un juicio (implícito) sobre la importancia (nivel aconsejable) de las

ii) Pero la **publicidad** puede organizarse de otra manera constituyéndose en **objeto de propiedad en exclusiva** como cualquier otro recurso. El que inscribe contrata la exclusividad de la publicidad del derecho de modo que quede obstaculizada la publicidad del derecho de las mismas características por otro posible competidor (10).

Ahora bien, como no hay derecho inmobiliario posible sin publicidad, de hecho al contratar la publicidad se contrata la exclusividad del derecho. **Cualquier posible competidor queda eliminado** en cuanto por hipótesis su derecho tiene vedado el acceso registral.

CELESTINO PARDO NÚÑEZ
Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

actividades de vendedor y comprador. Para los defectos del seguro, con especial mención al problema de la *moral hazard*, CALABRESSI, cit. p. 70 y ss.

(10) El sistema español, al intermediar el control forzoso de legalidad, consigue multiplicar la improbabilidad del daño. Deben coincidir dos sucesos independientes al mismo tiempo (condiciones) para que se produzca el accidente: (a) compra de no titular o del que no puede vender según el Registro, y además (b) error del Registrador. La minoración del riesgo de daño, que así se consigue, lo ilustran dos teoremas clásicos de teoría matemática de las probabilidades compuestas: 1) la **probabilidad de un suceso, que resulta de la realización simultánea de dos o más sucesos independientes entre sí, es igual al producto de las probabilidades de cada uno de los sucesos elementales**; 11) la probabilidad de un suceso, que resulta de la realización sucesiva, en determinado orden, de varios sucesos condicionados unos a otros, es igual al producto de las probabilidades que tienen cada uno de dichos sucesos cuando se han realizado los anteriores. Vid. ALEKSANDROW y otros, *La Matemática su contenido, método y significado* 2 (1973) p. 273 y ss.

Régimen de acuerdos en la Propiedad Horizontal

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. ACUERDOS QUE PRECISAN UNANIMIDAD: 1. APROBACIÓN O MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO O DE LOS ESTATUTOS. 2. LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN. 3. PROINDIVISIÓN DE PISO O LOCAL. 4. OBRAS DEL PROPIETARIO EN SU PISO. 5. DIVISIÓN O AGREGACIÓN DE PISOS O LOCALES. 6. ALTERACIÓN DE LA ESTRUCTURA. 7. CONVERSIÓN DE ELEMENTO PRIVATIVO EN COMÚN Y VICEVERSA. 8. RECONSTRUCCIÓN DE EDIFICIO DESTRUIDO. 9. CONVERSIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN ORDINARIA Y SUPUESTO CONTRARIO.—II. ACUERDOS EN LOS QUE ES SUFICIENTE LA MAYORÍA: 1. NUEVAS INSTALACIONES, SERVICIOS O MEJORAS. 2. ARTÍCULO 13 DE LA LEY: FACULTADES DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS: 1.º *Nombramiento y remoción de cargos. Resolución de reclamaciones de los propietarios.* 2.º *Aprobación de gastos e ingresos y cuentas.* 3.º *Aprobación de horas extraordinarias y de mejora.* 4.º *Normas de régimen interior.* 5.º *Asuntos de interés general.* a) Recibir comunicación sobre obras. b) Ejercicio de las acciones del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal. c) Instar al cumplimiento de las obligaciones que corresponden al propietario. d) Juzgar sobre la personalidad de los asistentes a la Junta. e) Examen de citaciones para la Junta. f) Velar para que se reflejen en el libro de actas los acuerdos de la Junta.—III. ACUERDOS ESPECIALES: 1. SERVIDUMBRES IMPRESCINDIBLES PARA LA CREACIÓN DE SERVICIOS COMUNES DE INTERÉS GENERAL. 2. SUBSISTENCIA DE DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO. 3. PROTECCIÓN A MINUSVÁLIDOS.—CONCLUSIÓN Y PREVISIONES DE FORMA.

Dentro de la amplia problemática que presenta la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (1), apenas sin propios anteceden-

(1) Abundante bibliografía sobre la Propiedad Horizontal puede verse en el estudio de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1985, tomo V, vol 2.º, arts. 392-429, págs. 123 y sigs.

Posteriormente en MUÑOZ GONZÁLEZ, *Protección judicial de la Propiedad Horizontal*, Madrid, 1988, y en PONS DEL ARCO, *Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*, Granada, 1992.

tes (2) y permaneciendo casi intacta desde esa fecha (3), hay que destacar el régimen de acuerdos que de forma tan escueta señala el artículo 16 de la Ley:

«Primera. La unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos».

En este último con importantes referencias a la jurisprudencia. Así como también en LOSCERTALES FUERTES, *Propiedad Horizontal. Diez años de jurisprudencia*, Madrid, 1989, y en *Legislación civil vigente*, vol. VII, «Derechos reales» (I), Editorial Lex Nova, Valladolid, 1990.

(2) Como antecedentes de la Ley cabe reseñar el primitivo artículo 396 del Código Civil que, ciertamente, era sorprendente por la concreción y especialidad de sus reglas sobre los gastos de la comunidad, siendo la primera la voluntad de los titulares: «Cuando los diferentes pisos o locales de una casa pertenezcan a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deban contribuir a las obras necesarias y no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas siguientes:

1.^a Las paredes, maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común estarán a cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso.

2.^a Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía, comunes a todos, se costearán a prorrata por todos los propietarios.

3.^a La escalera que desde el portal conduce al primero se costeará a prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero; y así sucesivamente.

Con independencia de esta norma, el antecedente propio del régimen aparece con la Ley de 26 de octubre de 1939, que da nueva y extensa redacción al artículo 396 del Código Civil (vid. *El Código Civil y sus reformas*, de LAGUNA DOMÍNGUEZ, Madrid, 1984, pág. 220). Hace una primera determinación de los elementos comunes y fijación de los gastos generales, salvo pacto, a pagar a prorrata, según el valor de la parte privativa: criterio también de aplicación para la adopción de los acuerdos por mayoría. Admitiéndose asimismo derecho de adquisición preferente para los propietarios en caso de enajenación de un piso. Con modificación de las reglas hipotecarias: el artículo 8.3.º de la Ley Hipotecaria de 1861 y agregación de un párrafo, el 11, al artículo 107.

En todo caso, hay que tener en cuenta la influencia del Código Civil francés para la redacción de nuestro primitivo artículo 396 del Código Civil: primero en el Proyecto de 1851 (art. 521) y también en la Ley Hipotecaria de 1861 (art. 8.3.º).

En relación con los aspectos históricos, se cita ya al Derecho babilónico, en el que se conoce el caso de venta de una porción divisa de una casa. Se vende la planta baja, pero no el piso superior: CUQ.

En Derecho romano textos del *Digesto* se refieren a edificios divididos entre diferentes propietarios: PAPIANUS, D. VIII, 2 3.6; ULPIANO, D. VIII, 4.6; ULPIANO, D. XLIII, 17 3 y 7.

En la Edad Media la propiedad de pisos es bien conocida en ciudades francesas. Grenoble, Orleans. Ciudades italianas: Milán. En Alemania y Suiza.

En la época de la Codificación prohíben la figura Código Civil de Argentina, artículo 2.617, Código Civil alemán, párrafo 1.014; Código suizo, artículo 675.

Reconocen el régimen. Francia, artículo 664 del Código Civil; el Código de Quebec lo reproduce literalmente. Con ligeras variantes siguen al artículo 664 del Código Civil francés: Portugal, artículo 2.235, Código italiano de 1865, artículo 562; artículo 396 del

Segunda. Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Este régimen de acuerdos, basado en la suma de propietarios, conjuntamente con la extensión de su propiedad, es la norma básica por la que se rige esta comunidad especial (4).

Código español, y también en Ecuador, Panamá, Honduras, China, México, Japón, Venezuela, Grecia, Filipinas.

Tras la primera guerra mundial de 1914-1919, con la destrucción de edificaciones y el problema de la vivienda se hace casi general la preocupación de reglamentar la propiedad por pisos, con fuerte corriente legislativa al respecto: Hungría, Ley de 10 de mayo de 1924. Bélgica, Ley de 8 de julio de 1924. Rumanía, Brasil, Suecia. Italia, Ley de 15 de enero de 1934. Francia, Ley de 28 de junio de 1938. Alemania, Ley de 15 de marzo de 1951.

Sobre estos aspectos de tipo histórico vid. fundamentalmente BATLLE VÁZQUEZ, M., *La propiedad de casas por pisos*, Alcoy, 1960, y VENTURA-TRAVERSE, A., *Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, 1960.

(3) La Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, aparte de dar la actual redacción al artículo 396 del Código Civil y prever en el párrafo segundo del artículo 401 la posibilidad de división del edificio de acuerdo con aquel precepto, modifica los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en relación con la inscripción en el Registro de la Propiedad de edificios divididos por pisos, modificando asimismo el número 11 del artículo 107 a los efectos de constitución de hipotecas.

Por el contenido diverso de la Ley de Propiedad Horizontal —los arts. 1 y 2 de modificación del CC y de la LH como normas especiales de la Ley, y el art. 3 y sigs. de regulación propia de la Propiedad Horizontal— considera ALBALADEJO que estamos en presencia de «disposición jurídica incompleta», si bien MARTÍN-GRANIZO señala la unidad sistemática de la regulación y lógica con normas rígidas y flexibles, imperativas y permisivas, y, como queda dicho, con reglas generales y especiales que hacen que aquella se pueda considerar como norma perfecta.

Por lo que se refiere a las últimas y únicas modificaciones de la Ley, hay que citar la Ley de 23 de febrero de 1988 por la que se complementa la regulación de la segunda convocatoria de la Junta de Propietarios (arts. 15.2.º y 16.2.º), garantizándose el cobro de los gastos generales: declaración de la deuda (art. 9.5.ª 3.º) y posibilidad de embargo preventivo (art. 20, párrafo 2).

Ley de 21 de junio de 1990 de protección a minusválidos, con la suficiencia de tres quintos de mayoría para facilitar el acceso y la movilidad de aquéllos (art. 16.1ª, apartado 2.º)

También la Ley de 30 de abril de 1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que en su disposición final 2ª faculta a los Registradores de la Propiedad para intervenir en el libro de actas a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, que antes otorgaba competencia al Juzgado municipal o comarcal o al Notario

(4) Hablamos de naturaleza especial de la llamada Propiedad Horizontal, y ello nos lleva a recordar la diversidad de posiciones que ha adoptado la doctrina al intentar delimitar la naturaleza jurídica de esta propiedad especial y compleja: a) Como derecho *sui generis*. OGAYAR en España. b) Teorías de la comunidad: Comunidad propiamente dicha: BURÓN, M. SCAEVOLA. Comunidad especial. SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, etc. Comunidad *pro diviso*. ROCA SASTRE, JERÓNIMO GONZÁLEZ. c) Teoría de la copropiedad: Copropiedad propiamente dicha. Condominio especial. Copropiedad con indivisión forzosa: AUBRY Y RAU. LAURENT. Copropiedad relativa. Copropiedad forzosa.

De ahí el interés de su consideración y para insertarlo dentro del principio de la autonomía de la voluntad, de aplicación como regla en el campo del Derecho civil, en los derechos de contenido patrimonial (5). En paralelismo con la regulación que de la copropiedad ordinaria hace el Código Civil (6). Y en consonancia con la naturaleza, necesaria o volun-

d) Teorías de la propiedad: Como superposición de propiedades distintas y por separado, junto con una copropiedad: PLANIOL y RIPERT, CAPITANT, ALBALADEJO. Como mera propiedad: JULIOT. Como propiedad especial: BELTRÁN DE HEREDIA, Díez-PICAZO, ALONSO PÉREZ. e) Teoría de la personalidad jurídica. CARNELUTTI f) Teorías de la sociedad: TROPLONG g) Criterio jurisprudencial. Antes de la Ley de 26 de octubre de 1939, antecedente propio de la Ley de Propiedad Horizontal, predominaba el del condominio o de la copropiedad. Posteriormente el del condominio o comunidad especial, y por fin la consideración de la figura como propiedad especial o como institución compleja y especial

Pudiéndose estimar en esta especial propiedad como elemento esencial el privativo: Exposición de Motivos de la Ley, doctrina y jurisprudencia, aunque algún autor manifestara su postura contraria: RODRÍGUEZ CARRETERO.

Sobre estos aspectos generales, en relación con el concepto de la Propiedad Horizontal, naturaleza jurídica, diferencia con otras figuras afines (copropiedad, propiedad superficiaria, comunidades de construcción), etc., vid. más extensamente en MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 128 y sigs.

En cuanto a la definición de esta propiedad especial, cabe aceptar la del propio MARTÍN-GRANIZO: «Propiedad especial que constituida exclusivamente sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, atribuye al titular de cada uno de ellos, además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble».

(5) El principio de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho civil, concretamente en relación con los derechos patrimoniales frente al derecho de familia, se reconoce con carácter general y ya en su base, diríamos, en el título preliminar de nuestro Código: artículo 6.

Sobre el juego del elemento de la voluntariedad en el campo del Derecho civil puede verse BONET RAMÓN, *Introducción al estudio del Derecho civil*, Barcelona, 1958, págs. 252 y sigs., con el repaso que hace especialmente al articulado del Código Civil.

(6) En relación con el significado de las cuotas, vid. especialmente artículo 393 del Código Civil.

Sobre la administración y disfrute de la copropiedad ordinaria (art. 398 CC): «Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.

No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda, incluso nombrar un administrador.

Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a alguno de ellos y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior».

En cuanto a la alteración de las cosas comunes (art. 397): «Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos».

taria, de las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal (7).

Resulta así la diversidad de acuerdos que rigen la vida de la comunidad. Con criterio fundamental de necesidad de la totalidad de los propietarios para las situaciones que afectan a la generalidad y a los elementos esenciales de la propiedad. Siendo suficiente el acuerdo de la mayoría de los titulares para los actos de administración y mejor disfrute. Sin perjuicio de supuestos excepcionales para los que se fija especial participación mayoritaria, sin llegar a la unanimidad por las circunstancias extraordinarias concurrentes, según determinación del legislador.

De conformidad con estos principios y la disposición legal, pasamos a continuación a *enumerar*, y diríamos de modo esquemático, los diversos tipos de acuerdos precisos para el desenvolvimiento de la comunidad: unánimes, mayoritarios y especiales.

Con el convencimiento de las dificultades que la proposición entraña ante la variedad de situaciones que se pueden presentar.

Sin olvidar los obstáculos que ofrece la misma regulación, tan delimitada no obstante su interés.

I. ACUERDOS QUE PRECISAN UNANIMIDAD

Antes de la relación de los acuerdos que precisan de la aceptación de todos los propietarios en cuanto que les afecta en general o por su trascendencia, cabe poner de relieve cerca de los mismos las últimas corrientes de la jurisprudencia que admiten cierta flexibilidad en el cómputo de la unanimidad.

Se consideran *válidos acuerdos adoptados por la casi totalidad de los propietarios* cuando la oposición por una parte mínima de los propietarios carece de causa razonable y sólo persigue obstaculizar el acuerdo.

El fundamento se hace desde la teoría del abuso del derecho (art. 7.2.º CC) y así se cumplimenta el acuerdo que requiere unanimidad, aunque ésta no se dé de modo matemático.

El estudio de estas normas puede verse en MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1985, Tomo V, vol. 2.º, Edersa.

(7) Aunque ciertamente el régimen de acuerdos se encuentra dentro del principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo la concreción del mismo con las exigencias que fija el artículo 16 de la Ley —unanimidad o mayoría—, sin duda es de derecho necesario. Vid MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios al Código civil*, cit., págs. 150-151, en relación con el carácter necesario o voluntario de la normativa que estudiamos.

Se consideran como reglas de Derecho necesario: la prelación de fuentes del artículo 396.4.º del Código Civil; la existencia de partes privativas y comunes; la indivisibilidad de los elementos y servicios comunes; la imposibilidad de enajenar las partes de copropiedad, con independencia de la privativa; la necesidad de atribuir a cada piso o local una cuota de participación; la competencia objetiva que señala el artículo 16; etc.

Ello supone un importante paso a la hora de evitar arbitrariedades y soluciones injustas que pueden provenir del rigor de la norma: Así nos remitimos al contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1992 (MARTÍN-GRANIZO).

Teniéndose que recordar, por otra parte, la posibilidad de formación de *acuerdos tácitos*, con vinculación del propietario si éste no asiste a la Junta y ha sido debidamente citado, notificado del acuerdo y no manifiesta en el plazo de un mes su discrepancia, como se determina por el artículo 16.1.^a 2.º de la Ley de Propiedad Horizontal (8).

Con ello pasamos a concretar los diversos supuestos, o los que se pueden considerar más significativos, que precisan del acuerdo de todos los propietarios, sin olvidar como queda indicado lo delimitado de la regulación.

1. Teniendo en cuenta la trascendencia que tienen en esta propiedad especial el título constitutivo y los Estatutos, determinantes de la misma, se explica el que la Ley casi sólo fije para aquellos el régimen a que están sometidos a efectos de su aprobación y modificaciones: se señala la necesidad de unanimidad (art. 16.1.^a) para la validez de los acuerdos que supongan la *aprobación o modificación* de las reglas contenidas en el *título constitutivo* de la propiedad o en los Estatutos (9).

Con ello se complementa la declaración que para la aprobación o modificación del título hace el párrafo 4.º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal al manifestar que «en cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución».

Resultando así y como única norma referente a los acuerdos, aparte de la interrelación de las dos reglas (art. 16.1.^a y 5), siempre la necesidad de la unanimidad para la aprobación o modificación del título constitutivo y de los Estatutos.

Y todo ello con independencia de la posibilidad de admisión de *propiedades horizontales de hecho*, sin otorgamiento formal de título constitutivo,

(8) Artículo 16.1.^a 2.º. «Los propietarios que debidamente citados no hubieren asistido a la Junta serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por los presentes, y si en el plazo de un mes, a contar de dicha notificación, no manifiestan en la misma forma su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo salvo que antes manifestaren su voluntad».

(9) Sobre la formalización del título constitutivo con la necesidad de la descripción del inmueble: párrafo 1.º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y artículo 8.3.º, 4.º y 5.º de la Ley Hipotecaria, aparte de la constancia que ha de tener la cuota de participación: artículos 5, párrafo 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal y 8.4.º 2 de la Ley Hipotecaria.

En relación con los Estatutos: artículo 5, párrafo 3.º, de la Ley de Propiedad Horizontal.

en las que hay que considerar de aplicación por analogía la Ley de Propiedad Horizontal (art. 4 CC) e, incluso, en relación con edificios, pisos o locales meramente proyectados, al hablar del artículo 8.4.º, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria de «pisos meramente proyectados», a efectos de su constancia en el Registro de la Propiedad (10).

2. En íntima relación con la aprobación o modificación del título constitutivo o los Estatutos, como integrante de los mismos está la *cuota de participación*, que asimismo requiere unanimidad tanto para su constitución como para su modificación (11).

En cuanto a la formación de la cuota, señala el párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que en el mismo título constitutivo «se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial».

Sobre la modificación de la cuota se manifiesta el artículo 3.b), párrafo 2.º, al final: «la cuota atribuida sólo podrá variarse por acuerdo unánime» (12).

Para la fijación de la cuota con carácter imperativo siempre habrán de tenerse en cuenta los requisitos objetivos que determina la Ley: «Se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes» (art. 5.2.º, apartado 2.º) (13).

3. Necesita acuerdo unánime la *proindivisión* de piso o local establecida para el servicio o utilidad común, prevista por el inciso último del artículo 4 de la Ley (14).

(10) Vid. MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 140 y sigs.

(11) JERÓNIMO GONZÁLEZ definía la cuota como «fracción indicadora de la participación que en el total del edificio corresponde a cada condeño». Para hablar la Ley Hipotecaria de «la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble»: artículo 8.4.º 2. En este sentido, también Resoluciones de 7 de junio de 1963, 23 de julio de 1966 y 20 de abril de 1967, y legislación extranjera.

Como regla que determina la participación en el total del inmueble y en las cargas y beneficios por razón de la comunidad se fija por el artículo 3.b)2.º de la Ley de Propiedad Horizontal. También artículo 9.5.º 1.

Por su interés en relación con la obligación del pago de los gastos generales de acuerdo con la cuota, recordemos la Exposición de Motivos de la Ley al señalar que «la no utilización del servicio generador del gasto no exime de la obligación correspondiente».

(12) Vid. al respecto Sentencia de 15 de marzo de 1985.

(13) En casos excepcionales, según FUENTES LOJO, se tendrán en cuenta también otros factores secundarios: volumen, luminosidad, exposición, orientación, funcionabilidad, mejoras y deterioros, disposiciones especiales sobre la construcción.

(14) Vid. MARTÍN-GRANIZO en *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1983, pág. 926.

4. Las obras del propietario en su piso que puedan afectar a la estructura general, a la configuración o al estado exterior del edificio precisan también la unanimidad de todos los propietarios. Sin que puedan llevar a cabo obras, ni aun con unanimidad, si pelagra la seguridad del edificio. Y sin que las obras perjudiquen los derechos de otro propietario, en cuyo supuesto éste habría de consentir (art. 7.1.º y 9.º 1.ª LPH) (15).

Si el propietario en su piso o local, lógicamente, tiene amplias facultades para realizar una serie de actuaciones, sin embargo en cuanto las mismas afecten a otros titulares, éstos también deben de intervenir.

Todo ello, como hemos indicado, se desprende del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, reconociéndose también por la doctrina (16) y por una extensa jurisprudencia, aunque a veces ésta no parezca ofrecer uniformidad de criterio teniendo en cuenta la complejidad de la misma realidad (17).

5. En los supuestos de *división o agregación de pisos o locales*, formando otros más reducidos o ampliados, con fijación de *nuevas cuotas*, también es necesaria la aprobación por unanimidad de todos los titulares: artículo 8 de la Ley.

Como también dice el precepto, en la formación de nuevas cuotas se aplicarán sus disposiciones generales (art. 5).

Así se respeta la normativa básica que sobre el título constitutivo y las cuotas hemos considerado.

6. Lo mismo hay que señalar respecto a la construcción de nuevas plantas o a las *alteraciones de la estructura* o fábrica del edificio o de las cosas comunes que *afectan al título constitutivo*, artículo 11 de la Ley, que prevé también la variación de las cuotas. Con reconocimiento por parte de los Tribunales (18).

(15) Con independencia de la intervención del propietario afectado (art. 7, último supuesto del párrafo 1.º, y art. 10 4.º) deberá existir unanimidad o mayoría para que se realicen las obras, de acuerdo con las reglas generales del artículo 16.1.ª y 2.ª. Estimando por nuestra parte que puede ser suficiente el simple acuerdo de ambos propietarios si las obras sólo a ellos afectan.

(16) Resume ESPÍN CÁNOVAS en su *Manual de Derecho Civil* la necesidad de la unanimidad, en general, para lo que afecte al título, a los estatutos o a los elementos comunes.

(17) Dentro de la amplia doctrina jurisprudencial cabe reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1980 en que se determina la necesidad de la unanimidad de los propietarios para colocar anuncios en parte de la fachada del local.

Asimismo para construcción de marquesina. Sentencia de 29 de abril de 1985. En la instalación de chimenea de humos y colocación de toldos en cafetería. Sentencia de 12 de febrero de 1986. En instalación de cables de conducción eléctrica que afecta a terrenos comunes. Sentencia de 18 de junio de 1986. En la modificación de terrazas. Sentencia de 3 de julio de 1989.

(18) Necesidad de acuerdo unánime para abrir puerta en pared que comunica con edificio contiguo. Sentencia de 4 de abril de 1981.

Sobre la extensa doctrina jurisprudencial nos remitimos a las primeras notas de este

7. Se precisa de unanimidad para la *conversión de elemento* privativo en común y viceversa (Sentencias de 4 de marzo y 17 de septiembre de 1985 y de 30 de junio de 1986).

8. También en la *reconstrucción del edificio destruido* en más del 50 por 100 sin que lo cubra el seguro (MARTÍN-GRANIZO): si hay acuerdo unánime no se produce la extinción del régimen, contemplada por el número 1.º del artículo 21 de la Ley.

En el supuesto de destrucción en más del 50 por 100, con seguro, o inferior al 50 por 100, haya o no seguro, en principio no se produciría la extinción del régimen, pero, en general, para la reconstrucción habría de estarse al acuerdo unánime en base a la normativa fundamental.

9. Por último hacemos referencia a la *conversión de la propiedad* horizontal en propiedad o copropiedad ordinarias, que requieren unanimidad (VENTURA-TRAVERSET): supuesto de extinción del régimen recogido por el número 2.º del artículo 21 de la Ley.

Así como la conversión de la propiedad ordinaria en propiedad horizontal (MARTÍN-GRANIZO).

En conclusión y respecto a los acuerdos que precisan de unanimidad, hay que partir de la que se puede decir única regla, primera del artículo 16 de la Ley, que no obstante su delimitación es extensiva a los diferentes supuestos que incidan en la aprobación o modificación de los elementos esenciales de esta propiedad especial: el título constitutivo y los Estatutos.

II. ACUERDOS EN LOS QUE ES SUFICIENTE LA MAYORIA

Si indicamos sobre la adopción de acuerdos por unanimidad lo escueto de nuestra legislación ante la declaración de la regla primera del artículo 16 de la Ley, que exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que «impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos»; más escueta y general hay que considerar la regulación diferente a los acuerdos válidos por mayoría, según la regla segunda de dicho artículo 16, por la que «para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

Así es como después de una regla simple respecto a los acuerdos unánimes, diríamos que por exclusión de la normativa sobre el título constitutivo y los Estatutos se determina la aplicación válida del acuerdo mayoritario.

Con las dificultades consiguientes para fijar la suficiencia del acuerdo por mayoría ante la falta de regulación.

trabajo, en las que hacíamos referencia a distintas fuentes que recogen ampliamente jurisprudencia de los diversos Tribunales.

Mayoría del acuerdo que siempre ha de ser de cuotas y de propietarios, como viene especificado por la Ley.

Con posibilidad de formación de acuerdo mayoritario en segunda convocatoria, ante la falta de asistencia, transcurrida media hora de la primera (art. 16.2.ª 2), como se introdujo por la Ley de 23 de febrero de 1988 (19).

Siendo suficiente en segunda convocatoria mayoría en relación con los asistentes que representen, por otra parte, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes (art. 16.2.ª 4) (20).

Teniéndose que destacar sobre el cómputo de las mayorías, con aclaración de diversos extremos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1982 (21).

No obstante las dificultades apuntadas sobre los supuestos en los que es suficiente acuerdo por mayoría, como hemos hecho cerca de los acuerdos unánimes, intentamos seguidamente enumerar y concretar los mayoritarios.

1. En base al artículo 10 de la Ley (22), hay que afirmar que es suficiente la mayoría para que se puedan llevar a cabo *nuevas instalaciones*,

(19) Artículo 16.2.ª 2: «Si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se reunirá la Junta en segunda convocatoria, reunión que podrá tener lugar incluso en el mismo día y hora, siempre que haya transcurrido un intervalo mínimo de media hora y que hubiere sido previamente convocada».

(20) Artículo 16.2.ª 4 «En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes siempre que ésta represente a su vez más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes».

(21) Declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1982: «Para tomar acuerdos que no impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos, se requiere el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación y sólo bajo nueva convocatoria, que ha de ser efectuada con los mismos requisitos de la primera y que debe distinguirse de una segunda convocatoria que podría establecer al propio tiempo y mediante la misma citación por escrito (a que se refiere el art. 15) que la primera, se da paso a la mayoría formada por los asistentes siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes; debiendo tenerse asimismo en consideración que la mayoría personal debe computarse conceptuando a los copropietarios de cada espacio (apartamento o local) como un solo y único propietario por así resultar del párrafo 2.º del artículo 14, al igual que los propietarios de varias fincas integradas en la comunidad constituyen un único elemento personal, habiendo de referirse el cómputo en estudio, como expresamente dice el texto de la regla 2.ª, al total de los propietarios o, lo que es igual, que el total debe formarse con los presentes (personalmente o por representación), más la suma de los ausentes, y que para la mayoría de las cuotas de participación o mayoría de interés ha de atenderse al total valor del inmueble representado por sus centésimas, distribuidas en todas y cada una de las cuotas de participación asignadas a apartamentos o locales».

(22) Artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal: «Ningún propietario puede exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, según su rango.

Cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a tenor del párrafo anterior y cuya cuota de instalación excede del importe de una men-

servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango (23). Sin perjuicio de la problemática que judicialmente se puede presentar (24).

El disidente al acuerdo mayoritario podrá verse liberado de los gastos que se produzcan.

La conservación y habitabilidad del inmueble, según su rango, se podrá exigir por cualquier propietario (art. 9.5.ª LPH). Sin que pueda el disidente

sualidad ordinaria de gastos comunes, el disidente no resultará obligado ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privarse de la mejora o ventaja.

Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación habrá de abonar su cuota en los gastos de realización de mantenimiento.

En todo caso las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán el consentimiento expreso de éste».

MARTÍN-GRANIZO califica al artículo 10 como precepto de obras *Comentarios...*, cit., pág. 278. Y tiene como principio general, según VENTURA-TRAVERSE, el «mantenimiento del estado actual de la finca» *ob cit.*, págs. 217-218; escribe también que la Ley «no niega el derecho a pedir la conservación normal de la cosa, sino sólo sale al paso del pedigueño que con criterio unilateral quiere que en la finca se introduzcan modificaciones que podrían ser hasta útiles (instalar ascensor, montacargas; teléfono de portería, teléfono normal, con centralita para los pisos; calefacción central; vigilancia nocturna; estatuas en la fachada; etc.), pero que en definitiva supondría llevar a los demás propietarios a un gasto desacomodado».

(23) Sobre la suficiencia del acuerdo mayoritario recordemos a BATLLE al escribir: «La necesidad del acuerdo unánime de los propietarios se establece cuando la alteración implique modificación del régimen fundamental señalado en los estatutos o en el título constitutivo de la propiedad (LPH, art. 16 1.ª) o se refiera a la estructura o fábrica del edificio (LPH, art. 11); pero en las alteraciones por modificación de instalaciones existentes o nuevos servicios se establece el régimen de mayorías, si bien el propietario disidente podrá protegerse por los recursos que se dan contra los acuerdos de la asamblea de propietarios y también por el párrafo segundo del artículo 10: *ob cit.*, págs. 109-110

(24) Se ha declarado que es suficiente la mayoría para cambiar la calefacción común de carbón, que no se puede usar, por gasóleo (STS de 19 de enero de 1982) o para instalación de portillos metálicos con objeto de cerrar calle particular, que no modifica el título constitutivo ni es acto de disposición de elemento común (STS de 14 de noviembre de 1985)

BATLLE. *ob cit.*, pág. 115, en el caso concreto de instalación de ascensor ya señalaba que si la obra «se reduce a emplear el hueco de la escalera» es suficiente mayoría, en base al artículo 16.2.ª, en relación con el artículo 10. Pero si las alteraciones en la escalera son sustanciales por requerirse la demolición, entra la cuestión en los límites del artículo 11 y la norma 1.ª del artículo 16.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 8 de noviembre de 1976, respecto a la instalación de ascensor: si carece el edificio del mismo es una innovación comprendida en el párrafo segundo del artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, y el acuerdo de instalarlo ha de regirse por la mayoría de los votos de los propietarios (regla 2.ª, art. 16). Si la obra afecta a la estructura del edificio y a las cosas comunes, se incide en el título constitutivo y es obligatorio para la adopción del acuerdo la unanimidad de los propietarios (regla 1.ª, art. 16). Vid. también la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1989 reconociendo que la instalación de ascensor solamente requiere acuerdo mayoritario.

quedar excluido de la obligación de contribuir a su mantenimiento y realización (25).

En relación con el disidente al acuerdo mayoritario que aprueba nuevas instalaciones que no se requieran para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango, hay que distinguir, como hace la norma, que la cuota de instalación exceda de una mensualidad ordinaria de gastos comunes o no (26).

Si excede del importe de una mensualidad, el disidente no resultará obligado, aunque no pueda privársele de la mejora o ventaja (art. 10, párrafo 2.º).

Si no excede del importe de una mensualidad hay que aceptar la postura según la cual el disidente queda obligado *a sensu contrario* de lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 10 (FUENTES LOJO, MARTÍN-GRANIZO).

En todo caso, las obras que perjudiquen los derechos de otro propietario deberán tener el consentimiento del mismo (arts. 10.4.º y 7.1.º LPH) (27).

2. Aparte de la situación vista en cuanto a acuerdo mayoritario suficiente (art. 10 de la Ley), básicamente es el *contenido del artículo 13*, al determinar las facultades que corresponden a la Junta de propietarios, donde hay que complementar la declaración tan general e indefinida que hace la segunda del artículo 16 (28).

Aunque hay que excluir, de entrada, la referencia del número 4.º de dicho artículo 13 sobre la competencia de la Junta para «aprobar o reformar los Estatutos», que requiere acuerdo unánime (art. 16.1.º).

Con las matizaciones que en su momento se hacen ante la fórmula amplia de competencias de la Junta del 5.º del precepto: «en los demás asuntos de interés general de la comunidad».

(25) Vid. MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios* ..., cit., pág. 281.

(26) Recordemos también la interpretación de BATLLE sobre la referencia que hace la Ley a una mensualidad, que debe entenderse como anualidad, «pues las innovaciones podrían multiplicarse, por ejemplo, estableciendo una cada mes, con el consiguiente quebranto para el propietario disidente, que imprevisiblemente vería dobladas sus cuotas contributivas: apareciendo implícito en la Ley, pues el año es la unidad de tiempo a que se ajustan los presupuestos y cuentas, y por consiguiente las aportaciones mensuales para las atenciones comunes, según se infiere del artículo 15 de la Ley y con una interpretación equitativa»: *ob. cit.*, pág. 110.

(27) Vid. de nuevo MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios*..., cit., pág. 235

(28) MARTÍN-GRANIZO, al comentar el artículo 13 de la Ley, califica a la Junta de Propietarios como órgano supremo del régimen de propiedad horizontal, con facultades deliberantes de «expresión de la voluntad colectiva» y rectoras, con una serie de funciones muy diversas tanto de control como de gobierno e incluso ejecutivas. Inclínándose por la falta de personalidad jurídica de la Junta en tema discutible tanto para la jurisprudencia como para la doctrina. *Comentarios*..., cit., págs. 307 y sigs

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1986 califica los acuerdos de la Junta de Propietarios no como contratos, sino como manifestación de voluntad del ente colectivo «comunidad de propietarios» o con denominación de la doctrina alemana como *Gesamtakten* o actos de conjunto.

En los otros supuestos, en principio, es suficiente el acuerdo mayoritario (29) y en particular para:

1.º Nombrar y remover a las personas que ejercen los cargos que se mencionan en el artículo 12 (presidente, administrador y secretario) (30).

Así como para resolver las reclamaciones que los titulares de los pisos (o locales) formulen contra la actuación de los cargos reseñados.

Esas facultades de la Junta se señalan por el artículo 13.1.º de la Ley.

2.º Aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles y las cuentas correspondientes (art. 13.2.º) (31).

A estos efectos la Junta se reunirá, por lo menos, una vez al año o si lo pide el presidente o propietarios que representen al menos la cuarta parte de ellos o de las cuotas de participación (art. 15.1.º).

3.º Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y de mejora y recabar fondos para su realización (art. 13.3.º).

Estas obras extraordinarias, «que no se pueden cubrir con los ingresos normales y corrientes» y que requieren «fondos no incluidos en el presupuesto anual», hay que distinguirlas de las reparaciones ordinarias que atienden a la conservación y entretenimiento de la casa, de competencia del administrador (art. 18.3.º), y que simplemente requieren la aprobación del presupuesto (art. 13.2.º) (32).

(29) Sobre las facultades de la Junta, con la suficiencia del acuerdo mayoritario, vid FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, tomo I. Barcelona, 1969, págs. 746 y sigs.; MARTÍN-GRANIZO, *Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*. Madrid, 1983. 3.ª edición, pág. 938. y ARROYO LÓPEZ SORO, *Propiedad horizontal. Estudio jurídico práctico*, Madrid, 1992, pág. 134.

En general, en relación con las facultades de la Junta de Propietarios: VENTURA-TRAVERSET, *ob. cit.*, págs. 255 y sigs.

(30) Como indica el mismo precepto (art. 12.4.º), el plazo de duración de los cargos es de un año prorrogable, salvo que en los estatutos se disponga otra cosa.

Estando prevista asimismo la remoción de los cargos por la Junta de Propietarios (art. 12.5.º).

(31) El plan de gastos previsibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos, corresponde al administrador (art. 18.2.º), en principio en base a las cuotas (art. 9.5.º). Vid. VENTURA-TRAVERSET, *ob. cit.*, pág. 257.

Sobre la facultad de la Junta para la aprobación de gastos e ingresos previsibles Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1985 y de 15 de julio de 1989.

(32) VENTURA-TRAVERSET, *ob. cit.*, págs. 258-259.

Concretaba el autor que «si se trata de una obra extraordinaria, necesaria «para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios que no sean susceptibles de individualización» (art. 9.º núm. 5) o de obras requeridas «para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango» (art. 10), todos los propietarios vienen obligados a pagarlas contribuyendo a ellas (art. 9). Mas cuando no sea así (art. 10) y se trate de innovaciones no exigibles o sean «aquellas cuya cuota exceda del importe de una mensualidad ordinaria de gastos comunes, el disidente no queda obligado», incluso en el caso de que no pueda privarse de la mejora o ventaja, y sin perjuicio de que pueda en cualquier tiempo el disidente participar de la innovación» (art. 10)».

4.º Determinar las normas de régimen interior (art. 13.4.º).

Las normas que regulan los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes —como dice el art. 6 de la Ley— estarán limitadas por la Ley y los Estatutos, obligando a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración.

5.º Por fin, frente a la amplitud de la fórmula del número 5 del artículo 13 de la Ley —«corresponde a la Junta de propietarios: conocer y decidir en los demás asuntos de *interés general* para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor *servicio común*»—, lógicamente, sin ánimo de exhaustividad, reseñamos a continuación siguiendo el articulado de la Ley actos para los que es suficiente el acuerdo mayoritario de la Junta, concretamente para (33):

a) Recibir comunicación sobre las obras que el propietario vaya a realizar (art. 7 de la Ley).

b) Ante las actividades del propietario u ocupante del piso prohibidas por el párrafo tercero del artículo 7 —«no permitidas en los Estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres»—, llevar a cabo los oportunos apercibimientos —por medio del administrador (art. 18.1.º)— y con el ejercicio de las acciones judiciales del artículo 19 (34).

c) Instar al cumplimiento de las obligaciones que corresponden a cada propietario según el artículo 9 de la Ley:

1.ª Respecto de instalaciones generales o en provecho de otro propietario incluidas en su piso.

2.ª Conservación de piso o local e instalaciones privativas.

3.ª Consentir en su piso o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble, además de la obligación de permitir la constitución de servidumbres imprescindibles de servicios comunes de interés general que precisa la mayoría especial y que veremos posteriormente (35).

4.ª Entrada en los pisos a los efectos anteriores.

(33) Siguen este método de recorrer el articulado de la Ley, al tratar del alcance del número 5 del artículo 13. VENTURA-TRAVERSEI, *ob cit.*, págs. 260 y sigs. También FUENTES LOJO, *ob cit.*, I, págs. 753 y sigs.

(34) Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980, para ejercitar acciones contra propietario que ha destruido un elemento común de la finca basta con el acuerdo mayoritario.

(35) Vid. MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios...*, cit., págs. 257-258.

El autor, aparte de no estimar necesaria para las reparaciones que exija el buen servicio del inmueble el que se acuerden «por las cuatro quintas partes de los propietarios», precisas para las servidumbres, delimita aquellas en cuanto que se circunscriban a reparaciones, urgentes o no, ordinarias o extraordinarias, y con derecho de propietario a resarcirse de los daños o perjuicios que le haya causado la reparación.

5.^a Contribución a gastos: reconociéndose la capacidad de la Junta de propietarios para proceder judicialmente contra deudor moroso (art. 20 de la Ley).

6.^a Uso del inmueble.

d) Juzgar sobre la personalidad de los asistentes a las Juntas (art. 14).

e) Examen de las citaciones a los propietarios para la actuación de la Junta (art. 15).

f) Velar para que se reflejen en el libro de actas los acuerdos de la Junta (art. 17) (36).

En definitiva, ante la fórmula extensa del número 5.º del artículo 13 de la Ley, con exclusión de los acuerdos que exigen unanimidad referidos a «actos de disposición y a normas fundamenales de la propiedad» (art. 16.1.^a), habrá de tenerse presente el principio de competencia de la Junta con acuerdo mayoritario (art. 16.2.^a) para los «actos de gestión y administración» (37), siempre que se trate de asuntos de *interés general* para la comunidad y que supongan el *mejor servicio común* (38).

III. ACUERDOS ESPECIALES

Frente a los acuerdos básicos y generales del régimen de la propiedad horizontal, unanimidad o mayoría, con carácter digamos excepcional, recoge la Ley otros acuerdos especiales por la materia a que se refieren y por la cuantía del acuerdo.

Cuantía que hay que fijar en los distintos supuestos, conjuntamente en relación con el número de propietarios y también de las cuotas.

Pero sin que sea de aplicación la regla sobre los «asistentes» en segunda convocatoria referida a los acuerdos mayoritarios (art. 16.2.^a).

(36) Ya anotamos que por Ley de 30 de abril de 1992 sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, disposición final 2.^a, el libro de actas que era diligenciado por Notario pasa a la competencia del Registrador de la Propiedad.

(37) Como concretaba BATLLE, *ob cit.*, pág. 144

(38) Así se recoge por la doctrina que son actos para los que es suficiente la mayoría.

a) El arrendamiento de algún elemento común: portal, jardín, etc.

b) Conceder a terceros la facultad de fijar carteles anunciadores en muros externos del edificio, terrazas, tendederos u otros elementos comunes

c) Autorización al Presidente para el ejercicio de acciones judiciales.

d) Reglamentación de los servicios en cuanto a uso y disfrute, siempre que no suponga la privación a alguno de los propietarios del mismo.

e) Empleo de posibles ganancias o constitución de fondos de reserva.

f) Nombramiento de personal (porteros, ascensoristas, etc.) según el rango de la finca, pudiendo en consecuencia para ciertas designaciones que no encajen con el rango precisarse acuerdo unánime. Unanimidad que, por otra parte, es necesaria para imposición de sanciones por inobservancia de reglamento interno (FUENTES LOJO).

Pudiendo ser efectiva, como veremos en relación con minusválidos, la «vinculación» prevista en la primera del artículo 16 ante notificación fehaciente de acuerdo no contestada.

Por la exigencia de mayoría cualificada, sin llegar a la unanimidad, cabe calificar a estos acuerdos como de mayoría especial.

Son los siguientes que enumeramos según el orden del articulado de la Ley y teniendo en cuenta también la regulación en el tiempo.

1. Mayoría especial prevista por el artículo 9.3.^a de la Ley de Propiedad Horizontal.

Al regular el artículo 9 las obligaciones del propietario, como tercera se concreta —aparte de la de consentir en el piso o local «las reparaciones» que exija el servicio del inmueble, a la que nos hemos referido en los acuerdos mayoritarios— la de «permitir en él (piso o local) las *servidumbres imprescindibles* requeridas por la creación de servicios comunes de interés general, acordadas por las *cuatro quintas partes* de los propietarios en las condiciones previstas en el artículo siguiente, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios».

La cuantía del acuerdo, como se señala, es de cuatro quintas partes de los propietarios, pero como hemos indicado, en general ha de suponer también las cuatro quintas partes de las cuotas (39).

Debiendo tener las servidumbres el carácter limitado de «imprescindibles» para la creación de servicios comunes de interés general, así como para su mantenimiento y reparación, requeridos para la adecuada conservación y habilitación del inmueble, *según su rango*. Y en consecuencia sin que se puedan constituir para la creación de nuevas «pertenencias», «mejoras» o instalaciones comunes (40).

Siendo, por otra parte, punto interesante a considerar en la constitución de estas servidumbres el de la permanente ocupación que puedan suponer sobre el piso o local.

En esta situación, hay que admitir que si la modificación afecta al título constitutivo es precisa unanimidad. Con necesidad además del consentimiento del propietario afectado, teniendo ante la remisión de la tercera del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal al artículo siguiente, artículo 10, con la declaración de su párrafo 4.º de que «las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario requerirán el consentimiento expreso de éste».

En la constitución de estas servidumbres imprescindibles, siempre el propietario estará facultado para pedir que la comunidad le resarza daños y perjuicios, como reconoce en el último inciso la tercera del artículo 9 de la Ley.

(39) Vid. VENTURA-TRAVERSET, *ob cit.*, pág. 200. que excluye el cómputo de los «asistentes» de la regla 2.^a del artículo 16.

(40) Así MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios.... cit.*, pág. 258

2. También es supuesto de mayoría especial el previsto en la disposición transitoria 2.^a de la Ley, por la que para la subsistencia de los *derechos de tanteo y retracto* a favor de los propietarios existentes a la entrada en vigor de la Ley, es necesario el acuerdo del 80 por 100 de los titulares (41).

Esta mayoría, aparte de suponer el 80 por 100 de los propietarios, debe contar también con el mismo número de cuotas (42).

Con plazo para el mantenimiento de los derechos de tanteo y retracto de dos años, a partir de la publicación de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado*, transcurridos los cuales habrá de insertarse judicialmente el procedimiento señalado por el artículo 16, número 2.º, de la disposición transitoria 1.^a de la Ley (43).

3. Por fin, es también acuerdo de mayoría cualificada el del apartado segundo del párrafo primero de la primera del artículo 16 de la Ley, al manifestar que «cuando (los acuerdos) tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las *personas con minusvalías*, bastará el voto de las tres quintas partes del total de los propietarios, que a su vez representan las tres quintas partes de las cuotas de participación».

La especialidad se introdujo por la Ley de 21 de junio de 1990, dándose así cumplimiento al mandato de la Constitución de atención a los disminuidos, recogido en su artículo 49 (44), así como a la Ley de 7 de abril de 1982

(41) Disposición transitoria 2.^a de la Ley: «En los actuales estatutos reguladores de la propiedad por pisos, en los que esté establecido el derecho de tanteo y retracto en favor de los propietarios, se entenderán los mismos modificados en el sentido de quedar sin eficacia tal derecho, salvo que en nueva Junta y por mayoría que represente al menos el 80 por 100 de los titulares se acordare el mantenimiento de los citados derechos de tanteo y retracto en favor de los miembros de la comunidad».

Como hemos indicado el derecho de adquisición preferente de los propietarios frente a los extraños se introdujo en la redacción dada por la Ley de 26 de octubre de 1939 al artículo 396 del Código Civil: Vid. al comienzo de este trabajo nota referida a antecedentes de la Ley de Propiedad Horizontal.

(42) VENTURA-TRAVERSET, *ob. cit.* págs. 351 y 200.

Sin embargo, MARTÍN-GRANIZO, al estudiar la disposición transitoria 2.^a de la Ley señala que estamos en presencia «de una mayoría exclusivamente personal, a diferencia de lo que acontece en la norma 2.^a del artículo 16, que es personal y de cuotas». *Comentarios...*, cit., pág. 381.

(43) Así VENTURA-TRAVERSET, *ob. cit.*, pág. 352.

Por su parte, MARTÍN-GRANIZO dice que ante el silencio del legislador poniendo en relación las dos disposiciones transitorias de la Ley, pasados los dos años, si nada se ha resuelto o no se hace en la forma establecida, hay que entender que se renuncia al mantenimiento de los derechos de tanteo y retracto: *Comentarios...*, cit., pág. 381.

(44) Artículo 49 de la Constitución: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

de Integración Social de los Minusválidos (Título IX, Sección 1.^a, sobre Movilidad y Barreras Arquitectónicas).

Sin que sea precisa unanimidad para llevarse a cabo las obras de interés del minusválido que en principio sería necesaria.

Y para evitar lo que sucede en la práctica de que por la simple oposición de algún propietario a la adopción del acuerdo se obstaculiza e impide la voluntad del resto de los propietarios.

Todo ello como viene señalado por la Exposición de Motivos de la citada Ley de 21 de junio de 1990.

No se presenta particular problemática en la regla que se considera, aunque hay que estimar de aplicación a esta mayoría cualificada, teniendo en cuenta el interés del minusválido, el cómputo, que se fija en el párrafo segundo de la primera del artículo 16, respecto a la vinculación de los acuerdos notificados fehacientemente y sin contestación, que resaltábamos al tratar de los acuerdos unánimes, como solución, ante la posible falta de asistentes a la Junta de Propietarios.

CONCLUSION Y PREVISIONES DE REFORMA

Terminamos ya estas notas sobre el régimen de acuerdos en la Propiedad Horizontal con el intento de concretar y fijar las situaciones previsibles.

Intento ciertamente de difícil o imposible cumplimiento ante la diversidad de aquéllas.

Si bien hayamos mencionado las que se puedan considerar más significativas o de mayor relevancia.

Siendo en definitiva las decisiones de más trascendencia que afectan al título constitutivo o a los Estatutos las que precisan *unanimidad*, real o tácita, básicamente en cuanto se refieran a actos de disposición y a las normas fundamentales de la propiedad.

Con la simple declaración de la Ley de que para los demás acuerdos es suficiente la *mayoría* de los propietarios, incluso sólo asistentes, respecto de los actos de gestión y de administración.

Sin olvidar las *mayorías especiales* o cualificadas que responden a previsiones excepcionales del legislador.

Antes de poner punto final hacemos referencia al momento en que se encuentra la vigente y ya duradera Ley de Propiedad Horizontal de 1960, amenazada por las nuevas necesidades y formas de tráfico inmobiliario y las normas de Derecho comunitario (45).

(45) Cerca del Derecho comparado, en la documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre

En este sentido hay que resaltar el Borrador para un Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 20 de octubre de 1989, y más recientemente el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 18 de diciembre de 1991 (Ministerio de Justicia) (46).

En este último, concretamente los artículos 20 y 47 tratan del régimen de acuerdos: en general, para los Conjuntos Inmobiliarios, y en especial para la Propiedad Horizontal, que continúa con la misma denominación a pesar de que la expresión no sea demasiado aclaratoria de su objeto (47).

De esa normativa resulta la diversidad y dificultad del régimen de acuerdos por la duplicidad de reglas.

Por una parte, las que son comunes a los Conjuntos Inmobiliarios: Complejos Urbanos, Propiedad Horizontal, Multipropiedad, Comunidad de aprovechamiento por turno y Derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real.

Y por otra, las particulares y específicas de la Propiedad Horizontal.

En general se destaca el acuerdo *mayoritario* siempre que vote a favor la mayoría de los propietarios *asistentes*, que a la vez suponga más de la mitad de las cuotas de los *presentes* (art. 20.1) (48).

Propiedad Horizontal: *BOCG*, Congreso, serie A, núm. 41, de 16 de junio, septiembre de 1987, se recoge la siguiente legislación: en Bélgica, Code Civil, artículo 577 bis; Francia: Ley 65-557, 10 julio; Italia: Codice Civile, artículos 1-117-1-139; en Alemania. Ley 15 de marzo de 1951. Vid. también FUENTES LOJO. *Suma de propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1969, tomo I, págs. 26 y sigs.

(46) Exclusivamente en relación con la multipropiedad: Borrador para un Anteproyecto de Ley sobre Multipropiedad, febrero 1988. Borrador de Anteproyecto de Ley de tiempo compartido, de la Secretaría General de Turismo (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), y Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido.

Sobre los Borradores y Propuesta referidos vid. especialmente MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992, y *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*. Ponencias y Proyectos de Ley sobre Conjuntos Inmobiliarios, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Barcelona, 1993, con los estudios del profesor RIVERO HERNÁNDEZ sobre «Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991» y del profesor DE PABLO CONTRERAS sobre «La configuración jurídica de la llamada "multipropiedad" a la luz del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios».

(47) Son diversas las denominaciones de la actual «Propiedad Horizontal»: «Propiedad de casas por pisos» o «dividida por pisos». Sobre «pisos y habitaciones». Por «apartamentos». Por «departamentos». «Coproiedad por apartamentos». «Condominio de casas divididas por pisos».

Aunque se estima como preferida la denominación de «Propiedad Horizontal», en la práctica más frecuente es la de «Propiedad de casas por pisos».

(48) Artículo 20.1: «Para la adopción de un acuerdo basta que vote la mayoría de los propietarios asistentes siempre que ésta suponga, a su vez, más de la mitad del montante de las cuotas presentes. No se cuentan como asistentes los propietarios que hayan abandonado la sesión al tiempo de la votación respectiva».

Se requiere el voto de la *mayoría* de los propietarios que represente más de la mitad de las cuotas (art. 20.2): 1.º Para establecer o modificar los Estatutos. 2.º Concertar la prestación de todos los servicios. 3.º Crear o mejorar instalaciones o servicios comunes. 4.º Modificar elementos comunes. 5.º Suprimir cargas establecidas en el título constitutivo comunes a todas las propiedades separadas.

Se precisan al menos *dos tercios* de propietarios y cuotas (art. 20.3): Para desafectar, gravar o enajenar elementos comunes por afectación y, en su caso, concretar la cuota de participación.

En los casos no expresamente atribuidos por la Ley a la Junta General las modificaciones del título constitutivo requieren el consentimiento individual *de todos los propietarios* (art. 20.7).

Como normas especiales, referidas a la *Propiedad Horizontal*, también hay que distinguir acuerdos mayoritarios y de dos tercios, siempre de propietarios y de cuotas.

Es necesario el *acuerdo mayoritario* (art. 47.1): 1.º Para autorizar a un propietario obras que modifiquen la configuración exterior, y 2.º Para acordar mejoras que modifiquen la configuración exterior del edificio.

El acuerdo de los *dos tercios* se requiere para la enajenación a título oneroso del derecho de ampliación del conjunto (art. 47.2).

Rigiendo para los demás acuerdos las reglas previstas por el artículo 20 (art. 47.3).

La normativa presenta, como hemos resumido, esa duplicidad de disposiciones para los conjuntos inmobiliarios y en particular para la propiedad horizontal.

Con ello se produce una radical transformación de la legislación actual, que se puede decir sólo afecta a la Propiedad Horizontal.

Recogiéndose ya los tipos tan necesitados de consideración como son los denominados de modo amplio Complejos Urbanos (49) y también la Multipropiedad.

En consecuencia, resulta una determinación ambiciosa y a la vez simple del legislador al unificar criterios aplicables a las diversas figuras: «Reglas comunes». Además de las propias en las distintas especialidades, con las que se vienen a delimitar esas disposiciones generales.

Ciertamente que esa duplicidad de regulación puede estimarse como conflictiva ante la diversidad de acuerdos previstos frente a los existentes en la legislación vigente.

Si en la actualidad el régimen de acuerdos en la Propiedad Horizontal

(49) Sobre el concepto de los complejos urbanos señala el artículo 38.1 del Borrador: «En los complejos urbanos las propiedades separadas recaen sobre las distintas parcelas, con o sin edificación, integrantes de un conjunto»

se fija exclusivamente con los criterios de la unanimidad o de la mayoría, con una gran indeterminación legal, superada por la doctrina y la jurisprudencia, en la normativa previstas destaca la diversidad y fijación de las reglas como fruto quizás de la labor jurisprudencial y doctrinal a que acabamos de aludir.

En todo caso con una cierta flexibilidad para determinados acuerdos que en la actualidad ante la rigurosa dualidad unanimidad-mayoría pueden resultar más difíciles de conseguir: concretamente en relación con obras que puedan llevar a cabo los propietarios.

Así se evitan los abusos injustificados que algunos propietarios pueden llevar a cabo cuando son precisos acuerdos unánimes que no se logran alcanzar por oposición, aunque sea mínima, de aquéllos: situación que hemos apuntado se intenta solucionar por parte de la jurisprudencia.

Estas consideraciones son ciertamente de un carácter relativo y circunstancial, teniendo en cuenta, como señalara el profesor RIVERO HERNÁNDEZ, la «precariedad y estado claudicante» del «Borrador de Anteproyecto de Ley», que de alguna forma hemos comentado, y las últimas noticias sobre la modificación de la materia, que se retrasa por el intento de su acomodación a las directrices de la Comunidad Europea.

JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Valladolid

Sindicación de acciones

INTRODUCCION

Nos limitaremos al estudio de las restricciones estatutarias de preferente adquisición, dejando de lado las de consentimiento o autorización, así como las restricciones legales y parasociales.

CONCEPTO

Los pactos de sindicación de acciones o restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas son estipulaciones impuestas en los Estatutos (o fuera de ellos, a veces) mediante las cuales los socios y la sociedad han de ponerse de acuerdo para establecer preventivamente, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, el específico régimen de transmisión de las acciones nominativas, que ha de respetarse por el socio cuando desee desprenderse de las mismas. En definitiva, suponen autolimitaciones a la disponibilidad del derecho de la cualidad de socio que el accionista, como titular del mismo, ha aceptado en los Estatutos.

CLASES

Las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones pueden ser:

I. *Legales*: Absolutas o relativas, exigiendo estas últimas un control administrativo previo o *a posteriori*.

II. *Convencionales*: Pueden ser:

1. *Estatutarias*: Se establecen al constituir la sociedad o durante la vida de la misma tras modificar los Estatutos. Diferenciar:

a) Por la *transmisión* a que afectan: *inter vivos* (onerosa o gratuita) o *mortis causa*.

b) Por el *contenido* de la restricción: de adquisición preferente y de autorización o consentimiento.

c) Por los *sujetos* a que se aplica: cláusulas que restringen la transmisión a determinados sujetos.

d) Se pueden imponer *restricciones positivas* consistentes en la obligación de enajenar en determinados supuestos: incumplimiento de prestaciones accesorias, jubilación...

2. *Parasociales* o «pactos de sindicación» propiamente dichos: Son restricciones asumidas voluntariamente por determinados accionistas al margen de los estatutos, bien en documento privado o público y con los límites de los artículos 1.255 y 1.257 del Código Civil. Al pactarse al margen de los Estatutos, *pueden recaer sobre acciones* nominativas y también *al portador*. Si se violan los pactos, la transmisión será válida y eficaz para el cedente, para el adquirente y para la sociedad, pero el cedente infractor contraería responsabilidad frente a los accionistas con quien convino un procedimiento restrictivo.

NATURALEZA JURIDICA

Esta cuestión se resuelve con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988 (ref. Ar. 5555). Dispone el Tribunal Supremo que tales restricciones «han de concebirse como una *“praemptio”* o *derecho de adquisición preferente*» de las acciones por la sociedad frente a otra persona, caso de que se desee transmitir las, que *no* puede identificarse con el *tanteo común*, porque mientras en éste son los propios contratantes quienes señalan libremente el precio, en la cláusula examinada el valor suele fijarse con arreglo a módulos objetivos o a bases preestablecidas; *ni* con el *retracto*, que supone una transmisión inicial válida, seguida de otra en favor del retrayente que se coloca en el lugar del primer adquirente, subrogándose en sus derechos y obligaciones; sin embargo, el acto dispositivo formalizado en contra de la cláusula de *praemptio* se reputa nulo frente a la sociedad, y si se califica de retracto convencional vendría ejercitado frente a persona ajena al contrato que lo establece»; hay, pues, un contrato único, ya que la transmisión efectuada con inobservancia de los Estatutos no se estima consumada respecto de la sociedad. Puntualiza la sentencia que *tampoco* puede concebirse como *retracto legal*, ya que está concedido por un ordenamiento privado, convencional y de carácter interno, siendo, pues, difícilmente comprensible su validez frente a terceros.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 configura las cláusulas de consentimiento como condición suspensiva que hasta que no se cumpla mantiene al vendedor como accionista ante la

sociedad. No es sostenible esta postura, pues la condición, como determinación voluntaria, es extraña y accidental al supuesto de hecho y, además, dejaría de explicar la retroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición. Tampoco se puede concebir como *conditio iuris*, pues tiene su origen en unos Estatutos y no en la Ley.

JUSTIFICACION O FUNDAMENTO

Estas cláusulas suelen encontrar su justificación en *razones personales*, como evitar que entren personas extrañas a la sociedad, hacer pervivir el carácter del fundador o bien en *razones económicas* como mantener el equilibrio de poder. En todo caso, suponen una pérdida del carácter capitalista por excelencia de la sociedad anónima (*intuitu pecuniae*) al introducir tintes personalistas (*intuitu personae*). Su apoyatura constitucional la encontramos en los artículos 33, 38 y 53 de la Constitución Española.

MOMENTO DE INTRODUCCION DE LAS RESTRICCIONES

Las cláusulas limitativas pueden introducirse en dos momentos:

1. *Al constituirse la sociedad anónima.* Es incuestionable su admisibilidad aunque afecten sólo a determinadas acciones, ya que a pesar de que el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas pone restricciones a la creación de acciones privilegiadas, las acciones sometidas a estas cláusulas no tienen tal consideración.

Si la sociedad anónima se constituye mediante *fundación sucesiva*, las restricciones constarán en el Programa de fundación [art. 20.1.b) LSA] y, en su caso, en el Boletín de suscripción si afectan a determinadas acciones [art. 24.1.c) LSA]. Si no se introducen en el Programa fundacional, se establecerán por la Junta constituyente con el voto unánime de los suscriptores (art. 27.3 LSA), y, de lo contrario, se deben rechazar, pues la mayoría podría imponer a la minoría una medida que no se puede prever al estudiar la invitación contenida en el Programa.

2. *Una vez constituida la sociedad mediante reforma de los Estatutos:* Pueden afectar a las acciones preexistentes o sólo a las nuevas acciones emitidas en caso de aumento de capital.

Los disidentes, ausentes, accionistas privados indebidamente del voto y los accionistas sin voto pueden utilizar la *vacatio* que les concede el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas (gozan de tres meses desde la publicación del acuerdo en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* para transmitir libremente sus acciones).

URÍA advierte que las acciones no pueden transmitirse mientras no se inscriba en el Registro Mercantil el acuerdo de modificación de Estatutos que introduce las restricciones. Por contra, podríamos defender la validez de esas transmisiones y los que votaron a favor del acuerdo soportarían las restricciones; pero si transmiten sus acciones sin observar aquéllas el adquirente se convierte en accionsita, pues los actos sujetos a inscripción sólo son oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 21.1 CCom). Sin embargo, una vez publicado el acuerdo modificativo, quienes adquieran de los accionistas que votaron a favor no podrán exigir a la sociedad que les reconozca la condición de socios. Por contra, si adquieren de los accionistas que votaron en contra, el adquirente tendrá la condición de accionista, pero sujeto a las restricciones ya que constan en los Estatutos inscritos, y no gozará de la *vacatio* del artículo 146, pues ésta es un privilegio estrictamente personal a favor exclusivamente de quienes no votaron a favor del acuerdo. En caso de emisión de nuevas acciones cuya transmisibilidad se restringe, los accionistas que hayan ejercitado su derecho de suscripción preferente disfrutarán también de la repetida *vacatio* si no votaron a favor del acuerdo restrictivo, pues la norma legal no distingue.

REQUISITOS DE VALIDEZ

1. Las restricciones son válidas siempre que no quebranten los límites del artículo 1.255 del Código Civil y sean lícitamente acordadas por los contratantes (STS 24-11-1978, ref. Ar. 4171). Por ello, se han de rechazar las cláusulas discriminatorias (art. 14 CE) y las que sean absurdas o caprichosas y no respondan a la defensa del interés social, de la continuidad y de la productividad de la empresa, ya que se las podrá reputar carentes de causa (ejemplo: tener una edad o residencia determinada...).

BROSETA va más lejos y defiende la licitud de las cláusulas dirigidas a proteger no el interés general, sino el de un accionista o grupo de socios. Dice este autor que tales restricciones son en sí mismas válidas siempre que respeten unos límites mínimos, sin perjuicio de que el uso que se haga de ellas sea ciertamente ilícito, y advierte que la propia Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 146, reconoce la posibilidad de que las restricciones se establezcan por la mayoría en contra de la voluntad expresa de la minoría. Así pues, diferenciamos dos momentos:

a) Si se introducen en el momento de constitución de la sociedad, su validez se apoya en la aceptación unánime de los accionistas al otorgar la escritura.

b) Si se introducen mediante reforma de Estatutos, el acuerdo de la

Junta estará sometido a los motivos de impugnación del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Han de recaer sobre acciones nominativas (arts. 83 y 146 LSA y 123.7 RRM) y sobre los derechos de suscripción preferente o de asignación gratuita sobre acciones nominativas en caso de aumento de capital (art. 158 LSA), sobre los derechos especiales que se hayan reservado los fundadores o promotores de la sociedad (arts. 9 y 11 LSA) y sobre las acciones sin voto, ya que aunque carezcan de voto y su posesión no altere el equilibrio de poder de la sociedad gozan de los mismos derechos que las acciones ordinarias (excepto el de voto) y, entre ellos, del derecho de suscripción preferente.

3. Han de estar expresamente consignadas en los Estatutos y pueden afectar tanto a transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*.

4. Son nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción (art. 63.2 LSA) dado que la transmisibilidad de la acción es consustancial a los postulados de la sociedad anónima. Por lo tanto, tales cláusulas tienen como límite obligado el evitar que el accionista quede «prisionero de su título».

5. Si consisten en la autorización o consentimiento de la sociedad, han de expresarse de forma precisa las causas que permiten denegarla. Los Estatutos no pueden atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión (art. 123.2 RRM).

6. Si se trata del reconocimiento de derechos de preferente adquisición, han de expresarse claramente las transmisiones en que existe preferencia y las acciones a que afecta, pues puede haber distintas clases de acciones. El derecho de preferente adquisición puede reconocérsele a la sociedad, a los socios o, incluso, a un tercero (art. 123.3 RRM).

7. Son lícitas las restricciones estatutarias consistentes en limitar voluntariamente la transmisión de las acciones durante un período no superior a dos años (art. 123.4 RRM), a contar desde la constitución de la sociedad anónima, o sea, desde la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil (art. 7.1 LSA).

8. No caben cláusulas por las que el accionista o accionistas que las ofrecen de modo conjunto quedan obligados a transmitir un número de acciones distinto de aquel para el que solicitan la autorización (art. 123.5 RRM).

9. No pueden establecerse restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de sus acciones (art. 123.6 RRM) sin perjuicio de la legislación especial (ejemplo: art. 9 LSAL).

10. Las restricciones y las transmisiones *mortis causa* se han de establecer expresamente en los Estatutos. Así pues, no se podrá aplicar analógicamente la norma para las transmisiones *mortis causa* cuando sólo está

prevista para las transmisiones *inter vivos*. Posteriormente veremos otras especialidades que afecten a este tipo de transmisiones.

Decir finalmente que ha de defenderse un talante restrictivo en la interpretación de estas cláusulas dado el carácter *intuitu pecuniae* y no *intuitu personae* de la sociedad anónima, no reconociéndose por la sociedad aquellas limitaciones que no estén expresamente impuestas en los Estatutos sociales (STS 24-11-1978).

EFFECTOS EN CASO DE VIOLACION DE LAS RESTRICCIONES ESTATUTARIAS

Hemos de diferenciar:

1. *Efectos «inter partes»*: La enajenación que vulnera las restricciones estatutarias es perfecta y válida entre las partes. Así, el transmitente queda obligado a entregar las acciones y a realizar los actos necesarios para el reconocimiento como socio del tercer adquirente, que a su vez debe satisfacer la contraprestación estipulada.

Ahora bien, si el adquirente ignora las restricciones caben tres posibilidades:

- a) Nulidad de la transmisión por error o vicio en el consentimiento.
- b) El adquirente podrá pedir la resolución del contrato frente al transmitente por haberle transmitido un título que no le permite legitimarse como accionista frente a la sociedad.
- c) Aplicación del principio de extinción de la obligación cuando su cumplimiento se hace imposible sin culpa del deudor.

No obstante, el desconocimiento del adquirente no es frecuente al exigir la Ley de Sociedades Anónimas [arts. 53.1.d) y 63.1] que las restricciones se mencionen en los títulos y en los Estatutos. De todas formas, la mala fe del vendedor no es de ninguna manera compensable con la negligencia del comprador, que pudiendo acudir al Registro no lo hace.

2. *Efectos frente a la sociedad*: Esa transmisión vulnerando las restricciones estatutarias no surte efecto alguno frente a la sociedad y ésta podrá denegar la inscripción de la misma en el Libro-Registro y, por ende, desconocer como accionista al adquirente (STS 24-11-1978).

El artículo 20 de la LSRL establece la nulidad de estas transmisiones, pero esta regla no puede aplicarse a la sociedad anónima a falta de precepto expreso que lo declare.

Una vez transmitidas las acciones a persona distinta del titular del derecho de adquisición preferente, ni éste ni la sociedad tienen derecho de retracto, incluso, como hemos visto, aunque los Estatutos les concedan ese

derecho, porque la primera transmisión es nula y porque no tiene validez frente a terceros un derecho de retracto concedido por un ordenamiento privado y convencional como lo son los Estatutos.

Por el contrario, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de febrero de 1986 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988 admiten ese derecho de retracto siempre que haya una transmisión previa válida seguida de la subrogación en favor del retrayente.

CUESTIONES PUNTUALES

1. TRANSMISIONES «MORTIS CAUSA»

Sólo le afecten las restricciones si los Estatutos lo disponen expresamente. La razón de ello es la primacía de las normas de derecho sucesorio, y en particular de las que disciplinan la legítima sobre las previsiones estatutarias.

Por otra parte, advierte URÍA que las cláusulas de consentimiento son incompatibles con la sucesión hereditaria, pues una supuesta negativa dejaría a las acciones sin titular, a diferencia de las transmisiones *inter vivos* en que subsiste una titularidad. Además, el ingreso de personas extrañas (sucesores del socio fallecido) es contrario a los intereses que las restricciones tratan de tutelar.

El artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas sigue un sistema mixto. Conviene hacer los siguientes comentarios:

1. Habla sólo de heredero, pero parece obvio que se refiere a sucesor (heredero o legatario), aunque es conveniente que los Estatutos especifiquen con claridad si la restricción alcanza o no a la adquisición del legatario.

2. El artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que la sociedad ha de presentar un adquirente en caso de negativa a la inscripción, pero no ha de tratarse de un «adquirente privilegiado», sino que lo correcto sería llamar a todos los socios, dándoles un plazo para ver quiénes quieren presentarse como adquirentes, es decir, que también en este caso habría de mantenerse un derecho de adquisición preferente; pero ni la Ley de Sociedades Anónimas ni el Reglamento del Registro Mercantil lo disponen. Por ello, sería acertado que lo establecieran los Estatutos, pero incluso en ausencia de ese pacto la sociedad no podría actuar de otra manera sin vulnerar la filosofía que subyace a las restricciones estatutarias y al principio de equilibrio de poder.

3. El precepto citado establece un criterio objetivo para determinar el precio, pero parece admisible la previsión estatutaria de la que resulte un valor superior a ese valor real, e incluso sería admisible, como medio para

fijar el precio, el acuerdo entre el heredero o legatario y el presunto adquirente.

4. Tampoco señala el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas un plazo para que la sociedad se pronuncie sobre el rechazo a la inscripción de la transmisión. Sería igualmente conveniente que los Estatutos fijasen un límite temporal máximo, a modo de «silencio positivo», a contar desde la solicitud de la inscripción, y transcurrido el cual no se pudiera denegar la misma. Este plazo puede ser el de los dos meses que se señala en el artículo 63.3 de la Ley de Sociedades Anónimas u otro razonable o prudente. Se puede aplicar el plazo de las transmisiones *inter vivos* (art. 63.3) a pesar de que en ella se contempla una venta proyectada, y en las transmisiones *mortis causa* la adquisición está asegurada, teniendo, pues, una *ratio* diferente (Res. DGRN 28-6-1990).

II. DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE VENTA DE LA ACCIÓN

A tenor del artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, las cláusulas restrictivas no deben impedir que el transmitente obtenga el valor real de la acción. Ahora bien, ¿cómo garantizar que el precio de la acción no se dispare en perjuicio del adquirente o simplemente con fines fraudulentos a fin de eludir la restricción estatutaria de preferente adquisición?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988 es explícita al afirmar que «la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1984 y las que en ella se citan establecen en los casos dudosos y en los más estridentes relativos a la determinación del precio en el retracto, o cuando no haya constancia del mismo o sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo vendido, hay que estar por razón de justicia al precio real, que es el que debe prevalecer».

Por consiguiente, parece que la referencia válida es el precio real, que a falta de previsión estatutaria en cuanto a su determinación objetiva será el obtenido por el procedimiento que señala el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, o sea, el fijado por un auditor en base a criterios analíticos o globales (cotización en Bolsa, Balance y Cuenta de Resultados, rendimientos que la empresa es capaz de obtener...).

Tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado aluden siempre a criterios objetivos de determinación del precio (Res. DGRN 11-2-1986, 31-10-1986 o STS 4-7-1988 y concordantes).

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1986 señala que la determinación del precio no puede dejarse al arbitrio del Consejo de Administración o de un accionista que sea miembro de ese Consejo o administrador único cuando la beneficiaria de la

transmisión es la sociedad, pues se incurriría en la prohibición de los artículos 1.449 y 1.459 del Código Civil siempre que con su actuación pudiera afectar a más de un patrimonio.

III. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 15 DE MARZO DE 1974

Declara nulo el pacto estatutario que obliga a la venta de las acciones y a la pérdida de la condición de socio cuando se produzcan alteraciones en las circunstancias individuales de éste (ejemplo: que la viuda del socio si contrae de nuevo matrimonio pierda su condición de accionista en la sociedad).

IV. ADJUDICACIÓN DE ACCIONES DE CARÁCTER GANANCIAL COMO CONSECUENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

No hay previsión alguna acerca de la cuestión relativa a la aplicabilidad o inaplicabilidad de las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de las acciones a la adjudicación por liquidación de la sociedad conyugal.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967 y 4 de julio de 1988 disponen que en este supuesto «no hay enajenación ni transmisión, sino sólo adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real».

Así pues, al no prohibirlo la Ley, sería lícita la cláusula estatutaria que aplicara las restricciones a las adjudicaciones de acciones dimanantes de la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que también podría ampararse en el artículo 1.406.2 del Código Civil (adjudicaciones preferenciales), pues la satisfacción de intereses personales o de afección podría verse vulnerada con una participación igualitaria. En todo caso, el viudo/a tendría derecho a obtener el valor real de las acciones (art. 123.6 RRM).

Es aconsejable el pronunciamiento expreso en los Estatutos sobre la operatividad de las cláusulas restrictivas en este supuesto, pues aunque se hable de «toda clase de transmisión», el caso que nos ocupa, como hemos señalado, no puede calificarse en puridad como transmisión, y con su constancia expresa se evitarían todos los problemas.

V. TRANSMISIÓN DE ACCIONES DE MENORES SOMETIDOS A PATRIA POTESTAD

A tenor del artículo 166 del Código Civil y exceptuando el derecho de suscripción preferente de acciones, los padres no podrán enajenar o gravar

las acciones de sus hijos sino por causa justificada de utilidad o necesidad, y previa autorización judicial, a menos que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Así pues, al fedatario se le ha de acreditar la autorización judicial o bien que *simultáneamente* con la orden de venta se dé la de reinversión en otros considerados seguros, o que se enajenen para, sin solución de continuidad, adquirir un inmueble.

La seguridad de la inversión, como hecho futuro, no es susceptible de prueba y ha de ser apreciada por quien esté facultado para realizarla.

No obstante, defiende la doctrina que al ser la finalidad de la norma el facilitar el tráfico de los valores mobiliarios, sería válida la enajenación y gravamen de aquéllos sin necesidad de autorización judicial siempre que exista una contraprestación que en sí misma pueda ser considerada como inversión segura o que pueda ser después empleada en una reinversión en bienes o valores seguros, pues es absurdo que un requisito previo (autorización judicial) dependa necesariamente de actos posteriores de una de las partes (reinversión).

VI. ACCIONES QUE COTIZAN EN BOLSA

El artículo 27.f) del Real Decreto de 30 de junio de 1967 (Reglamento de Bolsas) dispone que no podrán ser admitidas a cotización oficial las acciones cuya transmisibilidad se halle estatutariamente restringida, pues a la solicitud de admisión a cotización se ha de acompañar «certificado que justifique suficientemente la inexistencia de restricciones estatutarias para la libre transmisibilidad de los títulos valores o sus derechos».

Esta norma ha sido confirmada por la disposición adicional 5.ª del Real Decreto 717/1989, de 23 de junio, y se ajusta a las directivas de la Comunidad Económica Europea.

VII. TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES REPRESENTADAS MEDIANTE ANOTACIONES EN CUENTA

No es ésta una cuestión pacífica.

Siguiendo ciertas posiciones doctrinales, podríamos oponernos a la aplicabilidad de las cláusulas restrictivas a la transmisión de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta (en lo sucesivo a.e.c.), pues precisamente se adopta esa forma de representación para facilitar su circulación. Además, aunque el artículo 60.2 de la Ley de Sociedades Anónimas admite la modalidad de a.e.c. para los supuestos de nominatividad obligatoria pre-

vistos en el artículo 52 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su párrafo segundo se refiere sólo a las acciones no enteramente desembolsadas o que lleven aparejadas prestaciones accesorias, pero no a aquellas cuya transmisión esté sujeta a restricciones.

Por contra, parece lógico defender la posibilidad de restringir la transmisión de acciones representadas mediante a.e.c., pues su inclusión en el artículo 60.2, aunque no se mencione, es lógica y porque, aunque no exista propiamente una acción nominativa, la anotación como tal deberá cumplir con el requisito de la nominatividad, y la propia Ley de Sociedades Anónimas admite el sistema de a.e.c. para los supuestos de acciones nominativas.

VIII. TRIBUTACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES

A tenor del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores (modificado por la disposición adicional 12 de la Ley del IRPF de 6-6-1991), la transmisión de acciones, coticen o no en Bolsa, estará exenta del ITP y AJD y del IVA, con las excepciones que señala el artículo, y que tributarán como transmisiones patrimoniales onerosas al 6 por 100.

ROBERTO SÁNCHEZ GARCÍA
Letrado del Banco Central-Hispano

Introducción a la publicidad registral mercantil de quiebras y suspensiones de pagos

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. PUBLICIDAD Y PROCEDIMIENTOS CONCURSALES MERCANTILES. 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DERECHO EN VIGOR.—II. SUJETOS INSCRIBIBLES: 1. SUSPENSIÓN DE PAGOS Y QUIEBRA DEL EMPRESARIO INSCRITO: 1.1. *El empresario social: las nuevas «entidades inscribibles»*. 1.2. *El empresario individual. la ampliación de las fronteras naturales del Registro Mercantil.*—2. SUSPENSIÓN DE PAGOS Y QUIEBRA DEL EMPRESARIO NO INSCRITO: 2.1. *La falta de inscripción del empresario individual.* 2.2. *La sociedad irregular.*—III. OBJETO DE LA INSCRIPCION: 1. ASIENTO DE INSCRIPCION Y ANOTACIONES PREVENTIVAS. 2. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, OBJETO DE INSCRIPCION: 2.1. *Resoluciones en la suspensión de pagos.* 2.2. *Resoluciones del procedimiento de quiebra*—IV. TITULO INSCRIBIBLE Y CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCION.—V. EFECTOS DE LA INSCRIPCION: CARACTER DE LA PUBLICIDAD.

I. INTRODUCCION

1. PUBLICIDAD Y PROCEDIMIENTOS CONCURSALES MERCANTILES

La suspensión de pagos y la quiebra generan para el deudor importantes efectos sobre la esfera de su capacidad jurídico-patrimonial cuya complejidad y alcance exigen el establecimiento de medios de eficaz publicidad. Esta publicidad tiene como finalidad facilitar a los acreedores y, en general, a los terceros la posibilidad de conocer la específica situación jurídica del deudor una vez que ha sido declarada la quiebra o se ha admitido a trámite la solicitud de suspensión de pagos (1).

(1) Cfr. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*. Madrid, 1963, págs. 13 y sigs.; *vid.* también J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, II, Barcelona, 1959, págs. 36 a 39 y 566 a 574. y J. M. SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I (2.ª ed.), Barcelona, 1989, págs. 530 y sigs.

Con la apertura de la quiebra se produce la ocupación de los bienes del deudor que pasan a integrar la masa de la quiebra, y cualquier acto de administración y disposición que afecte a dichos bienes será ineficaz (arts. 1.044.3.º CCom de 1829 y 878 CCom de 1885) (2). La suspensión de pagos, por su parte, aunque no priva al deudor de la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, sí le somete a intervención, de manera que cualquier actuación de éste que no cuente con el concurso de los interventores vendrá igualmente sancionada con la nulidad (art. 6 LSP) (3). La indudable trascendencia de estos efectos conlleva la necesidad de garantizar a los acreedores y posibles terceros interesados el conocimiento de las consecuencias que acarrea al deudor la apertura de esos procedimientos concursales. A ello se dirigen las normas sobre publicidad de los procedimientos concursales mercantiles.

Atendiendo a su naturaleza, los instrumentos de publicidad previstos por la Ley en caso de quiebra o suspensión de pagos del deudor común se agrupan en dos grandes categorías: las *medidas de publicidad de carácter extrarregistral* y los *medios de naturaleza registral*. Las primeras consisten esencialmente en la *fijación* de edictos en los tablones de los Juzgados respectivos y la *inserción* de anuncios en periódicos (4). Los segundos

(2) La declaración judicial de quiebra despliega sus efectos sobre el deudor quebrado y sus acreedores (*vid.*, por todos, R. URÍA, *Derecho Mercantil* (20 ed.), Madrid, 1993, págs. 985 a 993). En orden a las consecuencias que se producen directamente sobre el quebrado, la doctrina española suele distinguir entre aquellas que inciden sobre la persona del propio deudor y aquellas que se generan sobre su patrimonio, sin que exista absoluta coincidencia entre los autores a la hora de determinar los efectos concretos que se encuadran en uno y otro grupo. Así, mientras que para algunos la inhabilitación (art. 878.1 CCom de 1885) es, en el ámbito patrimonial, el efecto principal de la quiebra (*vid.* R. URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., pág. 986, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil* (16 ed.), Madrid, 1992, págs. 610 y 611), para otros formaría parte de los efectos personales del procedimiento [*vid.* A. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la «Barcelona Traction, Light and Power»*, Madrid, 1953, pág. 294; también, M. BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil* (9ª ed.), Madrid, 1991, pág. 708]. Pero la inhabilitación no es la única consecuencia relevante de la quiebra; junto a ella se desencadenan para el quebrado otras importantes limitaciones independientes de aquélla desde el punto de vista formal y funcional (art. 922 CCom de 1885), *vid.* A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993, págs. 23 a 34.

(3) La admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos no genera los rigurosos efectos personales que la declaración de quiebra produce (así, el deudor suspenso se ve exento de las interdicciones legales que afectan al quebrado; *vid.* A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones*, cit., págs. 103 a 113) y sus efectos patrimoniales son menos enérgicos que en el caso de la quiebra. *Vid.* R. URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., págs. 965 y sigs., también, M. BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., págs. 739 y sigs.

(4) En cuanto a la publicidad extrarregistral, podemos distinguir, tanto para la suspensión de pagos como para la declaración de quiebra, una *publicidad extrarregistral*

abarcan la *inscripción* en los tres Registros públicos: el Registro Civil (5), el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad (6). En cuanto a la

obligatoria, esto es, un mínimo de publicidad exigido por las leyes, y una *publicidad extrarregistral facultativa o discrecional*, que el Juez decidirá según su libre criterio (discrecionalidad absoluta) o en atención a una serie de parámetros legalmente establecidos (discrecionalidad relativa).

La publicidad extrarregistral de las quiebras se recoge en el artículo 1.337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 1.044.5.º del Código de Comercio de 1829. En estos preceptos se prevé una publicidad mínima de carácter obligatorio por edictos que se *fixarán* en el Juzgado del lugar del domicilio del quebrado (cfr. arts. 1.325 *in fine* LEC, en relación con el 1.017 CCom de 1829) y en aquellos Juzgados de las localidades donde el deudor tenga establecimientos mercantiles; y se *insertarán* en los periódicos oficiales de la plaza o de la provincia. Junto a ello, la publicidad en el *Boletín Oficial del Estado* sólo se producirá «si el Juez lo estima conveniente en atención a las circunstancias de la quiebra». También el artículo 8 LSP establece, respecto del auto de declaración del estado legal de suspensión de pagos, la publicidad que el Juez estime conveniente, si bien, en este caso, la conveniencia viene determinada por «la importancia del pasivo y el número de acreedores». Tales parámetros delimitadores de la actuación judicial, más concretos en el caso de la suspensión de pagos, pueden servir, a su vez, de orientación al órgano decisor con el fin de aclarar lo que debe entenderse por «circunstancias de la quiebra».

Al lado de esta publicidad extrarregistral discrecional de carácter relativo (pues conlleva parámetros orientadores de la actuación judicial), el artículo 4 LSP regula una publicidad extrarregistral discrecional absoluta en relación con la providencia que admite a trámite la solicitud de suspensión de pagos. Para dicha providencia sólo se exige publicidad «en la forma que el Juez estime conveniente», sin que la decisión judicial se vea orientada por criterio alguno legalmente establecido.

Por último, para la suspensión de pagos, y tanto en el caso de la providencia de admisión a trámite de la solicitud como en el supuesto del auto de declaración del estado de suspensión de pagos, se prevé igualmente una publicidad extrarregistral obligatoria. Dicha publicidad consiste en la comunicación telegráfica a todos los Juzgados de las localidades donde el deudor tenga sucursales, agencias o representantes directos con la finalidad de que se proceda también a la intervención de tales dependencias (cfr. arts. 4.1.º, 6 y 8, último párrafo LSP). *Vid.* M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...* cit., págs. 14 a 16; J. M. SAGRERA TIZÓN, *Comentarios...*, I, cit., págs. 530 a 538, y A. ROJO, *La declaración judicial de la suspensión de pagos*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, Madrid, 1992, págs. 89 a 148, en especial págs. 146 y 147.

(5) Si el deudor es una persona física, el artículo 46 del RRC prevé la inscripción al margen del folio de nacimiento de una serie de hechos, entre los que se encuentran «las declaraciones de concursos, quiebra y suspensión de pagos» (cfr. art. 1.5.º LRC). A estos efectos, el artículo 178 del RRC exige la inscripción de la providencia por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos y del auto declarando ese estado. Esta última inscripción habrá de precisar además el carácter de la insolvencia —provisional o definitiva— (art. 8 LSP) y los límites que el Juez fije a la capacidad del suspenso (art. 6 LSP). También se prevé la inscripción del auto por el que se aprueba el convenio en la suspensión y de la declaración de rehabilitación del concursado o quebrado, expresando respecto de éste si es general o limitada (cfr. arts. 920 a 922 CCom de 1885 y 1.168 y 1.175 CCom de 1829). En todos estos casos se remitirá por el Juzgado respectivo testimonio de la providencia o del auto al Registro civil del lugar de nacimiento a fin de que quede constancia de la declaración correspondiente.

(6) Si el deudor posee bienes inmuebles procederá la anotación preventiva de la correspondiente solicitud de concurso, quiebra o suspensión de pagos en el Registro de

posible concurrencia de estos medios de publicidad con la inscripción en Registros especiales, hemos de señalar que en el Derecho español, a diferencia del italiano, no se prevé la existencia de un Registro especial de quebrados (7) y, aunque la Ley de Suspensión de Pagos exige la anotación

la Propiedad (arts. 42.5.º LH y 142 RH). También se exige expresamente el reflejo registral de la providencia que admite a trámite la solicitud de suspensión (art. 4 LSP) y del auto aprobatorio del convenio (art. 17 LSP). Al mismo tiempo, serán objeto de anotación preventiva las resoluciones judiciales no firmes que declaran el concurso o la quiebra (art. 166 4.º RH), ya que las declaraciones de concurso o quiebra, una vez firmes, serán inscribibles (arts. 2.4.º LH y 10 RH). De ello se deriva que a partir no ya de la inscripción, sino de la mera anotación preventiva de las resoluciones judiciales de concurso o quiebra, podrá producirse el cierre del Registro respecto de todos los actos de disposición que no sean otorgados por la representación de la masa. El Registrador deberá denegar toda inscripción relativa a actos del quebrado posteriores al momento de la declaración judicial de quiebra, aunque dicha declaración aún no sea firme (cfr. arts. 878.1 CCom de 1885 y 1.035 CCom de 1829). Pero, además, en el caso de la quiebra el Registrador deberá rechazar toda inscripción relativa a actuaciones del propio quebrado posteriores a un momento anterior a aquel en que ésta es judicialmente declarada. De manera que será denegada la inscripción de todo acto posterior al momento en que se fija la fecha de retroacción (arts. 878.2 CCom de 1885 y 1.036 CCom de 1829), fecha que forma parte del contenido del auto declaratorio (art. 1.024 CCom de 1829) (vid. sobre estos extremos M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...* cit., págs. 87 y 88). En las suspensiones de pagos, en cambio, la administración de los bienes se verá sometida a las limitaciones que acuerde el Juzgado y, en su defecto, al consentimiento de los interventores (art. 6 LSP).

(7) En el Derecho italiano (art. 50 de la *Legge Fallimentare*, en adelante LF) se ordena la existencia de un *Registro público de quebrados* a cargo de la secretaría de cada Tribunal (sin embargo, dicho Registro aún carece de normas reguladoras, por lo que el nombre de los quebrados se sigue inscribiendo en el *albo dei falliti* —art. 697 del *Codice* de 1882—). Su conveniencia y, sobre todo, los efectos que genera la inscripción en este Registro son objeto de controversia. Algunos defienden la permanencia de la institución ante la necesidad de que el público en general (no sólo los acreedores y los terceros interesados) conozca la deficiente actuación desplegada por el empresario insolvente. Para otros, la figura, en el límite de la constitucionalidad, es sólo residuo de una concepción de la quiebra ya superada en la que ésta aparece ligada directamente a la conducta fraudulenta del deudor. Conforme a aquella concepción del derecho histórico, el origen de la insolvencia se hallaría en la actuación del comerciante, de modo que la inscripción del quebrado en el libro público con la finalidad de que su estado pudiera ser por todos conocido se configuraba como una consecuencia personal de la declaración judicial de quiebra (en este sentido, el «libro de quebrados» se llegó a asimilar por algunos estatutos a la llamada «pena de la pintura infamante»; vid. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padua, 1964, págs. 133 y 134). Por otro lado, la nota de la infamia que algunos aún consideran pareja a la inscripción en el Registro de quebrados, en cuanto relativa al patrimonio moral de la persona física, resultaría incompatible con las sociedades mercantiles. Sin embargo, la mayoría de la doctrina en Italia viene considerando obligatoria la inscripción en este Registro de los empresarios sociales. En cualquier caso, se señala que ante el nuevo prisma que ofrecen los procedimientos de crisis económica no cabe sino cuestionar la subsistencia de criterios propios de los orígenes estatutarios de la institución. Vid. G. DE FERRA, *Degli effetti del fallimento per il fallito*, Commentario Scialoja/Branca alla *Legge Fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano y G. Santini. Arts. 42-50, Bologna/Roma, 1986, págs. 180 a 183.

de la providencia que admite a trámite la solicitud de suspensión en un Registro especial que se llevará en cada Juzgado (art. 4 *in fine* LSP), no es este el lugar más adecuado para adentrarse en su estudio. Como tampoco es nuestra intención abordar ahora los problemas específicos que plantea la publicidad de los procedimientos concursales mercantiles en cada uno de los Registros públicos (8). De manera que en las páginas que siguen nos limitaremos a ofrecer una exposición de las líneas generales de funcionamiento de la publicidad registral mercantil de las suspensiones de pagos y las quiebras, señalando algunas de las principales cuestiones que sugiere la normativa contenida en el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1547/1989, de 29 de diciembre (arts. 284 a 289).

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DERECHO EN VIGOR

Tradicionalmente, el derecho español ha prestado escasa atención a la publicidad registral mercantil de los procedimientos de suspensión de pagos

Con respecto a los efectos de la inscripción en el Registro de quebrados, la doctrina ofrece dos posturas enfrentadas. La primera mantiene el *carácter constitutivo de la inscripción* respecto de una suerte de incapacidad de naturaleza accesoria. De la sentencia declarativa de la quiebra derivaría directamente la necesidad de inscripción del nombre del quebrado en el Registro de quebrados. En virtud de esa inscripción se producirían determinadas limitaciones de derechos del quebrado que se pueden considerar de menor trascendencia respecto del procedimiento (de ahí su carácter accesorio), en tanto que ni se establecen en función del mismo ni se dirigen a garantizar su desarrollo. Estas limitaciones no vienen acogidas en la *Legge Fallimentare*, sino en leyes especiales o en el propio *Codice Civile* (arts. 348.5.º y 2.382). Al mismo tiempo, junto a estas limitaciones, que sólo se eliminan mediante una declaración especial de rehabilitación, coexisten otras de mayor trascendencia que derivarían automáticamente de la sentencia declarativa de la quiebra y se extinguen con la cesación del procedimiento (arts. 48 y 49 LF) (vid. F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, págs. 276 a 279; para este autor, la rehabilitación del quebrado tiene por objeto inmediato la cancelación de su nombre del Registro de quebrados, de manera que la rehabilitación se produciría respecto de todo sujeto declarado en quiebra cuyo nombre haya sido inscrito en ese Registro, ya se trate de una persona física o jurídica).

En cuanto a la segunda de aquellas concepciones en torno a los efectos de la inscripción en el Registro de quebrados, los autores consideran que la inscripción tiene *carácter declarativo de mera publicidad-noticia*, si bien, para algunos, frente a la inscripción, la cancelación del nombre del quebrado del Registro, ordenada por la sentencia de rehabilitación (art. 142.3.º LF), sí tendría eficacia constitutiva; vid. P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, págs. 300 y 301.

Cabe señalar, por último, que en la proyectada reforma del derecho de quiebras en Italia se mantiene sustancialmente este instituto a través de la creación de un *Registro de insolventes*.

(8) Vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., págs. 63 a 119 y 121 a 136. También C. M. HERNÁNDEZ CRESPO, «Publicidad registral de la suspensión de pagos», *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991, págs. 815 y sigs.

y quiebra. Ello sitúa a la legislación española en franco contraste con otras legislaciones europeas, como, por ejemplo, la centenaria *Konkursordnung* alemana (9) o el Real Decreto italiano de 16 de marzo de 1942 —la denominada *Legge Fallimentare*— (10).

Aunque la limitada atención del ordenamiento español a la publicidad registral mercantil de esos procedimientos se explica en gran medida, y

(9) El ordenamiento alemán impone al lado de la notificación particular, dirigida a una o más personas determinadas implicadas directamente en el procedimiento concursal, una notificación al público (*vid.* en este sentido la identidad de razón existente entre publicidad y notificación al público en A. PAVONE LA ROSA, *Il Registro delle imprese*, Milano, 1954, págs. 57 a 68) por medios extrarregistrales y registrales, y respecto de una serie de disposiciones susceptibles de generarse a lo largo del concurso (*cfr.* párrafos 81, 93, 98, 111, 116, 151, 163, 179, 198, 203 y 205 de la *Konkursordnung*, en adelante KO). De la publicidad registral se ocupan esencialmente los párrafos 111 a 116 KO y, en concreto, el párrafo 112 se dedica a las inscripciones en el Registro Mercantil (*Handelsregister*) (*vid.* HESS/KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, Darmstadt, 1985, págs. 348 a 354, MENTZEL/KUHN, *Konkursordnung*, München, 1976, págs. 541 a 548). A su vez, el párrafo 32 del *Handelsgesetzbuch* (en adelante HGB) exige la inscripción de oficio en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del concurso del empresario individual o social y se hace extensible este mandato tanto a la disposición que anule la resolución de apertura como a aquellas disposiciones que ordenen la suspensión, clausura y reactivación del concurso. *Vid.* R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, 1969, pág. 68, y H. WURDINGER, *Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1953, págs. 343 y 344.

En cuanto al concordato, la *Vergleichordnung* impone la inscripción en el Registro Mercantil de las resoluciones de apertura (par. 23) y clausura (par. 98 3.º) del procedimiento.

(10) Junto a la publicidad que deriva del Registro de quebrados se sitúa otra publicidad que deriva de la inscripción en el *Registro de empresas*. El artículo 17 LF impone a la secretaría de cada Tribunal la obligación de comunicar al Registro de empresas un extracto de la sentencia declarativa de la quiebra para su inscripción. La inobservancia de esta formalidad determina únicamente la responsabilidad de la secretaría del Tribunal competente (*vid.* F. FERRARA, *cit.*, pág. 221). Al mismo tiempo, objeto de semejante publicidad, en función de la multiplicidad de intereses que se ven afectados por el procedimiento, son: la sentencia que revoca la declaración judicial de quiebra (art. 19 LF), la sentencia que homologa o rechaza el convenio (art. 130 4.º LF), la sentencia que resuelve la apelación contra la anterior (art. 131.3.º LF), la sentencia de rehabilitación (art. 142.3.º LF) y la sentencia de reapertura del procedimiento de quiebra (art. 121 2.º LF). También se prevé publicidad para la solicitud que inicia el procedimiento de rehabilitación. En este caso, aunque en principio sólo se ordena la fijación de dicha solicitud en el tablón de anuncios del Juzgado, el Tribunal, estimando insuficiente esta publicidad, puede exigir otras formas de dar público conocimiento de la solicitud atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Entre esas otras formas cabe que se ordene la inscripción en el Registro de empresas, *vid.* U. SANTARELLI, *Della riabilitazione civile*, Commentario Scialoja/Branca alla *Legge Fallimentare* (a cura di Bricola/Galgano/Santini). Artículos 118-145. Bologna/Roma, 1977, págs. 604 a 606.

Para el concordato preventivo, el Derecho italiano exige la inscripción en el Registro de empresas (art. 166.1.º LF) de la resolución judicial de apertura del procedimiento y dispone la misma publicidad tanto para la sentencia que homologa o rechaza el convenio (art. 180 *in fine* LF) como para la sentencia que resuelve la apelación entablada contra la anterior (art. 183.3.º LF).

especialmente en materia de quiebra, por el propio arcaísmo de las normas, no deja de ser llamativa la ausencia de referencias legales a la publicidad registral mercantil de las suspensiones de pagos y de las quiebras tanto en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (11). Este silencio normativo concluye con el *primer Reglamento del Registro Mercantil*, aprobado por Real Decreto de 21 de diciembre de 1885 (12). El Reglamento establecía que los Jueces que declarasen en quiebra a algún comerciante, sociedad o dueño de buque debían expedir de oficio mandamiento al Registrador para que, por medio de una nota, hiciera constar tal circunstancia en la hoja respectiva y al final de la última inscripción (art. 27). La suspensión de pagos, que ya había alcanzado autonomía institucional frente a la quiebra precisamente en el Código de Comercio de 1885, ni siquiera es mencionada (13).

Con la aprobación del *segundo Reglamento del Registro Mercantil*, por Real Decreto de 20 de septiembre de 1919 (14), se extiende tímidamente

Por último, en la administración controlada son de aplicación los artículos 188.2.º, 181.2.º y 193 1.º LF.

(11) Con respecto al Código de Comercio de 1885, se pone de manifiesto por los autores el hecho de que «no se haya consignado en dicho cuerpo legal que un acto de tanta importancia como la declaración en estado de suspensión de pagos o en quiebra sea obligatorio se inscriba en el Registro Mercantil de la provincia». *Vid.* P. ESTASÉN, «Registro general de siniestros mercantiles», *RGLJ*. 1908, tomo 112, págs. 277 y sigs., en especial págs. 279 y 280.

(12) Este Reglamento surge como una norma provisional destinada a regular la organización y régimen del Registro Mercantil, con estricta sujeción a las disposiciones del Código de Comercio. Así, por un lado, sus escasos 66 artículos presentaban un carácter esencialmente reglamentario de absoluto respeto a la normativa del Código, y por otro, dicha vocación de interinidad marca todo su período de vigencia en el que se pone de manifiesto en repetidas ocasiones la necesidad de aprobar un nuevo y definitivo Reglamento del Registro Mercantil. *Vid.* P. ESTASÉN, «Reforma del Registro Mercantil», *RGLJ*. 1908, tomo 113, págs. 198 y sigs.; también, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Registro Mercantil español (formación y desarrollo)», *Leyes Hipotecarias y Registrales de España Fuentes y Evolución*, tomo IV, CEH, Madrid, 1974, págs. 87 a 94 y 205 a 219.

(13) Ahora bien, el Reglamento presentaba una vía a través de la cual era posible proceder a la inscripción de la suspensión de pagos de las sociedades. En concreto, su artículo 38 preceptuaba que las sociedades debían inscribir «todos los actos, acuerdos, contratos y circunstancias que puedan influir sobre la libre disposición del capital o sobre el crédito (...)», y los autores entendían que esta norma permitía la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos de los socios de una sociedad para declararse en estado de suspensión de pagos. Sin embargo, en la práctica esas inscripciones no se producían. De ahí que algún autor llegue a proponer la vigencia de un Registro general que como organismo de la Administración general del Estado forme parte del Registro Mercantil y en donde consten todos los que han hecho suspensiones de pagos, quiebras y alzamientos de bienes. *Vid.* P. ESTASÉN, «Registro general.», cit., págs. 277 y sigs.

(14) El Reglamento pretendía dar respuesta a la necesidad de una ordenación completa y estable del Registro Mercantil, pero presentaba, al igual que su antecesor, vocación de interinidad, aunque, como aquél, tuvo una larga vigencia, caracterizándose fundamentalmente por su evidente inspiración hipotecaria. *Vid.* A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Registro Mercantil.», cit., págs. 94 a 97 y 290 a 297.

la previsión normativa. Por una parte, se establece la inscripción de la declaración de quiebra o suspensión de pagos del comerciante particular y se especifica el contenido de dicha inscripción; por otra, se atiende al supuesto muy frecuente de que el deudor mercantil común no se halle inscrito. En tal caso se ordena la previa inscripción del mismo en virtud del mandamiento judicial que había de contener las circunstancias necesarias para dicha inscripción (art. 106). En cuanto a las resoluciones judiciales de la suspensión de pagos y del procedimiento de quiebra que debían ser objeto de inscripción, la norma sólo alude a la resolución firme que declara al comerciante en estado de suspensión de pagos o quiebra. Ahora bien, en 1922 entra en vigor la Ley de Suspensión de Pagos que ordena la publicidad en el Registro Mercantil de la providencia judicial que tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos. Esta publicidad resulta conveniente en la medida en que dicha providencia no sólo abre el expediente de suspensión, sino que a ella se anudan las principales consecuencias que el procedimiento genera sobre la esfera jurídica del deudor (art. 4 LSP). Al mismo tiempo, respecto del auto que declara al deudor en estado de suspensión de pagos, la norma sólo exige la publicidad que el Juez estime conveniente según la importancia del pasivo y el número de acreedores (art. 8 *in fine* LSP). Por tanto, parecía que la Ley de Suspensión de Pagos había venido a modificar en punto a la inscripción de estos procedimientos lo dispuesto por el artículo 106 del Reglamento de 1919. Sin embargo, para la doctrina, partidaria de una más completa publicidad de la materia registrable, podía mantenerse la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil del auto que declara al deudor en estado de suspensión de pagos al amparo de la literalidad del propio artículo 106 (15).

El *tercer Reglamento del Registro Mercantil*, aprobado por Real Decreto de 14 de diciembre de 1956 (BOE 7-III-1957) (16), desaprovecha la ocasión para establecer un régimen normativo básico de la publicidad registral mercantil, limitándose a adoptar —con muy ligeras variantes— el modelo de su predecesor. Aunque no pasa desapercibida la sustitución de la referencia a la inscripción por la exigencia de una simple anotación (art. 83).

(15) Vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral* ..., cit., págs. 33 y 42.

(16) Vid. sobre el Reglamento de 1956, J. BOLLAIN ROZALEM, «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDM*, núms. 64, 65 y 69, de 1957-1958, págs. 405 y sigs., 113 y sigs. y 137 y sigs., respectivamente; C. GARCÍA JIMÉNEZ, «Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDN*, julio-diciembre 1957, págs. 213 y sigs., y M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Notas sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDN*, enero-marzo 1958, págs. 261 y sigs. Vid. también M. OLIVENCIA, «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDM*, núm. 74, 1959, págs. 355 y sigs., y, del mismo autor, «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil (nueva terminología y carácter de la inscripción en el Reglamento de 14 de diciembre de 1956)», *RDM*, núm. 71, 1959, págs. 61 y sigs.

La situación descrita ha conducido a la doctrina a ofrecer en los casos de inscripción en el Registro Mercantil de estos procedimientos interpretaciones correctoras de las reducidas fórmulas reglamentarias tanto respecto de los sujetos inscribibles como respecto de las resoluciones objeto de inscripción (17), pues para que este panorama experimente una radical transformación será preciso esperar a las reformas introducidas en 1989.

La *reforma de la legislación mercantil*, acogida en la Ley 19/1989, de 25 de julio, por un lado, dará nueva redacción a los artículos 16 a 24 del Código de Comercio (18), y, por otro, propiciará una modificación del sistema registral mercantil de mayor envergadura. La disposición final 4.^a de la Ley 19/1989 preveía ya la aprobación de un nuevo Reglamento del Registro Mercantil. Dicho Reglamento, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, ha venido a cambiar la propia fisonomía del Registro ofreciéndonos una institución de perfiles nuevos (19). Junto a ello,

(17) La insuficiencia normativa obligó a la doctrina científica a realizar un considerable esfuerzo con el fin de sentar las bases de la publicidad registral mercantil de las suspensiones de pagos y las quiebras. En tal sentido destaca la ya clásica monografía del profesor OLIVENCIA, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963.

(18) Preceptos que fueron objeto de reforma ulterior en la Ley de 21 de julio de 1973, que modificó los títulos II y III del libro primero del Código de Comercio. Esta norma preveía ya la creación de un Registro Central de mero carácter informativo y de un Boletín Oficial del Registro Mercantil que debía ofrecer información suficiente de los datos esenciales del Registro Central. Vid. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Registro Mercantil español...», cit., págs. 492 y sigs. También, A. ROJO, «Los problemas de adaptación del Derecho español al Derecho comunitario en materia de sociedades anónimas», *Rev. Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, núm. 13, Mendoza-Argentina, 1987, págs. 173 y sigs., en especial 194 a 199.

(19) La Primera Directriz comunitaria de 9 de marzo de 1968 sólo obligaba a la modificación del sistema de publicidad registral respecto de las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones, y en nada afectaba al empresario individual y a las sociedades colectivas y comanditarias simples. Ahora bien, la reforma parcial hubiera conducido a la coexistencia de dos regímenes registrales mercantiles: uno general, para los empresarios individuales y las sociedades colectivas y comanditarias simples, y otro especial, para las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones; y esta solución es valorada negativamente por los autores tanto desde un punto de vista práctico como puramente teórico. La doctrina científica defiende la necesidad de que en el legislador español aprovechara la ocasión de introducir la Primera Directriz para proceder a una reforma global del derecho registral mercantil. Reforma que debía hacerse bajo el signo de la unidad de régimen (vid. A. ROJO, *Los problemas de adaptación...*, cit., págs. 193 a 201). De ahí que se suscite una importante crítica al Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, el cual establecía un doble sistema de publicidad registral para las sociedades al limitar la reforma a las anónimas, limitadas y comanditarias por acciones [vid. J. M. GÓMEZ SEGADÉ, «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del derecho registral mercantil», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, A. ROJO (dir.), Madrid, 1987, págs. 21 y sigs., en especial 27 a 29]. Con todo, en la redacción definitiva del Proyecto de Ley se optó por unificar la

la vigente norma reglamentaria da acogida en sus artículos 284 a 289 a una regulación más detenida de la publicidad registral de las suspensiones de pagos y las quiebras. Tales preceptos tratarán de aportar soluciones a problemas hasta ahora pendientes en torno a esta materia, si bien aún subsisten otros de indudable trascendencia que se mantienen intactos. En este sentido, el análisis de los actuales artículos 284 a 289 del Reglamento del Registro Mercantil exige determinar tanto su ámbito subjetivo de aplicación como las resoluciones que son objeto de inscripción, y muy especialmente los efectos que genera la inscripción de aquellas resoluciones desde el punto de vista de la publicidad material.

normativa sobre las nuevas bases que ofrecía el derecho comunitario, de tal manera que la reforma llega a abarcar el entero sistema del Registro Mercantil y queda enmarcada en el respectivo capítulo del Código de Comercio [vid. para un detenido análisis de los trabajos legislativos que desembocarían en la Ley 19/89, de 25 de julio, E. BELTRÁN, «Hacia un nuevo derecho de sociedades anónimas», *RDBB*, núm. 30, 1988, págs. 329 y sigs. También, sobre la Ley 19/89, A. RECALDE CASTELLS, «El nuevo régimen de las sociedades de capital en Derecho español (nota informativa sobre la reforma de la legislación mercantil)», *Giurisprudenza Commerciale*, 3, Milano, 1990, págs. 404 y sigs.].

En definitiva, en este ámbito, como en tantos otros, se aprovechó la ocasión de incorporar la normativa comunitaria para reformar el derecho interno, transformando en profundidad el régimen registral español (vid. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español», en *RCDI*, LXVI, 1990, págs. 393 y sigs., en particular pág. 396; también C. PAZ-ARES, «La reforma del Registro Mercantil», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de marzo de 1990, págs. 1306 y sigs., en especial págs. 3 y 4; J. D. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación. Los pactos reservados», en *Derecho de Sociedades Anónimas. I. La Fundación*, en homenaje al profesor Girón Tena, Madrid, 1991, págs. 382 a 412, en especial págs. 386 y 387, y L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El nuevo Registro Mercantil. Sujeto y función registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1990, 454 págs.).

Pero si existía unanimidad entre los autores en cuanto a la necesidad de una reforma global del sistema registral, dicho acuerdo no se ha mantenido a la hora de plasmar este propósito en una normativa concreta. En este sentido, aunque lo reciente de la actuación del legislador no ha permitido aún la detenida consideración doctrinal que la materia merece, ya se han puesto de manifiesto antiguas dudas en torno al propio acierto de la normativa comunitaria y la concurrencia de algunas deficiencias en la adaptación, al tiempo que se señala también la tendencia a un cierto abuso en el desarrollo reglamentario posterior, el carácter un tanto apresurado de la reforma y, a nivel práctico, los problemas que puede originar la compleja organización material que ha debido desplegarse para que el nuevo Registro funcione (vid. R. GARCÍA VILLAVERDE, «La reforma del Registro Mercantil», *La Ley*, 2, 1990, págs. 1180 y sigs., en particular págs. 1181 y 1182).

II. SUJETOS INSCRIBIBLES

1. SUSPENSIÓN DE PAGOS Y QUIEBRA DEL EMPRESARIO INSCRITO

El Reglamento del Registro Mercantil de 1989 ordena la inscripción de determinadas resoluciones judiciales dictadas en el seno de los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos «en la hoja abierta a cada empresario individual, sociedad o entidad inscribible» (arts. 284 y 285) (20).

1.1. *El empresario social: las nuevas «entidades inscribibles»*

Frente al derecho anterior, *los nuevos preceptos registrales exigen, de forma expresa, la inscripción de los procedimientos concursales mercantiles respecto del empresario social.* Las disposiciones reglamentarias previgentes (arts. 106 RRM de 1919 y 83 RRM de 1956) únicamente establecían la publicidad registral de estos procedimientos en relación con el comerciante individual, de manera que se hacía preciso acudir a la analogía para imponer al empresario social la obligación de la publicidad.

El Reglamento de 1956 sólo se ocupaba de la quiebra del empresario social en su artículo 139. Dicho precepto exigía en las sociedades colectivas y comanditarias el consentimiento unánime de todos los socios colectivos para inscribir la disolución; pero, al mismo tiempo, establecía algunas excepciones a esta regla general. Entre esas excepciones se hallaba el supuesto de la declaración de quiebra de la sociedad o de alguno de los socios colectivos, ya que, en tal caso, para inscribir la disolución se estimaba suficiente el testimonio judicial de la declaración de quiebra (21). Ahora

(20) *Vid* en tal sentido los artículos 87.8.º y 97.11 RRM.

(21) Una disposición semejante contenía el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 (art. 144). La diferencia fundamental entre ambos preceptos estribaba en que el Reglamento de 1956 aludía a la disolución por quiebra de la sociedad o de alguno de los socios colectivos, mientras que el de 1919 sólo se refería a la declaración de quiebra de uno de los socios colectivos. Este último Reglamento se ocupaba de la quiebra de la sociedad únicamente en el supuesto de las anónimas, en cuyo caso no exigía el correspondiente acuerdo de la Junta general adoptado con los requisitos del artículo 168 del Código de Comercio, sino que para inscribir la disolución de la compañía estimaba suficiente el testimonio judicial de la declaración de quiebra.

Por su parte, el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 dispone que para inscribir la disolución de las sociedades colectivas y comanditarias simples se precisa la escritura pública otorgada por todos los socios colectivos, salvo que se den tres supuestos: que la disolución de la sociedad se hubiera declarado en virtud de sentencia firme; que la disolución se deba a la quiebra de la sociedad o de cualquiera de los socios colectivos, o que la disolución se produzca por muerte o declaración judicial del fallecimiento de un socio colectivo. En caso de quiebra de la sociedad o de cualquiera de

bien, de esta norma no era deducible una obligación genérica de publicidad registral del procedimiento de quiebra respecto del empresario social, en la medida en que se partía de la conexión entre la quiebra y la disolución de la sociedad; y si en las sociedades personalistas la declaración de quiebra accede al Registro en cuanto conlleva la disolución de la sociedad, para las sociedades de capital ni siquiera puede mantenerse aquella conexión entre la quiebra y la disolución de la compañía (22). De manera que la laguna

los socios colectivos, la inscripción se practicará en virtud de testimonio de la resolución judicial firme que declare la quiebra (art. 206.2.º, 3.º y 4.º).

(22) Conforme al Reglamento del Registro Mercantil de 1919 podía entenderse que si la disolución de la sociedad colectiva, comanditaria o anónima se debía a la quiebra de la compañía, el título inscribible lo constituía el testimonio del auto de declaración de quiebra (cfr. arts. 144 y 145 RRM de 1919). Pero con el Reglamento de 1956 (art. 140) y con el de 1989 (art. 206.1) desaparece aquella conexión entre la quiebra y la disolución de la sociedad anónima. Sólo para las sociedades personalistas se mantiene la posibilidad de que en caso de disolución por quiebra, a la hora de inscribir la disolución sea suficiente el testimonio de la resolución judicial que declare la quiebra (*vid.* al respecto M. OLIVENCIA, *Publicidad registral*, .. cit., págs. 21 y sigs.). Ello parece avalar la interpretación de que únicamente respecto de las sociedades colectivas y comanditarias simples la quiebra produce la disolución de la sociedad de pleno derecho. Para inscribir la disolución de estas sociedades se precisa como regla general el consentimiento unánime de todos los socios colectivos. Ahora bien, si la disolución obedece a la declaración judicial de quiebra de la compañía es suficiente con el testimonio de la resolución judicial firme que declare la quiebra. Esta excepción parece fundarse en el hecho de que la quiebra produce *ope legis* la disolución de las sociedades colectivas y comanditarias simples. Además, por otro lado, el propio tenor literal de las disposiciones del Código de Comercio ampara dicha interpretación (arts. 221 y 222) (*vid.* J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 627 y 628. También, E. BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991, pág. 144, y A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones*, .. cit., págs. 244 a 255). Para las sociedades de capital, en cambio, la quiebra sólo lleva aparejada la disolución de la sociedad cuando así lo acuerde expresamente la Junta general (arts. 260.2.º LSA y 30 LSRL) (*vid.* A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones*, .. cit., págs. 248 y 249). Al mismo tiempo, la doctrina ha puntualizado que en las sociedades anónimas la quiebra no es causa de disolución en sentido estricto, ya que no pone en marcha el mecanismo legal que exige la concurrencia de la causa más el acuerdo ordinario de la Junta. La declaración judicial de quiebra sólo faculta a la Junta general para acordar o no la disolución de la sociedad. En base a ello se mantiene que la quiebra constituye una causa facultativa de disolución (art. 260.2.º LSA), en contraposición a las demás que serían causas obligatorias (art. 260.1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º LSA) [*vid.* E. BELTRÁN, *La disolución*, .. cit., págs. 144 a 148, y R. URÍA, A. MENÉNDEZ y E. BELTRÁN, «Disolución y liquidación de la sociedad anónima (arts. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, XI, Madrid, 1992, págs. 49 a 51. También N. MUÑOZ MARTÍN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Valladolid, 1991, pág. 159]. Por tanto, en caso de disolución de la sociedad por quiebra el título inscribible no es el testimonio del auto de declaración de quiebra, sino la escritura de disolución otorgada al amparo del correspondiente acuerdo de la Junta (*vid.* R. BLANQUER, «La disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad», *AAMN*, XXX, vol. I, 1991, págs. 413 a 559, en especial págs. 468 y 469. También E. BELTRÁN, *La disolución*, .. cit., pág. 50).

legal obliga a una interpretación extensiva del artículo 83 del Reglamento de 1956 con el fin de extender al empresario social la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil de la declaración de quiebra. Esta interpretación imponía a los Jueces ante los que se tramitaran autos relativos a la quiebra de un empresario social la obligación de expedir al Registrador Mercantil el correspondiente mandamiento de inscripción (23). Al mismo tiempo, para la suspensión de pagos la solución se hallaba en torno a los artículos 4.º y 1.º de la Ley de Suspensión de Pagos, que permiten exigir por igual al empresario individual y al social el trámite de la publicidad (24). Será preciso esperar al Reglamento de 1989 para que se recoja expresamente la necesidad de inscripción de determinadas resoluciones de las suspensiones y de las quiebras en la hoja abierta a cada sociedad (arts. 284 y 285).

Del Reglamento del Registro Mercantil (arts. 284 y 285) también es posible deducir que *el ámbito subjetivo de la publicidad registral de las suspensiones y de las quiebras no se agota con la referencia al empresario individual y social, sino que se amplía a las nuevas «entidades inscribibles»*; sujetos a los que no hacían referencia las disposiciones reglamentarias anteriormente vigentes.

A nuestro entender, la finalidad de esta extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la publicidad registral puede hallarse en un intento de abarcar la nueva base subjetiva que ofrecen los artículos 16 del Código de Comercio y 81 del Reglamento del Registro Mercantil. Frente a la reducida enumeración de su precedente, el actual artículo 16.1.º del Código de Comercio recoge una lista de sujetos inscribibles innovadora tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Desde la perspectiva cuantitativa, esa enumeración no sólo es más larga, sino que se hace más pormenorizada y precisa en el artículo 81 del nuevo Reglamento (25). Desde la cualitativa, al suprimir la referencia a los buques y a las aeronaves, el Registro Mercantil se convierte definitivamente en un Registro de personas (26). En base a ello, la inscripción de esas resoluciones judiciales de la suspensión y de la quiebra será exigible tanto respecto del empresario individual y social como respecto de las entidades sujetas a inscripción con

(23) Vid. M. OLIVENCIA. *Publicidad registral...*, ob. cit., págs. 27 y 28.

(24) Con excepción de las empresas de ferrocarriles y demás obras públicas de los artículos 930 y sigs. del Código de Comercio, excepción que subsiste en la actualidad. Vid. J. M. SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, ob. cit., I, pág. 538.

(25) Si bien puede suscitar problema en torno a su carácter taxativo: vid. R. GARCÍA VILLAVEDE, *La reforma...*, cit., págs. 1184 y 1185.

(26) Esta necesidad fue puesta de relieve inicialmente por J. GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», *RCDI*, núm. 70, octubre de 1930, págs. 737 y sigs., en particular pág. 755.

arreglo a los artículos 16 del Código de Comercio y 81 del Reglamento del Registro Mercantil.

Ahora bien, esta sencilla afirmación entraña en sí misma importantes controversias. Al exigir la inscripción de los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos respecto de entidades como las sociedades de garantía recíproca, las instituciones de inversión colectiva, los fondos de pensiones, las cooperativas o las agrupaciones de interés económico, el Reglamento parece reconocer la capacidad para quebrar de estos entes. De tal manera que en la tradicional discusión doctrinal acerca de si tales sujetos de derecho y conjuntos patrimoniales deben o no someterse al estatuto del empresario, el Reglamento viene a tomar partido en favor de la aplicación de los procedimientos concursales mercantiles a todos los sujetos inscribibles con arreglo a su artículo 81, aproximándose así a aquella tendencia favorable a la naturaleza mercantil de estas entidades y a la aplicación a las mismas de las normas mercantiles.

Pero al mismo tiempo es posible constatar que el Reglamento no ha sido plenamente coherente con este criterio deducible de sus artículos 284 y 285 en relación con el artículo 81. En otros lugares del texto el legislador reglamentario no se ha pronunciado de forma clara sobre cuestiones paralelas cuando ha tenido ocasión de hacerlo, sembrando de nuevo la duda en lo que parecía una clara opción en favor del proceso de mercantilización de algunas de aquellas entidades. Así, para determinados sujetos del artículo 81 (sociedades de garantía recíproca, art. 213, cooperativas de crédito, mutuas y cooperativas de seguros, y entidades de previsión social, arts. 218 y 221) el Reglamento exige la inscripción de los actos recogidos en el artículo 94, entre los que se hallan las suspensiones de pagos y las quiebras; sin embargo, junto a ello introduce una salvedad, en el sentido de que en la hoja abierta a dichas entidades sólo se inscribirán los actos que resulten «compatibles con su específica regulación». De ahí la necesidad de determinar la compatibilidad de los actos del artículo 94 con la regulación específica de esas entidades y, en definitiva, de aclarar las dudas en torno a su capacidad para quebrar, pues si en algunos casos el ordenamiento ha reconocido la aplicación a estos sujetos de los procedimientos de quiebra y suspensión, ese reconocimiento legal no ha resuelto todos los debates en torno a su naturaleza jurídica. Un claro ejemplo lo constituyen las cooperativas.

Las sucesivas leyes generales de 19 de diciembre de 1974 y 2 de abril de 1987 han establecido la aplicación a las cooperativas de los procedimientos concursales mercantiles (arts. 46.6.º y 115). Pero el reconocimiento de su capacidad para quebrar en el plano legislativo general no se ha traducido en un reconocimiento parejo de su carácter mercantil, al menos no de forma pacífica. Desde esta perspectiva cabe entender que la aplicación del estatuto del empresario y, en concreto, la atribución de la capacidad para quebrar

no conlleva sin más el reconocimiento de la mercantilidad, ya que es posible que nos hallemos ante una nueva excepción al principio general de que sólo quiebran los comerciantes (cfr. art. 874 CCom de 1885). De este modo las cooperativas se situarían en el mismo lugar que la Ley reserva a los socios colectivos de las sociedades colectivas y comanditarias (cfr. art. 923 CCom de 1885) (27) y que la doctrina ha ampliado a favor de las sociedades civiles en forma mercantil (28): las sociedades cooperativas se verían sometidas a la quiebra, con independencia de que tuvieran o no la cualidad de comerciantes (29). Frente a esta concepción se alzan algunos argumentos importantes: el primero pone de manifiesto que el artículo 923 del Código de Comercio, como excepción a la regla general que exige la condición mercantil del deudor, debe ser objeto de interpretación restringida (30). El segundo alude al hecho de que tal y como han venido regulándose las cooperativas en el Derecho positivo, difícilmente se hallará base legislativa suficiente para negar su carácter mercantil (31). De tal forma que la aplicación a las cooperativas del estatuto del empresario y, en concreto, el reconocimiento de su capacidad para quebrar se produciría en función de su mercantilidad. Esto no obstante, la jurisprudencia, aunque ha reconocido el carácter empresarial de las cooperativas y la aplicación a las mismas de los procedimientos de quiebra y suspensión, no parece aceptar, en cambio, su naturaleza mercantil (32).

(27) La quiebra de la sociedad constituye el único presupuesto necesario para la quiebra de los socios sean o no comerciantes. *Vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», *RDM*, XXI, núm. 59, 1956, págs. 7 a 50, en particular págs. 35 y 36. también, M. BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pág. 651, nota 1. y, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 10 de marzo de 1986 (*RJC*, 1986, pág. 716). que al configurar la quiebra como procedimiento concursal propio de los comerciantes introduce la salvedad del artículo 923 del Código de Comercio.

(28) *Vid.* R. URÍA, «Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades», *RDM*, 1946, II, núm. 4, págs. 7 a 60, en particular págs. 11 y 12.

(29) *Vid.* J. GÓMEZ CALERO, «Sobre la mercantilidad de las cooperativas», *RDM*, núm. 135-136, 1975, págs. 301 y sigs., en particular págs. 335 a 337.

(30) En este sentido, a la doctrina favorable a la quiebra de las sociedades civiles en forma mercantil se ha opuesto no sólo la evidencia de que se trata de una opinión muy discutida, sino que la aplicación analógica del artículo 923 del Código de Comercio iría en contra de principios fundamentales del ordenamiento. *Vid.* J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1976, págs. 313 a 315.

(31) *Vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, *Los conceptos de sociedad y empresa en la Ley de Cooperativas*, libro-homenaje a ROCA SASTRE, II, págs. 493 a 524, en particular págs. 513 a 516; también R. URÍA *Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 500.

(32) *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1990, comentada por R. GAYA SICILIA en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1990, núm. 22, págs. 249 y sigs. Para el Tribunal Supremo las cooperativas constituyen un «tipo especial de sociedades», a las que puede calificarse como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, y, por tanto, sin que les sea atribuible definitivamente una

Por otra parte, las dudas no se suscitan únicamente en el ámbito de la legislación estatal, sino que abarcan también a la ordenación autonómica sobre cooperativas. La Ley vasca de Cooperativas (1/1982, 11 febrero, art. 54) contiene una declaración semejante a la Ley General de Cooperativas y dispone que a las mismas «les será aplicable la legislación mercantil y procesal sobre suspensión de pagos y quiebra». En cambio, las Leyes catalana (4/1983, 9 marzo), andaluza (2/1985, de 2 de mayo) y valenciana (11/1985, 25 octubre), en sus respectivos artículos 72, 74 y 67.1.º, consideran aplicable a las cooperativas «la legislación concursal del Estado» o «la legislación concursal general». La divergencia de contenidos no pasa desapercibida. Esta divergencia permite entender que las cooperativas vascas estarán sujetas a la normativa mercantil sobre suspensiones y quiebras, mientras que las cooperativas catalanas, andaluzas y valencianas se verán sometidas a la legislación concursal general, esto es, tanto a las normas mercantiles como a las civiles, tanto a la suspensión de pagos y la quiebra como al concurso de acreedores o al beneficio de la quita y espera. Con lo cual se estarían propiciando razonables dudas en torno a la verdadera naturaleza jurídica de estos entes (33).

naturaleza mercantil o civil. Según el Alto Tribunal, el propio texto constitucional contribuye a esta interpretación al no reconocer competencia exclusiva al Estado en materia de sociedades cooperativas, con lo que deja el campo libre a la legislación autonómica. Si la distribución competencial se hubiera realizado atendiendo al carácter civil o mercantil de la cooperativa, la competencia sería exclusivamente estatal. Por tanto, parece que la propia Constitución prejuzga la naturaleza jurídica de las sociedades cooperativas y contribuye a su configuración como sociedad especial o *sui generis*.

Al mismo tiempo, un minoritario sector de la doctrina considera que la regulación actual sobre cooperativas implica la extensión del Derecho Mercantil a sectores que aún le son ajenos. Para estos autores, del análisis del régimen jurídico aplicable a las cooperativas es posible deducir que nos hallamos ante verdaderos empresarios, pero no ante verdaderos empresarios mercantiles (vid. M. BROSETA, *Manual*., cit., pág. 694).

Junto a ello, no falta quien se manifiesta abiertamente en contra del carácter mercantil de las cooperativas (vid. F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 2º (3.ª ed.), Barcelona, 1991, págs. 1020 y 1021. Para este autor no se puede hablar de sociedades porque las cooperativas carecen de ánimo de lucro. Ahora bien, no parece que este sea argumento suficiente para negar su carácter mercantil, ya que la finalidad lucrativa no es esencial al concepto de sociedad. vid. en este sentido F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., págs. 156 y 157, y especialmente C. PAZ-ARES, «Animo de lucro y concepto de sociedad», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en homenaje al profesor J. Girón Tena. Madrid, 1991, págs. 729 y sigs.).

(33) Esta contradicción se pone de relieve por A. ROJO, «La crisis de las cajas rurales», *RDBB*, núm. 17, 1985, pág. 45, nota 73. IDEM, «Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias», en AA.VV., *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*, Madrid, 1988, págs. 253 y 254. Para este autor la fórmula utilizada por esas leyes autonómicas puede ser consecuencia de la proyectada reforma del derecho concursal que se inicia en esos años y en la que desaparecen las diferencias entre los procedimientos concursales vigentes, los cuales quedan sustituidos por uno solo: el concurso de acreedores. No es

En todo caso, como se ha dicho, parece claro que en el supuesto de las cooperativas «los puntos concretos más importantes deducibles de la mercantilidad —los del *status*— aparecen resueltos, pero en forma dubitativa y poco clara» (34), de manera que toda esa imprecisión normativa puede conducir a interpretaciones que llaman poderosamente la atención (35). Por otra parte, si la situación descrita respecto a la regulación vigente en materia de cooperativas es susceptible de una destacada problemática, aún pueden originarse mayores inconvenientes cuando se carece del dato legal, como en el caso de las mutuas o las cajas de ahorro (36).

Ahora bien, no debe olvidarse que al margen de las dudas expuestas derivadas de la falta de claridad normativa (fenómeno, por otra parte, muy frecuente cuando nos hallamos ante la maraña legislativa del Derecho concursal español), normalmente las crisis de aquellas «entidades inscribibles» no se verán reconducidas hacia soluciones concursales, sino hacia mecanismos paraconcursales de saneamiento, que pasan por la aplicación de la llamada «legislación de salvamento» (a nivel sectorial —de reconversión y reindustrialización— y de carácter mixto —público y privado— para el ámbito bancario y el de seguros) (37).

difícil, pues, suponer que con la amplitud de aquellas expresiones («legislación concursal del Estado» y «legislación concursal general») el legislador autonómico pretendiera adaptarse a la reforma prevista, que finalmente no llegó a promulgarse. *Vid.* sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 AA VV., «Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal». *Rev. Fac. de Derecho Universidad Complutense*, monográfico 8, 1985

(34) *Vid.* J. GIRÓN. *Derecho de sociedades*. I. cit., págs. 94 y sigs., en especial págs. 11 a 114. Según este autor, «sería de desear una interpretación que generalizara la aplicación aquí del concepto de «comerciante por razón de la forma».

(35) *Vid.* en este sentido la solución que el Tribunal Supremo ofrece en la Sentencia de 24 de enero de 1990 y el comentario a la misma de R. GAYA SICILIA, cit., pág. 258.

(36) *Vid.* F. VICENT CHULIÀ *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, (3.ª ed.), Barcelona, 1991, pág. 847. *Vid.* también J. M. SAGRERA TIZÓN, *Comentarios...*, cit., I, págs. 214 a 222. Recientemente, sobre el sometimiento de estas entidades a las interdicciones legales previstas para los quebrados, A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones...*, cit., págs. 179 a 184.

En lo que respecta a las Cajas de Ahorro, *vid.* especialmente A. ROJO, *Las crisis de las Cajas...*, ob. cit., págs. 44 a 46, y del mismo autor, *Aspectos civiles y mercantiles...*, cit., págs. 245 a 256. Frente al silencio legal, el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 se muestra partidario de la aplicación de la legislación concursal mercantil a las Cajas de Ahorro (art. 234-11).

(37) *Vid.* A. ROJO, «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», *AAMN*, XXIV, 1980, págs. 253 y sigs.; *IDEM*, «El estado de crisis económica», en *La reforma del Derecho de quiebra*, Jornadas de la Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, págs. 121 y sigs.; y del mismo autor, *La crisis de las Cajas...*, cit., págs. 1 y sigs., y *Aspectos civiles y mercantiles...*, cit., págs. 217 y sigs.

1.2. *El empresario individual: la ampliación de las «fronteras naturales» del Registro Mercantil*

Las innovaciones de los artículos 284 y 285 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 no concluyen con la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la publicidad registral ni con la referencia al empresario social. En este sentido, *la nueva fórmula del «empresario individual»* que recoge tanto el propio Código de Comercio (art. 19) como el Reglamento se manifiesta en claro contraste con el derogado artículo 16 del Código de Comercio o con la rúbrica del Título II del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, relativa a la inscripción de «comerciantes o empresarios mercantiles individuales». La supresión del término «mercantiles» de la totalidad del articulado del Registro parece extender la posibilidad de inscribirse en el Registro Mercantil y, en consecuencia, de aprovecharse de los efectos legales de la inscripción a todos los empresarios individuales, sean o no mercantiles. De esta manera, el Registro vería ampliadas sus fronteras naturales, pasando de ser un Registro de «comerciantes» a ser un Registro de «empresarios individuales» (38).

En el plano de la publicidad registral de los procedimientos concursales mercantiles, la referencia al «empresario individual» puede resultar problemática. Los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra exigen la cualidad mercantil del deudor. Esta cualidad se advertía en el comerciante, que necesariamente era mercantil, pero se discute respecto de algunos empresarios; así ocurre, como acabamos de ver, con las cooperativas, pero también con el empresario agrícola o el artesano (pequeños empresarios cuyo sometimiento al *status* del comerciante, y en concreto a las disposiciones sobre suspensión de pagos y quiebra, puede parecer gravoso y, en buena medida, desproporcionado) (39). Sin embargo, si entendemos que la

(38) Vid A MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La primera Directiva...*, cit., págs. 405 y 406, y R GARCÍA VILLAVEDE, *La reforma...*, cit., pág. 1185. También E. BELTRÁN, *Hacia un nuevo derecho...* ob. cit., pág. 338.

(39) En el Derecho italiano el criterio que se ha venido utilizando para determinar la aplicación de los procedimientos de concordato preventivo y quiebra respecto de los *piccoli imprenditori* es un criterio dimensional, que resultaba de la combinación de dos elementos, uno cuantitativo y otro cualitativo. El primero, derivado del artículo 1.º de la LF; el segundo, derivado del artículo 2.083 del *Codice Civile*. Con arreglo a estos criterios, el empresario agrícola o el artesano se veían exentos de los procedimientos de concordato o quiebra cuando ejercitaban una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio o de su familia y, al mismo tiempo, no poseían un capital superior a los límites legales establecidos, los cuales, como toda frontera numérica, suscitan problemas de máximos y mínimos. Vid F FERRARA, ob. cit., págs. 109 a 116. Vid, también, sobre la relevancia del criterio dimensional en Derecho español, M. BROSETA, *Manual...*, cit., pág. 693.

En cuanto a la posible contradicción entre las disposiciones del *Codice Civile* y las

publicidad registral mercantil de las suspensiones y de las quiebras es exigible a todo empresario individual, al expandir automáticamente el ámbito de aplicación de esta obligación se estaría reconociendo capacidad para quebrar a todos los empresarios individuales. De tal manera que por esta vía sería posible admitir con carácter general la cualidad de sujetos pasivos de esos procedimientos del empresario agrícola y del empresario artesano.

No obstante, creemos que, por un lado, ni la nueva ampliación de las fronteras registrales ni la supresión del término «mercantiles» de la totalidad del articulado del Registro pueden entenderse como una presunta desmercantilización de la institución (proceso que se habría iniciado con la Ley de Reforma de 21 de julio de 1973) (40); y, por otro, aunque el Reglamento del Registro Mercantil, nuevamente, parece tomar partido en el seno de los debates vigentes en torno a la aplicación del derecho mercantil a determinados sujetos, con ello no se pondrá fin a las divergencias doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales en orden a la naturaleza mercantil de aquellas entidades.

Llegados a este punto, la discusión de cualquier extremo excedería con mucho de las fronteras que atribuimos inicialmente a nuestro análisis. De ahí que, partiendo de los principios generales en vigor, nos limitemos a poner de manifiesto: en primer lugar, que las suspensiones y las quiebras han sido y continúan siendo procedimientos aplicables única y exclusivamente a los comerciantes (arts. 874 CCom de 1885 y 1.º LSP). En segundo lugar, que la cualidad de comerciante no viene determinada por la inscripción en el Registro Mercantil (como veremos más adelante), y en tercer lugar, que el comerciante, hoy empresario, se verá sometido a los procedimientos concursales mercantiles cuando reúna los requisitos de capacidad legal y de habitualidad (art. 1.º CCom). Junto a ello, para las situaciones de conflicto que no sea posible resolver en base a esos principios generales, se hace preciso acudir a los criterios doctrinales y jurisprudenciales en vigor. A la luz de esos criterios, la interpretación de la nueva referencia registral relativa a los «empresarios individuales», en el caso concreto del empresario agrícola o del artesano, debe entenderse en el sentido de que sólo se les atribuye capacidad para quebrar cuando dispongan de una organización económica adecuada o configuren su actividad bajo alguna de las forma societarias mercantiles (41).

normas de la *Legge Fallimentare*, y en definitiva respecto de la «recodificación» que ha sufrido la figura del «*piccolo imprenditore*» a los efectos civiles y mercantiles, vid. G. F. CAMPOBASSO, «La recodificazione del piccolo imprenditore», *Riv. di Diritto Civile*, núm. 4, 1992, págs. 343 a 358, en especial 351 a 353.

(40) Vid. *supra* nota 18. Al respecto destaca J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, cit., pág. 114.

(41) Vid. J. RUBIO, «Sobre el concepto de Derecho Mercantil», *RDM*, IV, núm. 12, 1947, págs. 317 a 380, en particular pág. 339, nota 34, y del mismo autor, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, págs. 106 a 108. También J. M. SAGRERA TIZÓN,

2. SUSPENSIÓN DE PAGOS Y QUIEBRA DEL EMPRESARIO NO INSCRITO

El Reglamento del Registro Mercantil de 1989 regula dos supuestos en relación con el empresario no inscrito: el de la falta de inscripción del empresario individual y el de la sociedad irregular (art. 286.1 y 2).

2.1. *La falta de inscripción del empresario individual*

Respecto del empresario individual, se mantiene el *carácter potestativo de la inscripción* y se suprime cualquier excepción al mismo que no sea la del naviero (art. 19 CCom), al tiempo que se establece la solución para el caso de que esa inscripción no se produzca (art. 286.1 RRM).

Pero la inscripción voluntaria no ha sido el único sistema arbitrado. El Código de Comercio de 1829 (arts. 1 y 11) exigía la concurrencia de tres requisitos constitutivos de la cualidad de comerciante: gozar de la capacidad legal para ejercer el comercio, hallarse inscrito en la matrícula de comerciantes y tener por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil (42). Conforme a esta normativa no podía declararse constituido en quiebra a quien no estuviera matriculado, aunque se dedicara habitualmente al comercio y dejara de cumplir sus obligaciones mercantiles

op. cit., I, pág. 201; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio.... cit.*, II, pág. 785; M. BROSETA, *Manual.... cit.*, págs. 693 y 694, y la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 15 de febrero de 1988, *RGD*, 1988, pág. 2188.

En este sentido también se ha manifestado la reciente reforma del derecho de quiebras portugués llevada a cabo por el Decreto-Ley 132/93, publicado en el *Diario de la República*, núm. 93, de 23 de abril. El nuevo Código de los Procesos Especiales de Recuperación de Empresas en Quiebra ofrece la siguiente definición de empresa. «Se considera empresa, a los efectos de lo dispuesto en la presente norma, toda organización de los factores de producción destinada al ejercicio de cualquier actividad agrícola, comercial o industrial o de prestación de servicios» (art. 2)

(42) En un primer momento, siglos XVII y XVIII, vigentes las Ordenanzas mercantiles, se entiende que la cualidad de comerciante se adquiere por el ejercicio de los actos que le son propios y no está ligada a requisitos de agremiación o inmatriculación. Posteriormente, en el período codificador, frente al Proyecto de Código de Comercio de la Comisión Real de 1828, que manifiesta una clara tendencia subjetiva (art. 2), pero sin unir la cualidad de comerciante a la exigencia de inscripción en matrícula alguna, el proyecto presentado por SAINZ DE ANDINO en 1829, aunque eminentemente objetivo, configura como obligatoria la inscripción en la matrícula de comerciantes. *Vid.* J. RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, págs. 90 y 93, y 116 a 118.

Del Código de 1829 se ha puesto de manifiesto su carácter contradictorio resultante de la conjunción en dicho cuerpo legal de elementos de distinta naturaleza: subjetivos, objetivos y meramente formales; *vid.* A. ROJO, «La codificación mercantil española», en *Centenario del Código de Comercio*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991, págs. 475 a 515, en particular págs. 486 y 487.

(art. 1.014 CCom de 1829). Ello originó que el comerciante de hecho, aquel que comercia sin matrícula, recibiera un trato más favorable que el comerciante matriculado al quedar exento de la aplicación de la legislación concursal mercantil (43). Ante esta práctica la doctrina reacciona, en un principio, a favor de la extensión al comerciante de hecho de las disposiciones sobre suspensión de pagos y quiebra (con el fin de evitar esa mejor condición de que era objeto) (44), y posteriormente la posición doctrinal se verá transferida al plano legislativo con la reforma de 31 de julio de 1878 (45). Dicha reforma reduce los requisitos constitutivos de la condición de comerciante a dos: el de la capacidad legal para ejercer el comercio y el de la ocupación habitual y ordinaria en el tráfico mercantil, y atribuye carácter declarativo al requisito de la inscripción (46). Por tanto, *de iure*, la falta de inscripción ya no impide la aplicación de las normas concursales mercantiles a instancia de parte legítima («desde el momento mismo en que el deudor anuncie a sus acreedores haber suspendido o aplazado el pago de sus obligaciones vencidas»). Pero las innovaciones no se detienen en este punto, y el Código de Comercio de 1885, que se hace eco del principio de libertad profesional, recoge el carácter definitivamente potestativo de la inscripción en el derogado artículo 17 (47). Esta inscripción voluntaria, que se mantiene tras la reforma de

(43) Vid. A. ROJO, «La codificación. », ob. cit., pág. 487.

(44) Vid. P. GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*. Madrid, 1856, nota a las págs. 6 a 10.

(45) La reforma iba dirigida, pues, a «sujetar a los legítimos rigores de la Ley Mercantil al que sin estar matriculado ejerce actos positivos de comercio», ya que «no se ha de permitir que por faltar a sus deberes, que por no inscribirse en la matrícula mercantil, por no pagar lo que le corresponde, puedan obtener los beneficios que se conceden a los que pertenecen a esa clase, eludiendo las disposiciones del Código de Comercio». Vid., en apoyo de la proposición de Ley en reforma de varios artículos del Código de Comercio, *Diario de Sesiones de Cortes*. Senado, 27 de junio de 1877, núm. 45, pág. 610, así como el dictamen de la Comisión relativo al Proyecto de Ley sobre reforma de varios artículos del Código de Comercio referentes a quiebras, *Diario de Sesiones de Cortes*. Senado, 23 de mayo de 1878, Apéndice 3.º al núm. 52.

(46) No deja de exigirse la inscripción en la matrícula de comerciantes, ya que continúan reputándose «de derecho» comerciantes «los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio funden en él su estado civil, se ocupen habitual y ordinariamente en el tráfico mercantil y estén además inscritos en la matrícula de comerciantes». Sin embargo, en tanto que la no concurrencia de cualquiera de los dos primeros requisitos impide la aplicación de la legislación mercantil, la falta de cumplimiento de la inscripción «no exime a la persona que al comercio se dedica a ser tratada en juicio por las prescripciones de este Código» Vid. proposición de Ley sobre la reforma de varios artículos del Código de Comercio, *Diario de Sesiones de Cortes*. Senado, 27 de junio de 1877, Apéndice 2.º al núm. 45, y Proyecto de Ley, remitido por el Senado, sobre reforma de varios artículos del Código de Comercio referentes a quiebras, *Diario de Sesiones de Cortes*. Congreso, 1 de junio de 1878, núm. 76. Apéndice 3.º

(47) Vid. A. ROJO, «La codificación...», cit., págs. 506 a 510

1989 en el artículo 19 del Código de Comercio, convive a su vez con una serie de «mecanismos de presión indirecta» dirigidos a que los empresarios individuales se inscriban (48).

En definitiva, en el Derecho vigente el empresario individual puede o no inscribirse. Si se inscribe gozará de las ventajas derivadas de la publicidad registral, pero si no se inscribe y es admitido al procedimiento de suspensión de pagos o declarado en quiebra, el artículo 286.1 del Reglamento del Registro Mercantil, con el fin de proceder a la publicidad registral de determinadas resoluciones de ambos procedimientos, fuerza su previa inscripción en virtud de mandamiento judicial que habrá de contener las circunstancias necesarias para dicha inscripción. Estas circunstancias vienen a ser las establecidas en el artículo 90 del Reglamento, relativo a la inscripción primera de los empresarios individuales. De modo que, conforme a este procedimiento, el Reglamento del Registro Mercantil permite que la inscripción del empresario, que normalmente se genera a instancias del propio interesado (art. 88.1.º RRM), se produzca *ex lege* y con independencia de la voluntad del sujeto a raíz de la concurrencia de uno de esos procesos concursales. En esta específica previsión legal es la autoridad judicial la que pone en marcha el mecanismo de la inscripción (art. 88.4.º RRM).

Por otra parte, no nos hallamos ante la única excepción a la regla general que considera legitimado para solicitar la inscripción al propio

(48) El artículo 19.1 del Código de Comercio impide al empresario no inscrito pedir la inscripción de documento alguno en el Registro Mercantil y aprovecharse de sus efectos legales. Además, tanto la inscripción como la falta de inscripción generan una publicidad de efectos positivos y negativos y de significación jurídico-privada relativa a las consecuencias que producen la ignorancia o el conocimiento de los actos inscribibles respecto de terceros (arts. 21.1 CCom y 87 RRM). *Vid.* A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La primera Directiva*, cit., págs. 411 y 412, y R. GARCÍA VILLAVARDE, *La reforma*, cit., pág. 1189.

Por otro lado, si nos hallamos ante una institución libre de todo residuo corporativo, fundada en la seguridad del tráfico y configurada como un Registro del empresario y sus actos, desaparecidas las razones que impulsaron al legislador a convertir en potestativa la inscripción del comerciante y puesta de manifiesto por el propio legislador la conveniencia de la inscripción, no parece que subsistan motivos para mantener el carácter potestativo de la misma; *vid.* sobre este punto M. OLIVENCIA, *La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil*, ob. cit., págs. 86 y 87. Destaca al respecto el Proyecto de Reforma del Código de Comercio de 1927 que hacía obligatoria la inscripción de los comerciantes individuales, sancionando gravemente su omisión. Dicho Proyecto aumentaba la lista de los actos sujetos a inscripción obligatoria y sancionaba el incumplimiento de esta obligación no sólo por la vía de los efectos de la publicidad material negativa, sino también mediante la imposición de multas. Al mismo tiempo, la reforma atendía la necesidad de hacer más efectiva la publicidad formal del Registro a través de la creación del Boletín del Registro Mercantil; *vid.* A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Registro Mercantil español...», cit., págs. 104 a 109, y 330 a 334. Los criterios de reforma que inspiraron aquel Proyecto, tan lejanos a las finalidades y objetivos que se plasmaron después en el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, se hallan, sin embargo, más próximos a las reformas introducidas en 1989

interesado, pues es posible señalar otras dos situaciones igualmente excepcionales: la de los menores e incapacitados (art. 88.2.º RRM), donde se establece la legitimación de quien ostente la guarda o representación legal del menor o del incapaz, y, sobre todo, el supuesto del cónyuge del empresario no inscrito al que interesa esa publicidad a los efectos de los artículos 6 a 10 del Código de Comercio (art. 88.3.º RRM).

2.2. *La sociedad irregular*

El Reglamento del Registro Mercantil de 1989 introduce una importante novedad al ocuparse de un fenómeno especialmente controvertido, el de la sociedad irregular. Así, se establece que «en los casos de sociedades mercantiles irregulares se procederá a la inscripción de la misma», y se precisa además que «a falta de escritura de constitución la inscripción se practicará en virtud de mandamiento judicial en el que conste, al menos, el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios» (art. 286.2 RRM).

La creación de una sociedad es resultado de un proceso más o menos complejo que suele iniciarse con el otorgamiento de la escritura pública y concluye con la inscripción en el Registro Mercantil del nuevo ente. Durante ese período interino de constitución o de formación societaria es muy probable que la sociedad entre en relación con terceros a través de actos y contratos de distinto alcance y naturaleza concluidos por administradores, mandatarios, fundadores o promotores. La futura entidad aún no ha sido inscrita; carece, pues, de la preceptiva publicidad registral y, en consecuencia, de la garantía de protección de los terceros que se halla en la base de esta publicidad legal; sin embargo, se manifiesta en el tráfico por medio de actuaciones concretas a través de las cuales aparece dotada de una *efectiva publicidad de hecho*.

Este período transitorio de creación de una nueva sociedad puede albergar dos fenómenos diferentes, si bien ambos se generan bajo aquellas circunstancias de la publicidad de hecho. Se distingue así entre la *sociedad en formación* propiamente dicha, abocada a la regularidad legal que confiere el cumplimiento de los requisitos de la escritura pública y la inscripción registral; y la llamada *sociedad irregular*.

Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por diferenciar ambas categorías, que confluyen en la actual Ley de Sociedades Anónimas (arts. 15 y 16), se apoyan en el *dato fundamental* de la concurrencia o no de la voluntad de excluir con carácter permanente el requisito de la inscripción registral. Si las particularidades normativas de la sociedad en formación finalizan con el acto mismo de la inscripción registral, las de la sociedad

irregular comienzan cuando se excluye la inscripción de forma definitiva (49).

La doctrina ha venido configurando el fenómeno de la sociedad irregular por la concurrencia de tres notas: una efectiva publicidad de hecho, la ausencia de inscripción y la exclusión de los tipos de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada (50). Así, se ha producido una cierta unanimidad entre los autores al entender que el fenómeno de la irregularidad societaria se reducía al plano de la sociedad colectiva y de la sociedad comanditaria.

Para que pueda crearse válidamente una sociedad mercantil se precisa la concurrencia de dos requisitos: la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 119 CCom). Pero mientras que en las sociedades colectivas y comanditarias la escritura pública sólo se exige como requisito *ad regularitatem* y la inscripción tiene mera eficacia declarativa, en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en cambio, escritura e inscripción se configuran como elementos esenciales del negocio. De modo que no hay sociedad anónima ni sociedad de responsabilidad limitada sin escritura e inscripción, y de ahí que se entendiera por la doctrina que no era posible hablar de sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada

(49) En relación con estas figuras se han suscitado importantes aportaciones doctrinales: *vid* E. LANGLE, «La compañía mercantil irregular», *RDM*, 1950, págs. 7 y sigs., y especialmente J. GIRÓN, «Las sociedades irregulares», *ADC*, IV, 1951, págs. 1291 y sigs., trabajo que se recoge posteriormente en *Derecho de sociedades*, I, ob. cit., págs. 226 y sigs. También *vid* R. URÍA, «Las sociedades y el Registro Mercantil», en *Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil* (1971), CEH, Madrid, 1972, págs. 189 y sigs., y R. ALONSO GARCÍA, *La sociedad anónima no inscrita (régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre)*, Madrid, 1986.

En cuanto al tratamiento que la sociedad en formación y la sociedad irregular reciben en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, *vid* A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil*, AAMN, 1989, XXX, vol. I, págs. 8 y sigs., y en especial R. ALONSO UREBA, «La sociedad en formación», en *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*, en homenaje al profesor Girón Tena, Madrid, 1991, págs. 520 y sigs., y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad irregular», en *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*, en homenaje al profesor Girón Tena, Madrid, 1991, págs. 613 y sigs.

Por otro lado, las sociedades irregulares se distinguen, a su vez, de las llamadas sociedades de hecho; sociedades afectadas de nulidad por la concurrencia de algún vicio en el proceso fundacional que, sin embargo, aparecen inscritas en el Registro. También se diferencian de las sociedades meramente internas por cuanto éstas mantienen sus pactos reservados y no se dan a conocer a los terceros. La sociedad interna carece de la efectiva publicidad de hecho que caracteriza a la sociedad irregular, *vid* E. LANGLE, «La compañía...», cit., págs. 11 a 14; J. GIRÓN, «Las sociedades irregulares», ob. cit., págs. 1297 y sigs.; G. J. ORTEGA PARDO, «La sociedad civil irregular (Sentencias 12 y 28 junio 1950)», *ADC*, 1951, tomo I, págs. 311 y sigs. *Vid* también R. URÍA, *Las sociedades...*, ob. cit., págs. 194 y 195, y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Sociedad anónima e inscripción...*, cit., págs. 20 y 21.

(50) *Vid*, por todos, J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, ob. cit., págs. 230 y 231.

irregulares, ya que sólo existen sociedades de estos tipos a raíz de la inscripción (51). Por ello, las soluciones que se proponen con la finalidad de proteger del modo más eficaz los intereses de los terceros contratantes con la sociedad irregular se circunscriben originalmente al ámbito de las sociedades personalistas. En este sentido, un sector muy autorizado de la doctrina ha venido reconociendo personalidad jurídica a estas entidades y propugnando su sometimiento al tipo social específico de la colectiva, cuyo régimen de responsabilidad y de representación especialmente riguroso permite una adecuada tutela de los intereses de terceros (52).

En el caso de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada se entendía que si bien no podía hablarse de sociedad irregular respecto de estos tipos sociales, sí era preciso reconocer que en la práctica subsisten sociedades de forma anónima o de responsabilidad limitada que actúan de modo permanente en el tráfico sin estar inscritas en el Registro Mercantil. De modo que, no obstante las dificultades dogmáticas, no es posible desconocer esa realidad de hecho que, en principio, aparece ligada a la existencia de la escritura pública. Si bien, tampoco puede ignorarse la posible existencia de una voluntad deliberada de los socios de actuar en el tráfico al amparo de la estructura jurídica de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada sin someterse a los requisitos legales de escritura e inscripción (53).

En el plano jurídico, bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, el problema de la «irregularidad» de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada acarrea una jurisprudencia abundante pero contradictoria (54). La doctrina, por su parte, propone acudir a la solución prevista

(51) En las sociedades personalistas la escritura es presupuesto para la inscripción en el Registro Mercantil (principio registral de «titulación pública», art. 5 RRM) y la inscripción tiene eficacia probatoria y de oponibilidad a terceros (art. 9 RRM). Sin embargo, en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada la escritura pública y la inscripción registral presentan carácter constitutivo (arts. 7 LSA y 5 LSRL), de tal manera que sin estos requisitos no pueden crearse válidamente sociedades de esos tipos. Vid., por todos, J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, ob. cit., págs. 250 a 252. En relación con el carácter declarativo o constitutivo de la inscripción, vid. también L. FIGA FAURA, «La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil», *RDN*, 1977, págs. 69 y sigs., en particular pág. 132.

(52) Vid. J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, ob. cit., págs. 244 y sigs.; vid. también la exposición de la tesis gironiana que hace R. URÍA en *Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., págs. 198 a 202.

(53) Vid. sobre estos extremos L. SUÁREZ LLANOS GÓMEZ, «Sociedad anónima en formación. Efectos de la escritura antes de la inscripción», *RDP*, 1964, págs. 679 y sigs. También, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad anónima irregular», ob. cit., págs. 622 y 623.

(54) Vid. al respecto R. ALONSO GARCÍA, *La sociedad anónima no inscrita...*, cit., págs. 34 y sigs.

por el legislador para la sociedad en formación (art. 7 LSA de 1951). Sin embargo, en el supuesto de la sociedad irregular esta solución se manifiesta claramente insuficiente para una eficaz protección de los terceros (55). De ahí que algunos autores se pronuncien en favor de la «conversión» de esas sociedades en otro tipo social —solución propuesta con anterioridad para las sociedades personalistas—. El tipo social en que podría subsumirse esa sociedad no inscrita pero que actúa en el tráfico como anónima o limitada podía ser el de la sociedad colectiva o el de la sociedad civil, según que su objeto social consistiera o no en el ejercicio de una empresa (56). Esta tesis se ha visto refrendada en el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Ahora bien, el legislador español, por una parte, mantiene el carácter constitutivo de la publicidad registral para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y, por otra, no se limita a encuadrar la problemática de la sociedad irregular como una simple variante de la sociedad en formación, sino que consagra legalmente el fenómeno de la sociedad anónima irregular, tipificando esta sociedad como una categoría jurídica autónoma con un régimen propio (57); de tal manera que las dificultades dogmáticas de la figura se mantienen plenamente vigentes (58).

La Ley de Sociedades Anónimas se sirve de dos criterios para atribuir carta de naturaleza a la sociedad irregular: la voluntad verificada de los socios de no inscribir la sociedad o, en cualquier caso, el transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado la inscripción. Si el segundo de estos parámetros introduce un dato objetivo, eficaz y necesario (59), el primero continúa proporcionando serias dudas en torno a la propia caracterización legal de la figura. De modo que es posible entender que la Ley de Sociedades Anónimas ha configurado el tipo social de la sociedad anónima irregular *exclusivamente* sobre la ausencia de la inscripción registral (60). Pero, al mismo tiempo, una segunda concepción tomaría en cuenta que la voluntad contraria a la inscripción se verifique

(55) *Vid.*, por todos, R. ALONSO GARCÍA, *La sociedad anónima no inscrita...*, cit., págs. 45 y sigs.

(56) *Vid.* J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, ob. cit., pág. 252, y R. URÍA, *Las sociedades y el Registro Mercantil*, cit., págs. 202 a 204.

(57) *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad anónima irregular», ob. cit., págs. 639 y sigs.

(58) *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad anónima irregular», cit., págs. 618 y sigs.

(59) Su introducción fue patrocinada por R. URÍA, *Las sociedades y el Registro...*, cit., pág. 194.

(60) *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad anónima irregular», cit., págs. 635 y 636; también, F. MARTÍNEZ SANZ, «Consideraciones en torno a la sociedad irregular [comentario a la STS (Sala 1.ª) de 9 de marzo de 1992]», *La Ley*, núm. 3109, 12-X-1992, págs. 1 y sigs., en particular pág. 2.

antes del otorgamiento de la escritura pública. En cuyo caso se ensancharía el ámbito de la irregularidad (es decir, el campo de aplicación del art. 16 LSA) para incluir todos los supuestos en que concurre una voluntad deliberada de continuar en sociedad sin someterse a los requisitos legales de escritura e inscripción (61).

Por otra parte, la Ley de Sociedades Anónimas no sólo ha reconocido a la sociedad anónima irregular como una realidad jurídica portadora de efectos particulares, sino que, al mismo tiempo, la ha dotado de una regulación específica dirigida a la protección de los intereses de socios y de terceros. A los socios se les faculta para instar la disolución de la compañía (62). En orden a la protección de los terceros se dispone la subsunción de la sociedad anónima irregular en el régimen de la sociedad colectiva o, en su caso, el de la sociedad civil —según que su objeto sea mercantil o civil— (art. 16 LSA).

En definitiva, conforme a lo expuesto, *si la sociedad irregular desarrolla un objeto mercantil podrá verse sometida a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra* (63). Además, operada la conversión en sociedad colectiva dicha entidad quedará sujeta al estatuto jurídico de este tipo social. De modo que en caso de quiebra de la sociedad se producirá también la quiebra de los socios ilimitadamente responsables (art. 923 CCom) (64).

(61) Vid. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Sociedad anónima e inscripción* ..., cit., pág. 25.

(62) Vid. E. BELTRÁN, «La disolución de la sociedad anónima», ob. cit., págs. 148 a 151.

(63) Vid. *supra* nota 52. Frente a la tesis gironiana se alza la posición tradicional que niega personalidad jurídica a la sociedad irregular y, en base a ello, entiende que no se puede hablar de quiebra de la sociedad como ente colectivo, sino de quiebra de las personas individuales. De tal forma que habría de procederse a la inscripción como comerciantes individuales de las personas que hayan ejercido el comercio en nombre de la sociedad irregular. Vid. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1980, pág. 474. Esta es también la posición inicialmente mantenida por R. URÍA en *Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades*, ob. cit., págs. 12 a 19. Vid. igualmente M. OLIVENCIA, *Publicidad registral*, cit., págs. 22, y F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*..., cit., II, págs. 847 y 848. Dicha concepción fue acogida en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, artículo 131.3 («en los casos de sociedades mercantiles irregulares se procederá a la inscripción de los socios»).

En relación con la suspensión de pagos, J. M. SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, I, ob. cit., pág. 352, y L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «La suspensión de pagos de las sociedades irregulares. El artículo 286 del Reglamento del Registro Mercantil», *La Ley*, XIII, núm. 3038, 3-VII-1992, págs. 1 y sigs.

(64) Ya hemos tenido ocasión de referirnos al carácter excepcional de este supuesto respecto de la concurrencia del presupuesto subjetivo de los procedimientos de quiebra y suspensión —*vid. supra* nota 27—. La declaración de quiebra del ente colectivo provoca la apertura del procedimiento respecto de los socios limitadamente responsables. Pues bien, en base a ello, puede suceder que los socios colectivos sean comerciantes pero no se hallen inscritos en el Registro Mercantil por virtud del carácter potestativo de la inscripción, o bien que ni siquiera sean comerciantes y en consecuencia tampoco

En consonancia con esta regulación el Reglamento del Registro Mercantil impone la inscripción de la sociedad irregular. Declarada la quiebra o admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos, si la sociedad mercantil no se halla inscrita el Registrador ordenará su previa inscripción con el fin de llevar a efecto la publicidad exigida en relación con estos procedimientos concursales. Por tanto, por esta vía el Reglamento promueve la «regularización» de la sociedad, que se verificará mediante la preceptiva inscripción de oficio de la escritura de constitución o, a falta de ésta, en virtud del correspondiente mandamiento judicial en el que conste al menos el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios.

Pero esta normativa suscita importantes dudas (65). Quizá no se han ponderado suficientemente las consecuencias que puede acarrear la posible «regularización» *ex lege* de la compañía. A estos efectos resulta conveniente distinguir, de un lado, el ámbito de las sociedades personalistas, y de otro, el de las sociedades de capital.

Respecto de las sociedades colectivas y comanditarias, podemos entender que si la sociedad tiene objeto mercantil y no se constituye conforme a las exigencias del artículo 119 del Código de Comercio ha de ser tratada como sociedad colectiva, aunque la voluntad de sus fundadores haya sido la de crear otro tipo social diferente. Así, la sociedad podrá verse sujeta a la quiebra o a la suspensión de pagos con arreglo al régimen de la sociedad colectiva. Una vez abierto cualquiera de estos procedimientos habrá que proceder a la inscripción de oficio de la sociedad. Dicha inscripción se practicará en virtud de la escritura de constitución o a falta de ésta mediante el correspondiente mandamiento judicial. Ahora bien, tras esa «regularización» de oficio, y con independencia de la voluntad de los fundadores manifestada en la escritura en orden a la opción por un tipo social concreto, la sociedad deberá continuar sujeta al estatuto jurídico de la sociedad colectiva para la tramitación de ambos procedimientos concursales. De modo que una vez inscrita la sociedad con arreglo a la escritura de constitución no parece posible atribuir plenos efectos a la voluntad de los socios manifestada en dicha escritura.

Estos problemas pueden apreciarse con mayor claridad en el caso de la sociedad anónima irregular (art. 16 LSA). Como hemos tenido ocasión de

estén inscritos en el Registro. En el primer caso la solución parece sencilla, dado que se trata de comerciantes y que su quiebra se declara necesariamente como consecuencia de la quiebra de la sociedad, tramitándose ambas con absoluta independencia; deberá procederse a la previa inscripción del socio colectivo caso de que éste no se encuentre inscrito. Frente a ello, cuando el socio colectivo que necesariamente entra en quiebra no es comerciante, imponer su previa inscripción en el Registro Mercantil supondría admitir el acceso al Registro de sujetos que no son empresarios

(65) *Vid* en este sentido L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *La suspensión de pagos ...*, cit., págs. 1 a 3.

ver, la Ley de Sociedades Anónimas no deja muy clara la caracterización legal de la figura. Para algunos, la noción de irregularidad vendría definida por la ausencia de inscripción en el Registro Mercantil y la existencia de una efectiva publicidad de hecho. De manera que el ámbito de aplicación del artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas abarcaría aquellos supuestos en que habiéndose otorgado la escritura pública de constitución de una anónima se constate la voluntad definitiva de no inscribirla o bien transcurra un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se solicite dicha inscripción. En los demás casos, cuando aún no se hubiera otorgado la correspondiente escritura o bien, otorgada ésta, no concorra aquella voluntad deliberada de no inscribirla, constatable por el transcurso del tiempo, a los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción, les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas para la sociedad en proceso de formación. Frente a ello destaca la opinión de quienes consideran que con la invocación de la voluntad de no inscribir la sociedad se desvanece la importancia de la escritura pública a estos efectos. De tal manera que el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas se extendería a los supuestos de sociedades irregulares que puedan darse con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública (sociedad anónima en simple documento privado). Es decir, abarcaría aquellos casos en que concurre una voluntad deliberada de continuar en sociedad acogiendo a la estructura jurídica de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada, pero sin someterse a los requisitos legales de escritura e inscripción.

En definitiva, para la primera concepción, si la irregularidad en el ámbito de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada no puede condicionarse a la ausencia de escritura, a la sociedad anónima irregular sólo será de aplicación el primer inciso del artículo 286.2 del Reglamento del Registro Mercantil; mientras que en base a la segunda opinión, el artículo 286.2 es aplicable en su integridad a los supuestos de irregularidad que se susciten al amparo del artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ahora bien, en todo caso, es preciso señalar que, operada la «conversión» en sociedad colectiva, la quiebra o la suspensión de pagos de la compañía se producirá con arreglo al régimen jurídico previsto para este tipo social y, con independencia de cuál sea la voluntad de los socios manifestada en la escritura, una vez «regularizada» *ex lege* la sociedad, ambos procedimientos deberán seguir tramitándose conforme a las normas dictadas para la sociedad colectiva (66).

(66) Esta solución se apoya no sólo en el hecho de que la inscripción de la compañía constituye una actuación posterior en el tiempo a la propia declaración de

III. OBJETO DE LA INSCRIPCION

Delimitado el ámbito subjetivo de la publicidad registral de los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra, es preciso abordar el análisis de su extensión objetiva. Pero antes de ocuparnos de las resoluciones judiciales emanadas en el seno de esos procedimientos que son objeto de inscripción habrá de hacerse una primera referencia al contenido del asiento o asientos que deben extenderse en la hoja abierta a cada empresario individual, sociedad o entidad inscribible (art. 287 RRM).

1. ASIENTO DE INSCRIPCIÓN Y ANOTACIONES PREVENTIVAS

Vigente el Reglamento de 1956, se planteó la cuestión de si los asientos que se producían en materia de publicidad de los procedimientos concursales mercantiles accedían al Registro a través de la inscripción o por medio de la anotación preventiva (67). Frente al Reglamento de 1919, que exigía del Registrador «la oportuna inscripción» (art. 106), el Reglamento de 1956 aludía a «la práctica de la anotación preventiva ordenada en el artículo 4 de la Ley de 26 de julio de 1922, 2 de la Ley Hipotecaria y demás preceptos legales concordantes» (art. 83). La desafortunada redacción de este precepto (al margen de la confusión que originaba la mezcla del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil) (68) presentaba el problema de una

quiebra o a la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos, sino también en que, con la inscripción y el reconocimiento de la voluntad de los socios manifestada en la escritura en orden a la opción por un tipo social distinto de la sociedad colectiva, se estaría beneficiando a un sujeto que ha venido actuando en el tráfico sin someterse a las exigencias de publicidad legal. Frente a ello, el legislador al acoger la regla de la conversión en sociedad colectiva, desconociendo la voluntad de los socios respecto de otro tipo social, por una parte, trata de salvar las dificultades que han venido planteando las sociedades irregulares, pero, por otra, pretende potenciar la «regularidad» legal, esto es, que el empresario social cumpla con los requisitos de la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Vid. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La sociedad anónima irregular*, ob. cit., pág. 645.

(67) Vid. sobre el concepto de anotación preventiva J. L. LACRUZ BERDEJO/F. SANCHEO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1977, págs. 261 y sigs.; R. M.^a ROCA SASTRE/L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, III, Barcelona, 1979, págs. 5 y sigs.; también, A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de derecho hipotecario*, Madrid, 1986, págs. 261 y sigs., y J. M.^a CHICO ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, II (2.^a ed.), Madrid, 1989, págs. 1209 y sigs. Son muchos los aspectos que distinguen a la anotación preventiva del asiento de inscripción; así destacan, entre otros, su temporalidad (en la anotación preventiva la regla es la caducidad), el título documental en que se presentan al Registro (las anotaciones preventivas pueden practicarse en virtud de documento privado) y sus circunstancias formales (en la anotación preventiva son menos rigurosas).

(68) Vid. al respecto M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., págs. 33 y sigs.

terminología equívoca. De un lado, la Ley de Suspensión de Pagos parece referirse a la práctica de la correspondiente «anotación» (art. 4); de otro, la Ley Hipotecaria alude expresamente a la «inscripción» (art. 2). Ante esta divergencia, la doctrina aparecía dividida en torno a la naturaleza del asiento que debía originarse con motivo de la declaración de quiebra o de la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos; no faltaron quienes entendieron que lo que se practicaba en el Registro no era una inscripción, sino una anotación preventiva (69). Sin embargo, para la mayoría de los autores la solución sólo podía hallarse al amparo de la Ley Hipotecaria, que en su artículo 2 sólo habla de «inscripción» y no se refiere a las anotaciones preventivas. De ahí que con arreglo a esta norma las suspensiones de pagos y las quiebras accedían al Registro a través de la inscripción y no mediante una simple anotación (70).

Con el Reglamento de 1989 el problema recibe una solución definitiva. Por una parte, se regula expresamente la «inscripción» de las suspensiones de pagos y de las quiebras, enumerando las resoluciones que en cada uno de esos procedimientos habrán de «inscribirse» en el Registro (arts. 284 y 285); por otra, se introduce una importante precisión: en tanto la resolución correspondiente no sea firme, será objeto de anotación preventiva (art. 287.1). De manera que para evitar cualquier duda al respecto el Reglamento del Registro Mercantil recoge la *distinción entre la inscripción propiamente dicha cuando nos encontremos ante una resolución judicial firme, y la anotación preventiva cuando esa resolución judicial del procedimiento de suspensión de pagos o quiebra que deba tener publicidad aún no sea firme.*

En cuanto al contenido mínimo del asiento que habrá de producirse en la hoja abierta a cada empresario individual, sociedad o entidad inscribible (art. 287.2 RRM), no se aprecian diferencias con el derecho anterior. El asiento correspondiente deberá recoger igualmente la parte dispositiva de la resolución judicial de que se trate, con expresión del nombre del Juez o Tribunal que la dictó y de la fecha en que fue dictada (cfr. art. 83.2 RRM de 1956).

2. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, OBJETO DE INSCRIPCIÓN

Las resoluciones judiciales de los procedimientos de suspensión de pagos y quiebras que son objeto de inscripción se recogen en varios preceptos registrales (art. 284, 285 y 289). Estas normas enumeran una serie de pronunciamientos judiciales susceptibles de generarse a lo largo de uno y

(69) Vid. M. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Notas sobre el nuevo Reglamento...*, cit., pág. 305

(70) Vid. por todos, M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., pág. 35

otro procedimiento, con trascendencia para el deudor y sus acreedores. Contrastan estas disposiciones, pues, con la estrecha referencia del derecho anterior a los actos iniciales de la suspensión de pagos y de la quiebra.

El Reglamento de 1989 ha tratado de ser «exhaustivamente previsor», enumerando una serie de actuaciones judiciales que pueden originarse durante la tramitación de los procedimientos concursales mercantiles y que deben tener publicidad. De ahí que junto a actuaciones judiciales concretas (arts. 284.1.º y 285.4.º RRM) el legislador acoja otras de forma más genérica (arts. 284.5.º y 285.5.º RRM). Así, si bien estamos ante una enumeración taxativa [arts. 16.7.º CCom y 2.a) RRM], también se trata de una enumeración bastante exhaustiva, ya que, en todo caso, las resoluciones judiciales no enumeradas de forma precisa pueden entenderse subsumidas en las expresiones más genéricas que recogen para la suspensión de pagos «cuantas resoluciones se dicten en el procedimiento de suspensión de pagos que afecten a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor, así como al nombramiento y la sustitución de los interventores» (71), y para la quiebra, «las resoluciones judiciales relativas a la sindicatura» (arts. 284.5.º y 285.5.º RRM) (72).

2.1. *Resoluciones en la suspensión de pagos*

Respecto de los pronunciamientos judiciales dictados a lo largo de la suspensión de pagos y sujetos a inscripción, el Reglamento del Registro Mercantil exige el acceso al Registro de «la providencia de admisión a trámite de la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos» (art. 284.1.º), pues desde ese momento se producen importantes consecuencias jurídicas que deben tener publicidad (73). El Reglamento de 1989 acoge así una previsión que ya contemplaba la propia Ley de Suspensión

(71) Vid. a estos efectos, Res. DGRN de 25 de febrero de 1991, Aranzadi, R. 1.693 (BOE 24-IV-1991). En esta resolución la Dirección General estima necesaria la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de la cancelación de una anotación preventiva de la resolución judicial por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, con base, entre otros argumentos, en que «el artículo 284.5.º RRM establece la necesaria inscripción de cuantas resoluciones se dicten en el expediente de suspensión de pagos que afecten a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor, siendo evidente que tal alcance incumbe a la citada providencia, pues al sobreseer el expediente y declararse legalmente concluso el mismo cesan las limitaciones a que se refiere el artículo 6 LSP»

(72) El Registro con este elenco cerrado pero exhaustivo de pronunciamientos inscribibles en relación con los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra se hace eco de una doctrina muy autorizada, partidaria en estos supuestos de una ampliación de la materia registrable. Vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., págs. 38 y sigs.

(73) Vid. J. M. SAGRERA TIZÓN, *Comentario a la Ley ..*, cit., I, págs. 530 y sigs.

de Pagos (art. 4.1). La exigencia de la publicidad se justifica en el hecho de que en esta providencia el Juez ordena la intervención de las operaciones del deudor y designa a los interventores, iniciándose los efectos sobre la situación patrimonial del deudor (art. 4.2. LSP). Junto a ello, se prevé también la inscripción del auto de declaración del estado de suspensión de pagos y, en su caso, el de declaración de insolvencia definitiva (art. 284.2.º RRM, en relación con el art. 8 LSP) (74).

Frente a estas normas, el Reglamento de 1956 sólo exigía publicidad para la providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos (art. 83.1). En relación con el auto que declara al solicitante en estado de suspensión de pagos, la doctrina entendía que si bien no podía imponerse su publicidad de forma obligatoria, era posible que el Juez adoptara esta medida al amparo de la discrecionalidad que le permitía la propia Ley de Suspensión de Pagos (75). Conforme con esta interpretación doctrinal, el Reglamento de 1989 acoge expresamente la necesidad de inscripción tanto de la providencia que abre el expediente de suspensión como del auto que declara al solicitante en estado de suspensión de pagos (76).

(74) Vid. A. ROJO, *La declaración judicial de la suspensión de pagos*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 89 a 148, en particular págs. 123 y sigs.

(75) Esta norma exige para ese auto «la publicidad que el Juez estime conveniente, según la importancia del pasivo y el número de acreedores» (art. 8 *in fine*). De ahí que el órgano judicial pueda ordenar la inscripción en el Registro Mercantil para el auto de declaración del estado de suspensión de pagos y, en su caso, el de declaración de insolvencia definitiva. En todo caso, la publicidad de esta resolución resulta conveniente en tanto se trata de un pronunciamiento inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de que celebrada la Junta de acreedores se pueda impugnar por cualquiera de éstos o por el suspenso (art. 8.7 LSP). Vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., pág. 41. También, A. ROJO, *La declaración judicial...*, cit., págs. 146 a 148.

(76) En cambio, no se prevé publicidad para la decisión judicial que resuelve el recurso entablado contra el auto que deniega la apertura del expediente (a ello pueden haber contribuido razones de orden práctico que ponen de manifiesto la escasa frecuencia de estos recursos, en la medida en que para el deudor resulta más sencillo y más barato volver a solicitar la suspensión que recurrir). El deudor solicitante, con arreglo a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede recurrir en reposición ante el mismo Juez que dictó el auto denegando la solicitud, y en apelación ante la audiencia, y en ninguno de estos supuestos los sucesivos Reglamentos de 1919, 1956 y el vigente de 1989 exigen la publicidad de las resoluciones judiciales a que pueden dar lugar esos recursos. Ante la laguna reglamentaria la doctrina entendía, en el derecho anterior, que si el auto de la audiencia estimaba el recurso y declaraba la procedencia de la admisión del expediente de suspensión de pagos, el Juez competente para instruirlo debía expedir el correspondiente mandamiento al Registro Mercantil (vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., pág. 40). A ello apuntaba la interpretación extensiva de la norma que exigía la inscripción de las decisiones judiciales de apertura de estos procedimientos, ya que sobre la base de dicha interpretación, relativa al acto procesal que abre el expediente de suspensión, se podría exigir la publicidad del auto resolutorio de la oposición entablada. En este sentido, la previsora actuación que el legislador de 1989

Menos sentido parece tener la exigencia de publicidad del acuerdo del Juez declarando legalmente concluido el expediente por no haber concurrido a la Junta el número mínimo de acreedores previsto en la Ley de Suspensión de Pagos (art. 284.3.º RRM, en relación con el art. 13.4 LSP). Estamos ante un supuesto específico de sobreseimiento del expediente de suspensión y el Reglamento del Registro Mercantil parece referirse a todos los casos de sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos cuando establece que, dictada la resolución judicial firme por la que sobresea el expediente, el Juez podrá ordenar la cancelación de los asientos previstos en el artículo 284 (art. 289.1 RRM). De manera que bajo esta genérica expresión la norma englobaría todos los supuestos de sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos. Desde el sobreseimiento por solicitud del suspenso o de sus acreedores (art. 10.1 LSP) hasta el sobreseimiento por falta de concurrencia a la Junta del número mínimo de acreedores previsto en la Ley (art. 13.4 LSP) (77). Ahora bien, el legislador extrae del ámbito genérico del artículo 289.1 del Reglamento del Registro Mercantil este último supuesto de sobreseimiento y lo regula de forma separada en el artículo 284.3.º, sin que exista razón aparente que justifique la diferencia de tratamiento (78).

Por otro lado, la norma reglamentaria exige también la inscripción del auto de aprobación del convenio del suspenso con sus acreedores o de la sentencia que recaiga en el incidente de oposición a su aprobación (art.

ha desplegado a la hora de enumerar las resoluciones objeto de inscripción (art. 284 RRM) permitiría mantener una referencia genérica al acto procesal de apertura del expediente donde se alude expresamente a la providencia de admisión a trámite de la solicitud (art. 284 1.º RRM). Además, esta postura es acorde con el propio interés del tráfico, favorable a la publicidad de toda resolución con trascendencia para el deudor y sus acreedores. Aunque tal vez no sea necesario acudir a aquella interpretación extensiva, ya que, sin forzar la expresión de la norma, podemos considerar que la publicidad del auto que estima el recurso y declara la procedencia de la admisión a trámite del expediente se recoge en el número 5 del artículo 284 del Reglamento del Registro Mercantil. Este precepto exige la inscripción de las resoluciones que afectan a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor, y es evidente que la resolución judicial que estima el recurso entablado contra el auto que deniega la apertura de la suspensión reviste ese alcance. De modo que, en cualquier caso, la misma *ratio* que establecía el acceso al Registro de la providencia de apertura del expediente (art. 284 1.º RRM) impone la publicidad del referido auto estimatorio del recurso.

(77) *Vid.*, además de otros supuestos de sobreseimiento, como los recogidos en los artículos 2.5, 13.2, 15.2 y 17.4 LSP.

(78) Quizá podía pensarse que la actuación del legislador se debe a la pura inercia impuesta por el hecho de que la Ley de Suspensión de Pagos incluye el acuerdo de la Junta de acreedores entre los escasos supuestos en que exige expresamente la publicidad (art. 13 5). Pero entonces no se entendería por qué se alude expresamente al sobreseimiento por falta de concurrencia del número de acreedores legalmente exigido y no se regula también separadamente el sobreseimiento del expediente por falta de concurrencia a la Junta del propio deudor (ambos recogidos en el mismo art. 13 LSP).

284.4.º RRM, en relación con los arts. 17.1 y 19 LSP) (79). De nuevo, el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 comparte en esta regulación posturas doctrinales avanzadas ya en el derecho anterior. Bajo la vigencia del Reglamento de 1956, la doctrina (80) entendía que no debía ordenarse la inscripción de las resoluciones que solventan la oposición entablada frente a la aprobación judicial del convenio en tanto que el fallo no fuera firme, sobre todo cuando es posible más de un recurso (de reposición ante el mismo Juez y de apelación en ambos efectos ante la audiencia). De acuerdo con esta concepción, el Reglamento de 1989 establece, según vimos, la posibilidad de la anotación preventiva cuando la resolución judicial no sea firme, exigiendo la inscripción únicamente cuando el pronunciamiento haya adquirido firmeza (art. 287.1.º RRM).

Desde una perspectiva más genérica, el texto reglamentario dispone el acceso al Registro de toda decisión judicial modificativa del grado y alcance de la intervención inicialmente fijada, así como de las relativas al nombramiento y sustitución de los interventores (art. 284.5.º RRM, en relación con los arts. 4, 5, 7 y 8 LSP). Ya quedó apuntado en otro lugar cómo en la misma providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos el Juzgado ordena que sean intervenidas todas las operaciones del deudor (art. 4.2 LSP). Por tanto, si con esa providencia se inician los efectos sobre el patrimonio del deudor y la relevancia de las medidas a adoptar aconsejan su publicidad (art. 284.1.º RRM), del mismo modo es exigible que se inscriba en el Registro a los fines de la publicidad toda resolución susceptible de generarse en el seno del procedimiento que viniera a alterar (ya sea de forma potencial o efectiva) la limitación inicialmente fijada (81). La justificación del apartado 5.º del artículo 284 del Reglamento del Registro Mercantil se halla, pues, en las mismas razones que exigían la publicidad de la providencia de admisión a trámite de la solicitud: la necesidad de que esta nueva condición jurídica del deudor (cuyos negocios han sido intervenidos) sea conocida por acreedores y terceros (82).

A su vez, el Reglamento exige la inscripción de «la parte dispositiva de la resolución judicial firme por la que se declare el íntegro cumplimiento del convenio» (art. 289.1). Esta es una de las novedades más relevantes de la nueva normativa. Por primera vez en esta materia se prevé la publicidad de una resolución judicial que declara íntegramente cumplido el convenio

(79) Parece obvio que si se pretende la publicidad registral para el auto aprobatorio de convenio concluido entre el supuesto y sus acreedores se exija igualmente la misma publicidad para la resolución judicial que resuelve la oposición entablada frente a esta aprobación.

(80) Vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, ob. cit., pág. 46.

(81) Vid. A. ROJO, *La declaración judicial*, cit., págs. 130 y sigs.

(82) Vid. en este sentido Res DGRN 25 de febrero de 1991. ... cit., *supra* nota 71.

entre el deudor y sus acreedores y que al mismo tiempo permite la cancelación de los asientos que se han ido produciendo en el Registro Mercantil a lo largo de la suspensión de pagos. Con esta exigencia el Reglamento pone de manifiesto dos concepciones diferentes que participan de la ambivalente naturaleza jurídica del convenio: procesal y material. Por un lado, aquella que ve en el convenio la solución del expediente procesal de suspensión de pagos; por otro, la que considera el convenio como el mecanismo de apertura de una situación especial para el deudor en la que habrá de cumplir lo convenido si quiere evitar la quiebra (art. 17.4 LSP) (83). Al exigir para la cancelación de los asientos relativos a la suspensión de pagos un mandamiento judicial que habrá de recoger la parte dispositiva de la resolución judicial firme que declare el íntegro cumplimiento del convenio aprobado, el Reglamento mantiene la necesidad de publicidad registral durante toda la fase de cumplimiento de dicho convenio. De tal manera que la publicidad no cesa en el momento de la conclusión del convenio (con el fin del expediente procesal de suspensión de pagos), sino que subsiste durante todo el tiempo que exija su cumplimiento, y sólo se podrá prescindir de ella cuando llevado a efecto el convenio el deudor suspenso acuda al Juez para que lo declare cumplido (con el fin del expediente material de suspensión de pagos). El órgano judicial procederá entonces a dictar el mandamiento correspondiente en orden a la cancelación de los asientos que se han ido produciendo en el Registro Mercantil a lo largo del procedimiento de suspensión. Por tanto, desde el punto de vista de la publicidad registral la suspensión de pagos no concluye hasta que no se declare por el Juez íntegramente cumplido el convenio entre el deudor y sus acreedores, produciéndose en tal caso la cancelación de los asientos practicados (84).

2.2. *Resoluciones del procedimiento de quiebra*

El Reglamento del Registro Mercantil de 1989 pone fin a la carencia casi absoluta de normas reguladoras de la publicidad registral de las quiebras que caracterizaba a la legislación anterior.

(83) *Vid.* M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., págs. 47 a 49.

(84) Por esta vía el Reglamento de 1989 viene a reconocer la vigencia de un breve incidente que en la práctica, y bajo el Reglamento de 1956, venía permitiendo al deudor dirigirse al Juez solicitando fueran adoptadas las medidas oportunas en mérito del cumplimiento del convenio. El Juez entonces dictaba auto por el que se tenía por cumplido el convenio celebrado entre el suspenso y sus acreedores, decretando al mismo tiempo la cancelación de los asientos registrales mediante la expedición del correspondiente mandamiento. *Vid.* M. GARAIZABAL FONTENLA, «Las anotaciones de suspensión de pagos y las anotaciones preventivas de embargo», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 189, abril 1983, págs. 225 a 247, en particular pág. 230.

En principio, se prevé la inscripción de «las medidas cautelares a que se refiere el artículo 877 del Código de Comercio» para el supuesto de fuga u ocultación del comerciante (85) (art. 285.1.º RRM). Ante la fuga u ocultación del deudor, el Juez competente procederá de oficio a la ocupación de los establecimientos del fugado y prescribirá las medidas que exija su conservación, en tanto los acreedores instan la quiebra (art. 877.2 CCom). De manera que, conforme al Reglamento del Registro Mercantil, todas las resoluciones que puedan originarse en orden a la adopción de estas medidas de carácter cautelar (tendientes a evitar que el quebrado pueda sustraer los bienes que forman parte de la masa de la quiebra en perjuicio de sus acreedores) deben inscribirse en el Registro (86).

También se exige (art. 285.2.º y 3.º RRM), como en la suspensión de pagos, la inscripción de la resolución judicial de apertura del procedimiento, auto que declara la quiebra, con independencia de su carácter de quiebra necesaria o quiebra voluntaria (art. 875 CCom de 1885, en relación con el art. 1.016 CCom de 1829), y de la sentencia revocatoria de dicho auto que resuelve la oposición entablada por el deudor (arts. 1.326 a 1.332 LEC, en relación con el art. 885 CCom) (87).

Pero destaca especialmente la novedad que conlleva la exigencia de acceso al Registro Mercantil de la resolución judicial que viene a fijar definitivamente la fecha de retroacción de la quiebra (art. 285.4.º RRM, en relación con el art. 878.2 CCom). La razón de ser de esta disposición debe hallarse en la necesidad de dotar de publicidad a una resolución que acarrea una dura sanción, nulidad radical y absoluta para todos los actos de disposición y administración inmersos en este período de retroac-

(85) Estamos ante la fuga cualificada, esto es, la ocultación del comerciante, acompañada del cerramiento de sus negocios, sin haber dejado persona que le represente, considerada por el Código como un hecho «indiciario» de la quiebra (art. 877.1. CCom). Tal supuesto, evidentemente, será de aplicación a la persona física, pero no a la persona jurídica, que no puede «fugarse» en el sentido del Código.

En cuanto a la consideración histórica de la fuga como presupuesto de la quiebra, *vid.* recientemente A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales...*, cit., págs. 37 y sigs.

(86) Vigente el Reglamento de 1956, la doctrina estimaba que el Juez no podía acordar la anotación de las medidas precautorias adoptadas en caso de fuga del comerciante debido a la propia caracterización legal de las mismas (se trata de medidas limitadas y muy concretas) *Vid.* M. OLIVENCIA, *Publicidad registral...*, cit., págs. 53 y 54.

(87) Si la razón de ser de la publicidad de estas resoluciones en la suspensión de pagos se hallaba en la trascendencia de sus efectos sobre la situación patrimonial del deudor, mayores argumentos existen en la quiebra para exigir la publicidad del auto que inicia el procedimiento o de la sentencia que resuelve la oposición entablada contra el mismo: a raíz de estos pronunciamientos se generan los efectos tanto sobre el patrimonio del deudor (art. 878 I CCom de 1885 y 1.044.3.º CCom de 1829) como sobre su propia persona (art. 13.2.º CCom) y respecto de sus acreedores (arts. 883 y 884 CCom).

ción (88). Además, parece que la fecha de retroacción fijada por el Juez está sujeta a modificaciones y puede verse alterada (89). De ahí que el Reglamento del Registro Mercantil contemple la posibilidad de modificación de la fecha de retroacción inicialmente establecida y sólo ordene la inscripción de la resolución judicial que fije definitivamente esa fecha de retroacción. No obstante, habrá que entender que toda posible alteración que afecte a la fecha de retroacción inicialmente fijada en el auto de declaración de quiebra tendrá reflejo registral a través de la correspondiente anotación preventiva, pues como hemos tenido ocasión de ver, el Reglamento prevé que en tanto la resolución correspondiente no sea firme será objeto de anotación preventiva (287.1 RRM) (90).

(88) La retroacción forma parte del mecanismo de reintegración de la masa de bienes de la quiebra. Su finalidad es hacer que retornen a la masa los bienes que el deudor sustrajo de manera indebida mediante actos de disposición en favor de acreedores o terceros y con la intención de evitar su aprehensión por parte de la masa. En este sentido, la retroacción va dirigida a permitir que determinados efectos de la declaración judicial de quiebra se produzcan no desde la misma fecha de la declaración, sino desde una fecha anterior fijada por el Juez según su arbitrio. *Vid.* A. Rojo, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 37 a 100, en particular págs. 61 a 84.

(89) Al respecto, el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829 establece que «en la primera audiencia declarará el Juzgado en calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultase haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones». En base a ello se ha apuntado la posible concurrencia de hasta cuatro fechas de retroacción: una fecha provisional no firme, una fecha provisional firme, una fecha definitiva no firme y una fecha definitiva firme. *Vid.* A. Rojo, *Introducción al sistema* .. ob cit., págs. 72 a 77.

(90) En este sentido, la jurisprudencia ha venido entendiendo que el hecho de que «la fecha de retroacción fijada por el Juez en el auto de declaración de quiebra sea revisable (porque sea preciso rectificar la fecha en que se produce el verdadero sobreseimiento, al constar que ha existido un sobreseimiento anterior al que decreta el auto inicial del expediente o porque se tengan noticias de actos concretos llevados a cabo por el deudor en período anterior a la declaración de quiebra con evidente mala fe y sin más propósito que el de perjudicar a sus acreedores) no significa que dicha fecha sea interina y provisional, lo que impondría la necesidad de que tuviera que dictarse obligatoriamente una resolución judicial señalando la fecha de retroacción definitiva. Ya que tal interpretación, basada en el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829 está en contradicción con la importancia que a la fecha de retroacción dan los artículos 878 y 879 del Código de Comercio de 1885 (...), sin que, por otra parte, el hecho de no tener la declaración de quiebra, y por lo tanto los pronunciamientos que como el referente a la retroacción forman parte de ella, la eficacia de cosa juzgada como no la tienen ninguno de los pronunciamientos y disposiciones que se toman en la quiebra, puede privarla de su inmediata eficacia y efectividad, por lo que únicamente en el juicio declarativo correspondiente podrá el que se considere perjudicado por la fecha señalada de la retroacción discutir e impugnar la misma, pero entre tanto ha de surtir todos sus efectos dentro del proceso de quiebra en el que fue acordada». Esta interpretación pone de manifiesto la inseguridad que para el tráfico conlleva el mecanismo de la retroacción, útil para reintegrar a la masa, pero peligrosa para la seguridad del tráfico [*vid.* J. M.

Por otro lado, del mismo modo que se exigía la inscripción de cuantas resoluciones se dicten en el procedimiento de suspensión de pagos que afecten a los interventores y al grado y alcance de la intervención inicialmente fijada (art. 284.5.º RRM), en la quiebra se ordena la publicidad de todas las resoluciones relativas a la sindicatura (art. 285.5.º RRM). La sindicatura aparece como el órgano *sui generis* del proceso al que corresponde la administración y conservación de los bienes y el ejercicio de las acciones que competen a la masa, una vez que el quebrado queda «inhabilitado» (91) para administrar y disponer de su patrimonio (art. 878.1. CCom y art. 1.366 *in fine* LEC) (92). De manera que todas las resoluciones judiciales del procedimiento relativas al nombramiento, suspensión o cese de los síndicos y al ejercicio de las funciones que tienen atribuidas habrán de acceder al Registro Mercantil a través de la inscripción.

El Reglamento de 1989 dispone también la inscripción de «la sentencia de calificación de la quiebra y la que en su caso pudiera recaer en el ulterior proceso penal por insolvencia punible» (art. 285, último apartado RRM en relación con los arts. 886 y ss. CCom, 1.382 y ss. LEC, y 520 y 521 CP). Al mismo tiempo, ordena, para el supuesto de que la sentencia de calificación civil de la quiebra declarase cómplice a persona inscribible en el Registro Mercantil (arts. 893 y 894 CCom), que se practique el correspondiente asiento en la hoja de inscripción de dicho sujeto.

Con todo, y aunque en la nueva regulación de la publicidad registral mercantil el legislador ha tratado de dar acogida a los pronunciamientos

GARRIDO, «Jurisprudencia española en materia de quiebra (1978-1988)», *RDM*, 1989, págs. 575 y sigs., en especial págs. 659 a 667]. De manera que, conforme a la misma, no existen *stricto sensu* varias fechas de retroacción, sino una única fecha revisable fijada por el Juez inicialmente en el auto de declaración de quiebra que es inmediatamente eficaz y surte todos sus efectos dentro del procedimiento. De ahí la conveniencia de dar publicidad a la fecha determinada en el auto declarativo de la quiebra desde la cual se inician los efectos legales de la retroacción, sin perjuicio de que si esa fecha es revisada a instancias de un posible tercero, el día de su fijación definitiva acceda igualmente al Registro en aras de la necesaria publicidad. En este sentido, el Reglamento del Registro Mercantil permitirá la publicidad de la fecha de retroacción determinada por el Juez en el auto de declaración de quiebra al exigir la publicidad para dicho auto. Posteriormente, cualquier alteración que sufra esa fecha de retroacción podrá acceder al Registro a través de la anotación preventiva y sólo dará lugar al asiento de inscripción la resolución judicial que fije definitivamente aquella fecha (esto es, la que resuelva el último procedimiento incidental planeado contra la misma).

(91) *Vid.* sobre este concepto A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma, Madrid, 1991, págs. 121 a 765, en particular págs. 401 a 610.

(92) Esta exigencia debe ponerse en relación tanto con los artículos que el Código de Comercio de 1829 dedica a la administración de la quiebra (1.079 y sigs.) como con las disposiciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a la administración del concurso, en especial con el artículo 1.233, que alude a la suspensión del síndico o síndicos, y con el artículo 1.245, que regula su cese.

judiciales que en el seno del procedimiento de quiebra (art. 285 RRM) o del expediente de suspensión de pagos (art. 284 RRM) se generan con trascendencia para el deudor y sus acreedores, es posible señalar algunas cuestiones en relación con estas normas. Así, se pone de manifiesto que en el supuesto de que la quiebra no acabe en liquidación, sino que se logre el convenio entre el quebrado y sus acreedores (art. 898 CCom), el Reglamento del Registro Mercantil, en principio, no parece prever publicidad para la resolución judicial que aprueba dicho convenio. De igual modo que tampoco exige la publicidad de la sentencia que resuelva la oposición entablada frente al mismo (art. 902 y 903 CCom). En nuestra opinión, ello se debe a que el legislador pretende dar un tratamiento diferente al convenio cuya finalidad es evitar la quiebra (convenio en la suspensión de pagos) de aquel otro convenio cuya finalidad es poner fin a la quiebra (convenio en el seno de un procedimiento de quiebra) (93). De ahí que el convenio como un modo de acabar la quiebra se regule conjuntamente con los demás supuestos de conclusión del procedimiento de quiebra (94). En este sentido, el Reglamento del Registro Mercantil exige la publicidad para los diferentes modos de conclusión del procedimiento de quiebra, y entre ellos el convenio, cuando dispone que la cancelación de los asientos a que ha dado lugar la tramitación de dicho procedimiento (art. 285) se haga en virtud de mandamiento judicial, transcribiendo la parte dispositiva de la resolución judicial firme por la que se declare concluida la quiebra (art. 289.2) —que en el caso concreto del convenio será la resolución judicial que aprueba dicho convenio— (95). A esta interpretación contribuye además la propia inercia del razonamiento que considera que si la apertura del procedimiento ha tenido acceso al Registro Mercantil, la lógica impone que su cierre también lo tenga (96). Sin embargo, la normativa no aparece del todo clara. La interpretación que apuntamos se ve enturbiada por el hecho de que un supuesto de conclusión del procedimiento de quiebra, la revocación del auto de declaración de quiebra, ha sido objeto de regulación separada (art. 285.3.º RRM) respecto de las demás formas de terminación de procedimiento acogidas de manera genérica en el artículo 289.2.º del Reglamento del

(93) Vid. sobre el convenio en la quiebra J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, III, cit., págs. 123 y sigs.

(94) Se distingue a estos efectos entre los modos normales de acabar la quiebra (la liquidación y el subsiguiente reparto) y los modos anormales de terminar la quiebra (revocación de la quiebra, convenio entre el quebrado y sus acreedores, caducidad de la instancia, etc.). Vid. J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, III, cit., págs. 7 y sigs.

(95) Momento a partir del cual el convenio comienza a producir efectos tanto procesales —la terminación del juicio de quiebra— como materiales —la obligación para el quebrado de cumplir lo convenido—. Vid. J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, III, págs. 220 y sigs.

(96) Vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral* ..., cit., pág. 54

Registro Mercantil. Sin que pueda hallarse razón suficiente que justifique esta diferencia de tratamiento.

Por otra parte, tampoco se prevé el acceso al Registro de la resolución judicial que eventualmente permita la reapertura de la quiebra (97), si bien con la declaración judicial de reapertura se producen nuevamente sobre el quebrado los efectos que se habían extinguido con su clausura, ya que la consecuencia fundamental de la reapertura es la instauración del juicio de quiebra (98). En base a ello, parece que serían aplicables a la nueva quiebra los mismos requisitos de publicidad que se llenaron con anterioridad y que son exigibles respecto de todo procedimiento de quiebra.

En último término, el Reglamento del Registro Mercantil al exigir la publicidad de la resolución judicial firme que declare por concluida la quiebra introduce una salvedad en relación con la inhabilitación del quebrado o de los administradores de la sociedad mercantil quebrada. Conforme a la misma, estos asientos sólo podrán ser objeto de cancelación «en virtud de mandamiento judicial transcribiendo la parte dispositiva de la sentencia firme de rehabilitación» (art. 289.2 RRM). De dos importantes criterios parte el legislador en este precepto: en primer lugar, de la extensión del efecto fundamental de la inhabilitación (art. 878.1. CCom) a los administradores de la sociedad quebrada; en segundo lugar, del paralelismo entre inhabilitación y rehabilitación. Con anterioridad, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 ya trató de extender la inhabilitación que conlleva la quiebra a las sociedades, disponiendo al mismo tiempo la aplicación a los administradores de las personas jurídicas de los efectos directos que la declaración judicial de concurso producía sobre el deudor (art. 149) (99). Así, al regular la publicidad registral del concurso (art. 128 a 135) exigía la inscripción en la hoja abierta a nombre de cada sociedad tanto de la resolución judicial que acuerde «la inhabilitación patrimonial» (100) como de la que acuerde la rehabilitación del concursado. Sin embargo, la reforma, iniciada al amparo de unos años de crisis, quedó paralizada cuando las circunstancias económicas tornaron más favorables y las citadas normas no llegaron a aprobarse. De manera que será preciso esperar al Reglamento del Registro Mercantil de 1989 para que se regule expresamente la posibilidad de extender el efecto fundamental

(97) La reapertura del procedimiento puede tener lugar a instancias de los acreedores siempre que el deudor convenido faltare al cumplimiento de lo estipulado en el convenio (art. 906 CCom) y cuando la quiebra se hubiera clausurado sin pagar totalmente a los acreedores y posteriormente el deudor adquiriera nuevos bienes (art. 1.246 LEC).

(98) Vid. A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra...*, ob. cit., págs. 765 y sigs.

(99) Vid. M. OLIVENCIA, «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, ob. cit., págs. 29 y sigs., en particular pág. 43.

(100) Vid. A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Los efectos de la quiebra...*, cit., pág. 147, nota 25.

de la inhabilitación al órgano de administración de la sociedad mercantil quebrada (101). Junto a ello, se dispone que sólo en virtud de la sentencia de rehabilitación se podrá proceder a la cancelación de los asientos relativos a la inhabilitación del quebrado o de los administradores de la sociedad quebrada. Por tanto, con arreglo a esta norma, la clausura de la quiebra no extingue todos los efectos que se han producido a raíz de la apertura del procedimiento sobre el quebrado o los administradores de la sociedad en quiebra, sino que tales efectos permanecen hasta que se dicte una especial declaración judicial de rehabilitación (102).

IV. TÍTULO INSCRIBIBLE Y CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCIÓN

Tras la nueva configuración de los elementos subjetivo y objetivo de la publicidad registral mercantil de la suspensión de pagos y de la quiebra cabe realizar algunas observaciones en torno al título inscribible y las circunstancias de la inscripción.

El Reglamento del Registro Mercantil establece que los asientos enumerados en los artículos 284 y 285 se practicarán en virtud de «mandamiento

(101) Dicha posibilidad no ha sido admitida pacíficamente por la doctrina científica (vid F. VICENT CHULIA, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *RJC*, núm. 3, julio-septiembre, Barcelona, 1979, págs. 669 y sigs., en especial págs. 676 y sigs.). En este sentido, se ha puesto de manifiesto que el artículo 289.2 RRM no sería aplicable a las interdicciones legales previstas para el quebrado (entre otras, las del art. 13.2.º CCom), ya que el citado precepto alude únicamente a la extensión a los administradores de la sociedad quebrada de la inhabilitación regulada en el artículo 878.1 del Código de Comercio. En favor de esta interpretación se alzan importantes argumentos que impedirían la extensión de las interdicciones legales a los administradores de las sociedades quebradas. En principio, destaca el hecho de que los administradores no son jurídicamente comerciantes y las leyes que establecen las interdicciones las vinculan a la condición de comerciante. Además, no concurren en los administradores de las sociedades quebradas las razones que todavía están en la base de todas las interdicciones legales: la pérdida del crédito (en el caso de la quiebra de la sociedad esa pérdida no afecta al administrador, sino a la sociedad por él administrada) Vid A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales...*, cit., págs. 274 y sigs.

(102) El Reglamento considera que si con la declaración de quiebra se produce la inhabilitación del quebrado o de los administradores de la sociedad quebrada (art. 878.1 CCom), la finalidad de la declaración judicial de rehabilitación será poner fin a la inhabilitación. Ahora bien, tal doctrina surgida al amparo del propio Código de Comercio (art. 922, «con la rehabilitación del quebrado cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra») ha sido objeto de reciente crítica. Vid AURORA MARTÍNEZ FLÓREZ, *Los efectos de la quiebra...*, ob. cit., págs. 696 y sigs., y, también, *Las interdicciones legales...* cit., págs. 287 y sigs. Esta autora distingue entre la limitación de las facultades de disposición y administración y las interdicciones legales previstas para los quebrados. Así, en tanto que la primera cesa con la clausura del procedimiento, las segundas exigen una declaración judicial de rehabilitación.

judicial o testimonio de la resolución judicial correspondiente». Además, en el mismo habrá de expresarse si dicha resolución es o no firme a los efectos de proceder, bien a su inscripción, bien a su anotación preventiva (art. 287).

Dos cuestiones merecen un breve análisis. En primer lugar, la relativa al sujeto competente para dictar el mandamiento de inscripción. En segundo lugar, la que alude al destinatario de dicho mandamiento. Los nuevos preceptos registrales guardan silencio en torno a la competencia para dictar el oportuno testimonio o mandamiento de inscripción. Esta laguna permite entender que esa disposición podrá proceder tanto del Juez que está conociendo de los autos de suspensión de pagos y quiebra como del propio órgano jurisdiccional que dictó la resolución objeto de inscripción. Los anteriores Reglamentos de 1919 y 1956 aludían expresamente a los «Jueces ante quienes se tramiten autos de suspensión de pagos o quiebra», y al precisar el contenido mínimo del asiento que debía extenderse exigían la expresión del nombre del «Juez o Tribunal» que hubiese dictado la resolución correspondiente. Es decir, por un lado se reconocía que la decisión judicial objeto de inscripción podía proceder de un Juez de Primera Instancia o de un Tribunal Superior, mientras que por otro lado se especificaba que sólo el Juez que tramitase la suspensión de pagos o la quiebra —Juez de Primera Instancia— tenía atribuida la facultad de expedir el correspondiente mandamiento (103). Ahora bien, el Reglamento de 1989 no aclara qué órgano judicial tiene conferida dicha facultad, pero mantiene la exigencia, en el contenido mínimo del asiento, de que conste el nombre del «Juez o Tribunal» que hubiera dictado la resolución que habrá de acceder al Registro. De esta manera, si bien esos pronunciamientos judiciales de la suspensión y de la quiebra pueden proceder del Juez de Primera Instancia o de un Tribunal Superior, no se especifica qué órgano en concreto debe expedir el oportuno mandamiento de inscripción. Por tanto, parece que tal disposición puede proceder de ambas instancias de decisión.

En último lugar, cabe señalar que el testimonio o mandamiento judicial de inscripción deberá dirigirse al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del «sujeto inscribible» (art. 17.1.º RRM). En ello se halla una manifestación más de que el Reglamento ha tratado de superar los límites que le imponía la vieja terminología en torno al sujeto comerciante para definir su nueva capacidad subjetiva en base a los artículos 16 del Código de Comercio y 81 del Reglamento del Registro Mercantil.

(103) Vid. M. OLIVENCIA, *Publicidad registral* ., cit., pág. 31

V. EFECTOS DE LA INSCRIPCION: CARACTER DE LA PUBLICIDAD

Como acabamos de ver, el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 exige la publicidad de determinadas resoluciones judiciales que se producen a lo largo de los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra. Lo expuesto obliga a precisar los efectos jurídicos que se derivan del reflejo registral de los actos examinados. En este sentido, se tratará de determinar si la realización u omisión de la publicidad prevista en el Registro Mercantil influye de alguna manera en los efectos que sobre la persona del deudor o sobre su patrimonio genera la apertura de esos procedimientos. Para ello es preciso poner de relieve el carácter inmediatamente ejecutivo que la Ley, la jurisprudencia y la interpretación doctrinal en general atribuyen a las resoluciones iniciales de los procedimientos concursales mercantiles. De modo que ni el Código de Comercio ni la Ley de Suspensión de Pagos supeditan los efectos de la inhabilitación del quebrado o de la intervención de las operaciones del suspenso a ninguna de las formas de publicidad previstas (104). La efectividad de la providencia que abre la suspensión y del auto que declara la quiebra se genera con independencia de cualquier tipo de publicidad, incluida la registral (105). Al mismo tiempo, no debemos olvidar que la propia Ley material que regula estos procedimientos no prevé una publicidad registral mercantil de los mismos (salvo lo dispuesto en los arts. 4 a 17 LSP) y que, en cualquier caso, en la regulación que ofrece el nuevo Reglamento del Registro Mercantil dicha publicidad no se contempla con ningún carácter específico (ni constitutiva ni declarativa).

Ahora bien, si con arreglo a la normativa registral tanto la quiebra como la suspensión se han convertido en hechos inscribibles (arts. 87.8.º y 94.11 RRM), cabe cuestionarse cómo opera en este ámbito la publicidad material (106). Como se sabe, la publicidad material presenta dos lecturas, una positiva, conforme a la cual los actos sujetos a inscripción e inscritos son oponibles a terceros y éstos no podrán alegar su desconocimiento efectivo (lo inscrito en el Registro se considera conocido por todos), y otra negativa, a cuyo tenor el acto inscribible pero no inscrito no perjudicará al tercero de buena fe (es decir, son inoponibles a los terceros de buena fe los actos

(104) Vid. A. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra...*, cit., págs. 292 a 294. También A. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Los efectos de la quiebra...* ob. cit., pág. 398. y de la misma autora, *Las interdicciones legales...*, cit., págs. 103 y sigs.

(105) Vid. artículos 878.1 del Código de Comercio de 1885 y 1.036 del Código de Comercio de 1829, en relación con el artículo 1.334 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para la suspensión de pagos, vid. artículos 4.2 y 8.7 de la Ley de Suspensión de Pagos.

(106) Vid., entre otros, J. M.º CHICO ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, I, cit., págs. 269 y sigs.

sujetos a inscripción y no inscritos). Pero esta materia ha sufrido importantes innovaciones. Ya no es la inscripción en el Registro la que genera los efectos positivos de la publicidad registral, sino que, con arreglo a la nueva normativa, sólo desde la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* los actos sujetos a inscripción y efectivamente inscritos son oponibles a terceros (arts. 21.1 CCom y 9 RRM) (107).

En todo caso, poco juego deja a la publicidad material el carácter inmediatamente ejecutivo de las resoluciones judiciales de apertura de los procedimientos de quiebra y suspensión. Los efectos frente a terceros de esos actos de apertura del procedimiento correspondiente se producirán, sin que éstos puedan alegar a su favor la falta de publicidad del acto judicial. No nos hallamos ante una publicidad «necesaria», en el sentido de que se requiera para dotar de eficacia el acto (108). No se trata de una publicidad que se exija para la eficacia inter-partes del acto (con carácter constitutivo) o para hacer el acto eficaz frente a terceros (con carácter declarativo), ya que éstos no pueden alegar los efectos de la publicidad material negativa derivados de la falta de inscripción (109). De ahí que, tal vez, sólo nos queda el recurso a la publicidad-noticia (110) a la hora de definir la naturaleza de las inscripciones practicadas en los procedimientos de quiebra y suspensión.

Por otro lado, el elenco de resoluciones judiciales que hoy recogen los artículos 284 y 285 del Reglamento del Registro Mercantil permitiría quizá mantener una interpretación dirigida a atribuir publicidad de eficacia diferente en función de la resolución de que se trate, en la medida en que la Ley sólo conecta ese carácter inmediatamente ejecutivo al auto que declara la quiebra, a la providencia que abre el procedimiento de suspensión y al propio auto que declara la suspensión. En base a ello, podría pensarse que respecto de las resoluciones exentas de autoejecutividad jugarían plenamente los efectos de la publicidad material. Sin embargo, a esta interpretación

(107) Vid J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *La publicidad de las sociedades de capital...*, cit., pág. 39, también, J. D. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Presupuestos y efectos de la inscripción y de la publicación...*, cit., págs. 398 y 399, y R. GARCÍA VILLAYERDE, *La reforma del Registro Mercantil*, ob. cit., págs. 1194 y sigs. Ahora bien, parece que este nuevo aspecto de la publicidad no ha quedado suficientemente claro tras la reforma, ya que para algún autor es la publicidad positiva la que no ha sufrido modificación en su régimen, en tanto que se ha visto alterada la publicidad negativa en el sentido de que este aspecto no permanece vinculado hoy a la inscripción, sino a la publicación en el *BORME* Vid C. PAZ-ARES, *La reforma del Registro Mercantil*, cit., pág. 5.

(108) Vid A. PAVONE LA ROSA, *El registro...*, cit., págs. 101 y sigs.

(109) Vid sobre estos efectos R. M.^º ROCA SASTRE/L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, I, cit., págs. 192 y sigs., también, J. L. LACRUZ BERDEJO/F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, cit., págs. 127 y sigs., y J. M.^º CHICO ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, I, cit., págs. 224 y sigs.

(110) Vid R. GARCÍA VILLAYERDE, *La reforma...*, cit., págs. 1187 y 1188.

se oponen importantes argumentos. En primer lugar, el de la seguridad del tráfico. Si se atribuyen distintos efectos a la publicidad registral dependiendo de la resolución judicial ante la que nos hallemos, se introduce una notable inseguridad para los terceros cuando estamos ante una institución que lo que pretende es precisamente garantizar la seguridad del tráfico. Además, mantener una publicidad de signo diferente en orden al contenido de la decisión judicial correspondiente conduciría a una situación en la que el Reglamento vendría a reconocer determinada eficacia a la publicidad de una serie de pronunciamientos judiciales de los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra para los que la misma Ley ni siquiera exige publicidad. De este modo, la norma reglamentaria superaría a la propia norma legal.

Por último, cabe observar que una construcción que atribuyera publicidad de contenido distinto en función de la resolución de que se trate acarrearía resultados conflictivos. Mientras que con arreglo a la norma legal (CCom y LSP) no se acoge una publicidad registral mercantil de eficacia constitutiva, ni aún declarativa, para las resoluciones fundamentales de apertura de los procedimientos de quiebra y suspensión, la norma reglamentaria (RRM de 1989), en cambio, vendría a reconocer efectos específicos a la publicidad de otros pronunciamientos susceptibles de generarse a lo largo de la suspensión de pagos y de la quiebra, de mucha menos trascendencia que esos actos iniciales de apertura de ambos procedimientos.

En definitiva, parece que, por un lado, la publicidad de todas las resoluciones objeto de inscripción en la suspensión de pagos y en el procedimiento de quiebra debe tener idéntico carácter; y por otro lado, dicha publicidad no ha cambiado de signo, pues subsiste en la práctica como un *medio complementario* de la eficacia de los otros medios de publicidad legal previstos (arts. 1.337 LEC y 4 LSP), sin que los terceros puedan invocar a su favor la falta de publicidad del acto judicial constitutivo de tal estado. Ello supone admitir que la inscripción en el Registro Mercantil de las suspensiones y de las quiebras sirve de un mero medio de publicidad-noticia (111).

La inscripción se exige al único objeto de que se permita el conocimiento de determinados hechos y relaciones jurídicas. Por tanto, el Registro sólo vendría a informar a los terceros que lo consulten de las alteraciones o modificaciones que ha sufrido la situación patrimonial del deudor tras la apertura de la suspensión de pagos o la quiebra. Los terceros tienen interés

(111) *Vid.* M. OLIVENCIA, *Publicidad registral*, cit., pág. 61. Para este autor, la publicidad registral mercantil de los procedimientos de quiebra y suspensión sólo ofrecería una mayor garantía de que los terceros puedan llegar al conocimiento de esos procedimientos y de sus efectos e impidan, en la medida de lo posible, que se lleven a cabo los hechos sancionados con la nulidad.

en ese conocimiento, ya que se refiere a actos cuyas consecuencias les pueden afectar. De modo que desde esta perspectiva la publicidad registral de esos actos contribuye a la seguridad del tráfico. Pero tanto la inscripción de los actos correspondientes como la falta de inscripción no tienen eficacia frente al tráfico. Los terceros se verán afectados por sus consecuencias aunque esos actos no hayan sido inscritos. En tal caso parece, pues, que el Registro está proporcionando una información de eficacia puramente fáctica y no jurídica (112).

M.^a LUISA SÁNCHEZ PAREDES
Universidad Autónoma de Madrid

(112) Vid. A. PAVONE LA ROSA, *Il registro*, cit., págs. 106 y 107. Este autor identifica la publicidad no necesaria con la llamada publicidad-noticia para referirse a aquella publicidad que no produce modificación alguna sobre la situación publicada. Su función se ciñe a dar conocimiento del acto sujeto a publicidad, sin que de ello derive efecto jurídico alguno. De modo que ninguna influencia tendría la falta de publicidad respecto de las consecuencias derivadas del acto sujeto a inscripción. Una publicidad semejante se atribuye por el autor a la inscripción exigida en el artículo 172 LF respecto de la sentencia que declara la quiebra. Los efectos de la declaración de quiebra se producirían, pues, desde la fecha en que se adoptó la sentencia y no desde la fecha de su depósito o desde aquella en que se llevaron a efecto las formalidades previstas en el artículo 17 citado. Ahora bien, frente a esta interpretación se alza la de aquellos que consideran que la sentencia declarativa de la quiebra adquiere existencia jurídica a raíz del depósito, depósito que establece el momento desde el cual se verifican los efectos de la quiebra. Vid. G. U. TEDESCHI, *Disposizioni generali della dichiarazione di fallimento* (arts. 1-22). Comentario Scialoja-Branca, cit., págs. 451 y sigs.

Por su parte, el Derecho alemán, que también prevé expresamente la inscripción registral mercantil de los procedimientos concursales, al mismo tiempo establece en el párrafo 32 HGB que las disposiciones del párrafo 15 HGB relativas a la eficacia de la publicidad material frente a terceros no serán de aplicación en estos casos. De ahí que para los autores no sea posible hablar de publicidad registral *stricto sensu*, ya que el Registro se limita a «informar» a los terceros de la situación y circunstancias que atraviesa el deudor por medio de la comunicación que a su vez recibe el Juez del concurso. En este sentido los efectos de la apertura del concurso (regulados esencialmente en el par. 6 KO) se consideran, pues, incompatibles con las prescripciones del párrafo 15 HGB. Vid. F. MENTZEL/G. KUHN, *Konkursordnung*, München, 1976, págs. 541 y sigs.; y sobre el párrafo 15 HGB, vid. K. SCHMIDT, *Handelsrecht* (2.^a ed.), Köln, 1982, págs. 290 y sigs.

El deterioro del sistema inmobiliario registral: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 1994 constituye un paso más en la táctica de destruir un sistema centenario como el inmobiliario registral, orgullo del Derecho español y modelo en los Congresos Internacionales de Derecho Registral, en que figura siempre a la cabeza, lo que ha hecho decir a algún miembro del Tribunal de Defensa de la Competencia que es de las instituciones «*exportables*» al mundo por parte de España.

Pero la táctica actual de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por lo que podemos ir viendo día a día a través del *Boletín Oficial del Estado*, es ir destruyendo, paso a paso, resolución a resolución, el gran edificio registral que tanto trabajo ha costado a nuestros legisladores desde 1861 hasta nuestros días.

Bajo la aparente inocencia de que lo que se está resolviendo es simplemente un problema de mecánica registral, el de si se considera o no necesario aportar al Registro el título intermedio que es el contrato de *leasing*, se introduce una carga de profundidad contra el Derecho inmobiliario registral y, concretamente, contra los principios de nuestra venerable Ley Hipotecaria.

La doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado se resume diciendo que para la inscripción del ejercicio de la opción de compra derivada de un *leasing* basta la presentación de la escritura de compra, sin necesidad de aportar ni de calificar el contrato previo de *leasing* y sin necesidad siquiera de reflejarlo en la inscripción,

porque la resolución parte de que se trata de una compraventa independiente del contrato de *leasing* precedente, sin conexión alguna con él (!).

Esto supone un desconocimiento de lo que es el negocio jurídico de *leasing* y de lo que es el Derecho inmobiliario registral.

Ante todo, es ya de por sí deplorable la forma de la presente resolución. Mucho más deplorable es el fondo, del cual en seguida nos ocuparemos. Pero la forma es el exponente de lo que es el fondo. La forma revela «poca elegancia», si se nos permite esta expresión, para llevar al ánimo del lector de que aquí no ha habido mesura en las argumentaciones.

Para comprobar que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado no está a la altura de aquellas venerables resoluciones que «guardaban las formas», veamos algunas manifestaciones de la falta de «estética jurídica».

Empieza diciendo que «no es de fácil comprensión» la postura del Registrador respecto a la relación entre tracto sucesivo y un contrato con causa única. O en palabras de la resolución: «No es de fácil comprensión llegar a ver qué relación existe entre el principio de tracto sucesivo y la configuración del contrato de arrendamiento financiero como contrato de causa única». Y dice esto en relación con el criterio del Registrador basado en el tracto sucesivo y en el *leasing* como contrato de causa única.

En una figura atípica y nueva como es el *leasing*, ¡qué falta de elegancia atribuir al Registrador que se esfuerza por el control de legalidad de esa figura tan susceptible de abusos el ser autor de una posición ininteligible!

Pero el defecto está en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no comprende una cuestión tan fácil de entender: nuestro sistema inmobiliario se apoya en el tracto sucesivo y en la idea de negocio causal. Y ambos principios están conectados por la manifestación del tracto sucesivo de actos jurídicos, puesto que el tracto sucesivo, al ser causal el sistema, no es sólo de titulares que manifiestan un consentimiento formal, sino de los sucesivos actos jurídicos que constituyen el completo historial de una finca registral y que en este caso exigen que se inscriban tanto el contrato de *leasing* como el ejercicio de la opción de compra derivada de él, pues uno y otro forman una unidad inescindible.

Ante esa falta de comprensión hacia la posición del Registrador, perfectamente fundada, la resolución opta por inventar hipotéticos argumentos que nadie ha esgrimido, para seguidamente pulverizarlos. Pero ese es un «burdo» método de argumentar, ya muy conocido cuando se carece de verdaderos argumentos, que es imaginar en el contradictor una serie de posibilidades alternativas e ir las rebatiendo con grave indefensión para el recurrente, que para nada se había basado en esas hipotéticas e inventadas argumentaciones.

La resolución se cubre de gloria en este capítulo de la forma cuando

frente a la argumentación del Registrador de que el contrato de consumación de la opción derivada del *leasing* carece del requisito de «precio cierto» si no se le enlaza con el *leasing* que le sirve de base, juega con él al ratón y al gato, y le dice que el precio, aunque insignificante, es «cierto» y que lo que a lo sumo falla es que sea «justo». Esto podría aceptarse como broma, no como argumentación jurídica.

Y la falta de estética continúa en una resolución que por ser de la Dirección General de «los Registros» y no sólo del «Notariado», debería mantener la necesaria amplitud de la función calificadora conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y sin embargo niega al Registrador de la Propiedad facultades de calificación no ya sólo en la caracterización del elemento esencial del precio, sino en el objeto de las sociedades de *leasing*, olvidando en definitiva que «el valor residual» del contrato de consumación de *leasing* no es precio, sino un valor residual de un contrato precedente que requiriere ser puesto en íntima relación con él, porque, lo quiera o no la resolución, constituye la base causal del mismo. Y además, respecto al objeto de las sociedades de *leasing*, que es el propio legislador en el apartado 8 de la disposición adicional 7.^a, por cierto recientemente reformado, el que delimita el objeto social de las sociedades de *leasing* para que no se puedan dedicar a otras actividades ni realizar otros actos jurídicos que los permitidos, a diferencia del régimen general de sociedades a que se refiere el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por otra parte, resulta imperdonable y demuestra una vez más la ligereza con que está redactada la presente resolución el error que comete al extracar la posición del Registrador atribuyéndole lo contrario de lo que él defiende, pues en el apartado IV de los «Hechos» se lee: «Por otra parte, de no inscribirse el arrendamiento financiero sería *imposible* la aparición de terceros adquirentes, protegidos por el Registro, del derecho sobre el que recae la opción, que haría inviable su ejercicio, lo que se pretende evitar con la publicidad registral del *leasing*».

Como esta frase no tiene ningún sentido, he solicitado datos del Registro en que obra el expediente de recurso, y de dichos datos resulta el error de la resolución: en lugar de la palabra «imposible» debe decir «posible», que es justo lo contrario, y debería rectificarse y publicarse la rectificación en el *Boletín Oficial del Estado*, pues la frase es importante para neutralizar la pretensión del Notario recurrente de que es innecesario la inscripción del *leasing*, cuando es todo lo contrario por los fraudes y engaños a que esa solución podría dar lugar y es para lo que se estableció la legislación inmobiliaria, como señala acertadamente el Registrador en su informe, mal interpretado o expuesto por la Dirección General.

Y si la «forma» es deplorable por la falta de respeto al recurrente y por la falta de seriedad que debe presidir estas resoluciones, conforme a su

tradición, mucho más deplorable es el «fondo». Pero esa forma da ya la pista de lo que pretende ser el fondo de la resolución: una negación de las funciones calificadoras del Registrador frente a escrituras notariales de *leasing* inmobiliario que quizá no hayan cumplido la legalidad vigente, conforme exige la disposición adicional 7.^a de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades Oficiales de Crédito.

Hasta cuatro principios hipotecarios fundamentales, por no citar íntegramente todos los principios hipotecarios al estar íntimamente relacionados, padecen con la doctrina de la presente resolución.

Esos cuatro principios hipotecarios directamente implicados en esta resolución y desconocidos por ella son los siguientes: *el principio de negocio causal, el de especialidad o determinación, el de tracto sucesivo y el de calificación registral*.

A) *El principio de negocio causal es uno de los principios fundamentales de nuestro sistema inmobiliario*, que marca la diferencia con el sistema alemán de consentimiento abstracto, criticado por los propios autores alemanes. Es uno de los que enorgullecen el sistema inmobiliario español.

Según este principio, no basta el consentimiento del titular registral, es decir, su voluntad, sino que el ordenamiento exige que exista una causa adecuada y que esa causa se exprese, se califique y se publique en el asiento registral que produce publicidad inmobiliaria. Luz y taquígrafos para la causa del negocio.

Se olvidan en esta resolución varios aspectos fundamentales de la teoría de la causa en relación con el Derecho inmobiliario:

1) *La función controladora del negocio que tiene la causa y a la que ya aludió brillantemente el maestro FEDERICO DE CASTRO*. La causa sirve para determinar qué negocios son regulares e irregulares, cuáles son válidos y cuáles nulos. En el presente caso, la función controladora de la causa brilla por su ausencia, pues se dice que basta el consentimiento del titular registral o lo que la resolución llama, la «voluntad real» del titular. De aquí al consentimiento abstracto no hay más que un paso. Y esto es todavía más llamativo cuando exista una reiteradísima doctrina de la propia Dirección General que defiende el principio de negocio causal, exigiendo que se exprese la causa del negocio inscribible (Resoluciones de 12 de marzo de 1930, 31 de enero de 1931, 29 de julio de 1931, 16 de noviembre de 1938, 30 junio de 1987, 10 de junio de 1986, 10 de marzo, 14 de abril, 16 y 18 de octubre de 1989 y 25 de septiembre de 1990).

¿Por qué cambia ahora la Dirección General por criterios que desde luego no son técnicos?

¿Cómo puede servir de causa en este caso a una compraventa un precio que por definición no es precio, sino «valor residual» de una serie de

contraprestaciones anteriores? Esta pregunta nos lleva al segundo aspecto de la causa, olvidado en la presente resolución.

2) *La caracterización de la causa en los contratos onerosos como contraprestación tipificadora del propio negocio.* Es la definición de causa que se recoge en el artículo 1.274 del Código Civil. Toda la dificultad de la teoría de la causa se resume en esta sencilla pregunta: «¿Por qué he adquirido esta finca?» La contestación a esta pregunta no puede hacerse desde la perspectiva de los móviles subjetivos o psicológicos del sujeto, sino atendiendo a la función típica de cada clase de negocio. En el caso de la adquisición por consumación del contrato de *leasing*, la contestación será: «Porque he pagado una serie de contraprestaciones a lo largo del contrato de *leasing* y he decidido al final pagar el valor residual del contrato».

Si en lugar de una opción derivada de *leasing* hubiera sido una opción ordinaria, entonces sí se hubiera podido separar perfectamente la contraprestación derivada de la opción y la contraprestación derivada de la adquisición de la finca. Si hubiera sido un supuesto de arrendamiento ordinario con opción de compra se hubiera podido decir que una cosa es la contraprestación pagada por razón del uso de la cosa y otra es la contraprestación pagada por la compraventa.

Pero en el caso del *leasing* existe un contrato con causa única o mixta, como dice el Tribunal Supremo, en que no cabe la separación o corte que pretende la presente resolución.

El error de la resolución está en creer que el «valor residual» constituye precio de una compraventa. El precio de la compraventa es la contraprestación por la adquisición del inmueble. Pero en el *leasing* el valor residual ha de ser complementado por los cánones del *leasing*, pues éstos no representan la contraprestación por el uso del bien, a diferencia del arrendamiento ordinario, sino parte de la financiación de la adquisición del inmueble. Por tanto, sólo teniendo en cuenta la total contraprestación puede decirse que se tiene en cuenta la causa unitaria o mixta del contrato. El valor residual es sencillamente eso: un valor residual y no el precio de la compraventa. No es problema ni de precio cierto ni de precio justo, sino de que no es precio. Pero puestos a elegir entre los que discuten el supuesto, el Registrador, que habla de que el precio no es cierto y la Dirección General que dice que lo es y que lo único que ocurre es que no es justo, nos inclinamos por el criterio del Registrador, pues no hay certeza en el precio si sólo se incluye una de las partidas de la contraprestación, dejando en incertidumbre total las restantes partidas que la componen. En cambio, consideramos una monstruosidad jurídica apuntar, ni siquiera por «divertimento», como parece razonar la resolución, que el precio no es justo y que esto ya lo debatirán los Tribunales, pues éstos hay que dejarlos en el trabajo que ya tienen para los asuntos contenciosos, máxime en un caso en que el precio es justo si se tiene en

cuenta la total contraprestación derivada del *leasing*, y desde luego es injusto y hiere forzosamente los sentidos si sólo se tiene en cuenta como precio el «valor residual». Es tan evidentemente «injusto» ese valor residual si se lo transforma en precio de la cosa, que por su elementalidad ha de corresponder al Registrador detectar esa supuesta irregularidad del precio. Pero la cuestión no es ésta: el precio es cierto y el precio es justo. Lo que ocurre es que falta el documento del que resulta esa certidumbre y esa justicia del precio, que es precisamente el contrato de *leasing*, que no está debajo del mar a muchos metros de profundidad, sino que lo tienen las partes del contrato, y si no se ha aportado al Registro no puede ser por otra cosa que por un afán de discutir del que recurrió contra la nota calificadora, salvo que fuera porque el contrato no reunía los requisitos legales adecuados o no cumplió con las obligaciones fiscales imperativas.

3) *Un tercer aspecto de la causa a efectos inmobiliarios es calificar la causa del negocio* respectivo que pretende acceder al Registro de la Propiedad. En el presente caso se trata de la escritura de ejercicio de la opción de compra derivada del *leasing*. No se la puede calificar simplemente de compraventa sin más. Se trata de un negocio de más calado: es una compraventa en ejecución de una opción derivada de un *leasing*.

En el acta de inscripción de ese negocio el Registrador ha de expresar «el título genérico de su adquisición» (regla 10 del art. 51 RH). ¿Qué ha de expresar en este caso, que se inscribe el dominio por título de compraventa? Esto sería una imprecisión. El Registrador ha de expresar que «se inscribe el dominio por título de compraventa en ejercicio de opción de compra derivada del *leasing*», pues no se trata de una compraventa desligada del *leasing*, sino íntimamente unida a él.

Parece que la resolución no sabe lo que es un *leasing* inmobiliario.

Empieza descartando la «trilateralidad» del *leasing* cuando toda la doctrina define el *leasing* ordinario como «trilateral» porque presupone un usuario (sea profesional, industrial, comerciante o agricultor) que encarga a una sociedad de *leasing* la compra de un inmueble cuyo uso le interesa y probablemente su posterior adquisición en propiedad. La conexión entre el precio contrato de compraventa por la sociedad de *leasing*, el arrendamiento financiero propiamente dicho y la ulterior compraventa por parte del usuario es evidente y es lo que justifica las especialidades de esa conexión de contratos y justifica igualmente los pactos en virtud de los cuales la sociedad de *leasing* estipula que no asume los riesgos del contrato.

Precisamente ese «*leasing*» *trilateral* u ordinario se contrapone a otra figura de *leasing* que es «*bilateral*» o *lease-back* o *retroleasing*, que consiste en que el dueño del local lo vende a la sociedad de *leasing* y, seguidamente, ésta se lo cede en uso a cambio del pago de cánones, con la opción de adquisición a favor de la sociedad de *leasing*. En este caso, el

dueño obtiene capital por la venta y seguidamente va pagando unos cánones y puede recuperar al final el mismo inmueble.

Por tanto, no vemos a cuento de qué viene negar esa conexión trilateral existente entre los diferentes negocios que hay en el *leasing* cuando además nada tiene que ver con el supuesto que nos ocupa, puesto que la primera compraventa ya figuraba inscrita en el Registro y nadie lo discutía.

Pero la resolución no sólo descarta esa «trilateralidad evidente» del *leasing* ordinario, sino que entrando ya en el negocio de cesión de uso con opción de compra limita la unidad del contrato de *leasing* a la «cesión onerosa de uso del bien con derecho de adquisición del mismo por el usuario a la conclusión de aquél». Esto no es un *leasing*, pues los cánones del *leasing* no representan la contraprestación por el uso del bien, sino que en una importante parte representan la financiación de la adquisición del mismo, ya que la opción final es un valor residual o simbólico que no justifica causalmente la transmisión. Por tanto hay una conexión íntima entre la cesión de uso, la opción de compra y la consumación de la compraventa. Se trata de negocios íntimamente ligados que no se explican el uno sin los otros.

La resolución, en el último fundamento de Derecho, hace una afirmación gratuita: «La compraventa en que se concreta la transmisión final no es un mero acto de ejecución de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un verdadero negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, sin que ello obste a que sea una compraventa de contornos propios y típicos propios de ella en la que el precio, en virtud de conexión genética antes expresada y de la propia causa onerosa típica de la figura, es lícito no sólo que las partes lo fijen como tengan por conveniente, sino que para determinarlo lo hagan en función de otras consideraciones que no sean el total valor del bien transmitido».

Aquí está el principal error de la resolución al no darse cuenta que el negocio de consumación del *leasing* no es una compraventa normal y corriente, sino un mero «contrato de ejecución» del *leasing* precedente. Estamos ante lo que la doctrina italiana ha denominado con acierto «ligamen de negocios», que no se entienden el uno sin el otro.

Veamos lo que sobre ligamen de negocios nos dice el principal tratadista del negocio jurídico, que es CARIOTTA FERRARA:

«Es fácil observar que algunos negocios tienen íntimo ligamen con otros, o porque su función jurídica se halla en reforzar, integrar, consolidar, sanar o en revocar o destruir directamente otros negocios, en modo de unirse, insertarse o referirse a aquellos, o porque la voluntad de las partes establece un nexo íntimo entre un negocio y otro. Tal ligamen o nexo se funde en la Ley o se funde en la voluntad de las partes, puede dar lugar a una comunidad de destino entre un negocio y el otro, hasta el punto de no

poder tener lugar uno sin el otro o no poder desplegar efecto sin él, o de poder derivar, como veremos, de la nulidad del uno la nulidad del otro o, de cualquier manera, ejercer cualquier vicio o defecto de uno influencia en el otro» (*El Negocio Jurídico*, pág. 262).

Y para determinar cuándo hay ese ligamen de negocios, CARIOTTA FERRARA entiende, como no podía ser de otra manera, que en lugar de acudir al elemento subjetivo hay que acudir al elemento objetivo de la causa. Así que aplicando el concepto de causa el supuesto de hecho hay que considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixción o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas» (*ob. cit.*, pág. 264).

En el presente caso existe *la causa de financiación* de la adquisición del bien, que se encuentra tanto *en el pago de los cánones periódicos* que configuran el contrato de *leasing* propiamente dicho como en el último pago del valor residual; pero cobra mucha más importancia causal *el pago de los cánones periódicos* porque constituye la enjundia de la contraprestación por la adquisición de la finca y no un simple valor residual simbólico como su propio nombre indica.

Pero es que, además, la posición de la resolución, al descartar la naturaleza de contrato de «ejecución» no sólo va contra la esencia causal objetiva del negocio, sino que va contra la propia voluntad de las partes, pues en el primer «Hecho» de la resolución se alude a la escritura, en la que se dice que se ha ejercitado en forma la opción de compra derivada del arrendamiento financiero. Esto significa que de la propia escritura calificada resulta la conexión o ligamen de negocios y el acto de ejecución en que la compraventa consiste.

En cuanto a que se exigen «nuevas declaraciones de voluntad», esto no afecta al ligamen de negocios, pues entre los elementos del negocio están, por una parte, las declaraciones de voluntad, pero también está el objeto y la causa, y esta última guarda una conexión absoluta y esencial con el *leasing* precedente, sin el cual carece de sentido y de causa.

Por otra parte, no hay que olvidar tampoco el artículo 1.224 del Código Civil, que dice:

«Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que éstos hubiesen sido consignados si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero».

Este precepto tiene varios significados a efectos de calificación registral de negocios conexos o ligados:

1) Que si el negocio o acto de ejecución se aparta del negocio base o causal sin que conste «expresamente» la novación del primero, hay que

atenerse al primero, y ante la posible contradicción existente las partes han de aclarar las declaraciones de voluntad. Esto puede ocurrir, y así ha ocurrido alguna vez en la práctica, en las escrituras de elevación a público de documento privado, en que la escritura ofrecía distinto contenido que el documento privado, sin declarar la novación de aquél; y ante la posible confusión existente es práctica habitual exigir la aclaración correspondiente.

2) Que aplicando esta misma idea al contrato de consumación de *leasing*, que tiene su base causal en el *leasing* precedente, hay que calificarlo en relación con el de *leasing*, porque si las propias partes se remiten a él y no coincidiera el contenido de uno y otro, habría base para entender que se ha producido una oscuridad necesitada de aclaración, pues en caso de divergencias bien podría haberse producido un error de los interesados determinantes de anulabilidad al no constar expresamente la novación del *leasing* primitivo.

El Tribunal Supremo viene diciendo desde la Sentencia de 28 de marzo de 1978 que el *leasing* puede conceptuarse como «negocio mixto en el que se funden la cesión de uso y la opción de compra como causa única», o un «supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidas a una unidad esencial», o un «contrato complejo y atípico gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme» (Sentencias de 18 de noviembre de 1983, 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990). Esta caracterización del «corazón del *leasing*» repercute en todas sus ramificaciones, sean hacia el pasado (la previa compraventa por parte de la sociedad de *leasing*) como hacia el futuro (la ulterior compraventa en ejecución de la opción de compra). Todo ello forma una «unidad orgánica» que no se puede entender ni tratar jurídicamente si no es contemplando la totalidad del conjunto negocial.

El gran prestigio de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de más de cien años se está yendo ahora abajo con este tipo de resoluciones para el jurista y el abogado, que saben que existe doctrina contraria del Tribunal Supremo a la de este tipo de resoluciones de débil y superficial argumentación, por lo que ya no servirá la doctrina de la Dirección para su trabajo, a diferencia de lo que hasta hace poco venía ocurriendo.

Pero todavía hay más: aunque la resolución descarta olímpicamente la tesis de la compraventa a plazos, no se debe olvidar que en la realidad sociológica muchas veces opera como tal compraventa a plazos, que algún autor importante la ha conceptuado como tal y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a decir que a pesar de que el *leasing* es una figura autónoma distinta de la compraventa a plazos, cuando el valor residual de adquisición es meramente simbólico o insignificante; el negocio ha de merecer el calificativo de compraventa a plazos, según Sentencia del

Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990 (1,62 por 100 del precio total en el caso de la sentencia).

Dicho sea esto de pasada para no menospreciar en todo caso la teoría de la compraventa a plazos, aunque nosotros no la compartamos por entender precisamente que el *leasing* es una figura compleja y atípica que tiene elementos de financiación, de cesión de uso, de mandato, de opción de compra y de consumación, en su caso, de esa opción.

B) *El principio de especialidad o determinación es otro de los «sacrificados» por la presente resolución.* El principio de especialidad exige claridad del Registro y de los asientos. El Registro exige la mayor transparencia posible dada su función de publicidad. El Registro se lleva por fincas y lo que pretende el legislador a través del principio de especialidad es que el historial sea completo para que así pueda proporcionar información completa y claridad absoluta respecto a todo lo que haya sucedido en la realidad. No debe haber una realidad registral y otra extrarregistral, sino que ambas deben coincidir.

En el presente caso se fomenta la inscripción de un acto incompleto como es una transmisión del inmueble con referencia exclusiva al valor simbólico o residual, lo que va en contra del principio de especialidad y puede producir enormes confusiones a los terceros. Así, supongamos que un acreedor consulta el Registro y al ver ese ínfimo precio decide ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores. O un arrendatario pretende ejercitar el retracto y lo hace por el precio que consta en la inscripción. En seguida el dueño podrá aportar el contrato de *leasing* para demostrar que no ha habido fraude ni posibilidad de retracto. Pero ¿no será mejor que el Registro publique desde el principio la situación real y no el valor residual como si fuera un precio de compraventa?

Y si se presume legalmente la integridad del Registro habrá pleitos por causa de esta doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y no del Registrador, que se preocupó de dar integridad y claridad al Registro. Además, esta doctrina se extenderá a más casos, dando pie a más pleitos.

La Resolución atenta también contra el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, pues este precepto exige que se haga constar la forma en que se haya hecho o convenido el pago y en el presente caso se hace constar de modo incompleto, pues consta la transmisión de inmueble cuya adquisición se ha financiado a través de una serie de pago de cánones más importantes que el valor residual y, sin embargo, sólo consta como valor de adquisición el valor residual, que es el menos importante como contraprestación de la adquisición.

Desde un punto de vista de publicidad registral, el resultado a que llega la resolución no puede ser más absurdo. Ejemplo: local comercial en Avenida Diagonal de Barcelona o en la Gran Vía de Madrid, de 600 metros

cuadrados, y consta vendido en el Registro por el precio de 200.000 pesetas. Esto constituye una inexactitud, y el que más interés tendrá en rectificar esa inexactitud es el dueño, pues cuando venda ese local la Hacienda Pública creará que ha obtenido una plusvalía exorbitada si realiza una inspección sobre la base de los datos del Registro de la Propiedad, que obligará a molestias por parte del contribuyente y a pérdidas de tiempo por parte de la Hacienda Pública, a pesar de que basó su inspección en el órgano oficial de la publicidad que es el Registro de la Propiedad. Todo ello gracias a la débil y superficial doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

C) *El principio de tracto sucesivo es otro de los que es «arrasado» y «mal entendido» por la presente Resolución.*

Aunque lo más relevante en el supuesto de hecho de la Resolución es el aspecto causal unitario del negocio de ejecución del *leasing* en relación con éste, el tracto sucesivo es un valioso instrumento que ayuda a traer al Registro la causa del negocio de ejecución, y eso es lo que pretendía con todo acierto el Registrador. A estos efectos, da lo mismo formular el defecto como de falta de tracto, como lo formuló el Registrador, que decir que, sea o no previa la inscripción del *leasing*, se exige la presentación simultánea del contrato de *leasing* para tomar de él los elementos imprescindibles para la adecuada configuración del derecho inscribible. En esta última formulación estaríamos en realidad ante una aplicación aceptable del tracto abreviado.

En cualquier caso, sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la Resolución sólo ve en el principio de tracto sucesivo una cadena de titulares dominicales. Pero el principio de tracto sucesivo, por su relación con los demás principios hipotecarios, tiene una mayor riqueza.

Por su relación con el principio de especialidad hay que ver en él un concatenación de la identidad de la finca. Así, no podrá inscribirse la venta de una parte de finca sin que conste previamente la segregación.

Y por su relación con el principio de negocio causal, no se puede inscribir un negocio que procede directamente de un titular registral cuando del propio documento resulta que se han realizado otros negocios intermedios.

Así, supongamos que A, titular registral, formaliza una transmisión a favor de C, pero manifestando en el documento que previamente había vendido por documento privado a favor de B y que éste había vendido por documento privado a favor de C. O bien se pretende elevar a público un documento privado de compraventa en el que se estableció que el comprador podía designar a otra persona y se eleva directamente a favor de este último, sin saberse la causa de esa designación.

El principio de negocio causal exige que el tracto sucesivo tenga tam-

bién un aspecto de concatenación de los sucesivos actos y no sólo de los titulares, pues en otro caso se produce un salto en los eslabones del tracto sucesivo y se llega exclusivamente al principio de consentimiento formal abstracto, totalmente extraño a nuestro sistema inmobiliario.

La Resolución, erróneamente, pretende comparar el supuesto de *leasing* con los casos de derechos de adquisición, que nada tienen que ver con él, pues la opción derivada de *leasing* se funde con el arrendamiento financiero en una unidad y no puede separarse de él, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la opción de compra o con la opción pactada junto con un arrendamiento ordinario, en que cabe perfectamente distinguir entre precio de la opción y del arrendamiento y precio de adquisición de la finca.

Por otra parte, pone el infantil ejemplo de los retractos legales cuando en éstos es sabido que no son inscribibles por tener suficiente publicidad legal y ésta equivale a la inscripción, por lo que es como si estuvieran previamente inscritos.

Pero es que el argumento comparativo tampoco sirve, ya que en esos supuestos la conexión de negocios existe entre el derecho de opción y su consumación requiere igualmente que se presenten en el Registro ambos documentos para que el Registrador califique ambos y no uno solo, pues ha podido producirse, como ocurre frecuentemente en la práctica, cualquier error o discordancia entre el negocio de opción y el de consumación. Y no digamos nada si lo que se pretende es el ejercicio unilateral de la opción por parte del optante, cosa que permite la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y de 19 de julio de 1991, pues entonces la integración entre los documentos de opción y de ejercicio de la opción es total.

Así, puestos a olvidar, la presente resolución olvida lo que dijo la citada Resolución de 19 de julio de 1991, y eso que es muy reciente:

«La tendencia jurisprudencial últimamente reseñada (se refiere a numerosas sentencias del Tribunal Supremo) acoge aquella concepción mayoritaria de la doctrina que en base a las necesidades prácticas del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no es necesaria una nueva declaración para que el camino negocial desemboque en el resultado final si así lo decide quien está facultado para ello, aunque sea mediante declaración unilateral, y todo esto puede convenirse por los contratantes al amparo del artículo 1.255 del Código Civil».

«Por tanto —continúa aquella resolución— y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar —como sucede en este recurso—, el título del adquirente en

virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción —otorgada, como es obvio, por ambas partes— y por la escritura de ejercicio de opción —otorgada unilateralmente por el adquirente, que en este recurso lo puede hacer ostentando además la representación de los concedentes de la opción, que como se ha visto incluso no sería necesaria—, ya que una vez autorizadas ambas el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir el dominio al adquirente».

Si se tiene en cuenta «las variantes y matices según la forma en que lo hayan configurado las partes» que tiene el contrato de opción y a las que alude dicha resolución, parece aventurado prescindir en todo caso del contrato de opción a efectos de calificación e inscripción cuando las propias partes declaran que proceden en ejercicio y consumación de ese previo contrato de opinión. Lo menos que se puede pedir a la oficina pública encargada del control de legalidad y de veracidad de los negocios es que compruebe si es verdad lo que dicen las partes, si hay o no algún error y si hay o no separación del contrato antecedente a efectos de procurar la aclaración necesaria para evitar situaciones ambiguas y oscuras.

Por tanto, ni siquiera para los supuestos de derecho de opción o de retracto convencional o legal aceptamos las meras declaraciones de la presente Resolución, que más que argumentos son pretensiones de ampliar todavía más el desaguizado que comete la presente Resolución.

En cualquier caso, *es incomparable el problema que se produce en el negocio de ejecución de «leasing» respecto al caso de la opción normal y corriente*, pues ya hemos dicho que en ésta el precio de compra suele ser el total que tiene la finca y, en cambio, en la consumación de *leasing* falta expresar el resto de contraprestaciones que integran la verdadera causa de la adquisición.

D) *Otro de los principios «maltratados» por la presente Resolución es el de calificación registral*

El principio de calificación registral, proclamado en los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria de 1861 con gran amplitud y recogido actualmente por el artículo 18 de la vigente Ley Hipotecaria, es uno de los fundamentales del sistema inmobiliario, base de otros principios esenciales como los de legitimación y fe pública registral, pues mal se puede presumir la exactitud de los asientos registrales y concederles el efecto de inatacabilidad y salvaguardia de los Tribunales si no existe un control de legalidad de los documentos que han de acceder al Registro.

El principio de calificación registral es exponente, como dijimos en otro lugar, de la colaboración del Registro de la Propiedad con el Parlamento de la Nación y los Parlamentos autonómicos en cuanto dictan leyes de eficacia en el ámbito inmobiliario, pues dichas leyes se dictan para que sean cum-

plidas aun antes de que surja un conflicto ante los Tribunales, y la mayor garantía y eficacia de cumplimiento de la legalidad en el ámbito extrajudicial la constituye el control de legalidad que ejercen los Registradores de la Propiedad al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Manifestaciones de esa colaboración del Registro de la Propiedad con el Parlamento son, entre otras, las siguientes:

a) Las leyes y preceptos sobre defensa de menores, incapacitados, ausentes, personas desconocidas (situaciones hereditarias) que quedarían sin aplicar si no existiera la calificación registral, porque ésta se estructura dentro de un sistema de responsabilidad y de especialización que hace inconcebible el no ejercicio de la misma por parte del Registrador. Véase en este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 1990.

b) Los pactos abusivos de hipotecas, compraventas, Estatutos de Propiedad Horizontal, conjuntos inmobiliarios, multipropiedad, que han sido detectados y denegada su inscripción por medio de la calificación registral (a todo ello se refieren las Resoluciones de 1 abril de 1981, 20 de mayo de 1987, 25 de junio de 1991 y 4 de marzo de 1993).

c) La defensa de los consumidores en el ámbito inmobiliario se produce diariamente a través de la actuación de los Registradores de la Propiedad (RRDGRN de 7 septiembre de 1988, 26 de noviembre de 1990 y 4 de marzo de 1993).

d) La objetividad de las cláusulas de interés variable de las hipotecas, a la que ahora alude la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, ha venido siendo defendida a partir de los años ochenta por la iniciativa y tesón de los Registradores de la Propiedad, según resulta de documentación escrita sobre esa materia.

e) La necesaria interpretación restrictiva de los poderes, en defensa de los poderdantes, ha tenido lugar como doctrina ya consolidada gracias a las insistentes calificaciones registrales en esta materia tan peligrosa. Del propio modo, el control de la suficiencia y subsistencia de poderes y su revocación se han producido gracias a la función calificadora de los Registradores.

f) La doctrina que prohíbe el autocontrato en caso de conflicto de intereses, tan frecuente por la rapidez del tráfico moderno, se ha consolidado también en base a las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, y prueba de ello son las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986, 27 de enero, 10 de febrero de 1987, 20 septiembre y 18 de octubre de 1989, 29 de abril y 21 de mayo de 1993.

g) La defensa de los compradores de pisos y locales frente a las pretensiones de algunos promotores inmobiliarios de dar un efecto automático al pacto de condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil, preten-

diendo que en caso de impago del precio aplazado perdieran los compradores el piso y las cantidades entregadas, ha tenido lugar en virtud de unas calificaciones registrales y de unos recursos producidos contra las mismas.

h) La aplicación de la legislación fiscal y la colaboración con la Hacienda Pública en el procedimiento de vía de apremio y en los impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Operaciones societarias y Sucesiones y Donaciones, así como el de la Renta, respecto a las plusvalía en las transmisiones realizadas por personas no residentes tiene uno de sus más destacados colaboradores en los Registradores.

i) El cumplimiento de la normativa sobre inversiones extranjeras es otro de los aspectos a resaltar por parte de la calificación.

j) La defensa de los derechos arrendaticios de tanteo y retracto, tanto rústicos como urbanos, corresponde por decisión del legislador a los Registradores de la Propiedad, que han colaborado ampliamente con el Parlamento en este punto, estudiando y resolviendo casos difíciles en esta materia.

k) El evitar que personas, ya incapaces, o en suspensión de pagos o en quiebra puedan enajenar sus bienes, por impedirlo la legalidad, corresponde también a los Registradores de la Propiedad.

l) El incumplimiento de la normativa de la Ley del Suelo tanto respecto a los requisitos de las declaraciones de las obras nuevas como de las reparcelaciones y compensaciones urbanísticas se debe fundamentalmente a la intervención de los Registradores de la Propiedad.

Otras muchas materias de modo interminable podrían ser citadas como manifestación de esta función de legalidad que realizan diariamente los Registradores de la Propiedad.

En contraste con esta amplia e importante función de la calificación registral, la presente resolución no se le ocurre otra cosa para excluir la presentación del contrato de *leasing* inmobiliario a la calificación del Registrador de la Propiedad, que decir que ello «va más allá de su facultad de calificación».

Pero con ello se hurta del control de legalidad el contrato de *leasing* inmobiliario, que al igual de los contratos de hipoteca, compraventa de inmuebles, Estatuto de Propiedad Horizontal y Multipropiedad están necesitados de un control de legalidad en el ámbito extrajudicial para evitar abusos, pues son contratos en que por su propia naturaleza y realización en masa se prestan a las cláusulas abusivas.

Hay que tener en cuenta que existen una serie de limitaciones en la disposición adicional 7.^a de la Ley de 29 de julio de 1988 que son objeto de calificación registral en la práctica diaria porque están establecidas en beneficio de los usuarios y no sólo por razones de carácter fiscal (véase el Prámbulo de la Ley). Así, por ejemplo, la duración mínima del contrato de diez

años o la necesidad de diferenciar entre la parte de recuperación del coste del bien con exclusión del valor de la opción de compra y la carga financiera.

Si esos requisitos no se hubieran cumplido repercutiría en el contrato de consumación de la opción de compra y sería necesario que se subsanaran previamente los defectos.

Por otra parte, si el contrato de *leasing* tuviera algún defecto que provocase su nulidad, ello repercutiría en el contrato de ejercicio de opción, que también sería nulo.

Con la doctrina de esta Resolución se presta a que se incumplan todos estos requisitos por el sencillo mecanismo de otorgar una escritura de *leasing* sin cumplir todos los requisitos, guardarla en el cajón de la mesa y en su momento otorgar la escritura de consumación de la opción. Se presta también al otorgamiento del *leasing* en documento privado dejando únicamente para el control de legalidad el otorgamiento de la escritura de ejercicio de opción como escritura absurdamente independiente del previo contrato de *leasing*.

Y lo peor de todo es que esto lo permita y aconseje la doctrina de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado ahora que en Europa y en España se habla tanto de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y de la necesidad de cumplir la legalidad.

En vista de todos estos despropósitos, que a buen seguro serán apreciados por comentaristas ulteriores que más despacio comenten esta Resolución y que no son más que la última gota (de momento) que colma el vaso del deterioro inmobiliario (pues hay otras resoluciones anteriores que inciden en este deterioro descaradamente y de las que merecerá la pena dedicar otro estudio, así como a las sucesivas que vayan dictándose), creemos que ya es hora de que los juristas que cotizan el sistema inmobiliario español, ese sistema español «exportable» si la Dirección General de los Registros y del Notariado no lo impide con resoluciones como ésta y otras anteriores (y otras que a buen seguro vendrán), se alcen contra estas doctrinas de la Dirección General.

Porque *la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido respetada hasta la fecha por su imparcialidad, independencia, composición, estructura y recto sentido de sus decisiones*. No hay otra autoridad en ella que esas características. Porque su origen es espúreo y su situación actual linda con la inconstitucionalidad.

Su origen es espúreo porque la Ley Hipotecaria de 1861 no la encomendó la resolución de los recursos gubernativos, sino que tal función fue encomendada a los Regentes de las Audiencias (actuales Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia). Fue una Orden de 1864 la que dio un golpe de mano y atribuyó esa función cuasijudicial a la Dirección General para unificar doctrina.

En cuanto a su situación actual, *es realmente inconcebible que se encargue de la resolución de estos recursos con carácter definitivo un Director General de carácter administrativo y de nombramiento político, que incurre necesariamente en autocontrato*, con una Dirección General que suele tardar más de dos años en resolver este tipo de recursos. *En buena lógica constitucional*, deben ser los órganos judiciales los que deberían tener la última palabra y la doctrina definitiva en estas materias tan delicadas y que tanto afectan a los ciudadanos diariamente.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona
y Profesor de Derecho Civil
de la Universidad Pompeu Fabra
de Barcelona

DICTAMENES Y NOTAS

En torno a la multipropiedad

(Análisis de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993 relativa en su esencia al tema de la multipropiedad)

SUMARIO: INTRODUCCION.—PRECISIONES TERMINOLOGICAS.—EXAMEN ESPECIAL DE LA RESOLUCION: 1. SUPUESTO DE HECHO. 2. INTRODUCCIÓN. 3. ALTERACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. 4. LA INSCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN DE LA MULTIPROPIEDAD. 5. OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS.—CONCLUSION.

INTRODUCCION

Uno de los temas más tratados en la literatura jurídica reciente es, sin duda, el fenómeno de la multipropiedad; ello no es por casualidad o por un simple despertar teórico-jurídico de los autores, sino más bien porque se trata de una situación que se vive a diario y que está falta de regulación legal. La figura de la multipropiedad ha tenido en España que irse haciendo poco a poco a través de la práctica notarial y registral fundamentalmente, porque es precisamente esta modalidad la que tiene perfecto encaje en nuestro sistema de transmisión inmobiliaria. Aunque el objeto central de nuestro trabajo va a ser el análisis de la resolución, no dejaremos de acudir a algunos conceptos y estudios jurídicos que se han hecho sobre esta figura. La importancia de esta resolución radica en ser la primera que aborda el tema en su globalidad, o al menos en una gran parte; a raíz de ella irán surgiendo otras que podrán arrojar algo de luz y que sirvan de vía para aclarar los problemas planteados.

No deja de resultar extraño que hasta ahora no se haya producido ninguna resolución sobre esta cuestión si tenemos en cuenta que desde hace

algunos años, y muy a menudo en ciertas zonas de nuestra geografía, el fenómeno ha tenido notable importancia y, como consecuencia, su traslado al instrumento público y como efecto de ello posteriormente al Registro de la Propiedad. También causa extrañeza cómo el legislador no ha querido o podido afrontar y dar a luz un texto que definitivamente centre las reglas de juego para saber en qué terreno nos movemos. A lo largo de nuestro trabajo expondremos borradores que han ido circulando y que, quizá, puedan ser un punto de partida más que fiable de lo que pueda ser el texto definitivo una vez aprobado.

PRECISIONES TERMINOLOGICAS

A pesar de que genéricamente el término que ha tenido más impronta para definir la figura en su globalidad haya sido el de multipropiedad, cuando analizamos el contenido y naturaleza jurídica del mismo vemos que es necesario distinguir, a más de ser obligación de los juristas. Creo que es necesario, una vez que se han escrito tantos trabajos y estudios sobre la figura, el poder delimitar y acotar, bajo la perspectiva de nuestro sistema jurídico latino y teniendo en cuenta los intereses en juego, la terminología adecuada, teniendo en cuenta además que la institución nos viene desde fuera, con los consiguientes problemas de acople a nuestro sistema jurídico.

El Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia, publicado en el *Boletín de Información* el 25 de septiembre de 1992, distingue entre estos conceptos:

a) En cuanto a la multipropiedad, en sentido estricto, el artículo 51 establece: «La multipropiedad consiste en la atribución del dominio de una vivienda o local a varios participantes en *pro indiviso*, de tal manera que a cada uno de ellos corresponde, en exclusiva y frente a todos, un turno de aprovechamiento que le confiere durante un período fijo de cada año, lo que no excluye la continuidad de la posesión de derecho, el disfrute de la vivienda o local y del mobiliario instalado en el mismo con carácter de permanencia y para su servicio.

b) La comunidad de aprovechamiento por turno está regulada en el artículo 54.1: «Podrá gravarse con una comunidad de aprovechamiento por turno la propiedad de un edificio entero o de un conjunto de edificios con elementos e instalaciones comunes integrados al menos por diez apartamentos o viviendas susceptibles de utilización independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública y dotados de modo permanente con el mobiliario adecuado al efecto». El número 2 del mismo artículo continúa diciendo: «Cada una de las participaciones dará derecho al disfrute exclusivo de un apartamento o vivienda determinado durante un

período fijo de cada año por todo el tiempo que dure la comunidad. Los períodos serán de la misma duración para todas las participaciones y nunca inferiores a siete días (...). 4. Los derechos reales que confieren este tipo de aprovechamientos periódicos sólo podrán constituirse del modo que esta Ley establece (...).

c) Por último, se determina otra tercera vía o solución, que recibe en el Título IV el nombre de «Derechos de aprovechamiento por turnos sin carácter real», y así el artículo 63.1 establece:

«Los derechos de aprovechamiento por turno de un apartamento o vivienda podrán constituirse sin carácter real, pero sujetándose los contratos, en todo caso, a la legislación y jurisdicción española (...)».

Como podemos apreciar, el Borrador de Anteproyecto, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* en septiembre de 1992, y vuelto a sustituir por otro nuevo donde se regulan estas figuras en un texto separado del de la Propiedad Horizontal y donde incomprensiblemente se excluye la multipropiedad, configura una serie de instituciones, decantándose ya de una forma clara y definitiva de la manera que quiere dar forma y naturaleza jurídica a estas instituciones. En primer lugar, enmarca a la multipropiedad con carácter real y acceso al Registro de la Propiedad mediante un mecanismo de constitución del que ya tendremos ocasión de revisar. En segundo lugar, regula la constitución de otros posibles derechos, con carácter real, dentro del marco general de los aprovechamientos por turnos, y se remite en muchos aspectos a la figura de la multipropiedad en sentido estricto. Por último, regula la posibilidad de establecer derechos de aprovechamiento por turno, de carácter obligacional o personal o no real, que en definitiva era una de las formas más conocidas en la legislación extranjera, dando libertad total a estos derechos de aprovechamiento sin imponer una fórmula predeterminada, societaria o de cualquier otro tipo.

Por su parte, la Secretaría General de Turismo del Ministerio de Comercio también sacó a la luz un texto, denominado «Borrador de Anteproyecto de Ley de tiempo compartido». Aquí sólo se regulan las modalidades de tiempo compartido, y no como en el texto del Ministerio de Justicia, donde se enmarca el fenómeno dentro de otro más amplio como es el de los conjuntos inmobiliarios y, dentro de él, la tan esperada reforma y adecuación de la Propiedad Horizontal. No obstante, no puedo resistirme a transcribir alguno de los conceptos que en este texto se utilizan, indicando de antemano que desde el punto de vista jurídico este texto es bastante inferior al del Ministerio de Justicia y mucho más «peligroso» cara a la seguridad del adquirente de los derechos por dejar demasiadas rendijas abiertas, sin tener por completo

en cuenta nuestro sistema jurídico de transmisión en relación con el documento público y el posterior paso de acceso al Registro de la Propiedad. En su artículo primero establece: «Artículo 1. Definición. 1. Por el contrato de tiempo compartido una de las partes se obliga a facilitar a la otra la ocupación y disfrute exclusivos durante una o más semanas al año de un alojamiento determinado de carácter turístico (...)». «Artículo 4.2. Por la naturaleza del derecho que adquiriera el titular, el proyecto de tiempo compartido será de carácter real o de carácter personal. En el primer caso los titulares adquieren un derecho real sobre el inmueble, y en el segundo caso su derecho a la utilización y disfrute del mismo está basado en relaciones jurídicas obligacionales. 3. Las modalidades de tiempo compartido cuando el contrato dé lugar a la creación de derechos reales en favor del adquirente son la multipropiedad o propiedad por períodos y el usufructo por períodos, cuyo concepto y régimen específico se establecen en el Título I (...)».

Hemos querido empezar el estudio desde el punto de vista legislativo aunque sea aún mero anteproyecto, ya que así descartamos *ab initio* otras soluciones dadas desde el punto de vista del Derecho comparado; no obstante y muy brevemente, daremos unas pequeñas pinceladas a las diversas concepciones tanto doctrinales como legislativas aportadas.

Doctrinalmente, los planteamientos sobre la institución han sido variados. Desde un punto de vista literal, si se acuña el término de multipropiedad se debería estar haciendo referencia a un auténtico derecho real, bien el de la propiedad en sentido clásico o más bien modalizado a las necesidades de la figura, pero en todo caso con carácter real. A pesar de ello y aunque parezca un contrasentido, el término ha resultado «pegadizo» y se utiliza tanto para su configuración real como para la obligacional o personal. Debe ser una de las consecuencias de la desnaturalización de instituciones arraigadas cuando reciben influencias de otros sistemas jurídicos y se quieren transplantar automáticamente a otros completamente distintos sin antes haberse realizado el correspondiente período de adaptación.

En este sentido antes apuntado, se ha distinguido entre la multipropiedad de carácter obligacional o personal y la de carácter real, aunque también se ha indicado que quizá podría hablarse más propiamente de contraposición entre la llamada multipropiedad inmobiliaria y la accionaria o societaria (1).

Todo lo que antes indicábamos del Borrador del Ministerio de Justicia ha quedado ahora bastante trastocado debido a que con posterioridad ha surgido otro, el último por el momento que ha sacado la multipropiedad del

(1) En este sentido, JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SÁEZ en la *Introducción al Derecho español*, reseñando a J. M. PIÑOL AGUADE, reseña conjunta de las obras de CASSELLI y CONFORTINI en *RDN*, núm. 124, 1984, pág. 398. Todo ello de la obra general de EMANUELE CALO y TOMMASO ANTONIO CORDA, *La multipropiedad*. Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1985, pág. XIV.

texto, dejando únicamente la regulación, en lo referente a los aprovechamientos por turnos, como derechos reales limitados, y a los de carácter obligacional o personal. Esta actitud bastante incomprensible pone en peligro la caracterización de la figura en nuestro sistema jurídico.

Este peligro ha sido puesto de manifiesto en la ponencia primera del reciente Congreso Notarial Español, que tuvo lugar en Granada, y así se hizo constar en las conclusiones definitivas aprobadas por el plenario (2).

En definitiva, se hace necesario y muy urgente la publicación de un texto que regule estas instituciones para evitar el confusionismo reinante y saber qué camino es el elegido definitivamente por el legislador español. Sería conveniente que la multipropiedad y las figuras afines se regularan en un texto separado del relativo a la Propiedad Horizontal y el de las urbanizaciones privadas por tener aquéllas una problemática muy especial que necesita un tratamiento diferenciador en otro texto (3). En este mismo sentido, el último Borrador regula aparte los temas de los aprovechamientos por turnos en una Ley específica; ello creemos es positivo, no así en lo relativo a excluir la multipropiedad, como ya hemos indicado.

Por último, señalar la importancia de la intervención notarial en toda la documentación relacionada con las transmisiones de la multipropiedad y de los demás aprovechamientos por turnos para dotar de la seguridad jurídica adecuada el adquirente. Sólo así podremos trasplantar con un mínimo de rigor y de fiabilidad instituciones surgidas fuera de nuestras fronteras para adaptarlas a un sistema como el nuestro, bastante fiable y seguro en general (4).

(2) La primera ponencia del Congreso llevaba el título de «Propiedad Horizontal, urbanizaciones privadas y multipropiedad en los Borradores de proyectos legislativos del Ministerio de Justicia». El ponente era el Notario de Madrid ISIDORO LORA TAMAYO, gran conocedor y estudioso del tema. En las conclusiones definitivas y en relación a este punto se decía: «(.) 7. El Borrador no debiera admitir como única modalidad de aprovechamiento por turno con trascendencia real aquella que la configura como un gravamen sobre un inmueble. Resulta necesario que se regule además como propiedad por ser la multipropiedad la que mayores facultades y protección confiere al adquirente y la que goza de mayor arraigo social...»

(3) Así, las conclusiones de la primera ponencia del Congreso Notarial español, ya citado: «(...) 1. Es urgente la aprobación de una Ley reguladora de la multipropiedad y de las demás modalidades de aprovechamiento por turno que proteja al adquirente frente a los abusos y la incertidumbre que se derivan del actual vacío legislativo. La multipropiedad, en cuanto institución independiente sometida a una problemática socioeconómica peculiar, debe regularse separadamente de las urbanizaciones privadas (o complejos urbanos) y de la Propiedad Horizontal».

(4) En esta dirección se decanta la conclusión novena del Congreso Notarial: «La intervención notarial en la contratación sobre derechos de aprovechamientos por turno de bienes inmuebles garantiza al adquirente tanto la adecuada información sobre los derechos y obligaciones que constituyen el contenido del contrato como un asesoramiento imparcial mediante la prestación de especial asistencia al consumidor por estar más

EXAMEN ESPECIAL DE LA RESOLUCION

1. SUPUESTO DE HECHO

Muy resumidamente y a los efectos de no oscurecer más el supuesto de hecho expondremos las circunstancias que tuvieron lugar toda vez que el sentido general es lo más importante, ya que, en definitiva, a pesar de la longitud de la resolución los puntos clave no son muchos y pueden agruparse: «(...) El 25 de enero de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Almuñécar don José S. A., la entidad mercantil FMM, S.A., transmitió a don José Ricardo S. F. una participación indivisa de un entero y 9.231 milésimas por 100 de una finca urbana ubicada en un edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal, configurándose el negocio jurídico contenido en la escritura como venta de una cuota indivisa en régimen de multipropiedad o propiedad por turnos. En dicha escritura se establecen las siguientes cláusulas: Tercera. a) Cada copropietario tendrá derecho a vender o enajear, ceder a tercero o transmitir su participación en *pro indiviso* en cualquier tiempo y sin necesidad de consentimiento ni posibilidad de retracto por parte de los restantes copropietarios; por tanto, en el caso de transmisión de una participación, dada la naturaleza y finalidad de la comunidad funcional que surge por esta escritura, ningún condueño podrá ejercitar los derechos de tanteo y retracto (...) b) Queda excluida la acción de división sobre la comunidad que existe en el apartamento y la parte compradora renuncia expresamente a su ejercicio (...) Octava. Pactos de perfeccionamiento del objeto. La comunidad en el apartamento *pro diviso* se regirá por los siguientes pactos, que tienen como fin la regulación del uso y ocupación por cada propietario del bien cuyo dominio ostenta (...) B) Corresponde a la parte compradora el uso y disfrute exclusivo y excluyente del apartamento durante la semana 24 de calendario que me entregan las partes para su protocolización. C) Siete meses antes del último año recogido en el calendario, la sociedad de servicios (...) elaborará un nuevo calendario por un período de dos años igual al actual, para lo cual queda expresamente apoderada, sin necesidad de aprobación ulterior por los condueños (...) E) Si transcurrido el período de tiempo que da derecho a usar y disfrutar el apartamento éste no se hubiese desalojado por el titular, se le considerará en precario. Pudiendo ejercitarse la acción de desahucio por la entidad FMM, S.A., o la que ésta designe en su día, sin perjuicio de que la compañía de servicios y mantenimiento ejercite lo acordado con el comprador en el contrato suscrito

necesitado de ella, de modo que pueda éste reflexionar suficientemente y en el momento oportuno sobre la naturaleza y alcance de tales derechos y obligaciones, quedando así protegido frente a métodos de venta agresivos y prácticas comerciales abusivas».

con la compañía de servicios (...) F) La parte compradora no podrá usar el apartamento en el período que le corresponde sin estar al corriente en el pago de las cantidades que adeude a la entidad de mantenimiento (...) G) Queda expresamente prohibido todo uso de la finca distinto del alojamiento meramente vacacional. No se podrá utilizar la finca (...) como sede profesional, industrial o empresarial. J) Las modificaciones que procederán realizar a los presentes pactos, dimanantes de las disposiciones normativas reguladoras de la propiedad por períodos o multipropiedad que se puedan promulgar en el futuro se realizará por la compañía de servicios de acuerdo fiel y exacto al contenido legal (...).

Por su parte, una vez presentada la copia de la escritura en el Registro de la Propiedad de Almuñécar fue sometida a la siguiente nota de calificación por el Registrador: «Denegada la inscripción del documento... por los siguientes defectos:

A) Suponer una alteración del título constitutivo de la Propiedad Horizontal existente sin acompañar el consentimiento de todos los copropietarios (arts. 5 y 16 LPH). B) Falta de previa inscripción del régimen de multipropiedad, no siendo posible hacerlo constar en la forma solicitada (art. 20 LH y RDGRN 4 mayo 1916). C) La multipropiedad no resulta de la escritura calificada, sino de otro documento celebrado con una compañía desconocida, sin perjuicio de: a) Existir contradicción entre las cláusulas octava, apartado B), y tercera, apartados A) y B). b) Modificarse el título constitutivo de la Propiedad Horizontal en virtud de la cláusula octava, apartado G). c) Incurrir en la sanción de los apartados 2 y 3 del artículo 6.º del Código Civil, los apartados C), E), F) y J) de la cláusula octava. D) Imposibilidad en el presente caso de admitir la estipulación tercera en su totalidad (arts. 400 y 1.522 CC). E) Tratándose de un contrato complejo y excluidas todas las cláusulas, no se puede practicar la inscripción de la participación vendida (...).

Hasta aquí el resumen de los hechos acaecidos, tomados directamente de lo publicado en el *Boletín Oficial del Estado*. A continuación iremos analizando unas cuestiones de carácter general que surgen en la resolución, para después ir desmenuzando algunos de los puntos clave, que son la esencia y fundamento de la controversia planteada.

2. INTRODUCCIÓN

Como criterio general, indicar que es positivo que por fin surja una resolución sobre el tema de la multipropiedad que, al menos a falta de criterios legislativos, marque un poco la pauta a seguir. Como ya indicábamos líneas arriba, es curioso que aún no se hubiese resuelto ningún supuesto

relativo a la multipropiedad cuando en algunas zonas de España se ha utilizado de manera clara y continuada.

También es alentador que la Dirección General reconozca la multipropiedad en el sentido antes apuntado de derecho real, de dominio exclusivo del multipropietario, concentrado y medido en unidad de tiempo en un turno, con pleno acceso al Registro de la Propiedad y por ello con eficacia *erga omnes*. Dando a la figura unas características específicas, con una naturaleza distinta a otros tipos de comunidad y con la exclusión en la misma de los derechos de división y del retracto en caso de venta. Lo penoso es que, como ya indicábamos líneas más arriba, el último de los Borradores que ha salido sobre la materia elimine la multipropiedad en el sentido aquí expuesto de propiedad exclusiva por un período de tiempo, configurando en cambio sólo los derechos limitados en los aprovechamientos por turno. Esperemos la rectificación rápida del error. Con ello se disipan también las dudas que sobre el tema se plantearon, aunque la mayoría de la doctrina estableció interesantes fundamentos para justificar y defender la exclusión de estos derechos de la figura. En relación con esto es clara la Dirección cuando establece: «(...) No se duda de que en España se permita la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º LH y 7.º RH), y en concreto de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392.II CC)... En cuanto a la exclusión del derecho de retracto, que según la doctrina de este Centro directivo (Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983) este derecho puede ser eliminado de acuerdo con los artículos 392 y 1.255 del Código Civil por la voluntad de los interesados. Pero es más, respecto de ninguna de las exclusiones pactadas (del derecho de retracto y de la acción de división) hay inconveniente para que puedan acceder al Registro si la multipropiedad apareciera bien constituida, lo que no sucede en este caso, pues tales exclusiones serían sólo la confirmación de unos efectos que son por sí connaturales a dicha figura jurídica. En la llamada multipropiedad, como en la Propiedad Horizontal, no se da el retracto de comuneros ni la acción de división, porque en estos regímenes de la propiedad lo característico es que el dominio o derecho sobre cada una de las unidades inmobiliarias —los períodos, los pisos y locales— constituye, con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes una sola unidad jurídica... Si no hay, pues, retracto de comuneros ni —mientras dure la multipropiedad— acción de división es porque propiamente no hay comunidad en el mismo dominio o derecho..., pues cada uno recae sobre una distinta unidad inmobiliaria. Terminada la multipropiedad renacerá con toda su fuerza la acción de división, porque es de interés público facilitar la terminación de la situación socialmente indeseable que implicaría el consiguiente condominio (...)».

Pasemos a continuación al estudio de los puntos más concretos, indicando al lector que el material que se ha empleado para redactar estas líneas no es sólo lo publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, sino también el texto completo del informe del Notario, del Registrador y del Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Con ello creemos tener una visión más completa de todo el problema, ya que, como bien es sabido, en las resoluciones se realizan resúmenes de los informes de todos los implicados, y esto a veces, no siempre, puede desdibujar un poco la defensa de las argumentaciones empleadas por todos.

De todo lo anterior se desprende ya una filosofía y una concepción de lo que entiende la Dirección de la multipropiedad.

Creemos, no obstante, que en la defensa que de su nota hace el Registrador no está en su intención el no concebir la posibilidad de exclusión de los derechos de división y del derecho de retracto, sino creemos que, más bien al contrario, lo acepta y reconoce para el caso de que se estuviese hablando de una auténtica multipropiedad, cosa que no ocurre aquí ya que previamente no se ha establecido ni constituido el régimen jurídico inmobiliario previo, como incluso reconoce la propia Dirección.

En este sentido, el informe del Registrador en defensa de su nota es claro cuando dice: «(...) G) Séptimo defecto. Inadmisibilidad de la estipulación tercera en su totalidad. Nada que objetar a las afirmaciones del recurrente en este punto. En la multipropiedad caben o deber ser posibles este tipo de pactos (renuncia a los derechos de tanteo, retracto y ejercicio de la acción de división). Pero partiendo de la base, según lo hasta ahora dicho, de que lo que se pretende inscribir es una participación indivisa en régimen de comunidad ordinaria a la que se le añaden determinados pactos relativos al uso y disfrute, forzosamente se ha de llegar a la conclusión de la inadmisión de las estipulaciones relativas a aquellos derechos (...)».

Por ello no entendemos bien que la Dirección hable de oponerse a este defecto determinado por el Registrador cuando se está diciendo lo mismo, aunque con otras palabras. Quizás la única diferencia es que el Registrador centre la exclusión del derecho de retracto con la misma amplitud de casos que la acción de división y, en cambio, la Dirección ve más posible esa exclusión del derecho de retracto en más supuestos, aparte del de la multipropiedad, que es aceptado también por el Registrador.

3. ALTERACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Uno de los puntos fundamentales y prioritarios en la resolución es éste, y no precisamente porque sea específico de la multipropiedad, ya que se centra en la Propiedad Horizontal, si bien es cierto es allí donde quiere

anidar la multipropiedad del supuesto. Como hemos tenido ocasión de ver, el Registrador indica como primer defecto el suponer una alteración del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, en lo referente a la nueva forma de uso y disfrute, en régimen de turnos, en la finca vendida, sin que exista el consentimiento de los propietarios.

El Notario, en su recurso, utiliza entre otros los siguientes argumentos para deshacer la tesis del Registrador: «(...) No existe en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno en el que apoyar la tesis mantenida por el Registrador, (...) de que el negocio jurídico contenido en la escritura (...) supone una alteración del título constitutivo de la Propiedad Horizontal (...)». Una vez que enuncia este principio general, como planteamiento de base intenta descender a dar argumentos más concretos basados en las plenas facultades dominicales, que para él engloban perfectamente el supuesto de hecho. Así se manifiesta: «(...) En efecto, si admitido está en nuestro Derecho (art. 3 *in fine* LPH) que el dueño de un piso en régimen de Propiedad Horizontal puede transmitir el pleno dominio del mismo a una sola persona o a varias que lo adquieran en *pro indiviso*, puede transmitir la nuda propiedad y el usufructo a personas distintas; (...) y para tales actos no se requiere el consentimiento unánime de todos los propietarios del edificio; no se entiende por qué razón ese consentimiento es preciso cuando el dueño y titular registral de un apartamento transmite una cuota indivisa del mismo y pacta con el comprador unas normas para el adecuado uso y disfrute de esta forma específica de propiedad, pues con ello ni se alteran los elementos comunes del edificio ni se altera o modifica la cuota de participación que corresponde al piso en relación con el edificio del que forma parte, ni se menoscaba su uso o destino ni sus instalaciones, servicios...»

Por último, el Notario utiliza un argumento basado en los propios Estatutos del edificio, del que forma parte la Propiedad Horizontal, cuando establece: «... Tanto en las normas contenidas en la escritura de obra nueva y división horizontal (...) como las contenidas en la protocolización de los Estatutos (...) no existe limitación alguna que someta al consentimiento unánime de los propietarios del edificio la transmisión efectuada (...)».

Por su parte, el Registrador de la Propiedad, en su informe, también utiliza una serie de argumentos, centrados todos en conseguir demostrar que sí existe una modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal. Su primera argumentación se centra en determinar que el cambio de destino de las viviendas, unido a un sistema de funcionamiento en cuanto al uso y disfrute, así como el régimen distinto que se requiere dar a esa vivienda en concreto, a diferencia de las demás que siguen en régimen ordinario de Propiedad Horizontal, todo ello sí supone una alteración esencial, en la Propiedad Horizontal ya existente y constituida. En este sentido, aduce: «... En la inscripción del edificio en su conjunto y en la de cada una de las unidades

inmobiliarias resultantes, algunas de cuyas participaciones indivisas ahora son objeto de venta, se califica a las mismas (...) de viviendas. a) Si tenemos en cuenta que la alteración del destino de algunas de estas viviendas (participación que sólo concede derecho al uso de una semana, calendario especial, horario de ocupación, etc.) que transforma a las mismas de simple hogar familiar o residencia, habitual o no, en un complejo hotelero, turístico o vacacional... y que el cambio de su régimen normal (prohibición de los derechos de tanteo y retracto y ejercicio de la acción de división) supone una transformación esencial con el paso de un régimen de Propiedad Horizontal a otro que pudiera llamarse de multipropiedad».

Utiliza también el Registrador argumentos para rebatir la tesis del Notario relativa a que los Estatutos no prohíben ni exigen el consentimiento unánime para realizar ese tipo de uso; asimismo hace referencia también el Registrador a un argumento de *lege ferenda* que se encuentra en los Borradores legislativos sobre el tema. Por eso establece: «... Téngase en cuenta que el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal prohíbe al propietario y al ocupante del piso desarrollar en él actividades no permitidas en los Estatutos. Y la más elemental regla de hermenéutica jurídica hace pensar que: (...) no precisa y únicamente las prohibidas, sino también las no previstas si se opusieran al destino o naturaleza del apartamento como tal». El Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, en su artículo 51.2, dice textualmente: «La multipropiedad sujeta a su régimen todas las viviendas y locales que integran la finca que se constituya en esta modalidad, sin que sea posible que afecte solamente a parte y quede el resto sujeto al régimen de Propiedad Horizontal u otro permitido por la Ley».

Por último, el Registrador utiliza la argumentación relativa a indicar que una vez que ya está constituido el régimen de la Propiedad Horizontal, y habiéndose vendido algunos elementos, no le es posible ahora y por sí solo: «... el cambio de destino de la finca, para lo cual carece ya el promotor de poder de disposición; en Resolución de 25 de septiembre de 1991 considera necesario la autorización de la Junta de Propietarios por suponer la transformación del destino de un elemento privativo... el dueño otorga una escritura por la que transforma dicho desván en vivienda (...)».

La resolución emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ratifica en este punto ahora tratado lo expuesto por el Registrador en defensa de su nota de calificación, indicando que la venta de ese inmueble en las condiciones que establece la escritura objeto de recurso supone claramente una alteración del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, y lo expresa así: «... al introducirse para dicho piso un sistema de uso con alcance real, distinto de las demás viviendas del inmueble y que por ello está afectando al uso y disfrute del derecho de propiedad de los otros copropietarios, alterando unilateralmente el propio título constitutivo de dicho régi-

men de propiedad, el que no puede modificarse sin la aprobación de la Junta de Propietarios...»

La Dirección General en este punto revoca la nota del Registrador, dando la razón al Notario autorizante, con la siguiente argumentación: «... De acuerdo con los principios de libertad que rigen el dominio de cada apartamento, el propietario puede gozar y disponer de su piso sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes o en los Estatutos o por el respeto debido a los demás propietarios... Pero las limitaciones no se presumen y son de interpretación estricta. No hay duda, pues, de que el propietario de cada apartamento puede enajenar su apartamento, ya a uno, ya a varias personas en comunidad ordinaria o en comunidad especial para que lo gocen los cotitulares por sí o por terceros, y a la vez o sucesivamente, y sin que... en la descripción registral aparezca que el apartamento es calificado de vivienda signifique... que está estatutariamente establecida una limitación de disposición o de goce que impida las figuras comunitarias...»

En relación con este punto también se encuentra el fundamento de Derecho número cinco, apartado a), de la resolución referente a la prohibición de que el apartamento sometido a multipropiedad pueda tener otro uso distinto del alojamiento meramente vacacional si ello supone o no una alteración o modificación del régimen de la Propiedad Horizontal a que está sometido el edificio entero, puesto que en la escritura calificada se viene a prohibir que pueda destinarse a vivienda habitual. En este caso, la Dirección entiende: «... que lo que no hay es modificación del régimen de la Propiedad Horizontal a que está sujeto el edificio entero, puesto que lo que se hace en el régimen estipulado en la escritura es acotar el destino del apartamento concreto sin rebasar los márgenes que el régimen del edificio permite en relación con las actividades que pueden desarrollarse en él (...).» En este sentido, el Registrador indicaba en su informe: «... podría darse la paradoja (...) que no pueda destinarse la vivienda a residencia habitual o normal ni al ejercicio de ciertas actividades compatibles con el uso de la vivienda cuando (...) es que tales actividades no están prohibidas en los Estatutos inscritos en el Registro...»

De todo lo anteriormente expuesto y desarrollado por las partes, este punto no ofrece una definitiva solución, al menos tan clara como la resolución quiere hacernos ver. La introducción, en uno o en varios elementos de la Propiedad Horizontal constituida de un régimen especial que no es simplemente de un condominio ordinario, en definitiva de una comunidad especial como es la multipropiedad o el aprovechamiento por turnos, creemos debe tener un tratamiento más riguroso, o al menos no encajarlo dentro del principio de libertad dominical que tiene todo propietario. El que algunos elementos se transformen en un sistema de uso y disfrute tan especial,

creemos sí que puede afectar al derecho de los demás copropietarios, que constituyeron una Propiedad Horizontal clásica, sin presumir claramente un régimen de multipropiedad. La propia Dirección en estos temas de Propiedad Horizontal suele ser bastante rigorista, y el simple cambio de un elemento destinado a local por otro uso o destino diferente como el de una vivienda ha supuesto una alteración del régimen general, y como consecuencia, y de acuerdo con lo previsto en la Ley, de los que necesita el consentimiento de todos los propietarios; y así lo ha defendido la Dirección.

La utilización de los elementos comunes, servicios del edificio en su conjunto, no tienen el mismo tratamiento en un sistema normal de propiedad que en uno de multipropiedad; no cabe duda que los gastos de mantenimiento, por ejemplo, son muy superiores por el continuo movimiento de personas que implica el destino vacacional, unido al trasiego semanal del cambio de sus ocupantes. La propia Ley de Propiedad Horizontal establece en su artículo 5, en su segundo párrafo, lo siguiente: «... En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local... Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada inmueble... y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes». No cabe duda, y esto es sentido común que en Derecho también hay que tenerlo, que en ningún caso los propietarios se pudieron imaginar una multipropiedad cuando el vecino del cuarto derecha vea que cada cierto tiempo entran y salen gentes que usan los servicios y elementos comunes; en definitiva, que alteran la vida normal de un edificio en tanta medida como si le hubiesen colocado una discoteca de la noche a la mañana en el piso de al lado. Pensamos que incluso los propietarios, en defensa de sus derechos, podrían acudir a la vía judicial para resolver el problema y exigir el consentimiento de la Junta de Propietarios. Todo ello sin contar con el tema referente a los pagos de las cuotas de comunidad. la introducción de una sociedad administradora y los mecanismos de control para ese pago; porque si bien es cierto en las normas específicas de la multipropiedad se determinan unas reglas para esos temas, no lo es menos que no han sido controladas ni aceptadas por el resto de propietarios a los que indirectamente les pueden influir para la buena marcha de la comunidad ya constituida en la Propiedad Horizontal.

De otro lado, se está creando, en nuestra opinión, una subcomunidad, la de multipropiedad, en otra que es la de la Propiedad Horizontal con un régimen distinto que está afectando al régimen general del edificio. No se trata de un hecho aislado e íntimo que sólo afecta a los que se someten a la multipropiedad, sino a todos. Más aún: el propio legislador, en los diferentes textos que ha sacado sobre el tema, ha puesto especial interés en este asunto y su posición es bastante rotunda. No sólo el Borrador al que hace referencia el Registrador, como ya vimos, sino que el último salido a la luz,

específico sobre los aprovechamientos por turnos, establece en su artículo primero que ha de tratarse «de un edificio entero o conjunto de edificios (...) integrados, al menos, por tres apartamentos o viviendas».

Como podemos observar, el legislador quiere evitar situaciones de conflicto y quiere por todos los medios separar situaciones dominicales diferentes que lo único que ocasionarían serían conflictos.

4. LA INSCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN DE LA MULTIPROPIEDAD

Otro de los defectos que el Registrador tuvo en cuenta fue el de la falta de previa inscripción del régimen de la multipropiedad, no siendo posible hacerlo constar en la forma solicitada. Nos encontramos aquí con unas interesantes argumentaciones que pueden poner un poco de orden al tema de la multipropiedad hasta que el legislador se decida a sacar un texto definitivo que disipe las dudas planteadas.

El Notario en su informe indica que el Registrador da un enfoque demasiado rigorista del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pudiendo perfectamente inscribirse, primero, el régimen de la multipropiedad, y, luego, la venta, aunque en el documento se haya realizado simultáneamente, y así se cumpliría lo que establece el citado artículo 20. En este sentido, indica: «... hace el funcionario calificador una interpretación excesivamente literal del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues la expresión “deberá constar previamente inscrito” no debe excluir la posibilidad de que el régimen de la multipropiedad surja al mundo jurídico simultáneamente con la venta de la cuota y en el mismo documento público si las partes así lo desean y sin perjuicio de que por exigencias del artículo 20 de la citada Ley el señor Registrador inscriba primero el régimen de la multipropiedad y acto seguido la venta (...), pues si entendemos con la doctrina más autorizada que la multipropiedad es una comunidad funcional atípica, no podría hablarse de multipropiedad sino cuando surge esa comunidad, aunque sólo sea de dos (...)».

Por su parte, el Registrador, en su informe, hizo una larga exposición en defensa de su nota, centrándose fundamentalmente en la naturaleza del régimen específico inmobiliario que se pretende crear y que no se trata simplemente de una manifestación más del poder de disposición del propietario, sino que más bien se quieren crear las bases de un auténtico régimen inmobiliario específico al que se le quiere dotar de trascendencia real y, por lo tanto, necesitado de la mayor protección posible cara a los terceros. Así establece: «... Conviene profundizar en si la figura creada no es más que una manifestación del poder de disposición, equiparable a cualquiera de las facultades dominicales (...) que sea directamente inscribible o si, por el contrario, hay que considerar a la multipropiedad como un régimen jurídico

inmobiliario necesitado de previa inscripción (...). El concepto de régimen jurídico aplicado a los inmuebles surge, al decir de algún autor de la Ley de Propiedad Horizontal (...) se trata de una cualidad jurídica que caracteriza o identifica al inmueble (...). Dicha cualidad goza además de naturaleza real (...). Y en cuanto a su contenido, el régimen jurídico afecta a la configuración del inmueble como objeto de derechos reales (...). Es, en definitiva, un modo de organizar la utilización del inmueble previo e independiente de la presencia de los titulares (...). Y siendo la multipropiedad un régimen jurídico inmobiliario especial, (...) es necesario que conste el mismo en el Registro antes de poder inscribir la participación vendida (...). De admitir lo contrario, el Registro publicaría la existencia de una participación sujeta a un régimen especial, sin saber a qué posible régimen estarían sometidas el resto de las participaciones en poder del vendedor...»

La resolución emitida por el Tribunal Superior de Justicia confirma en todo este punto de la nota del Registrador y cita el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el artículo 5 del Borrador anterior, publicado por el Ministerio de Justicia en septiembre de 1992.

Por su parte, la Dirección General confirma en este punto la tesis mantenida por el Registrador en su nota de calificación, en términos creemos muy similares a los argumentos ofrecidos por el Registrador, poniendo las bases y los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para formalizar la escritura, su contenido mínimo, todo ello por la importancia y la trascendencia real que se quiere dar a ese régimen. Por eso, indica: «... Realmente lo que se dice es que el título presentado no es en sí un acto para inscribir, en su virtud, el régimen de multipropiedad y ciertamente tal título no reúne los requisitos mínimos exigibles al efecto (...), lo cual sólo será posible si se cumplen los requisitos de determinación jurídica y de viabilidad económica (...).

El requisito de la determinación obliga a que en el título se concreten no sólo las relaciones comunitarias del comprador de una participación con quien al vender retiene la parte restante, sino también cuál haya de ser el régimen de la especial comunidad que se constituye y de las unidades inmobiliarias que la integran (...) no se dice nada (...) si la porción de semanas no vendidas (...) constituye una única unidad inmobiliaria o si habrá tantas como semanas (...) el porcentaje de cada una a efectos de que sirva de módulo para determinar las cargas y beneficios por razón de la comunidad (...) falta también toda referencia al mobiliario destinado al uso sucesivo (...). El requisito de la viabilidad económica tiene asimismo especial significación en la figura de la multipropiedad (...). Pero ocurre en la multipropiedad que en ella, por definición, cada unidad económica no tiene una delimitación física, sino temporal (...) sólo alcanzarán este carácter (...) por el tiempo en que en el título de constitución se dé solución, con

garantías suficientes, al problema de que el apartamento al comienzo de cada turno esté limpio y dispuesto para el adecuado disfrute y de que la determinación del precio de los futuros servicios prestados (...) no está dejada al arbitrio de quien asuma la obligación de prestarlos. Pues bien, estas exigencias no resultan acreditadas como se razonará en el punto siguiente...».

Efectivamente, en íntima relación con este punto que acabamos de analizar se encuentra el otro defecto aducido por el Registrador referente a que la multipropiedad no resulta de la escritura calificada, sino de otro documento celebrado por una compañía desconocida, alguna de cuyas cláusulas se incorporan al documento presentado. En este caso la Dirección sigue el criterio del Registrador por entender que debe ser en la escritura de constitución del régimen donde deben darse las soluciones fundamentales en este sistema de comunidad tan especial, como, por ejemplo: «... dar solución a la necesidad de asegurarse de que se prestarán los servicios mínimos necesarios para los sucesivos disfrutes periódicos del apartamento. Y por lo ya dicho, es en la misma titulación por la que se pretende la inscripción de la multipropiedad donde debe aparecer que el régimen concertado para la prestación de estos servicios reúne las condiciones y garantías exigidas. Procede, por tanto, en el presente caso no acceder a la inscripción de la escritura de venta...»

En conexión con lo anteriormente citado, el Notario trata en su informe de justificar que el régimen de la multipropiedad surge de la propia escritura de venta y no de otro documento aparte, y en este sentido dice: «... la multipropiedad surge en la propia escritura calificada y no de otro documento celebrado con una compañía desconocida (...). 1.º Es en la escritura calificada donde el titular de la finca transmite una participación indivisa (...), surgiendo en ese mismo instante una comunidad (...) convencional (...) estable y funcional (...) y atípica (...) pactan una serie de normas, (...) creando un estatuto jurídico (...) exclusión del retracto de comuneros. b) Exclusión de la *actio communi dividundo*. c) El contrato de mantenimiento (...). d) El calendario...»

El Registrador, por su lado, indica que: «... el contenido del pretendido régimen resulta no sólo de la escritura calificada, sino también de otro documento que no ha sido presentado (...).

Escasa importancia concede el señor Notario al que llama contrato de mantenimiento celebrado con una compañía no citada por su nombre e intenta minimizarlo con una referencia a las cláusulas referentes al aseguramiento contra el riesgo de incendio (...) se afirma (...) que los otorgantes han suscrito un contrato regulador de determinados aspectos del uso y disfrute de la participación adquirida cuyas normas se desconocen (...) y todo ello se quiere imponer con fuerza real...»

En relación a lo que hemos englobado en este apartado tercero, parece lógico que al menos se establezcan las bases jurídicas por las que debe discurrir el régimen de la multipropiedad, en definitiva el estatuto jurídico real, que como un todo configurará la multipropiedad y al que deberán atenerse los compradores que accedan a ese régimen especial. Contenido y circunstancias que deben quedar perfectamente delimitadas desde un principio y que no se pueden dejar al arbitrio de otras circunstancias o de otros negocios que están fuera del título constitutivo de la multipropiedad. Más aún: el último Borrador, al menos conocido por mí, va aún más lejos al establecer el principio de que: «para que la comunidad de aprovechamientos por turno quede válidamente constituida se requiere la escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, a diferencia de lo que los Borradores establecen para la Propiedad Horizontal y los complejos urbanos, donde se sentaba el principio del nacimiento del conjunto por la mera existencia» (5).

Ya hemos tenido ocasión de ver lo que la Dirección entiende por el contenido mínimo, que el título constitutivo de la multipropiedad tiene que reunir; ello se encuentra en relación con lo que la mayoría de los Borradores han establecido. Desde el artículo 52 del penúltimo Borrador, que hacía referencia específica a la multipropiedad, hasta el artículo 15 del último, que habla en general de la comunidad de aprovechamientos por turno, todos en general indican que debe estar previamente constituido el régimen jurídico, así como la pormenorización de sus requisitos, y en concreto en el artículo 15.3.3.º: «Sociedad especial que asume el compromiso referido, prestaciones o servicios prometidos y el precio alzado estipulado. Se expresará siempre el nivel o clase que tendrán los distintos servicios... También se expresará la entidad que presta la garantía solidaria». El número 4 de este mismo artículo, entre otras, establece que debe constar: «... período del año en que está atribuido el disfrute exclusivo, con precisión del día y hora, iniciales y finales (...), y finalmente referencia a la inscripción del conjunto...» El artículo 15, número 2, del Borrador regula la escritura de constitución del régimen: «La escritura será otorgada por el propietario que constituye la comunidad y por una sociedad especial de las reguladas por esta Ley...»

Como indica LORA TAMAYO, la Dirección General en esta resolución hace referencia al mobiliario, que debe constar en la escritura de venta de la participación. En el mismo sentido se refiere el último Borrador en el artículo 15 ya citado, en su número 4, aunque este autor cree excesivo que

(5) En este sentido, ISIDORO LORA TAMAYO en la «Primera ponencia sobre Propiedad Horizontal, Urbanizaciones Privadas y multipropiedad» en el V Congreso Notarial Español Ponencias. pág. 114.

la descripción del mobiliario deba reflejarse en el título constitutivo y que su lugar adecuado debe ser en la documentación previa regulada en el artículo 4, que según el Borrador debe ser elevado a escritura pública antes de la celebración del primer contrato relativo a derechos de aprovechamientos por turno (6).

Por todo lo anterior entendemos la necesidad de esa previa constitución como garantía a los terceros y por la necesidad de establecer *ab initio* las reglas de funcionamiento del Régimen Jurídico Inmobiliario establecido para tener eficacia *erga omnes*.

5. OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS Y QUE SE DERIVEN DE LAS ANTERIORES

Como hemos tenido ocasión de apreciar, la resolución toca unos temas centrales, pero también existen otros puntos, quizás más concretos y de detalle; pero aunque sea muy rápidamente no me gustaría dejarlos de lado.

Se plantea un tema interesante, como es el relativo a la acción de desahucio, atribuida a la entidad vendedora o a la que ésta designe en su día, acción de desahucio por precario frente al titular que no hubiere desalojado el apartamento una vez transcurrido el respectivo período de disfrute exclusivo, así como la posibilidad de privar del uso y disfrute al propietario que no esté al corriente en el pago de las cantidades que adeude.

Las razones del Registrador se pueden resumir fundamentalmente en argumentos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Código Civil y de la Ley de Propiedad Horizontal. Así, cuando dice: «... los artículos 441 del Código Civil, 19 de la Ley de Propiedad Horizontal y las normas reguladoras de la legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal reserva la facultad de privación de uso al Juez y por un plazo no superior a dos años atendida la gravedad de la falta. En el caso que examinamos no hay límite ni en cuanto al tiempo ni en cuanto a la autoridad...»

De otro lado, el Notario en su recurso establece como criterio argumental la posibilidad de la sustitución procesal. «... Nada impide que la sociedad vendedora pueda ejercitar la acción de desahucio como representante de quien tenga derecho, según turno, a poseer materialmente, gozar y disfrutar el piso vivienda en el tiempo determinado (...). Esta prohibición de uso y no de disponer suele formar parte del entramado de derechos y obligaciones y prohibiciones del Estatuto configurador de la multipropiedad...»

(6) *Ob cit.*, págs. 116 y 123.

La Dirección en este caso da la razón al Registrador en lo referente a la legitimación para la acción de desahucio, pero no en lo relativo a la posibilidad de prohibir el uso al impagado.

Indica que dicha reserva en favor de la entidad vendedora «... perturba el régimen jurídico de las relaciones comunitarias».

En cambio, en el segundo tema establece que: «... Puede considerarse que al quedar el apartamento vacío y en espera de que entre en el goce del período respecto el titular al que por turno corresponda, el apartamento está poseído por la comunidad o por quien conforme al título constitutivo haya de prestar por ella los servicios necesarios (...) no hay inconveniente en nuestro sistema (...), para que se estipule y se inscriba como pacto comunitario el derecho de retener tal posesión hasta que se abone todo el importe correspondiente a la participación...»

Lo importante, en nuestra opinión, para excluir este tipo de cláusulas, como la presente de reserva, para el ejercicio de una acción, es porque claramente rompen el esquema organizativo que tiene toda comunidad y muy especialmente la que estamos haciendo referencia. La comunidad tiene o debe tener por imperativo legal sus órganos de funcionamiento que controlen el quehacer comunitario, y es en todo momento a quienes exclusivamente corresponde las funciones del control de todos los asuntos que afecten a los propietarios. Cuando se constituyera la comunidad en forma, se deberán debatir todas estas cuestiones, como la de los pagos, control de los mismos, medidas a tomar, etc.; pero no cabe duda que es la propia comunidad y los comuneros a quienes corresponde el ejercicio de las acciones legales respectivas para lograr restablecer el orden infringido por algún propietario. Ello con independencia que, a veces, la Ley, como es el caso de la de Propiedad Horizontal, prevea mecanismos más rápidos para responsabilizar el impago de las cuotas, con la solución de trabar el bien en concreto a través de un mecanismo más ágil y rápido: a través de la certificación.

En lo referente a la posibilidad de no dejar entrar en la posesión al que no se encuentre al corriente en el pago de sus cuotas, me parece muy interesante para evitar tantos problemas de los pagos en estas comunidades; en cambio, me parece que de *lege data* no tiene mucho sustento. En la Propiedad Horizontal se plantean también a diario estos problemas y la solución es acudir a la vía judicial; no sé por qué motivo la comunidad de la multipropiedad va a tener unos privilegios especiales, a pesar de que digamos que si la Ley así lo preveyera nada íbamos a objetar en principio, aunque en ese caso deberían establecerse controles para evitar atropellos a los propietarios.

Para finalizar, y ya muy brevemente, en lo relativo a la estipulación en virtud de la cual la adaptación de los pactos de la comunidad a las dispo-

siciones que se puedan promulgar regulando la propiedad por períodos o multipropiedad se llevará a cabo por la compañía de servicios, no creemos necesario extendernos en la misma. La Dirección indica que ese pacto no puede ahora ser inscrito porque para su eficacia hay una variable: las leyes futuras. Ciertamente se trata de un futuro aún desconocido, pero no creo que, con la Ley en la mano, para otro tipo de comunidades ni con una Ley futura se pueda sustraer la posibilidad de la comunidad, de los comuneros, a la realización de la adaptación de sus normas a la nueva legalidad, ni menos encomendándola a un tercero que puede tener, quizá, no siempre los mismos intereses. Más bien creo que se trata de una facultad indelegable e irrenunciable, y por lo tanto nula de pleno derecho, la cláusula que la contiene.

En lo referente a la posible confección del calendario en el futuro por la sociedad de servicios, en lo relativo a la elaboración de un nuevo calendario por un período de dos años igual al actual, el Registrador considera no posible esa estipulación porque no se establecen las bases o criterios para su elaboración ni se indica cómo se ajustaran los desajustes que se van a ir produciendo inevitablemente, ya que las semanas adquiridas no van a tener las mismas fechas hasta pasado un tiempo bastante grande. La Dirección considera que sí se dan esas bases para elaborar los futuros calendarios y que la misión encomendada se reduce a dar expresión formal a un calendario existente. Creemos que lo importante aquí es establecer que en este tipo de comunidad la fijación de los períodos de tiempo es el punto esencial de esta especial configuración dominical, que trae como consecuencia el uso y el disfrute del propietario; y es aquí, quizá, donde radica el que sea muy dudoso que un tercero, la compañía de servicios, configure por sí sola los nuevos calendarios cuando éstos están afectando de forma rotunda y clara al derecho de los propietarios, más que en el hecho de que estén o no claramente definidas las bases para la fijación de esos nuevos calendarios.

CONCLUSION

Hemos intentado analizar los puntos más importantes de esta resolución, muy atractiva en su estudio por lo que de novedosa tiene y que representa, como ya dijimos líneas arriba, la primera punta de lanza en que basarnos hasta que, por fin, salga el texto legal deseado y anhelado por todos.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS

Notario

Profesor Asociado de la Facultad
de Derecho de Málaga

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho Comunitario

1. *Tratado de la Unión Europea*.—En un suplemento del *BOE* del día 10 de junio se publica el instrumento de ratificación del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

Dada su gran extensión sólo reproducimos las disposiciones comunes, que ocupan los artículos A a F.

Artículo A

Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada «Unión».

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de la Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos.

La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas contemplada con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado. Tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos.

Artículo B

La Unión tendrá los siguientes objetivos:

- promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará,

en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado;

- afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común;
- reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros mediante la creación de una ciudadanía de la Unión;
- desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior;
- mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo N, la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios.

Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Artículo C

La Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario.

La Unión velará, en particular, por mantener la coherencia del conjunto de su acción exterior en el marco de sus políticas en materia de relaciones exteriores, de seguridad, de economía y de desarrollo. El Consejo y la Comisión tendrán la responsabilidad de garantizar dicha coherencia y asegurarán, cada cual conforme a sus competencias, la realización de tales políticas.

Artículo D

El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales.

El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de

Gobierno de los Estados miembros, así como por el presidente de la Comisión. Estos estarán asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y por un miembro de la Comisión. El Consejo Europeo se reunirá al menos dos veces al año, bajo la presidencia del Jefe de Estado o Gobierno del Estado miembro que ejerza la presidencia del Consejo.

El Consejo Europeo presentará al Parlamento Europeo un informe después de cada una de sus reuniones, así como un informe escrito anual relativo a los progresos realizados por la Unión.

Artículo E

1. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

3. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas.

Por la Ley 8/1994, de 19 de mayo, que publica el *BOE* del día siguiente, se establece una Comisión Mixta del Congreso de los Diputados y del Senado, denominada Comisión Mixta para la Unión Europea, con el fin de que las Cortes Generales tengan la participación adecuada en las propuestas legislativas elaboradas por la Comisión Europea y dispongan, en general, de la más amplia información sobre las actividades de la Unión Europea.

2. *Resumen de tratados internacionales de España.*—En el *BOE* del 23 de octubre pasado se publica Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre la actividad de la Administración del Estado en esta materia.

Reproducimos los que se refieren a Derecho Civil e Internacional Privado:

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Estatuto 31 de octubre de 1951. *BOE* de 12 de abril de 1956.

Eslovenia. 8 de junio de 1992. Sucesión con efectos desde el 25 de junio de 1992. De conformidad con el artículo 6 del Estatuto del Gobierno de la República de Eslovenia designa al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Eslovenia como órgano nacional que se ocupa de los contactos con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Convenio relativo al procedimiento civil. La Haya, 1 de marzo de 1954. *BOE* de 13 de diciembre de 1961.

Eslovenia. 8 de junio de 1992. Sucesión con efecto desde el 25 de junio de 1992.

República Checa. 28 de enero de 1993. Sucesión con efecto desde el 1 de enero de 1993.

República Eslovaca. 26 de abril de 1993. Sucesión con efecto desde el 1 de enero de 1993.

Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. La Haya, 5 de octubre de 1961. *BOE* de 17 de agosto de 1988.

Eslovenia. 8 de junio de 1992. Sucesión con efecto desde el 25 de junio de 1992.

Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos. Nueva York, 10 de diciembre de 1962. *BOE* de 29 de mayo de 1969.

República Checa. 22 de febrero de 1993. Sucesión con efecto desde el 1 de enero de 1993.

Sudáfrica. 29 de enero de 1993. Adhesión.

Rumanía. 21 de enero de 1993. Ratificación con la siguiente reserva:

«Rumanía no aplicará lo estipulado en el artículo 1, párrafo 2 de la Convención, por lo que se refiere a la celebración del matrimonio en ausencia de uno de los futuros esposos».

Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial. La Haya, 15 de noviembre de 1965. *BOE* de 25 de agosto de 1987 y 13 de abril de 1989.

República Eslovaca. 1 de enero de 1993. Sucesión.

Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil. La Haya, 18 de marzo de 1970. *BOE* de 25 de agosto de 1987.

República Eslovaca. 1 de enero de 1993. Declaración de sucesión en lo que concierne al presente Convenio incluyendo las reservas y declaraciones hechas en su momento por Checoslovaquia.

Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera. La Haya, 4 de mayo de 1971. *BOE* de 4 de noviembre de 1987 y 24 de diciembre de 1987.

Eslovenia. 8 de junio de 1992. Sucesión con efecto desde el 25 de junio de 1992.

República Eslovaca. 1 de enero de 1993. Declaración de sucesión en lo que concierne al presente Convenio incluyendo las reservas y declaraciones hechas en su momento por Checoslovaquia.

Convenio sobre la ley aplicable a las responsabilidades de los productos. La Haya, 2 de octubre de 1973. *BOE* de 25 de enero de 1989.

Eslovenia. 8 de junio de 1992. Sucesión con efecto desde el 25 de junio de 1992.

Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias. La Haya, 2 de octubre de 1973. *BOE* de 12 de agosto de 1987.

República Eslovaca. 1 de enero de 1993. Declaración de sucesión en lo que concierne al presente Convenio, incluyendo las reservas y declaraciones hechas en su momento por Checoslovaquia.

Suiza. 29 de marzo de 1993. Retirada de la reserva al artículo 26, párrafo 1, número 2, letras *a)* y *b)*, hecha en el momento de la ratificación el 18 de mayo de 1976. De conformidad con el artículo 34 del Convenio, el efecto de la reserva cesará el 1 de junio de 1993.

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La Haya, 25 de octubre de 1980. *BOE* de 24 de agosto de 1987.

República Federativa Checa y Eslova. 28 de diciembre de 1992. Firma.

República Eslovaca. 31 de diciembre de 1992. Firma.

Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia. La Haya, 25 de octubre de 1980. *BOE* de 30 de marzo de 1988.

Eslovenia. 8 de junio de 1992. Sucesión con efecto desde el 25 de junio de 1992. Designa como autoridad competente al Ministerio de Justicia y de la Administración de la República de Eslovenia para las materias previstas en los artículos 3, 4 y 16 del Convenio.

Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica. San Sebastián, 26 de mayo de 1989. *BOE* de 28 de enero de 1991.

Grecia. 7 de abril de 1992. Ratificación con entrada en vigor el 1 de julio de 1992, de conformidad con el artículo 32, párrafo 2, del Convenio.

Portugal. 15 de abril de 1992. Ratificación con entrada en vigor el 1 de julio de 1992, de conformidad con el artículo 32, párrafo 2, del Convenio.

B) Legislación nacional

En los meses de mayo y junio se han promulgado las siguientes leyes:

— En el *BOE* del día 23 de mayo, dos leyes que llevan los números 10 y 11 de este año, ambas de fecha 19 de mayo; la primera sobre

medidas urgentes de fomento de la ocupación, y la segunda modificando determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

- La Ley 13/1994, de 1 de junio, sobre autonomía del Banco de España, se publica en el *BOE* del día 2 de junio.
- La Ley 16/1994, de 7 de junio, modifica la Ley 20/1991, de 7 de junio, sobre Régimen Económico Fiscal de Canarias (*BOE* 8 junio).
- En el *BOE* del 13 de mayo se publica el texto refundido del Reglamento del Senado, aprobado por la Mesa el 3 de mayo.
- En el *BOE* del 21 de junio se publica el Real Decreto-Ley 7/1994, de 20 de junio, sobre libertad de amortización para las inversiones generadoras de empleo.

C) Comunidades autónomas

Se han publicado en los respectivos Boletines autonómicos las siguientes leyes:

- En Andalucía la de 18 de mayo sobre protección ambiental.
- En Cantabria la de 19 de mayo reguladora de las entidades locales menores.
- En La Rioja dos leyes de 24 de mayo, la primera que modifica la del Consejo Económico y Social, y la otra de archivos y patrimonio documental.
- En el País Vasco la Ley de 27 de mayo de la actividad comercial.

II. Información de actividades

1. *Jornadas sobre Registro y Seguridad Jurídica*.—Organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y en sus locales de Madrid han tenido lugar estas Jornadas, con gran asistencia de público, durante los días 9 y 10 de mayo.

Las ponencias desarrolladas han sido las siguientes:

- «Análisis histórico de la calificación del Registrador», por don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Significado de la calificación registral», por don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho Civil y Registrador de la Propiedad y Mercantil.

- «La problemática actual en la calificación registral», por don PABLO VIDAL FRANCÉS, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «La desjudicialización de la contratación privada y el recurso gubernativo», por don JOSÉ MATEO DÍAZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- «La función registral y la seguridad jurídica», por don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «La calificación registral y su eficacia preventiva en los ámbitos civil y penal», por don FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL, Fiscal del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Civil.
- «El documento administrativo y el Registro», por don JESÚS REMÓN PEÑALVER, Abogado del Estado del Servicio Jurídico ante el Tribunal Constitucional.
- «Calificación registral de documentos judiciales», por don RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS, Magistrado de la Audiencia de Barcelona.

Las mismas Jornadas se repitieron en Barcelona, en los locales de la Delegación Territorial, durante los días 16 y 17 de mayo, con los mismos temas, aunque en lugar del señor Presidente del Tribunal de Justicia de Madrid lo hizo el de Cataluña, don JOSÉ ANTONIO SOMALO JIMÉNEZ, que ha desarrollado el tema «El recurso gubernativo en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia».

2. *Acto registral en Burgos.*—Con motivo de la entrega al Presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de la obra «Leyes Hipotecarias y Registrales de España» se ha celebrado este acto en Burgos el día 27 del mes de abril.

Hizo la presentación nuestro compañero de Burgos don ENRIQUE MARISCAL GRAJERA y después se desarrollaron las siguientes conferencias:

- «Influencia de la legislación hipotecaria española en América», por el excmo. Sr. don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad de Madrid. Abogado del Estado. Notario. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.
- «Leyes de Hipotecas y Leyes del Registro de la Propiedad», por el excmo. Sr. don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Catedrático de Derecho Civil. Presidente de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.
- «Exposición sobre la publicación que se entrega», por el excmo. Sr. don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Decano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Clausuró el acto el Excmo. Sr. Presidente de la Junta de Castilla y León.

3. *Seminario sobre Deontología jurídica*.—Organizado por la Asociación para el estudio de la doctrina social de la Iglesia se celebró el 4 de junio en Soto del Real. Hubo dos mesas redondas y una ponencia final.

PRIMERA MESA REDONDA

Ponentes:

Don LUIS SÁNCHEZ SOCÍAS, Abogado del Estado.

Don RAFAEL GÓMEZ PÉREZ, Escritor. Profesor de Etica Social.

Don ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, Catedrático. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

Don RAFAEL ROJO URRUTIA, Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid y Ciudad Real.

Don JESÚS CASTRILLO ALADRO, Abogado. Diputado 1.º de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Moderador:

Don JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.

SEGUNDA MESA REDONDA

Ponentes:

Don ANTONIO MORÁN HUETE, Abogado. Diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Don HILARIO HERNÁNDEZ, Abogado. Diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Don LUIS BENÍTEZ, Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia.

Don VÍCTOR GARRIDO DE PALMA, Notario de Madrid.

Don JESÚS LÓPEZ MEDEL, Registrador de la Propiedad.

Moderador:

Don LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

RESPUESTA DE LA MORAL A LAS CUESTIONES JURÍDICAS

Don MIGUEL ANGEL TORRES DULCE, Teólogo. Profesor de Etica Jurídica.

4. *Seminario sobre el proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos.*—Organizado por la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid se ha celebrado los días 8 y 9 de junio, interviniendo los siguientes:

Ponentes:

Don IÑIGO CAVERO LATAILLADE, Abogado. Ex Ministro.

Don JUAN VENTURA FUENTES LOJO, Magistrado del Tribunal Supremo.

Don JOSÉ ANTONIO FRAILE MERINO, Magistrado.

Don DANIEL LOSCERTALES FUERTES, Abogado.

Don JOSÉ LUIS ALBACAR LÓPEZ, Magistrado del Tribunal Supremo.

Don FRANCISCO JAVIER PUYOL MONTERO, Magistrado.

Don JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, Magistrado.

Don JESÚS MARINA MARTÍNEZ PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo.

Don MANUEL MONTANÉ MARTÍNEZ, Secretario General de la Cámara de la Propiedad de Barcelona.

Don JORGE ARGOTE ALARCÓN, Subjefe Servicio Jurídico Cámara de la Propiedad de Madrid.

Moderador:

Don JOAQUÍN ARGOTE ALARCÓN, Jefe del Servicio Jurídico.

5. *Conferencias sobre problemas de la Ley del Suelo.*—Organizadas por el Instituto de Empresa se han celebrado en Madrid estas conferencias durante los días 15 y 16 de junio. El programa ha sido.

- «La desregulación de la Ley del Suelo. El jeroglífico legal existente en España: Estado, Autonomías y Municipios», por don JOSÉ EUGENIO SORIANO, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- «Las dificultades en la planificación y programación del suelo. La experiencia práctica de la revisión del PGOU de Madrid», por don LUIS RODRÍGUEZ-AVIAL, Gerente de la Oficina Municipal de PGOU de Madrid.
- «La obtención del suelo: dotaciones y sistemas generales», por don JAVIER GARCÍA BELLIDO, Subdirector General del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente.
- «La problemática del casco antiguo y los criterios para el estable-

cimiento de los niveles de protección», por don LUIS RODRÍGUEZ-AVIAL, Gerente de la Oficina Municipal del PGOU de Madrid.

- «Los problemas de la planificación del sector terciario e industrial: sus alternativas», por don FERNANDO NASARRE, Director Técnico de la Oficina Municipal del PGOU de Madrid.
- «Los aprovechamientos tipo en los instrumentos de planeamiento general: fijación y transferencias», por don FERNANDO NASARRE, Director Técnico de la Oficina Municipal del PGOU de Madrid.
- «La eficacia de las áreas de reparto en la gestión del planeamiento», por don PAULINO MARTÍN, Director de la Secretaría Jurídica de la Gerencia Municipal de Urbanismo.
- «Suelo y mercado Hipotecario. La nueva configuración del derecho de propiedad. Las garantías de los consumidores», por don RAFAEL ARNAIZ, Registrador de la Propiedad.
- «Las nuevas formas de la gestión del suelo. Los convenios urbanísticos», por don PAULINO MARTÍN, Director de la Secretaría Jurídica de la Gerencia Municipal de Urbanismo.
- «La valoración del suelo: los nuevos mecanismos de valoración establecidos en la Ley del Suelo», por don FRANCISCO PERALES, Abogado.
- «El control autonómico en la actividad urbanística. Los límites de su intervención», por don FRANCISCO JAVIER DELGADO, Magistrado de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.
- «¿Qué papel juega la iniciativa privada en la gestión del suelo? Su influencia en la política de vivienda», por don JOSÉ M.ª PÉREZ HERRERO, Vicepresidente de Asprima, y don JOSÉ ANTONIO DURÁN, Presidente de Cobasa.
- Conclusiones del moderador don ANGEL DE MARTÍN, Abogado y Profesor de Derecho Urbanístico del Instituto de Empresa.

6. *Jornada de estudio sobre el Catastro.*—Se ha celebrado en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid el día 15 de junio, organizada por el Centro de Gestión Catastral y el Consejo General del Notariado, con el siguiente programa:

- Inauguración de la Jornada por el excmo. Sr. don ENRIQUE MARTÍNEZ ROBLES, Secretario de Estado de Hacienda.
- Primera intervención: Ilmo. Sr. don JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid: «Bases sustantivas del Catastro».
- Segunda intervención: Ilmo. Sr. don ANGEL MENÉNDEZ REXACH, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid: «Coordinación entre Urbanismo y Catastro».

- Tercera intervención: Ilmo. Sr. don RAMÓN FALCÓN TELLA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid: «Trascendencia fiscal del Catastro».
- Cuarta intervención: Excmo. Sr. don ABEL CABALLERO ALVAREZ, Catedrático de Teoría Económica: «El Catastro como factor de la política económica».
- Clausura por la Ilma. Sra. doña MARÍA JOSÉ LLOMBART BOSCH, Directora General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria.

7. *Jornadas Uruguayas de Derecho Privado.*—Organizadas por la Asociación de Escribanos del Uruguay se han celebrado en Montevideo estas II Jornadas Uruguayas de Derecho Privado, profesor EUGENIO B. CAFARO. El tema que se ha tratado ha sido «El derecho del consumidor. Contratación y sistema de responsabilidad», dividido en los siguientes subtemas:

I. EL CONTRATO Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. Concepto de consumidor. Derechos tutelados.
2. El contrato discrecional y el consumidor.
3. El contrato por adhesión. Concepto. Disciplina.
4. Análisis de la situación en ordenamientos jurídicos que carecen de normas reguladoras del tipo contrato por adhesión. En especial validez de las cláusulas limitativas y de exoneración de responsabilidad.
5. La protección del consumidor en los países que han legislado sobre la materia.

Coordinadores: ESC. ROQUE MOLLA y ESC. GUILLERMO SERVÁN BAUZÓN.

II. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD

1. La responsabilidad precontractual en relación a la contratación de consumo.
2. La responsabilidad contractual en el negocio jurídico de consumo.
3. La responsabilidad extracontractual en sede de Derecho del Consumo.
4. Referencias especiales al Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

8. *Jornada sobre la reforma del Estatuto de los Trabajadores.*—Se ha celebrado el día 27 de junio en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, exponiéndose dos estudios:

— «La negociación colectiva de las condiciones de trabajo: puntos críticos», por don EFRÉN BORRAJO DACRUZ, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

— «La extinción del contrato de trabajo: puntos críticos», por don RAFAEL MARTÍNEZ EMPERADOR, Magistrado del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

9. *Examen práctico de la hipoteca.*—Bajo la organización conjunta de la Universidad del País Vasco, el Colegio de Abogados de Bilbao y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se han celebrado en Bilbao unas Jornadas de estudio, con el siguiente programa:

Ponente: Don JUAN REY PÓRTOLES. Registrador de la Propiedad. «Hipoteca flotante o sumidero».

Comunicante: Don MANUEL CASERO MEJÍAS. Registrador de la Propiedad. «Eurohipoteca».

Coordinador: Don JAVIER HUALDE. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vaso.

Ponente: Don JULIO GARCÍA-ROSADO. Registrador de la Propiedad. «Cláusulas de las hipotecas».

Comunicante: Don LUIS MARÍA CORDERO. Abogado. «La protección del consumidor en los préstamos hipotecarios».

Coordinador: Don JESÚS MARÍA CASADO. Abogado

Ponente. Don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO. Registrador de la Propiedad. «Hipoteca y procedimientos de ejecución colectiva».

Comunicante: Don CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ. Abogado. «Excepciones injustificadas a la *Pars Conditio Creditorum*».

Coordinador: Don MANUEL JARAMILLO VICARIO. BBK.

Ponente: Don GALO RODRÍGUEZ TEJADA. Registrador de la Propiedad. «Ejecución de hipotecas: Problemas registrales».

Comunicante: Don JOSÉ MARÍA MERINO ANTIGUEDAD. Abogado. Catedrático de Hacienda Pública. «Aspectos tributarios de la hipoteca en Vizcaya».

Coordinador: Don JACINTO GIL. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco.

Ponente: Don FERNANDO MÉNDEZ. Registrador de la Propiedad. «La subrogación en los créditos hipotecarios: Aspectos jurídicos».

Comunicante: Don RICARDO DE ANGEL. Abogado. Catedrático de Derecho Civil. «La resurrección del artículo 1.211 del Código Civil».

Coordinador: Don LEOPOLDO SÁNCHEZ GIL. Registrador de la Propiedad.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 5 de mayo de 1994.*—BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA.—Nulidad de varios artículos de su Ley constitutiva.

Dado su interés, transcribimos entero su texto:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Presidente, don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Emil, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizabal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En las cuestiones acumuladas de inconstitucionalidad números 949/92, 962/93, 1397/92, 1777/92, 2891/92, 2274/93, 2293/93, 2432/93, 2433/93, 2434/93, 3066/93, 189/94, 190/94, 191/94, 341/94, 455/94, 456 y 488/94 sobre artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y artículos 10, 11, 12 y 13 del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, aprobado por Real Decreto-Ley 104/1928, de 4 de agosto. Han comparecido el Abogado del Estado, en representación del Gobierno, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. *Antecedentes* —1 Con fecha 10 de abril de 1992 se registró en este Tribunal el Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad formulado por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Sevilla contra los artículos 33 a 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y artículos 10 a 13 del Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, aprobado por Real Decreto-Ley 104/1928, de 4 de agosto. Dicha cuestión fue registrada con el número 949/1992.

Sostenía el Juzgador de instancia la inconstitucionalidad de los referidos preceptos por establecer privilegios contrarios al artículo 14 CE en favor de un único acreedor hipotecario (el Banco citado), en el proceso de ejecución vinculado a préstamos hipotecarios. Al efecto, el Juzgador de instancia realizaba una amplia síntesis de la evolución normativa del precepto, de la que deducía que la mencionada serie de privilegios tuvo su justificación cuando el Banco Hipotecario tenía atribuida en exclusiva la concesión de préstamos con garantía de esta naturaleza. Suprimida esta atribución exclusiva, queda equiparado a cualquier otra institución bancaria (incluso de naturaleza jurídico-pública) también por lo que hace a la posibilidad de conceder préstamos de esta naturaleza. Y esta igualdad ante los acreedores potenciales hacía injustificado el tratamiento procesal diferenciado, y más ventajoso, a que quedan sometidas las ejecuciones instadas por aquél. Las especialidades procedimentales que, en opinión del órgano proponente, se cuestionan desde la perspectiva del artículo 14 CE serían.

a) En primer lugar, la garantía de los intereses devengados por el préstamo hipotecario, que en el caso del procedimiento especial al que se contrae la cuestión no se encuentran sujetos a límites cuantitativos (arts. 34 y 35 de la Ley de 1872 y 11 del Decreto Legislativo de 1928), en tanto que en el procedimiento de ejecución hipotecaria común quedaría limitado a la cuantía correspondiente a las dos últimas anualidades y a la parte vencida de la anualidad corriente (arts. 114 y ss. LH).

b) En segundo lugar, la previsión contenida en el artículo 36 de la Ley de 1872 y artículo 13 del Real Decreto-Ley de 1928 en torno a la subrogación *ex lege* del nuevo adquirente de la finca hipotecada en todas las obligaciones que el cedente hubiera contraído en razón de la hipoteca, estableciéndose asimismo la obligación del adquirente de comunicar la adquisición al Banco, de forma que «si no lo hiciera le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra su causante para el cobro de los créditos». Esta subrogación legal contrasta con la prevista en el artículo 118 de la LH, en que se establece un sistema de asunción convencional de la deuda respecto de la obligación personal garantizada con la hipoteca.

c) En tercer lugar, no está prevista, en el sistema establecido para las ejecuciones en favor del Banco Hipotecario, la notificación de éstas a los titulares de derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca inscrita, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de ejecución hipotecaria común (art. 131.5 LH). Dicha falta de notificación, entiende el Magistrado proponente, es coherente con las reglas anteriores (para el posterior adquirente, con la regla de subrogación *ope legis* del art. 36 de la Ley de 1872; para los restantes titulares de derechos reales, con la ausencia de límites cuantitativos a la garantía cubierta por la hipoteca, prevista en los arts. 34, último inciso, y 35, párrafo 2, de la Ley de 1872, y sus concordantes del Decreto-Ley de 1928).

d) El plazo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley de 1872 y concordantes del Real Decreto-Ley para que el deudor proceda al pago una vez se le requiera para hacer efectivo el crédito será de dos días, frente a los diez previstos en el artículo 131 de la LH (regla 3^ª). Entiende el Magistrado proponente que la extrema brevedad del plazo en el primer caso empeora la condición del deudor, que de no proceder al pago en dicho tiempo verá iniciado el procedimiento y será condenado al abono de las costas.

En opinión del órgano proponente, la cuestión planteada no ha sido resuelta por la STC 41/1981, dado que ésta analizó la legitimidad constitucional del procedimiento desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, siendo así que ahora se plantea la cuestión desde el punto de vista del artículo 14 CE por las razones antes expuestas.

Y asimismo considera necesario plantear la cuestión en el momento procesal en que lo ha hecho (inmediatamente con posterioridad a la presentación de la demanda) por entender que es justo en ese momento cuando se desencadenan las especialidades del procedimiento, debiendo tenerse en cuenta que, conforme a una doctrina reiterada de este Tribunal, la expresión «fallo» o «Sentencia» (utilizadas por el art. 163 CE y 35.2 LOTC, respectivamente) no puede ser entendida restrictivamente, abarcando también a resoluciones imperativas de Jueces o Tribunales distintas de aquéllas.

Entiende, por último, el Magistrado proponente que de la legitimidad constitucional de la normativa aplicable depende su resolución posterior en cuanto de estimarse legítimos los preceptos cuestionados el procedimiento especial deberá continuar en los términos en que éstos lo regulan.

2. Por providencia de fecha 12 de mayo de 1992, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, y su traslado a las representaciones interesadas y al Ministerio Fiscal, para que hiciesen las alegaciones que considerasen convenientes

3. Por escrito de fecha 29 de mayo de 1992, el Abogado del Estado compareció y realizó las alegaciones siguientes:

a) Aunque considere peculiar el momento procesal escogido por el órgano proponente para plantear la cuestión, no entiende que éste sea un defecto que obste a su admisibilidad teniendo en cuenta la flexible y ya reiterada jurisprudencia de este Tribunal. Sin embargo, existe un defecto procesal en la cuestión propuesta que aconsejaría su desestimación, sin que este Tribunal entrase a conocer del fondo del asunto: tal defecto procesal incumbe al inadecuado planteamiento del juicio de relevancia.

La duda de constitucionalidad formulada se extiende a los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, y artículos 10, 11, 12 y 13 del Real Decreto-Ley 104/1928, que reproducen literalmente los citados en primer lugar. Sin embargo, no todos los preceptos citados resultan de aplicación en el proceso *a quo*. Así, en opinión del Letrado del Estado, el artículo 33 de la Ley de 1872 no resulta de aplicación al caso porque se refiere a la posibilidad de que el Banco solicite del Juez el secuestro e intervención interina de la finca hipotecada, que es petición que no se ha ejercitado en la demanda que inició el proceso en que se ha suscitado la duda de constitucionalidad. Tan sólo resultaría de aplicación al caso (tomando en consideración los argumentos del Juez *a quo*) el plazo de dos días previsto para que el deudor, una vez requerido por el Banco, proceda al pago

Por otra parte, el Banco ha solicitado del órgano judicial la venta en subasta pública de la finca hipotecada y la declaración de rescisión del préstamo (art. 34 Ley 1872). En relación con el mencionado precepto, y sus concordantes del RDL 104/1928, entiende el Magistrado proponente que podría vulnerar el artículo 14 CE su último inciso, en cuanto no reconoce tope cuantitativo a la responsabilidad que ha de cubrirse, por concepto de intereses, con cargo a la venta de la finca hipotecada. Sin embargo, estima el Letrado del Estado que este precepto tampoco resultaría de aplicación al caso porque dichos topes sí se establecieron en la correspondiente escritura de formalización del presta-

mo, haciéndoles equivaler a la cuantía equivalente a cinco anualidades de intereses.

Parcidamente, objeta el Abogado del Estado que sea relevante para el contenido del «fallo» el artículo 36 de la Ley de 1872 y los concordantes del RDL 104/1928, en cuanto aquél impone la subrogación obligatoria del nuevo adquirente en la posición del deudor hipotecante. Tal objeción se funda en que dicha subrogación tuvo su fundamento en la voluntad de las partes, manifestada en la escritura pública de compraventa extendida entre la sociedad prestataria y el adquirente de una vivienda grabada con la garantía real que posibilita la aplicación de esta específica normativa.

Por último, estima el Abogado del Estado que no se ha formulado razonamiento alguno de inconstitucionalidad en relación con el artículo 35 de la Ley de 1872 y con el artículo 12 del RDL 104/1928, de ahí que no puedan considerarse incluidos los referidos preceptos en el objeto del presente proceso.

Queda, pues, centrado el proceso en la legitimidad constitucional de la ausencia, en la Ley de 1872, de una regla análoga a la prevista en el artículo 131.5 LH (sobre notificación a terceros titulares de derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca) y el acortamiento a dos días (art. 33 Ley 1872) del plazo de diez días previsto en el artículo 131.3 y 4 LH.

b) Considera asimismo el Abogado del Estado que no es válido tomar como términos de comparación el procedimiento especial de ejecución regulado en los preceptos cuestionados y el artículo 131 LH. No sería válida esta comparación porque el artículo 1.560 LEC, remitiendo a lo previsto en el Decreto-Ley de 5 de febrero de 1869, extiende el pretendido privilegio a todas las «compañías o instituciones de crédito, legalmente constituidas, que tengan por objeto operaciones de préstamos hipotecarios o de crédito territorial», excediéndose con mucho el ámbito subjetivo del pretendido privilegio respecto del que el Juez proponente le asigna. De tal suerte que éste es predicable de toda entidad de crédito, aunque su apoyo legal sea diverso. Considera, incluso, el Abogado del Estado que las restantes entidades de crédito pueden recurrir al proceso regulado en la Ley de 1872 y en el RDL 104/1928. De hecho, el artículo adicional de la mencionada Ley, que preveía la aplicación de sus disposiciones de carácter general a todas las entidades de crédito territorial que se creasen, fue dejado sin efecto por el Real Decreto de 24 de julio de 1875, declarado Ley por Ley posterior, de 1 de julio de 1876, que reconocía el carácter único en su clase del Banco Hipotecario (art. 1). Sin embargo, esta situación finalizó con la aprobación del artículo 117.2 del Código de Comercio, con lo que puede considerarse extensible el mencionado procedimiento especial a todas las entidades de crédito.

El Abogado del Estado aporta, como argumentos adicionales en apoyo de su tesis, los ejemplos de normas recientes que evidencian la subsistencia de especialidades procesales en la ejecución hipotecaria instada por las entidades de crédito. Tal sería el caso de la Ley 14/1986 (DA 1.ª) o la DA 5.ª de la Ley 26/1988.

c) Por último, y en relación con la pretendida vulneración del artículo 14 CE, además de estimar que no se había producido por las razones que se acaban de exponer, considera que tampoco sería admisible la comparación entre el Banco Hipotecario y otros acreedores. La necesidad de dotar de un procedimiento ágil de cobro de los créditos con garantía hipotecaria, potenciando este tipo de créditos, sería una razón suficiente para el establecimiento del mencionado régimen especial, que cumpliría las exigencias del principio

de igualdad en la Ley. Y tampoco pueden considerarse irrazonables, en sí mismas, las diferencias de trato aisladamente. En especial ello resulta predicable de la reducción a dos días del plazo de que dispone el deudor para proceder al pago, siquiera sea porque no es muy diverso del previsto en otros juicios sumarios (STC 14/1991, FJ 10)

En atención a todo lo expuesto, solicita el Abogado del Estado que en su momento se dicte Sentencia por la que este Tribunal desestime las cuestiones planteadas.

4. Por escrito de fecha 29 de mayo de 1992, el Fiscal General del Estado formuló alegaciones, en sentido de proponer igualmente la desestimación de las cuestiones planteadas.

No considera el Ministerio Público que concurran en la cuestión planteada defectos de índole procesal. Al contrario, el juicio de relevancia aparece suficientemente razonado y el momento procesal en que se plantea la cuestión no es inhábil, en atención a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

Sin embargo, en cuanto al fondo del asunto, y centrado el análisis de la pretendida vulneración del artículo 14 CE, entiende que las diferencias que puedan apreciarse son resultado de la libertad de configuración de los diversos cauces procesales que asiste al legislador en nuestro sistema y que puede legitimar el recurso a procesos especiales con una finalidad restringida que el legislador considere digna de protección privilegiada.

En este caso, se trata de garantizar el cobro ágil y el mejor cumplimiento de los fines de una entidad de crédito oficial (art. 23 Ley 13/1971, de 19 de junio, en conexión con la Ley 25/1991, de 21 de noviembre) sometida a la política de crédito oficial y regulada por una compleja normativa específica, por lo que hace a su funcionamiento y su control públicos, cuyo contenido sintetiza.

La propia normativa reguladora del Banco Hipotecario y sus fines específicos constituyen, pues, un factor relevante de diferenciación, en cuyo marco quedaría legitimada la implantación del proceso especial que se cuestiona por el órgano judicial *a quo*.

Centrado el análisis en una de las materias sobre las que el auto de planteamiento de la cuestión se detiene con más detalle (la extensión de la hipoteca respecto de la cuantía del crédito asegurado), considera el Ministerio Público que es problema que admite diversas soluciones, legales y doctrinales, sin que pueda, *a priori*, invalidarse ninguna de ellas en beneficio de las demás (como lo demuestra en que en el propio art. 114 LH existe una regla semejante para los casos en que la finca hipotecada no haya sido enajenada a terceros). También en este caso la peculiaridad de la naturaleza y fines del acreedor protegido serían justificación suficiente de la diferencia de trato.

En parecidos términos cabe pronunciarse respecto de la subrogación *ex lege* del tercero adquirente en la posesión del acreedor hipotecario, puesto que, a juicio del Fiscal General del Estado, el legislador prevé estas fórmulas de subrogación legal en otros casos (así, arts. 157, 140 LH ó 1.210, 1.158, 1.145, 1.839 y 1.205 CC).

Respecto de la no previsión de fórmulas de notificación a terceros titulares de derechos reales posteriores a la constitución de la hipoteca, nuevamente es la peculiaridad del acreedor el factor que, a juicio del Ministerio Público, justificaría la diferencia de trato (aparte del desajuste temporal entre la Ley 1872 y la LH, posterior en el tiempo a ésta); como también lo hacía respecto de la implantación de plazos diversos para que el deudor responda al requerimiento de pago.

Aparte todo lo anterior, la Sentencia 41/1981, de este Tribunal, se considera un valioso precedente del que deducir la conformidad con la Constitución del procedimiento especial sobre el que versa este procedimiento, sobre todo si se tiene en cuenta que este Tribunal no consideró oportuno recurrir al trámite previsto en el artículo 55.2 de su Ley Orgánica reguladora.

5. Con fechas sucesivas tuvieron entrada en este Tribunal las siguientes cuestiones de inconstitucionalidad sobre los artículos 33 a 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y 10 a 13 del RDL 104/1928: el 31 de marzo de 1993, la cuestión propuesta por Auto de fecha 8 del mismo mes y año por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, registrada con el número 962/1993; el 3 de junio de 1992, la cuestión promovida por Auto de 26 de mayo de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sevilla, registrada con el número 1397/1992 y admitida a trámite por providencia de la Sección Tercera de fecha 22 de junio de 1992; el 7 de julio de 1992, la cuestión promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sevilla por Auto de fecha 1 de julio de 1992, siendo registrada con el número 1777/1992 y admitida a trámite por providencia de la Sección de Vacaciones de 25 de agosto de 1992. Todas las cuestiones planteadas presentan una argumentación idéntica a la que sustentaba la 942/1992, de la que se ha hecho referencia en los apartados anteriores.

6. El 26 de noviembre de 1992 tuvo entrada en el registro de este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad, promovida contra los mismos preceptos legales que los anteriores por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Murcia, siendo registrada con el número 2891/1992. En su resolución, el Magistrado proponente reiteraba, en lo sustancial, las argumentaciones ya expuestas en las anteriores cuestiones de inconstitucionalidad, añadiendo, a las compartidas por los Magistrados proponentes, las siguientes:

a) La inexistencia, potencial, de reglas específicas que, como las previstas en el artículo 131 LH, vinculen la competencia del Juzgado donde radique la finca, con lo que es posible que el Juez competente sea determinado, en este proceso especial de ejecución en favor del Banco Hipotecario, a través de sumisión expresa o tácita, con arreglo a las normas generales establecidas en la LEC. Con esta interpretación (general en la jurisprudencia española) se establece el privilegio en favor del Banco de determinar el fuero territorial que considere oportuno a partir de la reforma procesal operada por Ley 10/1992 (DF 1ª2).

b) Además, el artículo 35.2 de la Ley de 1872 establece como única causa de suspensión del procedimiento la presentación de una demanda basada en un título anteriormente inscrito, con lo que se dejan de aplicar los restantes supuestos de suspensión del procedimiento previsto en el artículo 132 LH.

Admitida a trámite por providencia de la Sección Segunda de fecha 9 de diciembre de 1992, fueron hechas las correspondientes alegaciones por el Abogado del Estado (por escrito de fecha 23 diciembre 1992) y el Ministerio Fiscal, oponiéndose a la estimación de la cuestión planteada y añadiendo, en relación con las pretendidas referencias de régimen jurídico para determinar la competencia territorial del Juzgado, que tal diferencia, de existir, no vendría determinada por los preceptos impugnados, sino por la Ley 10/1992 en su caso, de ahí que sea irrelevante la cuestión en este punto; y en cuanto a la restricción de las causas de suspensión del procedimiento, que la limitación de

la cognición, o aún su ausencia, es esencial en todo proceso de ejecución hipotecaria, en los términos ya subrayados en la STC 41/1981.

7. El día 12 de julio de 1993 tuvo entrada en el registro de este Tribunal la cuestión promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Sevilla contra los tantas veces citados preceptos y la disposición final 1.ª de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La cuestión fue registrada con número 2274/1993.

En la referida cuestión se reiteraban los argumentos que se expusieron en la registrada con el número 949/1992, añadiéndose los relativos a la posible inconstitucionalidad generada por la, a juicio del Magistrado proponente, diferencia de trato en relación con las reglas de determinación de la competencia territorial para conocer del órgano judicial que la ostente en el proceso de ejecución instado en favor del Banco Hipotecario.

Admitida a trámite, por escrito de 29 de julio de 1993, el Abogado del Estado efectuó las alegaciones que estimó oportunas.

En el referido escrito, el Abogado del Estado reiteró sus tesis en torno a las posibles diferencias puestas de manifiesto por el Juzgador en lo que tenían de común con la cuestión numerada 949/1992, y en relación con la añadida impugnación de la disposición final 1.ª de la Ley 10/1992 sostiene que no puede ser aceptada una argumentación judicial que se base en diferencias de trato creadas por el silencio del legislador, por una imperfección de la norma más que por su texto explícito. Estima, recordando una línea jurisprudencial de este Tribunal (representada, entre otras, por la Sentencia 103/1990, FJ 4), que la analogía es un procedimiento apto para integrar silencios u omisiones del legislador que puedan ser identificados como tales y no como resultados de una pretensión excluyente constitucionalmente ilegítima. Por lo demás, no puede considerarse tampoco contrario al artículo 14 CE que un supuesto o grupo de supuestos semejantes al exceptuado sigan sometidos a la regla general. Por su parte, el Fiscal General del Estado, por escrito de fecha 2 de septiembre de 1993 efectuó sus alegaciones, en sentido estrictamente similar a las ya expuestas en relación con la cuestión 949/1992.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 15 de julio de 1993 tuvo entrada la cuestión con el número 2293/1993, promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Sevilla, nuevamente, sobre los artículos 33 a 36 de la Ley de 1872 y 10 a 13 del RDL 104/1928, así como la disposición final 1.ª de la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, siendo admitida a trámite por providencia de la Sección Primera de fecha 21 de julio de 1993.

El día 27 de julio de 1993 tuvo entrada también la cuestión promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla y referida a los preceptos ya citados. Dicha cuestión, con número 2432/1993 fue admitida a trámite por providencia de la Sección Cuarta de 21 de septiembre de 1993.

El 27 de julio de 1993 tuvo entrada asimismo la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, registrada con el número 2433/1993 y referida a los ya citados preceptos, siendo admitida a trámite por providencia de la Sección Segunda de fecha 21 de septiembre de 1993.

En la misma fecha que las anteriores tuvo entrada la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, que con el número 2434/1993 fue admitida a trámite por providencia de la Sección Cuarta de fecha 21 de septiembre de 1993.

Por último, tuvo entrada la cuestión número 3066/1993, promovida por el

Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla por Auto de 28 de septiembre de 1993, admitida a trámite por providencia de 10 de noviembre de 1993.

Siendo idénticos los argumentos en que se basaban las sucesivas cuestiones, las alegaciones del Letrado del Estado y del Ministerio Fiscal reprodujeron, en lo sustancial, los ya descritos con anterioridad

9. Las sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad fueron acumuladas, dada la identidad sustancial de su objeto, a la registrada con número 949/1992. Dicha acumulación, previos los trámites oportunos, fue acordada por Autos del Pleno de este Tribunal de fechas 19 de enero de 1993, 1 de junio de 1993 y 25 de enero de 1994.

10. Con fecha 21 de enero de 1994 tuvo entrada en este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad registrada con el número 189/1994, promovida por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sevilla, mediante Auto de fecha 30 de octubre de 1993, contra los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872. En el auto de planteamiento de la cuestión, el Juez consideraba que los referidos preceptos podrán vulnerar el artículo 14 CE al establecer un procedimiento privilegiado de ejecución en favor del Banco Hipotecario de España. Concretaba el Juzgador los privilegios de la referida entidad en comparación con el acreedor hipotecario común en los extremos siguientes: *a)* La brevedad del plazo para que el deudor proceda al pago una vez requerido para ello, así como la simplicidad formal del requerimiento (que no exige las garantías de fehaciencia establecidas con carácter general en la Ley Hipotecaria) y la falta de garantía de notificaciones de inicio del procedimiento a terceros poseedores; *b)* La brevedad de los plazos establecidos para la celebración de la subasta en comparación con los del proceso de ejecución hipotecaria común; *c)* La restricción en las causas de suspensión del procedimiento, nuevamente en comparación con las previstas en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria; *d)* La falta de reglas sobre notificación de la existencia del proceso a los posteriores adquirentes o titulares de derechos reales sobre la finca, efecto agravado por la subrogación *ope legis* en la posición personal del ejecutado; *e)* La falta de límites cuantitativos en la responsabilidad garantizada por la hipoteca, frente a los establecidos en el artículo 131 LH, y *d)* La previsión del abono de un 3 por 100 del capital al Banco por la rescisión del préstamo, que no tiene paralelo en la legislación hipotecaria común.

Admitida a trámite por providencia de la Sección Segunda, de fecha 8 de febrero de 1994, las Cámaras legislativas ofrecieron la colaboración prevista en el artículo 88.1 de la LOTC, personándose el Senado y declinando su personación el Congreso.

11. Por escrito registrado con fecha 1 de marzo de 1994, se personó en el procedimiento en nombre del Gobierno de la Nación el Abogado del Estado, y en sus alegaciones reiteraba las objeciones a la admisibilidad de la cuestión promovida, en términos semejantes a como lo hiciese en las anteriores. Asimismo, reiteraba que el proceso de ejecución al que se contraía la resolución judicial era susceptible de ser utilizado por todas las entidades de crédito, al amparo de lo establecido en el artículo 1.560 LEC. Añadía, por otra parte, que no deriva del artículo 14 CE la exigencia de que existe un único procedimiento de ejecución hipotecaria para toda clase de deudores y acreedores vinculados por garantías de esta naturaleza, y que resultaba inadecuado utilizar como término de comparación una Ley (la Ley Hipotecaria) posterior a aquella cuya legitimidad constitucional se cuestiona.

Por lo demás, y respecto de los concretos factores de diferenciación entre

ambos procedimientos, subrayaba cómo, en el caso, el plazo de que dispuso el deudor era superior a diez días por haberse efectuado el requerimiento por vía notarial. Y, en todo caso, no sería fácil cuestionar la razonabilidad de un plazo determinado y no de otro, existiendo numerosos ejemplos de plazos perentorios en nuestra legislación. En cuanto a la diferencia de plazos para la subasta, podrían reproducirse los argumentos ya expuestos para el requerimiento. En cuanto a la limitación de las causas de suspensión del procedimiento prevista en la Ley de 1872, recordaba la doctrina de este Tribunal sobre la específica naturaleza de los procedimientos de ejecución, reiterada en diversas resoluciones que cita. Respecto de las limitaciones de notificación a terceros registrados con posterioridad, éstas no están previstas expresamente en la Ley, siendo posible la integración de sus normas con las comunes de la legislación hipotecaria; y la subrogación de los adquirentes posteriores en el caso *a quo* se produjo por acuerdo entre las partes, no *ope legis*, de aquí que el precepto invocado (art. 34 Ley 1872) carezca de relevancia en el supuesto planteado. Por razones semejantes (limitación *ex voluntate* en el caso de la cuantía garantizada con la hipoteca), tampoco considera de aplicación al caso el problema planteado en el punto 5º del Auto del Juzgado de Primera Instancia. Y finalmente, tampoco existían indicios en el procedimiento de que se hubiese reclamado el 3 por 100 del capital por rescisión del préstamo, aparte de que, siendo usuales pactos de esta naturaleza en la contratación bancaria, ninguna objeción cabría hacer a que tal incremento se estableciese en una norma legal.

Concluye sus alegaciones descartando las restantes del auto de planteamiento por constituir las de política legislativa o, abiertamente, de legalidad ordinaria.

Por todo lo anterior, solicitaba de este Tribunal que declarase mal planteada la cuestión respecto de los artículos 33, 35 y 36 de la Ley o, subsidiariamente, la desestimase en su integridad. Por otrosí solicitaba la acumulación de esta cuestión a la registrada con el número 949/1992 y demás acumuladas, dada la conexión objetiva existente entre ellas.

12. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha 4 de marzo de 1994, formuló alegaciones el Ministerio Fiscal. En ellas, admitiendo la diferencia existente entre el proceso de ejecución en favor del Banco Hipotecario y el previsto en el artículo 131 LH, descartaba que puedan considerarse contrarias al principio constitucional de igualdad, siendo legítimos los procedimientos sumarios con una finalidad restringida que el legislador haya considerado digna de protección privilegiada (STC 187/1990, de 26 de noviembre). Dada la naturaleza y funciones del Banco Hipotecario, concluía el Ministerio Público que estas sustanciales peculiaridades de la entidad justificaban las diferencias de tratamiento, legitimándolas desde la perspectiva constitucional, reiterando en lo demás las alegaciones ya hechas en las cuestiones de inconstitucionalidad mencionadas en los apartados anteriores. Por estas razones expresaba su parecer contrario a la estimación de las cuestiones, solicitando, además, que se acordase su acumulación a la registrada con el número 949/1992 y demás citadas.

13. En sucesivas fechas tuvieron entrada en este Tribunal las siguientes cuestiones de inconstitucionalidad contra los artículos 33 a 36 de la referida Ley de 2 de diciembre de 1872, siendo el órgano proponente de todas ellas el Juez de Primera Instancia número 2 de Sevilla: la promovida por Auto de fecha 30 de noviembre de 1992 y registrada en este Tribunal el 21 de enero de

1994 con el número 190/1994, admitida a trámite por providencia de 8 de febrero de 1994; la promovida por Auto de 4 de noviembre de 1993, registrada en este Tribunal el 21 de enero de 1994 con el número 191/1994 y admitida a trámite por providencia de 8 de febrero de 1984, la promovida por Auto de 30 de octubre de 1993, registrada en este Tribunal con fecha 7 de febrero de 1994 con el número 341/1994; la promovida por Auto de 30 de octubre de 1993, registrada en este Tribunal el 15 de febrero de 1994 con el número 455/1994, la promovida por Auto de la misma fecha que los anteriores, registrada en este Tribunal el 15 de febrero de 1994 con el número 456/1994, y la promovida también por Auto de la misma fecha, registrada en este Tribunal el 17 de febrero de 1994 con el número 488/1994.

Habiendo comparecido en los respectivos procedimientos el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, reprodujo en lo sustancial las alegaciones ya efectuadas dada la exacta identidad de los argumentos esgrimidos en los autos de planteamiento de las cuestiones. En parecidos términos se expresó el Ministerio Fiscal

14. Por Auto de fecha 19 de abril de 1994 el Pleno de este Tribunal acordó la acumulación de estas cuestiones a la registrada con el número 949/1992 y demás ya acumuladas previamente.

15. Por providencia de 3 de mayo de 1994, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 5 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos.—1. El objeto del presente proceso, tal como resulta delimitado por las diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, lo constituyen, de un lado, los artículos 33 a 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España (en adelante, LBHE); los artículos 10 a 13 del RDL 104/1928, de 4 de agosto, Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad (en adelante, EOBH), y la disposición final primera, apartado 2, de la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Todos ellos, en cuanto constituyen el cuadro jurídico en que se desenvuelve el proceso de ejecución en favor del Banco Hipotecario de España.

Consideran los Magistrados proponentes que la existencia de este procedimiento especial constituye un privilegio en favor de la referida entidad bancaria, no justificado desde la perspectiva del artículo 14 CE, utilizándose como término de comparación el regulado en el artículo 131 de la vigente Ley Hipotecaria que, en interpretación unánime de los órganos judiciales, sería el de aplicación en los supuestos en que la ejecución de la hipoteca fuese solicitada por cualquier otra entidad bancaria distinta del Banco Hipotecario.

2. El Abogado del Estado se opone a la admisibilidad de las cuestiones propuestas por estimar, en primer lugar, que plantean un problema inexistente que podría resolverse con una interpretación alternativa a la legalidad ordinaria (en concreto, del art. 1.560 LEC). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que no le corresponde a este Tribunal decidir en el plano de la legalidad ordinaria si cabe una interpretación de los preceptos legales que hiciera posible el acceso a este tipo de proceso especial por parte de otras entidades de crédito.

Puesto que la selección e interpretación normativa realizada por los órganos judiciales proponentes en el ejercicio de las competencias que constitucionalmente tienen asignadas es detenidamente razonada, de forma en modo alguno irrazonable o arbitraria, y se corresponde, como los órganos judiciales manifiestan, con una práctica judicial reiterada, según la cual sólo el Banco

Hipotecario de España hace uso de este procedimiento, hemos de partir necesariamente de esta interpretación, que se corresponde además con el derecho vivo, frente a la hipotética mantenida por el Abogado del Estado que, de aceptarse, además, sólo nos llevaría a cambiar el término de comparación.

3. En segundo lugar, la representación del Gobierno opone una serie de objeciones de admisibilidad basadas en que los preceptos cuestionados, examinados particularizadamente, carecen de relevancia para el contenido del fallo en la instancia, en los términos en que se exige por los artículos 163 de la Constitución española y 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Para resolver sobre esta argumentación, sin embargo, debe tenerse en cuenta la naturaleza del problema que subyace en las cuestiones planteadas, y la forma en que éste incide y conforme el objeto de análisis de esta resolución.

Los órganos judiciales proponentes entienden que las diferencias existentes entre el proceso de ejecución especial en favor del Banco Hipotecario y el de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH suponen un trato procesal privilegiado de dicho Banco en relación con las restantes instituciones de crédito, pues el proceso mismo es más expeditivo. De acuerdo con los citados órganos judiciales, las diferencias entre ambos cauces procesales que han de ser reseñadas serían las siguientes:

a) En relación con el modo de determinar la extensión objetiva de la hipoteca respecto del crédito garantizado, la Ley Hipotecaria (art. 114, siguientes y concordantes) sigue un sistema que descansa sobre la aplicación de un tope máximo para el caso de que exista un tercer interesado, asegurando tan sólo, además del principal, los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto en contrario y sin que en ningún caso pueda pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años. En cambio, el último inciso del artículo 34 LBHE establece que «con el precio del remate se pagarán en primer lugar el capital y los créditos devengados por el Banco hasta el día del pago, los gastos de subasta y enajenación y un 3 por 100 del capital que con anticipación recibe el mismo Banco a consecuencia de la rescisión del préstamo». De esta norma (y del segundo párrafo del art. 35 LBHE y del art. 12 EOBHE) deducen los órganos proponentes que no existen límites temporales a la cuantía hipotecaria en los casos descritos, dentro del proceso especial que se examina. Asimismo, en las cuestiones promovidas por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sevilla se pone de manifiesto la desigualdad y el privilegio generado por la exigencia al deudor ejecutado del abono de un 3 por 100 del capital por «rescisión del préstamo», que no tiene paralelo en el procedimiento hipotecario común.

b) Frente al sistema de asunción convencional de la deuda total garantizada en el supuesto de venta de la finca hipotecada (art. 118 LH), el artículo 36 LBHE y 13 EOBH establecen un sistema de subrogación legal del adquirente, cuando la finca cambie de dueño «en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el Banco», debiendo dar conocimiento a éste de la adquisición «dentro de los 15 días» siguientes, de forma que si no lo hiciere le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra su causante para el cobro de los créditos.

c) En contraposición a lo previsto en el artículo 131, regla 5.ª, LH, que posibilita la intervención del último titular del dominio o posesión inscritos que sean distintos del deudor hipotecario requerido de pago, así como los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipo-

teca, en la normativa de aplicación al Banco Hipotecario no está prevista la notificación a los citados sujetos a fin de que, en su caso, participen en la subasta o satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas en los términos previstos en la Ley. Al no preverse esta participación —sostienen los órganos judiciales proponentes—, el sobrante de la subasta, si no ha sido embargado, será entregado al hipotecante, con la potencial frustración de los intereses de terceros en los términos ya expuestos.

d) En tanto que el artículo 131 LH concede al deudor un plazo de diez días para hacer efectivo el crédito, una vez que haya sido requerido de pago, el artículo 33 LBHE y concordantes del EOBH conceden tan sólo un plazo de dos días a este fin. Incrementándose la dificultad de pago por el acortamiento del plazo —concluyen los órganos proponentes—, el deudor ve empeorada su condición, pues por fuerza, de no pagar, habrá de iniciarse el procedimiento y, aún en el caso de que abone la cuantía adeudada antes del remate, le habrán de ser impuestas las costas. El mismo carácter privilegiado cabe predicar, a juicio de los órganos jurisdiccionales proponentes, del acortamiento del plazo para la celebración de la subasta, que en la Ley de 1872 deberá acordarse inmediatamente, mediando como máximo quince días entre su anuncio y su celebración, en tanto que en el procedimiento hipotecario común sólo podrá acordarse la subasta transcurridos treinta días desde el requerimiento de pago. Y la última notificación a los acreedores posteriores, en su caso, anunciando el remate con veinte días de antelación como mínimo.

e) En el procedimiento especial que ahora se contempla se prevé un número de causas de suspensión sensiblemente inferior al establecido en el artículo 132 LH, con ser éste ya reducido. De hecho, sólo se prevé una: la demanda fundada en título anteriormente inscrito.

f) Por último, y ya en relación con la disposición final 1.ª de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, podría detectarse otra diferencia trascendente de régimen, en la opinión de los órganos jurisdiccionales proponentes. Así, en la referida norma se da nueva redacción a la regla 1.ª del artículo 131 LH, de tal suerte que queda atribuida la competencia para conocer al Juez de Primera Instancia donde radique la finca, eliminándose la posibilidad de alterar el fuero territorial mediante la sumisión expresa. Tal cosa no es posible en relación con el procedimiento especial en favor del Banco Hipotecario, que puede, por tanto, centralizar las ejecuciones en el lugar que estime más adecuado o más conveniente a sus intereses. Con esta diferencia —concluyen— se empeora la condición de los deudores hipotecarios frente al Banco, pero también se mejora la de éste en relación con los demás acreedores hipotecarios.

Existe con toda evidencia una regulación de uno y otro procedimiento con diferencias notables, diferencias que se traducen siempre en una ventaja o tratamiento más favorable para el Banco Hipotecario —en cuanto destinatario de un procedimiento *ad hoc*— comparado con el previsto para las demás entidades de crédito, con sacrificios correlativos además para los deudores hipotecarios de dicho Banco, que resultan así de peor condición procesal en el proceso de ejecución hipotecario que los demás acreedores hipotecarios sometidos al proceso del artículo 131 LH.

Por ello, pese al carácter minucioso y fragmentado del análisis judicial de las ventajas procesales del Banco Hipotecario, lo que cabe cuestionar, antes de

un virtual análisis de esas diferencias concretas, es la existencia de un proceso de ejecución especial, caracterizado por la atención singularizada a un determinado acreedor hipotecario, como cauce lógico y coherente para el disfrute de aquellos beneficios.

Si se llegase a la conclusión de que el proceso, en sí mismo y como excepción a la regla general, constituye un régimen legal y de favor contrario al artículo 14 CE con proyección en el artículo 24.1 CE, no sería necesario examinar las objeciones puntuales a los concretos trámites enunciados en los autos de promoción de este proceso constitucional. Y así delimitado el objeto del análisis, no resulta preciso por ahora examinar, en relación con cada precepto cuestionado, la relevancia que puedan tener para el contenido del fallo, en los términos en que se refería al tema el Abogado del Estado. Sólo en el caso de que deba realizarse el examen pormenorizado de las especialidades del proceso tendrá sentido entrar a conocer en concreto de las objeciones que en este sentido ha opuesto el Abogado del Estado.

4. Centrada así la cuestión, conviene recordar que, según este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, el principio de igualdad, que vincula al legislador, no impide que éste establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la Ley y a la adecuación de medios afines entre aquéllas y éstas (STC 2 de julio de 1981). Y ha tenido ocasión de reiterar, también, que esta libertad de implantación de diferencias de trato se aprecia con mayor intensidad aún en relación con estructuras de creación legal, donde la norma, que las crea, puede apreciar diferencias relevantes fundadas en el régimen abstracto diseñado por ella misma (STC 7/84, FJ 2, por todas). Los cauces procedimentales son, sin duda alguna, modelos característicos de estructuras de creación legal en los que las diferencias de trato se explican fundamentalmente en razones técnicas inherentes a la propia naturaleza de la norma; de ahí que, por lo general, no pueda plantearse con probabilidad de éxito un juicio de igualdad entre procesos diversos comparando aisladamente plazos o trámites que, en estos casos, sólo adquieren su pleno sentido valorados como partes del conjunto normativo en que se insertan.

Ello no implica, sin embargo, que el artículo 14 CE no pueda operar si se evidencian diferencias injustificadas de trato, ya sea entre las partes de un mismo proceso (perspectiva que no ha sido cuestionada por los Jueces proponentes), ya entre partes de diferentes procesos entre acreedores o entre deudores cuando, en este último caso, la diferencia no se introduce en razón de las pretensiones que a través de ellos puedan ejercitarse, sino en atención al dato, puro y simple, de que el titular de la acción ejecutiva sea una determinada y concreta entidad, definida singularmente; en este caso el Banco Hipotecario, de modo que los deudores hipotecarios de ese Banco están sometidos a un tratamiento procesal diverso y menos favorecido que los restantes deudores hipotecarios.

7. El proceso en cuestión fue configurado originariamente como específico del Banco Hipotecario sólo cuando se reconoció la competencia exclusiva de esta entidad en materia de préstamos hipotecarios, y puede haber visto vaciada su razón de ser hasta el punto de transformarse en un proceso de ejecución, particularmente rápido y ágil, al servicio de los intereses de un único acreedor —el referido Banco—. Esta estrecha vinculación entre el proceso y la entidad acreedora no sería, en sí misma, inconstitucional por contraria al principio de igualdad si en la referida entidad concurriesen caracterís-

ticas que permitiesen individualizar el objeto del proceso atendiendo a la especialidad de la materia que lo constituye o a la de los intereses que en el proceso se ventilan. Pero como afirman los Autos de planteamiento de la cuestión, no parece posible hallar tal justificación en este caso.

El Banco Hipotecario ha dejado de ser, desde los primeros años de este siglo, la única entidad crediticia que veía reconocida competencia para la concesión de préstamos hipotecarios. En la actualidad, esta capacidad la comparten numerosas entidades financieras (art. 2 Ley 2/1981, de 25 de marzo), de ahí que, por razón de la materia objeto de las pretensiones que se ventilan en el proceso, no pueda ya mantenerse su justificación inicial que, conviene reiterarlo, no era proteger los intereses de un determinado acreedor, sino —utilizando las palabras del Decreto-Ley de 5 de enero de 1869— favorecer el crédito territorial como instrumento «útil para la propiedad y la riqueza en general», acelerando y simplificando las formalidades de cualquier índole conectadas con él, incluso las estrictamente procesales.

Tampoco es posible hallar una justificación específica en atención a la naturaleza de los intereses gestionados por el Banco mencionado en esta faceta de su actividad. Es cierto que el Banco Hipotecario es, como afirma el Ministerio Fiscal, una entidad de crédito hoy integrada en la Corporación Bancaria de España (Ley 25/1991, de 21 de noviembre), pero el carácter público que esta caracterización comporta no le es exclusivo —lo mantienen también el resto de los Bancos y entidades de crédito integrados en la Corporación— ni es, por sí sólo, justificativo de un tratamiento privilegiado o diverso del propio de las demás entidades crediticias cuando actúa sometido a Derecho Privado; pese a lo cual, como bien afirman los órganos judiciales proponentes, las restantes entidades de crédito de titularidad pública distintas del Banco Hipotecario no podrían utilizar el cauce procesal previsto en los artículos 33 a 36 de la LBHE, incluso cuando concedan préstamos con garantía de esta naturaleza.

En esta misma línea, ni en la normativa específica reguladora del Banco Hipotecario, ni en la Ley 2/81, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, existen datos que permitan deducir que la mencionada entidad prestataria quede vinculada, como tal, a la consecución de finalidades sustancialmente diversas de las que, en esta materia, incumben a las restantes entidades mencionadas en el artículo 2 de la Ley 2/81 y que justifiquen un tratamiento procesal distinto y diferenciado. Y así, comunes son las normas sobre finalidad de las operaciones de préstamo (art. 4), formas de garantía de los préstamos concedidos bajo esta modalidad (art. 5), avales para garantía de devolución de crédito ajenos (art. 6) y, en general, sobre operaciones activas y pasivas (Sección Tercera de la Ley 2/81). Abundando en ello, y culminando el proceso, ya en la Ley 25/1991, de 21 de noviembre, sobre Entidades Públicas de Crédito, se hace constar como finalidad expresa de la misma la conversión de éstas en «auténticas entidades de crédito que, compitiendo en igualdad de condiciones con el resto de las entidades», amplíen su actividad crediticia (Exposición de Motivos de la Ley), previniéndose que la sociedad estatal de nueva creación, que ha de asumir la titularidad de las acciones que lo fueran del Estado, tenga la consideración de «entidad de crédito» y «el estatuto de Banco», en los términos establecidos en el artículo 12 de la referida Ley, que, a su vez, prevé la afectación por este proceso del Banco Hipotecario (art. 3).

Con todo lo cual aparece evidente la tendencia latente en una evolución normativa que ha apuntado con firmeza a lo largo de este siglo hacia la aproxi-

mación del régimen del citado Banco y el de las restantes entidades de crédito, y de la situación de los acreedores hipotecarios de uno y otras.

La homogeneidad del régimen aplicable al Banco Hipotecario y a las restantes entidades de crédito públicas o privadas, en cuanto prestamistas, despeja las dudas iniciales, poniendo de manifiesto que en este marco normativo profundamente alterado no existe justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado en favor del Banco Hipotecario, puesto que dicho tratamiento sólo se vincula a la identidad del acreedor.

Dadas las características de las normas procesales, orientadas teleológicamente a la satisfacción de pretensiones determinadas de modo genérico en atención a la naturaleza de los intereses que con ellas se defienden, es claro que la entidad subjetiva de un acreedor hipotecario no es un fundamento objetivo o razonable para justificar un cauce procesal específico al que han de someterse los deudores hipotecarios del Banco Hipotecario y diverso de aquél al que se encuentran sometidas las restantes entidades acreedores y los restantes deudores hipotecarios.

En consecuencia, han de estimarse las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, entendiéndose que los preceptos cuestionados son contrarios al artículo 14 CE, sin que se haga preciso por ello el examen pormenorizado de las diferencias existentes entre las reglas que regulan dicho proceso y el artículo 131 LH.

8. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 LOTC, las consecuencias de las Sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una Ley no alcanzarán a los procesos ya fenecidos. En cuanto a los otros efectos, la Ley «deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento» (STC 45/89).

Tratándose de una norma procesal como sucede en este caso, es preciso, sin embargo, modular el alcance de esta resolución en los procesos en curso para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional, como los derechos de las partes presentes en el procedimiento, que se verían gravemente comprometidos por la desaparición del cauce procesal en que han de ejercitarse sus pretensiones. Ha de declararse, en consecuencia, que los efectos de esta Sentencia en los procesos pendientes sólo se extenderán a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de publicación de la presente Sentencia, correspondiendo a los órganos judiciales competentes llevar a cabo las adaptaciones procesales que estimen necesarias.

Fallo.—En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, ha decidido:

1. Estimar las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas.
2. Declarar la nulidad de los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872, de creación del Banco Hipotecario de España, y artículos 10, 11, 12 y 13 del Real Decreto-Ley 104/1928, de 4 de agosto, Estatuto Orgánico del Banco Hipotecario y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad.

Publíquese esta sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dada en Madrid, a cinco de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO,
FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA,
LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA,
JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
y ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES

EN LOS TÍTULOS INMATRICULADORES —AUNQUE SE TRATE DE VENTA OTORGADA POR EL JUEZ EN REBELDÍA DEL DEMANDADO— NECESARIAMENTE DEBE CONSTAR EL TÍTULO DE ADQUISICIÓN DEL TRANSMITENTE (ART. 205 LH, EN RELACIÓN CON EL 298 1.º RH.) (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 6 DE JULIO DE 1993. BOE DE 3 DE AGOSTO.)

Hechos.—I. El 27 de noviembre de 1986, ante el Notario de Antequera don Juan Espejo Fraile, se otorgó escritura de compraventa por el Juez de Primera Instancia de aquel partido, actuando por rebeldía de don Francisco Godoy Moreno y don Joaquín Marchant Molina y su esposa doña Natividad Rivera Conejo.

Por dicha escritura se transmitían tres parcelas de terreno en determinada urbanización y paraje del término de Villanueva del Trabuco, compradas por el demandante al demandado en contrato verbal celebrado en septiembre de 1976. En los expositivos del documento público se consigna que no consta en Autos el título de adquisición del transferente, desconociéndose su situación registral y si existen o no cargas, así como su estado posesorio.

II. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota. «Suspendida la inscripción solicitada en el precedente documento por adolecer de los siguientes defectos subsanables:

1.º Si bien se trata de un título público anterior en más de un año a la fecha en que se solicita la inscripción, conforme al artículo 298 del Reglamento Hipotecario, y consta el nombre de la persona, que aunque representado por el Juez al existir rebeldía, la vende al solicitante, sin embargo se afirma que los títulos de adquisición por el transmitente no constan en autos, con lo que no se puede cumplir la exigencia del párrafo 2.º del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que necesariamente ha de ser tenido en cuenta al aplicar el artículo 298 del Reglamento Hipotecario anteriormente dicho, ya que ambos están relacionados y por tanto no se podría hacer constar las circunstancias esenciales de la adquisición anterior a la que se pretende constatar.

2.º Dicho transmitente, según consta, se encuentra en estado de casado, por lo que se desconoce si el bien le pertenece con carácter privativo o ganancial y por tanto si se han cumplido todos los requisitos exigidos para que la enajenación del bien sea válida.

3.º No consta que el título se haya presentado en el Ayuntamiento a que pertenece la finca a efectos del arbitrio municipal de plusvalía

No se ha solicitado anotación preventiva.

Archidona, a 8 de abril de 1991.—El Registrador —Fdo. Pilar Martín Moya».

Existe una segunda de nota de calificación en los siguientes términos: «Presentada de nuevo la escritura, junto con una instancia privada, con firmas debidamente legitimadas, por los compradores, certificación catastral de encontrarse las fincas catastradas a nombre del vendedor, y certificación expedida por el Ayuntamiento de Villanueva del Trabuco acreditativa de que si bien el Impuesto de Plusvalía existe en el citado Ayuntamiento, no se aplicaba a las transmisiones a las cuales afectaba; se confirma la anterior nota de calificación, si bien, con respecto al defecto subsanable invocado en primer lugar, cabe afirmar que aun cuando se presenta una certificación catastral acreditativa de que las fincas se encuentran catastradas a nombre del vendedor, esto sólo serviría en el caso de que la escritura que precede no tuviese un año de antigüedad y fuese utilizado el artículo 298 en su párrafo 3.º, en cuyo caso seguiría siendo necesaria la constancia, si no documentada, sí al menos en el documento inscribible, de las circunstancias relativas a la transmisión del vendedor, ya que las mismas han de ser conocidas para poderlas hacer constar en la inscripción, de acuerdo con el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a la afirmación contenida en el apartado 1.º de la citada instancia privada, al afirmar que existe un contrato de compraventa entre vendedor y comprador, que fue elevado a público, no coincide con el contenido de la escritura a la que acompaña, en la que el negocio jurídico que se lleva a cabo es una compraventa y no una elevación a público, ya que el contrato privado existente entre ellos es un contrato verbal y no un documento privado susceptible de elevar a público. Con respecto al defecto alegado en tercer lugar, ha sido totalmente subsanado.

Archidona, a 11 de julio de 1991».

III. El 20 de noviembre de 1990, a instancia de la Letrada Gracia Isabel García Navarro, se expide por la Registradora certificación en la que se expresa que las parcelas cuestionadas «no aparecen inscritas a nombre de persona física o jurídica alguna, al menos con las características y linderos reflejados en sus respectivas descripciones».

IV. Don Joaquín Carrión Pastor, en nombre y representación de don Joaquín Marchan Molina y doña Natividad Rivera Conejo, interpuso recurso gubernativo en el que se alega:

a) La aportación de certificado del Catastro en el que se demuestra la titularidad del transmitente, con lo que se cumple lo estipulado en el artículo 205.2.º de la Ley Hipotecaria, en concordancia con el artículo 298.3.º del Reglamento Hipotecario;

b) En cuanto al segundo defecto, en lo que respecta al Juez de Primera Instancia, como consecuencia de un procedimiento declarativo, se subroga en el lugar del transmitente, lo hace para todos sus efectos y consecuencias, por lo que debe presumirse de la actuación del Juzgado una plena legalidad alegándose el artículo 118 de la Constitución y el 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, preciso es hacer constar que el hecho de que el transmitente

sea de estado casado y se desconoce si el bien a inscribir le pertenecía con carácter privativo o ganancial, exige una remisión a la diligencia del Juzgado competente.

V. La Registradora de la Propiedad informó:

1. Que debe ser recordado el alcance y contenido del artículo 100 del Reglamento Hipotecario sobre calificación de documentos judiciales. Que en este caso el documento presentado no fue mandamiento o testimonio, sino una escritura pública, sin que se modifique su naturaleza por el hecho de actuar el Juez como otorgante en rebeldía del transmitente, debiendo considerarse cumplido el mandato judicial emanado del procedimiento declarativo por el hecho del otorgamiento de la escritura.

2. Que en el título calificado se pretende la inmatriculación de tres parcelas utilizando el procedimiento del artículo 298, párrafo 1.1.º, del Reglamento Hipotecario. Al respecto, es cierto que las fincas no se hallaban inmatriculadas a favor de persona alguna según fue certificado, así como la existencia de un título público anterior en más de un año al día en que se solicitó la inscripción. Pero aunque es cierto que el transmitente no está obligado a probar mediante documento fehaciente su adquisición, no es menos cierto que, de acuerdo con el artículo 205, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria y al hablar de las circunstancias que debe contener el asiento de inmatriculación, afirma que necesariamente deberán figurar en el mismo las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, cuya falta daría lugar a la aplicación del artículo 98.2.º del Reglamento Hipotecario y, por tanto, la nulidad de las inscripciones. Este primer defecto no queda subsanado por el hecho de haber sido presentada certificación catastral acreditativa de que el transmitente es dueño de las fincas.

3. El segundo defecto de la nota alude al desconocimiento del carácter privativo o ganancial de la finca que el Juez, en representación de don Francisco Godoy Moreno, enajena. De las circunstancias personales del transmitente se deduce que éste se encuentra casado, y no se especifica que lo esté bajo régimen distinto del legal que sería el de gananciales. No resulta la exclusiva pertenencia del marido sobre el bien, por lo que de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al calificar la capacidad del otorgante, debe recordarse el artículo 1.377 del Código Civil, pues de lo contrario no podría saberse si se han cumplido los requisitos legales para que dicha enajenación tenga plena efectividad.

VI. Don Francisco Pérez Venegas, Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Antequera, informó:

1.º Que el título inscribible no será en este caso la sentencia firme ejecutada, sino la propia copia notarial del otorgamiento de la escritura, remitiéndose la pretensión deducida, así como los documentos aportados, en que interviene el órgano judicial supliendo la voluntad rebelde de una de las partes.

2.º Que al no existir ninguna mención en autos a la transferencia anterior, la cual sirve de elemento puente para poder verificar la inmatriculación, procede confirmar el defecto alegado por la Registradora.

3.º En cuanto al segundo punto de la nota, el mismo es reiterativo, dado que entre las circunstancias esenciales de la adquisición anterior se encuentra sin duda el carácter con que quedó perteneciendo al transmitente la finca vendida; sólo en el caso de que subsanado el primer defecto se hiciere constar entre aquellas circunstancias que la finca es ganancial, procedería exigir aclaración en torno a ello. Hasta que ello no se produjere, con la exigencia del artículo 205, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria basta para calificar el acto.

VII. El excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia acordó para mejorar proveer, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento Hipotecario, la aportación de la sentencia dictada en el procedimiento de menor cuantía. Vista la cual dictó auto estimatorio del recurso interpuesto con base en la siguiente fundamentación jurídica. La señora Jueza sustituye al vendedor por incomparecencia del mismo, pero en todo caso la virtualidad, origen, contenido y alcance de dicha escritura tiene causa directa de la sentencia dictada en autos de menor cuantía número 442 de 1985, con fecha de 14 de diciembre de 1985, y constituye la instrumentación y ejecución directa y material de su parte dispositiva. La demanda generadora de dicho proceso postula una específica condena al demandado para que otorgue escritura de compraventa y por tanto dicho otorgamiento constituye un pronunciamiento principal del fallo. A este respecto es de tener en cuenta y aplicar la doctrina contenida en la Resolución de 15 de julio de 1988, que respecto al artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable por analogía al supuesto ahora debatido, establece consolidando anteriores pronunciamientos que cuando el Juez otorga de oficio una escritura no actúa en representación del deudor o dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional cuyos resultados se imponen a los dueños con, sin o contra su voluntad. El otorgamiento de la escritura con la intervención del Juez es la ejecución directa de una sentencia. Negar eficacia a dicha escritura constituye una extralimitación de lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

VIII. La Registradora de la Propiedad apeló el Auto ante esta Dirección General manteniéndose en sus alegaciones y además en que no existe extralimitación en el cumplimiento del artículo 100 del Reglamento Hipotecario en cuanto dado el principio dispositivo que inspira el proceso civil, el Juez no se pronuncia sobre si el contrato reúne los requisitos necesarios para su validez. El documento calificado es notarial, en ningún momento judicial, ya que la actividad del Juez se limita, en prórroga de su jurisdicción, a materializar la solemnización exigida por el artículo 1.280 y pedida en el proceso, y no a sustituir la voluntad de ninguno de los contratantes. Por ello la calificación del Registrador ha de desarrollarse plenamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. En cuanto al segundo defecto, se carece de los elementos necesarios para calificar la disponibilidad del vendedor sobre el bien al no constarle el carácter con que el referido bien fue adquirido en su momento.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24, 117 y 118 de la Constitución Española; 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1.252, 1.279, 1.280 y 1.377 del Código Civil; 18 y 205 de la Ley Hipotecaria; 98, 100, 298 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 15 de julio de 1988.

1. En el presente recurso se debate sobre si la escritura de venta otorgada por el Juez en representación del demandado por la que se da cumplimiento a una anterior sentencia, en la que se condenaba a éste a efectuar dicho otorgamiento, es título suficiente para la inmatriculación de las fincas vendidas en el Registro de la Propiedad, habida cuenta que:

a) El demandado y condenado, Francisco Godoy Moreno, es persona casada y domiciliada en Villanueva del Rosario (Málaga) y no se acredita el carácter privativo.

b) El Juez sólo actúa en la escritura en representación de uno de los cónyuges (del marido) y no aparece que el otro cónyuge haya tenido intervención alguna en las actuaciones judiciales.

2 Si se tiene en cuenta la presunción de ganancialidad de todos los bienes del matrimonio en tanto no se acredita su carácter privativo (vid. art. 1.361 Código Civil), así como la coparticipación de ambos cónyuges en la gestión y disposición de los bienes comunes (vid. art. 1.375 Código Civil), es indudable la imposibilidad de acceder a la inscripción del documento cuestionado por más que se trate de una escritura de compraventa otorgada por el Juez en representación del condenado y en vía de ejecución de sentencia, toda vez que no aparece en las actuaciones judiciales haya tenido intervención alguna el otro cónyuge. No se revisa con ello (ni podría hacerse por el Registrador, dada la limitación de sus facultades calificadoras respecto de los documentos judiciales —vid. art. 100 del Reglamento Hipotecario—) la verdadera eficacia de la sentencia y de la consiguiente escritura pública, ni se menoscaba el deber de colaboración con la Justicia que incumbe a toda persona o entidad pública o privada (art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Lo que ocurre es que esa actuación judicial encaminada a dar forma pública y efecto real a un consentimiento contractual anterior y resultante de un proceso entablado exclusivamente contra uno de los cónyuges suple, ciertamente, la conducta del cónyuge vendedor; pero dado que en materia de gananciales rige el principio de codisposición, ni la sola conducta de uno de los cónyuges ni la decisión judicial que la suple basta para entender que es plenamente válida la enajenación del bien ganancial; lo contrario, sobre vulnerar la eficacia relativa de la cosa juzgada (1.252 Código Civil) y desconocer las facultades de codisposición que al cónyuge no demandado correspondían sobre los bienes en cuestión, implicaría su indefensión y el desconocimiento flagrante del principio constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional de los propios derechos e intereses legítimos (art. 24 Constitución Española).

3. Mas aunque la escritura otorgada por el Juez tuviera plenos efectos traslativos, tampoco podría ser título suficiente para la inmatriculación porque el primero de los defectos de la nota impugnada debe también prosperar. De la conjunción de los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298.1.º de su Reglamento se desprende que aunque se entienda que no es necesario acreditar fehacientemente la previa adquisición del derecho por el transmitente, esto no exime de la necesidad de indicar en el título inmatriculador —para su posterior constancia en la inscripción— los datos esenciales de la previa adquisición, tal como resulta del párrafo segundo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Y no cabe invocar, por lo demás, un exceso en la labor calificadora del Registrador respecto de los documentos judiciales, pues no hay decisión judicial de que hubiera de practicarse la inmatriculación, aparte de que esta decisión no podría ser adoptada en un mero juicio entre partes determinadas, cuyas sentencias tienen fuerza de cosa juzgada sólo entre los litigantes y son dictadas sin necesidad de que en las actuaciones sean cumplidos los trámites, típicos del expediente de dominio, que la Ley exige en garantía del interés de otras personas y, señaladamente, la intervención del Ministerio Fiscal.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado.

Madrid, 6 de julio de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Comentario.—Según esta resolución no son inscribibles los títulos públicos inmatriculadores a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria si no se expresa el título de adquisición del transferente.

La calificación registral tiene un ámbito de actuación mucho mayor cuando se trata de escritura notarial que un documento judicial, ya que el Registrador no puede cuestionar el fundamento de las resoluciones judiciales.

El artículo 100 del Reglamento Hipotecario tan sólo autoriza al Registrador a entrar en aquellos extremos procesales o de fondo que puedan implicar indefensión para quienes tienen algún derecho inscrito sobre la finca. Así es interpretado este artículo, a la luz del principio constitucional de tutela efectiva y de unidad de jurisdicción, por la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones recientes (cfr. RDGRN de 5 de julio de 1993 para lo cual no es calificable si después de las tres subastas previstas en la LEC es o no posible la celebración de una nueva subasta). La DGRN insiste en que no es susceptible de calificación registral el fondo de la resolución judicial ni el cumplimiento de los trámites procesales, respecto de los cuales existen los recursos procedentes.

En el mismo sentido se pronunció la RDGRN de 13 de febrero de 1992, que admitió la anotación de embargo sobre un bien patrimonial de una entidad local (pese al tenor literal del art. 154 de la Ley de Haciendas Locales), por entender que en modo alguno puede el Registrador calificar si los razonamientos jurídicos por los que el Juzgador concluye su fallo están o no ajustados a Derecho o si el fallo ha de ser tachado de ilegal. Lo que sí debe apreciar es si el titular registral ha tenido en el procedimiento la intervención prevista por la Ley para evitar que se produzca indefensión procesal y contravención del principio constitucional de tutela efectiva (idem, RDGRN 21-10-1992).

Sin embargo, tratándose de escrituras públicas el ámbito de calificación es muy superior. Y en tal concepto deben incluirse las escrituras públicas de venta otorgadas por el Juez en rebeldía del demandado en un juicio declarativo (v.gr., de elevación a público de documento privado de compra).

La calificación registral de las escrituras públicas abarca todos los requisitos exigidos por el Ordenamiento para que una relación jurídica sea susceptible de publicidad registral, y en consecuencia se extiende tanto al negocio que la genera, en su aspecto material y formal, como a la propia relación jurídica constituida.

Por eso establece el artículo 18 de la LH que la calificación abarca la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos presentados, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos; en definitiva, tanto el título en sentido material como formal.

Es decir, podríamos distinguir en la calificación registral dos grandes materias: el título y la relación jurídico-real constituida.

I. EL TÍTULO

Dentro del título, como hemos visto, la calificación abarca tanto el aspecto formal como el sustantivo.

A) TÍTULO FORMAL

El documento presentado a inscripción, (título en sentido formal) deberá reunir la forma adecuada al negocio jurídico celebrado, así como los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para practicar la inscripción.

a) *Forma adecuada al negocio jurídico celebrado*

En esta materia la calificación registral deberá apreciar si el negocio es de los llamados *solemnes*, en los cuales la forma es sustancial, o si está sujeto a la regla general de libertad de forma del artículo 1.278 CC.

En los actos o negocios *solemnes*, como puede ser la donación de inmuebles (art. 633 CC), sucesión testamentaria (art. 687 CC), aportación de inmuebles a sociedad civil (art. 1.667), etc., la calificación de la forma será especialmente necesaria y rigurosa, pues afecta al contenido (cfr. art. 98 RH).

Sin embargo, la calificación también se extiende a la forma de los demás negocios *no solemnes*, pues aunque sean válidos sin necesidad de requisitos especiales de forma, a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad se exige por la Ley Hipotecaria la forma pública (art. 3.º LH), esta vez no ya como requisito esencial, sino por su especial valor probatorio (art. 1.280.1.º CC). En este sentido deberá tener en cuenta que la regla general de documentación pública para la inscripción tiene no obstante numerosas *excepciones en las que es suficiente el documento privado* (v gr., instancia de heredero único, art. 14 LH; créditos refaccionarios, art. 155 RH; subsanación de errores, art. 110 RH; anotación preventiva de derecho hereditario, art. 146 RH; distribución de responsabilidad hipotecaria, art. 216 RH; etc.).

b) *Requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para practicar la inscripción*

Además de examinar la forma del documento propiamente dicha, el Registrador deberá comprobar que éste reúne todos los requisitos exigidos por la legislación para que el documento se inscriba

Entre otros muchos, tales requisitos serán.

— que consten las *circunstancias necesarias para practicar los asientos*, recogidas especialmente en el artículo 9º LH y 51 de su Reglamento,

— cumplimiento de *obligaciones fiscales*: el Registrador exigirá que se acredite el pago o exención del impuesto que genere la transmisión (art. 254 LH), aunque no podrá examinar si está correctamente liquidado (art. 107 RH);

— cumplimiento de *licencias administrativas*: previas inscripciones en Registros administrativos, autorizaciones militares para compra por extranjeros en zonas de acceso restringido, licencias de parcelación en las segregaciones y divisiones de terrenos, licencias municipales de edificación para inscribir declaraciones de obras nuevas, autorizaciones administrativas para transmisión de concesiones, etc. A este respecto, la reforma del artículo 98 RH por Reforma de 12 de noviembre de 1982 ha suprimido la inscripción de los actos sujetos a licencia administrativa en tanto no conste ésta;

— que se hayan practicado las *notificaciones* exigidas por la Ley según los casos a otros titulares de derechos sobre la finca: así ocurre en los embargos de bienes gananciales (art. 144 RH), enajenación de bienes arrendados (art. 55 LAU), subastas en procedimientos de apremio o judiciales sumarios (art. 131 LH), etc.

B) TÍTULO MATERIAL

La calificación del título material comprende la de todos los requisitos necesarios para su validez, a los que ya hemos hecho referencia:

— *consentimiento*: el Registrador deberá calificar la capacidad del otorgante y la inexistencia de vicios del consentimiento, aunque por regla general éstos no son apreciables a menos que existan manifestaciones formales de los mismos (v.gr., que se dijera que se actúa bajo amenaza);

— *objeto*: el objeto debe ser lícito, debe ser transmisible (quedan excluidos los muebles y los inmuebles *extracomercium* como los bienes demaniales) y no estar sujeto a prohibición legal o voluntaria de disposición (las voluntarias se pueden imponer por regla general si el acto es gratuito);

— *causa*: la causa del negocio debe ser verdadera y lícita (art. 1.275 CC) y adecuada al efecto que se pretende (ya vimos como, v.gr., no tiene virtualidad traslativa una venta cuando se realiza en funciones de mera garantía de una deuda). Y además, aunque a efectos civiles se presume su existencia (art. 1.277 CC), a efectos registrales debe estar expresamente manifestada, dado que nuestro sistema inmobiliario no admite el consentimiento puramente formal (v.gr., una cancelación de una hipoteca debe expresar a qué causa de extinción de la obligación responde).

Además de todo ello el Registrador deberá calificar en el título material, la *legitimación para disponer* en el otorgante, pues aun siendo el negocio válido no será eficaz si no existe conexión entre el negocio y la titularidad del objeto del negocio (v.gr., no será inscribible la venta de cosa ajena). Desde el plano de vista registral se atenderá a estos efectos a la titularidad expresada por el Registro, siendo indiferente que no se ajuste a la realidad mientras no se desvirtúe (arts. 32 y 38 LH).

En definitiva, el Registrador calificará el *tracto sucesivo*, que no es una cuestión de mera concatenación de titulares, sino que incide en la existencia o no de legitimación.

Esto es lo que sucede precisamente en la resolución que comentamos (RDGRN de 6-7-1993), en la que no está acreditado que el inmueble sobre el que se dispone sea privativo o ganancial, ya que no se expresa el título de adquisición en la escritura de venta. Es decir, no se acredita la plena legitimación para disponer en el transferente

II. LA RELACION JURIDICO-REAL CONSTITUIDA

Finalmente el Registrador calificará si la relación nacida del negocio celebrado tiene eficacia real, bien porque es determinante de algún derecho real típico (dominio, usufructo, servidumbre, superficie, censo, etc.), bien porque aún sin estar expresamente tipificado reúne los requisitos necesarios para configurarse como derecho real (eficacia real, determinación, plazo, causa justificante) —v.gr., derecho de tanteo, opción, etc.

A este respecto el Registrador considerará como exigencias estructurales del sistema los principios hipotecarios doctrinal y jurisprudencialmente aceptados (determinación, claridad, etc.).

En especial tendrá en cuenta si a pesar de no ser determinante de una relación jurídico-real tiene vocación a ello (*ius ad rem*) o la Ley permite su acceso para facilitar las resultas de un proceso o la afección de los bienes a

determinadas responsabilidades, en cuyo caso el acceso al Registro será posible, si bien de manera provisional, a través del asiento de anotación (anotaciones de demanda, de embargo).

Para ejercer la calificación el Registrador tan sólo puede tener en cuenta los asientos del Registro y los documentos presentados (art. 18 LH), sin poder tener en cuanto datos extrarregistrales. Es así una *calificación puramente formal*.

EL RESULTADO de la calificación será el de denegar la inscripción si la falta es insubsanable, o de suspenderla con posibilidad de practicar anotación preventiva si la falta es subsanable (art. 65 LH)

Así se ha mantenido por la doctrina que son *faltas insubsanables* del título en sentido *material* los defectos que determinan la inexistencia del negocio, los negocios nulos de pleno derecho, los carentes de trascendencia real, los carentes de firmeza, los absolutamente indeterminados, los negocios irrelevantes o realizados sin poder de representación, los realizados sin capacidad de disposición o sin legitimación y los contrarios a principios u obstáculos de carácter definitivo, y en su aspecto *formal*, los títulos con defecto de forma sustancial, los documentos en que se haya omitido alguna de las circunstancias que hagan inviable la presentación, así como los documentos privados y los públicos que por defecto de forma queden convertidos en documentos privados. Y *faltas subsanables*, en su aspecto *material*, los negocios anulables, con validez suspendida, los realizados con representación no acreditada, los incompatibles con derechos contradictorios inscritos sujetos a caducidad, así como los contrarios a principios hipotecarios u obstáculos no definitivos, y en su aspecto *formal*, aquellos en que se hubieran omitido circunstancias necesarias para la inscripción sin impedir la presentación del título, los títulos con defecto de forma no sustancial y los que adolezcan de falta de claridad (GÓMEZ GALLIGO, *Defectos en los documentos presentados a inscripción: Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, pág. 288).

Lo que no podrá calificar serán categorías de ineficacia sobrevenidas a la celebración del negocio (como la rescindibilidad de los contratos o la inoficiosidad de donaciones) ni tampoco la fecha del documento público ni de los hechos cubiertos por la fe del Notario autorizante (art. 1.218 CC)

F. J. G. G

EL CAMBIO DE OBJETO SOCIAL DE UNA SOCIEDAD LIMITADA NO EXIGE PREVIA PUBLICACION DE ANUNCIOS EN LA PRENSA. (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS DE 21 DE JUNIO DE 1993. BOE DE 9 DE JULIO Y BCNR DE SEPTIEMBRE.)

Supuesto de hecho.—Una sociedad de responsabilidad limitada amplía el objeto social mediante la inclusión en el mismo de actividades relacionadas con las que integraban aquél

Presentada la escritura a registración, es calificada desfavorablemente y se suspende la inscripción por no darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 163 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con el artículo 177 del propio texto, referente a la necesidad de publicar en la prensa los anuncios pertinentes.

Recurso —Subsanado el defecto y practicadas las publicaciones, el Notario autorizante recurre, a efectos doctrinales, la nota de calificación y argumenta

acerca de la no necesidad de publicar dicha «ampliación de objeto» en la prensa por las siguientes razones: 1.^a El respeto al principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 de la Constitución y 1.2 CC), toda vez que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo contiene remisiones específicas y ninguna de ellas se refiere al «cambio de objeto social». 2.^a El respeto a la propia naturaleza de la sociedad limitada, de la que no hay que olvidar su origen notarial, y no tiene sentido equiparar esta forma social, concebida por el legislador para dar flexibilidad y agilidad a la pequeña y mediana empresa, a la sociedad anónima, salvo en «poquísimos puntos concretos». 3.^a La finalidad de publicidad se cumple a través de la publicación en el *BORME*.

El Registrador informa en defensa de su acuerdo lo siguiente: «No se trata de una vulneración del principio de jerarquía normativa y, de apreciarse ésta, el que se excedió es el legislador al dictar el Reglamento; pero la interpretación de éste compete al Registrador, y si bien es cierto que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no hay, a diferencia de la de Anónimas, ninguna norma referente a la necesidad de publicación del cambio de objeto social, no es menos cierto que no existe norma que prohíba, impida o restrinja dicha publicación, por lo que la norma adjetiva contenida en el artículo 177 del Reglamento no es de carácter *contra legem* y, en último término, la distinta naturaleza de ambos tipos sociales no conlleva la incompatibilidad de normas relativas a la publicidad.

Resolución.—La Dirección General, en base a lo dispuesto en los artículos 17 y 19 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 163 y 177 del Reglamento del Registro Mercantil, declaró que el valor que hay que atribuirle a la remisión contenida en este último precepto —«específica naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada»—, y teniendo en cuenta el rango normativo y el hecho de que el Reglamento «es una norma de desenvolvimiento registral», no puede ser otro que el de la inscripción de los actos o negocios relativos a la sociedad de responsabilidad limitada, que «admiten, e incluso reclaman, un tratamiento registral coincidente» con la sociedad anónima, pues ambos tipos sociales gozan de un régimen jurídico «similar, cuando no idéntico», pero sin que la remisión pueda entrañar una modificación del régimen jurídico específico, que para la limitada se contiene en su propia Ley sustantiva. Y ésta no impone la necesidad de publicar el acuerdo modificativo del objeto social (arts. 11 a 17), sin que tampoco se contenga en la misma una aplicación subsidiaria de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de modificaciones estatutarias.

Por todo ello, la Dirección General revoca el acuerdo y la nota del Registrador.

Comentario.—En el presente recurso, la discusión doctrinal se centra en una cuestión: el alcance de la remisión contenida en el artículo 177 del Reglamento del Registro Mercantil, que a la hora de reglamentar la inscripción de las sociedades de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil declara aplicable como régimen supletorio a estas sociedades siempre que lo permita su «específica naturaleza», las normas reglamentarias propias de las anónimas. Y es en sede de inscripción de modificación del objeto social de éstas que el artículo 163.1 del texto reglamentario impone la constatación escrituraria de la publicación de un anuncio en dos de los diarios de mayor circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio.

Contra esta exigencia se invoca por el recurrente, de un lado, el rango normativo inferior del Reglamento frente a la Ley de Régimen Jurídico de

Sociedades de Responsabilidad Limitada y la contravención de principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 de la Constitución y 1.2 CC), y de otro, la naturaleza «de origen notarial» de la sociedad limitada y, en fin, que la publicidad queda suficientemente amparada con la publicación en el *BORME*

Pues bien, sabido es que los Reglamentos se clasifican atendiendo a su eficacia en normativos (jurídicos en la terminología empleada por la moderna dogmática alemana) y en organizativos o administrativos. Los primeros se refieren o afectan a relaciones de supremacía general, a los derechos y libertades de la generalidad de los ciudadanos; los segundos, a relaciones de supremacía especial, a aspectos de organizativos internos de la propia Administración que sólo afectan a los particulares que están conectados con ésta en virtud de una sujeción especial. Los primeros constituyen la más clara y genuina manifestación de la atribución expresa que de la potestad reglamentaria hace el artículo 97 de la Constitución al Gobierno de forma exclusiva (no es éste el momento de entrar en la consideración de si dicha potestad corresponde a las Comunidades Autónomas, provincias y municipios —arts. 137 y ss. de la Constitución—). Los segundos responden al contenido de los artículos 14 y 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que permiten a los Ministros el ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias (organizativas) propias de su Departamento. Unos y otros se diferencian palmariamente en lo referente a su elaboración. En síntesis, los acuerdos del Consejo de Ministros deben de ser firmados por el Rey y refrendados por el Ministro de turno (arts. 62 y 64 de la Constitución y 24 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), requisito éste que no acompaña a las demás disposiciones a través de las que se ejercita la potestad reglamentaria (ejemplo: Ordenes emanadas de Comisiones Delegadas del Gobierno, *arg. ex arts. 5 y 25 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*).

Pues bien, junto a esta clasificación, no menos importante es la que por su relación con la Ley distingue entre reglamentos ejecutivos, independientes y de necesidad (VON STEIN los consideró como *secundum legem, praeter legem y contra legem*). Los independientes son los que surgen sin la finalidad de complementar o desarrollar Ley de clase alguna, obedecen a un mejor cumplimiento por parte de la Administración de los fines públicos que la Norma Suprema le encomienda (art. 103 de la Constitución). Los de necesidad responden a situaciones excepcionales (guerra, epidemias, catástrofes...) y enervan el principio «*salus populi suprema lex esto*» frente al de primacía de la Ley. De los ejecutivos en seguida nos ocupamos.

El reglamento ejecutivo no es otro que aquel que se limita a desarrollar y complementar a una Ley que les sirve de base, apoyo y justificación. Obedecen, pues, a una remisión normativa. Nota caracterizadora de los mismos es el hecho de que en su elaboración es preceptivo el dictamen previo del Consejo de Estado (arts. 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) (ver SSTs de 14 de diciembre de 1968 y 22 de abril de 1978; asimismo resulta esclarecedor el dictamen del Alto Organismo Consultivo de 22 de mayo de 1969). (El Tribunal Constitucional en Sentencia de 30 de noviembre de 1982 califica al reglamento ejecutivo como un instrumento jurídico en el desarrollo y complemento de la Ley que le sirve de cobertura.)

Pues bien, si como dejamos dicho el reglamento ejecutivo es consecuencia de una remisión normativa, ésta puede ser general o singular, pero siempre se verá afectada por la limitación que entraña el principio de reserva de Ley, en

sentido material o formal, al que da acogida nuestro texto constitucional en numerosos preceptos (arts. 6, 7, 8, 11, 13, 36, 53...) y que da lugar a que el reglamento sea un complemento y desarrollo de la Ley, pero que puede abarcar en esas funciones el ámbito puramente material siempre y cuando la remisión le dé cobertura para ello (ver dictamen del Consejo de Estado de 1 de julio de 1982 y STC de 7 de abril de 1987). Este principio, junto con el de primacía de la Ley, pueden resultar alterados a través de la delegación legislativa, que viene a constituir la fórmula, por antonomasia, de colaboración entre la Ley y el Reglamento y que, en definitiva, no comporta sino una ampliación del poder normativo de la Administración (art. 82 de la Constitución) (ver STC de 4 de mayo de 1982), ampliación subordinada a que el reglamento así elaborado esté de acuerdo o se dicte en ejecución de la Ley (arts. 33.2 y 149 de la Constitución). La transgresión de estos límites darían lugar a la nulidad de pleno derecho (art. 1.2 CC y 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo); sanción ésta que, de oficio o instada por los particulares, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, podrá declarar la propia Administración (art. 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo). Todo ello sin olvidar que, en otro caso, la apreciación de la nulidad del reglamento está reservada a los Tribunales (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Hechas estas consideraciones, hemos de abordar la fundamental cuestión de tratar de determinar a qué tipo de los expuestos responde nuestro Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989.

Estamos ante un Reglamento de tipo normativo-ejecutivo, no organizativo ni independiente, menos aún de necesidad.

Nuestra tesis la abonan las siguientes consideraciones:

1.^a Es normativo y no es organizativo, porque no va dirigido a una serie de particulares en relación de dependencia o sujeción con la Administración. Afecta a la generalidad de los ciudadanos que quieran gozar de la protección que el Ordenamiento dispensa, a través del Registro Mercantil, a aquellos ciudadanos que ejerzan una actividad marcadamente de empresa, los empresarios —relaciones de supremacía general— (arts. 16 CCom y 2 RRM). La nota organizativa sólo se puede predicar a efectos internos, de organización y disciplina de los Registros Mercantiles, que están bajo la dependencia del Ministerio de Justicia (arts. 17 CCom y 17 RRM), potestad reglamentaria ésta que, reservada al Ministro de Justicia, éste la ejerce dictando reglamentos organizativos, órdenes, etc. (ver disposiciones finales del RRM)

2. Es ejecutivo porque obedece a una remisión normativa (disposición final cuarta de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades), es desarrollo y complemento de la Ley 19/1989, está informado previamente por el Consejo de Estado y aprobado en Consejo de Ministros y, consecuentemente, firmado por el Rey (III Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, que lo aprueba).

Tipificado de esta manera, tenemos que entrar a considerar —el recurrente invoca infracción del principio de jerarquía normativa— si, en el ejercicio de su potestad, el Gobierno se excedió en la concreción de la remisión normativa que sirve de cobertura a nuestro texto reglamentario.

El enjuiciamiento de esta materia es claramente interpretativo. En efecto, como apuntamos, la remisión puede ser general o singular: vamos a tratar a qué clase obedece la de la Ley 19/1989.

La disposición final 4.ª de ésta determina que «el Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley, aprobará un nuevo Reglamento del Registro Mercantil».

Este contenido nos permite afirmar que estamos ante una remisión de carácter genérico que, obviamente, está sujeta a los ya apuntados límites de toda remisión normativa. En efecto, la norma que así se crea se tiene que constreñir a ser desarrollo y complemento de la que le sirve de cobertura; complemento indispensable limitado en su alcance a todo y sólo lo que sea necesario para asegurar y garantizar los plenos efectos que persiga la Ley (en este sentido el Tribunal Constitucional tiene declarado en Sentencia de 30 de noviembre de 1982 que la norma de desarrollo y complemento no puede agravar las cargas y obligaciones contenidas en la Ley que le sirve de cobertura ni, menos aún, ampliar su ámbito preceptivo). Como resulta lógico, dada la materia adjetiva de la que se ocupa nuestro Reglamento, éste en su desarrollo se ocupa de disciplinar materias, por todas las referentes a la publicidad registral, en las que la Ley 19/1989 no tenía por qué detenerse, pero sin que ello implique un agravamiento o ampliación de ámbito, sino, obviamente, un complemento indispensable para dotar de publicidad a aquellos actos que la Ley declara sujetos a inscripción —no se puede olvidar que el Registro no va a dotar de una publicidad superior a determinados actos que la derivan de la propia publicidad suprema de la que la Ley, por ser tal, va dotada.

Así las cosas, entendemos, en base a la postura adoptada, que el Reglamento del Registro Mercantil no vulnera el mandato al que debe de obedecer toda remisión normativa. No puede ser de otro modo, toda vez que si aquella se hubiera producido y apreciado, entraría en juego el régimen sancionador anteriormente apuntado derivado de su nulidad de pleno derecho. Por tanto, no se puede invocar la infracción del principio de jerarquía normativa sin a la vez instar la puesta en marcha del procedimiento tendente a dejarlo sin efecto. Conviene por ello matizar que la remisión que hace el artículo 177 lo es al propio Reglamento, a la regulación de la inscripción de actos en el Registro Mercantil; tratar de derivar de este presupuesto que la aplicación de los requisitos de publicaciones que para determinados actos contemplan los artículos 114 y siguientes del texto reglamentario conllevaría una violación del principio que nos ocupa, nos parece, cuando menos, desmesurado. Ese, o no es el sentido de la remisión, o si lo es, el Reglamento es nulo de pleno derecho. Sin que a ello obste el hecho de que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada contenga remisiones específicas a la Ley de Sociedades Anónimas; éstas alcanzan a aspectos puramente materiales, pero para la publicación de estos actos y su conocimiento por los terceros la norma de remisión —disposición final 4.ª de la Ley 19/1989— propone un desarrollo reglamentario.

No hay que olvidar que el propio artículo entra en aplicación siempre y cuando «lo permita su peculiar naturaleza», la de la sociedad de responsabilidad limitada. Pero ésta es otra cuestión. En efecto, nos preguntamos si la publicación en la prensa diaria afecta a la naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada —el Notario recurrente invoca el origen notarial de esta forma social y su adecuación a empresas de mediano o pequeño capital.

Y no le falta razón al autorizante cuando reclama el origen de esta forma social, pero el hecho de que la práctica notarial influyese de modo notable en el desarrollo y tipificación de la misma, trayéndola del Derecho alemán y de la *privaty company* inglesa no puede llevarnos a desconocer su apunte de regulación en el Reglamento del Registro Mercantil de 1919, apuntes, cómo

no, referentes a la publicidad de sus actos (ver arts. 108 y concordantes del Reglamento de 1919).

Peculiar, sin duda, resulta la naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada. En la misma se entrecruzan caracteres propios de las sociedades personalistas con otros inequívocamente capitalistas —la tendencia actual no es otra que la de reforzar el carácter capitalista de esta forma social, como se puso de manifiesto por la Ley de adaptación, supresión de la inscripción de participaciones sociales y cómo asimismo lo hace el Anteproyecto de Reforma de la Ley de 1953, que sin atribuirle el carácter de valores (art. 5) «moviliza» la participación al proponer la Reforma, en su disposición adicional 1ª, del art. 1.384 del Código Civil—, sin que esta consideración sea debilitada por el hecho de que el legislador adopte las cautelas necesarias tendentes a impedir la infracapitalización de la sociedad.

Pero el hecho de que nos encontremos ante un sujeto de esta naturaleza no debe de llevar a considerar que la adopción de un acto de naturaleza tan esencial y trascendente como es el del cambio de objeto social no deba de ir acompañado de la conveniente publicidad del mismo dándolo a conocer a los terceros. Sin que frente a ello se pueda objetar que tal modificación no afecta a la continuidad de la sociedad, pero sí a la responsabilidad que se deriva de la actuación por parte de los representantes de la sociedad (vid. arts. 286 y concordantes del Código de Comercio).

Por ello, la remisión del artículo 177, en el caso que nos ocupa, no atenta a la naturaleza jurídica de la sociedad y, en este sentido, sería del todo congruente el exigir la publicación del acto en los diarios. Claro es, distinto resulta que razones de política jurídica hagan aconsejable obviar esta exigencia y considerar más que suficiente la publicación del acto en la hoja registral y en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, pero sin que este razonable propósito de «abaratarse» la sociedad de responsabilidad limitada entrañe el desconocer que, de *lege data*, la publicación en dos diarios implique una alteración de la naturaleza de la sociedad y, menos aún, a confundir el sentido de la publicación en el Boletín. Esta es consecuencia de la adaptación de nuestra legislación (ver Directiva 1) y tiene un alcance tan sustantivo como el de que, sin la misma, el acto no despliega su total eficacia (arts. 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil). Bien es cierto que la Ley de 1953 no contiene una norma como la del artículo 150 de la de Anónimas —cuya aplicación analógica podría invocarse (identidad de razón)—, pero la remisión del artículo 177 y la consiguiente aplicación del artículo 163 del propio Reglamento, ni puede ni debe de interpretarse como una alteración de la naturaleza de la sociedad limitada. Esa naturaleza hace referencia fundamentalmente al amplio margen de libertad que en la misma se confiere a la autonomía privada, lo que la dota de una flexibilidad que no acompaña a la anónima. Flexibilidad que se ve reforzada con la publicidad mercantil cuando entran en juego intereses de terceros y que, precisamente por esto, es por lo que debe de ser más rigurosa y completa la exigencia del cumplimiento total de todo el ciclo de publicidad: anuncios, registración, publicación. Sin desconocer, por último, que cuando el legislador de 1989 quiere exigir con carácter previo la publicación de un determinado acto en el Boletín así lo hace (ejemplo: art. 161.2 del Reglamento).

BIBLIOGRAFIA

- URÍA: *Derecho Mercantil*, 18.^a edición, Madrid, 1991.
- BOLAS y otros: *La sociedad de responsabilidad limitada*, 1.^a edición, Madrid, 1991.
- PAZ-ARES. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo* (I), 6.^a edición, Madrid, 1993.
- CÁMARA *Estudios de Derecho Mercantil* (I), Madrid, 1972.
- GONDRA: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987.
- POLO DÍEZ: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Ibidem*.
- MENÉNDEZ: *Ibidem*.
- Leyes Hipotecarias y Registrales de España* (tomo V, vol. 1.^o), Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ RUS. *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Madrid, 1990.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.^a edición.
- BROSETA: *Manual de Derecho Mercantil*.
- PRIETO SANCHÍS: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 62, 1981.

EJECUCION PARCIAL DE HIPOTECA UNITARIA. (RESOLUCIONES DE 27 DE MARZO DE 1989 Y 22 DE MARZO DE 1915.)

Asunto: Hipoteca en garantía de un préstamo ordinario destinado a la financiación de las obras de construcción de un edificio realizada por los seis propietarios del mismo en comunidad ordinaria entre ellos, constando el negocio jurídico en escritura otorgada el ... ante el Notario de .. y constituyéndose el derecho real de hipoteca por la inscripción de dicha escritura en el Registro de la Propiedad ..., previa distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos elementos independientes que componen el edificio denominado .. [inscripción ... de la finca ..., folio ..., libro ..., tomo ..., y respectivas inscripciones de las fincas restantes (1)].

Objeto. Ejecución de la hipoteca sobre una cuota indivisa por impago parcial del préstamo, imputable exclusivamente a uno de los comuneros.

Legislación aplicable. Artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario y 399 y 1.860 del Código Civil, en relación al 119 y 123 de la Ley Hipotecaria.

Doctrina: AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1990, págs. 29 y sigs.; CARBONELL SERRANO, V., y NAVARRO DÍAZ, R., «Comentarios a las Resoluciones de 17-3-1969, 12-2-1988 y 27-3-1989», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593, 1989,

(1) En realidad, debe tratarse de otra hipoteca redactada en idénticos términos que gravaba determinados locales comerciales del mismo edificio, propiedad de los mismos comuneros, ya que la copia presentada como referencia de este dictamen se refiere a la hipoteca de las viviendas, hoy transmitidas a diversos adquirentes subrogados en la misma y en cuanto a la responsabilidad de cada finca. La inscripción del derecho real, por su parte, no difiere en uno y otro caso.

págs. 1276 y sigs., ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, vol. 2.º, ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 609 y sigs.; CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. M. Pons, Madrid, 1989, págs. 1626 y sigs.; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, *Comentario al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; varios autores. tomo I, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Art. 399», págs. 1097 y sigs.; tomo II, GARCÍA GARCÍA, J. M., «Art. 1.860», págs. 1867 y sigs.; CAFFARENA LAPORTA, J., «Art. 1.144», págs. 136 y sigs.; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1979, tomo III, vol. 2.º, págs. 34 y sigs., y tomo III, vol. 3.º, págs. 142 y sigs.; FUENTES LOJO, JUAN V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1979, tomo I, págs. 928 y sigs.; PONS GONZÁLEZ, M., y DEL ARCO TORRES, M. A., *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*, ed. Comares, Granada, 1987, pág. 405; MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil*, tomo XII, ed. Reus, Madrid, 1973, págs. 531-537, GÓMEZ GÁLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1992; AMORÓS GUARDIOLA, M., y MADERO JARABO, E., *Jurisprudencia registral (1986-1990)*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, y ROCA SASTRE y MOLINA JUNYET, *Jurisprudencia registral*, ed. Bosch, Barcelona, págs. 1138 y 1139.

Jurisprudencia: STS de 26-2-1982, Resoluciones de la DGRN de 22-3-1915, 4-12-1935, 12-12-1935, 24-6-1936 y 27-3-1989.

DOCTRINA DE LAS RESOLUCIONES DE 22-3-1915 Y 27-3-1989

1. RESOLUCIÓN DE 22-3-1915

A) *Supuesto de hecho*: En virtud de escritura pública los dos copropietarios de una finca urbana, en condominio ordinario y en garantía de un préstamo único, acuerdan la constitución del derecho real de hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad

B) *Nota de calificación*: «No admitida la inscripción del precedente documento porque no se distribuye la parte de capital prestado y los de crédito supletorio que corresponde a cada participación de los deudores en la finca ..»

C) *Doctrina*: «Considerando que en las Resoluciones citadas —26-6 y 27-12-1909— se encuentran resueltos casos idénticos al de este recurso, en el sentido de que habiendo contraído los deudores hipotecantes *obligaciones mancomunadas simples* y no solidarias, debió hacerse constar en la escritura la responsabilidad especial que por capital, intereses y costas ha de gravar a cada una de las partes pertenecientes a los distintos condueños, como si se tratara de hipotecas diferentes;

Considerando que no puede atenderse en la presente resolución al precedente sentado por la Sentencia citada de 13 de noviembre de 1895 por no estar basada en el Código Civil ni aun en la legislación peninsular y referirse a que la deuda se había contraído por una herencia y con cargo a la misma, respondiendo la finca hipotecada del pago íntegro y no parcial de la totalidad de la deuda, aparte de que uno de los principales fines del Registro de la Propiedad es evitar ambigüedades en la existencia del derecho inscrito que pueda provocar litigios»; se desestima el recurso y se confirma la nota del Registrador (2).

(2) Para ROCA, la naturaleza de la obligación —mancomunada o solidaria— en que parecen cifrar su fundamento las tres Resoluciones de 1909 y 1915, no incide en la necesidad de distribución, cuestión completamente independiente, *op. cit.*, pág. 622.

RESOLUCIÓN DE 27-3-1989 (3)

A) *Supuesto de hecho*: Hipotecado un edificio de planta baja y sótano, con pacto de extensión del derecho real de garantía a las nuevas construcciones, el propietario único del mismo procedió a su derribo y a la posterior construcción sobre el solar resultante de una nueva edificación, sujeta al régimen de propiedad horizontal, habiéndose inscrito la declaración de obra nueva y de constitución de dicho régimen jurídico en el Registro de la Propiedad. Más tarde, el titular dominical de los elementos independientes, primero, procedió a su venta a distintos compradores, que produjo los asientos respectivos, y, segundo, el acreedor hipotecario otorgó escritura de *cancelación parcial* de hipoteca sobre una de las fincas, reduciendo el crédito en proporción a su cuota de participación en los beneficios y cargas que el régimen de propiedad horizontal comporta.

B) *Nota de calificación e informes*: «Suspendida la inscripción de la cancelación parcial de hipoteca solicitada, por el defecto subsanable de faltar el consentimiento de los demás titulares de las fincas hipotecadas, sin que el acreedor pueda determinar por su sola voluntad la finca liberada, por no haberse previamente distribuido la responsabilidad hipotecaria y que hubiera exigido el consentimiento de todos los titulares afectados».

La nota de calificación fue recurrida por el acreedor hipotecario alegando, entre otros fundamentos jurídicos, el artículo 6 del Código Civil, que le habilita para «renunciar al crédito, a la hipoteca o ambas cosas a la vez, total o parcialmente»; la sujeción de la cancelación parcial otorgada a la cuota de participación de las fincas en el régimen de la propiedad horizontal, que no produce perjuicio alguno a los restantes propietarios; la naturaleza de la cuota, que una vez fijada, conforme a los artículos 3 y 9 de la LPH y a su interpretación doctrinal, supone que la cuota nace gravada por la hipoteca precedente y distribuida la hipoteca *ex lege*, debiéndose interpretar el artículo 123 de la Ley Hipotecaria en relación a la Ley de Propiedad Horizontal.

El Registrador informó, por su parte, que en el presente caso la división en régimen de propiedad horizontal de una finca gravada previamente con hipoteca y la ulterior venta de casi la integridad de sus elementos privativos comporta la permanencia del derecho real sin distribución hipotecaria entre los mismos, ya que no se han dado los presupuestos de los artículos 119 de la Ley y 216 del Reglamento Hipotecario, siendo de aplicación los artículos 123 y 124 de la citada Ley, éste en relación al 221 del Reglamento, *sensu contrario*, según confirma el 125 de la Ley, no procediendo la cancelación parcial. Así lo declara la Dirección General en Resolución de 17-3-1969. Y en cuanto a la incidencia de la constitución del régimen de propiedad horizontal en la situación registral precedente, debe tenerse presente que «el artículo 218, consecuencia especial del artículo 217 del Reglamento Hipotecario, no obliga a la distribución del crédito hipotecario entre los diferentes pisos y locales, quedando bien claro en dicho precepto que no puede admitirse la cancelación parcial al exigirse la acción contra la totalidad de la finca. Solamente por la previa distribución del crédito hipotecario, con consentimiento de todos los propietarios, como resulta a *sensu contrario* del artículo 218 del Reglamento Hipotecario y de lo establecido en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, se crearía una mancomunidad en el crédito hipotecario que permitiría la liberación parcial

(3) V. AMORÓS y MADERO, *op cit*, págs 863 y sigs.

del crédito y, consecuentemente, la cancelación parcial de responsabilidad de uno de los elementos que integran la propiedad horizontal, que hasta el momento de la distribución del crédito hipotecario no ha tenido en la hipoteca sustantividad propia». Dicho artículo 218 es aplicable tanto en el supuesto de que la hipoteca se constituya con dicho carácter como en el que «la situación jurídica de solidaridad hipotecaria se crea *a posteriori* como consecuencia de la existencia de una hipoteca sobre el solar».

El Notario autorizante informó, por otro lado, que en el supuesto de hecho de la Resolución de 17-3-1969 no se da en este caso y que la distribución de responsabilidad resulta de la asignación de las cuotas de participación, ya que éstas «significan módulo de participación de las cargas —Resolución de 23 de julio de 1966—, y la carga, desde la construcción del edificio, no grava sólo el solar, sino todo el edificio y, por tanto, todas y cada una de las fincas resultantes de la división horizontal», por lo que cabe estimar que tal distribución se ha producido y es de aplicación el artículo 124 de la Ley Hipotecaria.

C) *Auto del Presidente de la Audiencia*: El Presidente de la Audiencia confirmó la nota de calificación, que analizando la división en base a la STS de 18-5-1960 y su influencia en la hipoteca, hay que partir del contenido del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, ya que, aún admitida la tesis del recurrente —la distribución que opera la división horizontal—, no se ha tenido en cuenta la posición del acreedor hipotecario —su aceptación expresa— y la necesidad de notificación fehaciente, por una parte, a todos los deudores hipotecarios para hacer uso de la facultad del artículo 124 de la Ley citada y la necesidad de inscripción, por otra, para su debida publicidad que cumpla el objetivo de seguridad jurídica y protección frente a tercero (4). La renunciabilidad alegada, por razón de la solidaridad de la responsabilidad de los deudores, no procede —prohibición legal— en los supuestos en que esta facultad implica transgredir el orden público inmobiliario (art. 6.2.º del Código Civil).

El recurrente apeló el auto ante la Dirección General.

D) *Doctrina* (5): «Es doctrina de este Centro (vid. Resoluciones de 17 de marzo de 1969 y 12 de febrero de 1988) que cuando un mismo y único gravamen recae por entero sobre varias fincas, como ocurre en el caso de división posterior de la inicialmente gravada, sin haberse distribuido la responsabilidad correspondiente, no sólo se producen *relaciones jurídicas* entre el titular del gravamen y cada uno de los dueños de las fincas afectadas, sino también *entre los distintos dueños* de éstas, relaciones por cuya virtud si uno de ellos paga la cantidad íntegra garantizada podrá reclamar de los demás no la totalidad de lo pagado, sino la parte que proporcionalmente les correspondiere satisfacer (debe configurarse igualmente la previsión del art. 1.844.2.º del Código Civil), teniendo para ello las mismas garantías con que contaba el acreedor principal (vid. arts. 1.145, 1.844, 1.087, 1.085, 1.939 y 1.212 del Código Civil), de donde se desprende que éste puede, si quiere, *renunciar* a sus derechos sobre cualesquiera de las diversas fincas; mas esta renuncia no puede tener sobre esa finca, como efecto de la cancelación de un derecho real que

(4) Es importante observar el acierto de esta afirmación que estima necesaria la publicidad registral de la distribución hipotecaria por razones de seguridad jurídica, tratándose de un derecho real —entendemos— de constitución asimismo registral.

Otra cosa es el problema de la renunciabilidad, de que trataremos.

(5) «Vistos los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, 217 y 218 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 17 de marzo de 1969 y 12 de febrero de 1988»

por lo dicho —y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas— no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños; para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total se requerirá, pues, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes con posterioridad a la constitución de la hipoteca, la de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la *solidaridad* resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular».

«No existiría, en cambio, para la cancelación solicitada el obstáculo observado si el acreedor en lugar de limitarse a consentir la cancelación de la hipoteca «exclusivamente por lo que se refiere» al piso referido hubiere *previamente consentido la distribución de la responsabilidad* hipotecaria entre todos los pisos y locales, tal como resulta de la *asignación de cuotas por el régimen de propiedad horizontal*, pues ciertamente dichas cuotas sirven para delimitar, a todos los efectos, desde la propiedad del edificio, la participación en las cargas; mas faltando ese consentimiento del acreedor, la fijación de cuotas en el régimen de propiedad horizontal ni le vincula como distribución de responsabilidad (art. 1.257 del Código Civil) ni implica, en la relación interna (6) entre los distintos propietarios, un definitivo señalamiento de la parte de responsabilidad hipotecaria a que quedan afectos los pisos o locales respectivos (que posibilitaría la cancelación parcial y liberación ahora pretendidas); en tal hipótesis, mientras no se inicie la vía de regreso por uno de los propietarios que paga no se sabrá si por afrontar todos los pisos o locales resultantes el gravamen que les afecta, la relación entre la responsabilidad efectiva que pesa sobre cada uno y la total será coincidente con su cuota respectiva o si, por el contrario, por fallar uno de ellos (piénsese que puede estar afecto a una carga preferente que absorba todo su valor), como los demás deberán suplir su falta a prorrata (cfr. arts. 1.145 3 y 1.844.2.º del Código Civil), tal relación será mayor; por tanto, como antes de iniciarse la vía de regreso, la cuota de cada

(6) Si tenemos en cuenta que la propiedad horizontal no deja de ser un régimen especial de comunidad ordinaria, y en especial en lo dispuesto expresamente en la Ley de Propiedad Horizontal —y no en otro punto—, el consentimiento de los titulares dominicales resulta de la asignación de cuotas —que redistribuye la carga, como en el caso de la destrucción del edificio prueba— y el del acreedor hipotecario de la carta de pago, según cuota, y cancelación ulterior, otorgamiento que limita el empleo de un criterio distinto con posterioridad —por arbitrio— y sin perjuicio, como veremos, de la subsistencia de la solidaridad sobre el resto de las fincas.

En definitiva, el consentimiento de los copropietarios está dado y a salvo su derecho de impugnación judicial de la cuota asignada —nada se dice de la deuda: art. 118 LH—, y el del acreedor, respecto a esa concreta finca, consta de forma directa, ya que si éste no ratificó previamente la distribución porcentual de las cuotas, habrá de consentir con posterioridad su efecto sobre cada elemento sin necesidad de renunciar a la solidaridad ejecutiva —y sólo ejecutiva— de la hipoteca, donde el propietario objeto de ejecución podrá repetir contra el resto en proporción a su cuota en virtud precisamente del acuerdo por el que se asignaron las mismas.

Lo que no se comprende con suficiente claridad es cómo se pide, por un lado, la exclusiva aceptación previa y unilateral del acreedor sobre la total distribución y, luego, se limita el efecto de la asignación de cuotas *inter partes* (?) que condena a la ineficacia el consentimiento de aquél.

piso sólo determina en la relación interna entre los propietarios el *límite mínimo* de responsabilidad que efectivamente puede llegar a afectarle, el consentimiento que ahora presta el acreedor no basta por sí solo para liberar esa finca».

La Dirección General confirma, en consecuencia, el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO

I. SOBRE LA PLENA DISPOSICIÓN DE LA CUOTA INDIVISA

El artículo 399 del Código Civil establece el principio de la libre disposición de la cuota indivisa, limitando el efecto de la enajenación o *hipoteca* de la misma a la porción que se adjudique en la división de la cosa común.

Este principio supone, por razones de orden público inmobiliario (arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria), que son ineficaces a efectos reales (7) los pactos que impliquen prohibición de disponer a título oneroso y que la hipoteca de la cuota indivisa trae consigo, en caso de extinción de comunidad (división, dice el art. 399), la permanencia del gravamen sobre la porción adjudicada al hipotecante (8).

A un tiempo, el artículo 1.860 del citado Código impone la indivisibilidad de la garantía hipotecaria en el caso de que la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor y con independencia del carácter mancomunado o solidario de esa división (9). Es decir, este artículo contempla un supuesto de hecho distinto al que ahora contemplamos, el de la hipoteca de la cuota indivisa, ya que trata de la hipoteca de una finca por la una sola obligación que con posterioridad a su constitución registral se divide. Por tanto, en nuestro estudio la diferencia estriba en que la deuda es plural, nace dividida.

No obstante, debemos tener presente las palabras de MANRESA: «La indivisibilidad, con todo, no es característica institucional de la hipoteca, sino producto de creación de la Ley, por ello admite *pacto en contrario* y sus beneficios pueden ser *renunciados* o *no utilizados* por el acreedor. Además, no repercute en la esencia de la obligación, pues ésta no se torna indivisible ni solidaria (ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, pág. 78)» (10).

(7) En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 1101.

(8) Es decir, si son varias fincas y la extinción de comunidad se produce adjudicando fincas concretas a los comuneros en pleno dominio, la hipoteca de la cuota gravaría la adjudicada o adjudicadas al hipotecante. En principio, la extinción o división de la cosa común, si la hipoteca afecta sólo a determinadas participaciones indivisas, requiere el consentimiento del acreedor hipotecario o resolución judicial para evitar el desequilibrio económico de la partición o extinción que pueda traer consigo la valoración de las fincas resultantes. Este supuesto ha sido estudiado, entre otros, por RODRÍGUEZ LÓPEZ Y PRESA DE LA CUESTA.

Véanse Resoluciones de 4-12-1935 y 24-6-1936 sobre la necesaria concurrencia del acreedor hipotecario en la división de la cosa común. En otro caso, podemos añadir, la ejecución de la hipoteca dará lugar a la cancelación de la división, como asiento posterior.

(9) Véase MANRESA y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*

(10) *Op. cit.*, pág. 536

La consecuencia de esta afirmación, sin embargo, de la diferencia de hechos advertida es trascendente si reparamos en que está tratando de una deuda única con una única garantía —que es lo más— y la trasladamos a nuestro caso, donde la deuda es plural—, es decir, son varias las obligaciones —y plurales las hipotecas—, que es lo menos. Y aunque se mantuviese que la deuda es única por entender que es solidaria y la hipoteca asimismo única e indivisible por constituirse al amparo del artículo 217 del Reglamento Hipotecario, tal situación no sería inamovible, toda vez que siempre el acreedor puede *renunciar o no utilizar el beneficio de la indivisibilidad*.

Obsérvese que ese supuesto, el del artículo 1.860 del Código Civil, deuda e hipotecas únicas con un solo deudor y un solo acreedor en el momento de la inscripción constitutiva, da lugar, si al deudor sucede una pluralidad de deudores, a la necesaria distribución de la deuda por común acuerdo de acreedor y deudores, a efectos exclusivamente registrales, de manera que si el acreedor admite el pago solutorio de un causahabiente, sin concurso de las voluntades de los restantes, el pago produce sus efectos civilmente, pero no provoca la cancelación parcial de la hipoteca, que se mantiene indivisible conforme a ese artículo 1.860 para que el dictado de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria no suponga una «concentración del gravamen en forma arbitraria», según afirma la Resolución de la Dirección General de 27-3-1989, que se remite a la doctrina contenida en las Resoluciones de 17-3-1969 y 12-2-1988, declarando que ello no impide que, civilmente (arts. 1.844.2, 1.145, 1.087, 1.085, 1.839 y 1.212 del Código Civil), el causahabiente que pagado pueda repetir contra los demás con las garantías del acreedor principal, *«que puede renunciar a sus derechos sobre cualesquiera de las diversas fincas; mas esta renuncia no puede tener, sobre esa finca, como efecto la cancelación de un derecho real que por lo dicho —y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas— no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños»* (11).

Ahora bien, dicha Resolución contiene un pronunciamiento de gran trascendencia para el presente caso: «No existiría, en cambio, para la cancelación solicitada (12) el obstáculo observado si *el acreedor*, en lugar de limitarse a consentir la cancelación, hubiere previamente *consentido en la distribución de la responsabilidad entre todos los pisos y locales, tal y como resulta de la asignación de cuotas por el régimen de la propiedad horizontal*, pues, ciertamente, dichas cuotas sirven para delimitar a todos los efectos, desde la propiedad del edificio a la *participación en las cargas*»

(11) El supuesto de hecho de esta Resolución es el habitual de una finca hipotecada que se divide horizontalmente y se transmiten los elementos privativos a distintos compradores, dando el acreedor carta de pago a uno de ellos que pretende la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto grava su finca (vid *infra*).

(12) No se cuestiona *ex iure civile* el efecto solutorio del pago realizado frente al acreedor.

La Sentencia de 2-4-1968, dictada por el Juzgado municipal número 9 de Barcelona, estima la demanda de la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal contra un comunero por no haber abonado la *parte proporcional* (cuota) de los intereses de un préstamo con garantía hipotecaria que gravaba el citado edificio en su conjunto en virtud, entre otros argumentos jurídicos, del principio de subrogación real del número 3 del artículo 1.210 del Código Civil (véase FUENTES LOJO, *op. cit.*, págs. 929-930).

En definitiva, si en el caso de deudor único y única hipoteca, la cuota comunitaria, previo consentimiento del acreedor (13), determina la responsabilidad hipotecaria de cada finca, y en consecuencia de cada comunero, no obstante la indivisibilidad de la hipoteca (arts. 1.860 del Código Civil y 122 y 123 de la Ley Hipotecaria), más aún en el supuesto objeto ahora de estudio, donde *la hipoteca se constituye por una pluralidad de comuneros en proporción a sus respectivas cuotas y al margen del artículo 217 del Reglamento Hipotecario*, que luego analizaremos. *La cancelación parcial y el pago parcial, pues, conforme a la Resolución de 27-3-1989, cabría en todo caso por lo que se refiere al asunto de que tratamos.*

Asimismo, por otro lado, si en el caso de deudor y acreedor hipotecarios únicos sobre una finca la división de ésta no impide que a pesar del número de terceros poseedores de las mismas y conforme al artículo 123 de la Ley Hipotecaria, *el acreedor pueda repetir contra cualesquiera de las nuevas fincas por la totalidad del crédito*, es lógico pensar que si todas las cuotas *pro indiviso* de una única finca se hipotecan en garantía de un crédito, mancomunado o solidario, el acreedor pueda ejercitar la acción ejecutiva contra cualesquiera cuotas, ya que la indivisibilidad de la hipoteca se establece legalmente en beneficio del acreedor y no se impone como beneficio irrenunciable, sobre todo si reparamos en que el artículo 216 del Reglamento Hipotecario dispone el tratamiento de la cuota indivisa como derecho real autónomo. Es decir, de forma equivalente a una pluralidad de fincas y, en su caso, con distribución de la responsabilidad entre ellas (las fincas o derechos reales, las cuotas), pudiendo perseguir cualquiera de ellas. Situación que en el caso del artículo 217 del repetido Reglamento —hipoteca unitaria de una pluralidad de cuotas que integran el pleno dominio de la finca hipotecada— habilita, *ex artículo 121 de la Ley Hipotecaria*, para perseguir, incluso, una cuota por la totalidad del crédito y, ante la insuficiencia de la misma, ejecutar las restantes hasta la íntegra satisfacción de la obligación asegurada, sin que quepa la cancelación parcial (arts. 122 y 125 de la propia Ley). O renunciar al privilegio del artículo 217 del Reglamento y ejecutar cada cuota en proporción a la deuda de cada comunero, puesto que, siendo la facultad del acreedor, si entiende suficiente la garantía de esa cuota (derecho real) para satisfacer la deuda reclamada sería innecesario traspasar los efectos de ese incumplimiento a los restantes comuneros que puntualmente satisfacen el importe de su obligación, y ello aunque se tratase de una deuda solidaria, puesto que la solidaridad vendría impuesta a favor del acreedor y éste podría no hacer uso de su beneficio frente a la cuota ejecutada, sin alterar el resto de la garantía.

El artículo 123 de la Ley reconoce la facultad del acreedor de perseguir, como hemos visto, cualesquiera fincas por la totalidad del crédito, lo que no supone, claro está, la imposibilidad de perseguir cualesquiera fincas por una *parte del crédito*, ya que en otro caso el pago parcial de uno de los adquirentes

(13) Sin él, dice la Dirección General que la cuota es el límite mínimo de responsabilidad de los comuneros

La especialidad de la propiedad horizontal no supone la exclusión del concepto de «comunidad ordinaria o romana», que es el concepto primario que rige la tradición jurídica: véanse Poveda Díaz, J., *Los elementos procomunales de la propiedad horizontal*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1987, y CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., «Algunos aspectos del régimen jurídico de las comunidades en Derecho español», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 1990, págs. 237 y sigs.

de las nuevas fincas no sería solutorio, en contra del contenido de la citada Resolución de 27-3-1989 y de la voluntad del acreedor, que otorgó carta de pago y escritura de cancelación parcial, sin que se produzcan los efectos del inciso final del artículo 121 de la Ley Hipotecaria, que parte de la existencia de un solo deudor y una pluralidad de fincas con distribución de la responsabilidad, pues se trata, ahora, de una pluralidad de deudores —los terceros adquirentes— y de una pluralidad de fincas hipotecadas sin distribución alguna de la responsabilidad. El artículo 121 se restringe al supuesto en que el acreedor persiga una finca por la integridad de un crédito y, luego, no cubierto éste, su diferencia sobre otras fincas hipotecadas del mismo deudor —distribuida la responsabilidad—, sin que sea de aplicación al caso del artículo 123 de la misma Ley —hipoteca solidaria—, que es el que se relaciona con el artículo 216 de su Reglamento, que por conexión con el 217 supone la ejecución de todas las cuotas de un solo deudor sobre una pluralidad de fincas, a pesar del carácter unitario de la hipoteca (art. 217), ya que en este caso la ejecución actúa como en la *hipoteca solidaria* (art. 123 LH), sin limitar los efectos de la acción judicial del acreedor.

II. SOBRE LA INEFICACIA DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER A TÍTULO ONEROSO

El artículo 216 del Reglamento Hipotecario, en desarrollo del artículo 119 de la Ley, dispone la aplicación del principio general de especialidad en cuanto exige la distribución de la responsabilidad garantizada entre las fincas, derechos reales o cuotas ideales de una y otros, afectos a una misma obligación, en sintonía con la Resolución de 12-3-1936, como señala ROCA SASTRE (14). Lo que no equivale, entendemos, a que una misma obligación distribuida entre distintos deudores —mancomunidad— no pueda dar lugar a una pluralidad de hipotecas simultáneas sobre las mismas cuotas indivisas de los comuneros —deudores— y en idéntica proporción a la distribución del crédito (15) o a una única hipoteca como —por excepción— recoge el artículo 217, que dice: «Si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones *pro indiviso* de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior, la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución».

La aplicación del citado artículo 217 requiere, en primer lugar, para algunos autores, como GARCÍA GARCÍA, el pacto expreso de constitución de la hipoteca con carácter de unitaria (16), pues en caso contrario regirá el artículo 216, o la manifestación clara e indubitada de la voluntad de las partes en este sentido, según otros (17). Y en segundo término, *implica la imposibilidad de la ejecución aislada de la cuota*, según ROCA, sin que estemos ante una hipoteca

(14) *Op. cit.*, págs. 610 y sigs.

(15) Véase ROCA, *op. cit.*, pág. 611

(16) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de la legislación hipotecaria*, ed. Cívitas, Madrid, 1990, pág. 197

(17) ÁVILA NAVARRO, *op. cit.*, pág. 140: sin necesidad de la utilización de palabras sacramentales, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 622: «depende, pues, del modo en que se estipule la constitución de la hipoteca» CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 1628, sigue a ROCA.

solidaria ya que concurren una pluralidad de hipotecantes sobre la misma finca que debe perseguirse «en bloque» (18).

Sin embargo, en nuestro criterio, la aplicación del artículo 217 del Reglamento no es tan sencilla como aparenta:

1.º Porque si el establecimiento de la hipoteca unitaria debe resultar del contrato, directa o indirectamente formulada, el carácter de solidaria o mancomunada de la única obligación repercute en la posibilidad de ejecución de la garantía, ya que si la obligación es mancomunada en la misma proporción a la titularidad de la finca hipotecada, regla general en nuestro Derecho si no se acuerda expresamente otra cosa, el carácter unitario de la hipoteca sólo faculta al acreedor para la ejecución «en bloque», como facultad del mismo y no como imposición normativa. Beneficio, pues, renunciable. Y si la obligación es solidaria, la aplicación del artículo 216 no impide la ejecución, asimismo, «en bloque» de la finca, por lo que entendemos que la distribución o no distribución de la responsabilidad es un imperativo hipotecario, de forma estricta y no civil. Es decir, frente a tercero. Lo que supone, en caso de una pluralidad de fincas *pro indiviso*, el mismo juego que ofrece la hipoteca solidaria del artículo 123 de la Ley frente a cada finca y frente a cada cuota. La cuota, derecho real hipotecable, conforme a los artículos 119 de la Ley y 216 del Reglamento, actúa de idéntica forma a la finca. La hipoteca de una finca no es más que la del derecho de propiedad sobre la misma.

2.º Si en la escritura de préstamo no se establece expresamente la solidaridad, debe presumirse que la deuda es mancomunada, y esa mancomunidad lleva consigo la presunción de que de ella responde cada comunero en proporción a su titularidad dominical. Más aún, si el préstamo financia una construcción de la que resultarán copropietarios todos en idéntica proporción a su titularidad sobre el solar preexistente. Es decir, si nada se pacta, la obligación única es mancomunada y de ella responde cada comunero por su cuota indivisa. Circunstancia que arrastra una tercera presunción si no resulta del contrato de la voluntad de garantizar la obligación mancomunada con una hipoteca unitaria (*ex art. 217*); la hipoteca se entenderá dividida proporcionalmente a la titularidad si todos los comuneros hipotecan sus respectivas cuotas no obstante la exigencia hipotecaria —de mayor claridad por razón de publicidad— del artículo 216 (19).

3.º Si a pesar de la mancomunidad del préstamo la hipoteca es unitaria, el acreedor está facultado para perseguir solidariamente las cuotas, pues de otra forma el precepto reglamentario derogaría los principios civiles o, lo que es lo mismo, podrá ejecutar una cuota o todas ellas. En otro caso, la hipoteca unitaria no solidaria en la ejecución —y sólo en ésta— desnaturalizaría el crédito —respecto del que se admiten pagos parciales por parte de cada comunero—, imponiendo por vía indirecta una prohibición de disponer a título oneroso, ya que si, como indica ROCA SASTRE (20), la ejecución de una carga preferente a la hipoteca que grave una cuota dará lugar a la cancelación de la carga posterior

(18) *Op. cit.*, pág. 623.

(19) La Resolución de 22-3-1915 hace depender la necesidad de la distribución de la responsabilidad, que hoy requiere el artículo 216, de la naturaleza mancomunada o solidaria de la obligación, siendo imprescindible en las obligaciones mancomunadas simples.

(20) *Op. cit.*, pág. 624.

—la hipoteca unitaria en cuanto a esa cuota ejecutada por carga preferente—, desapareciendo el carácter unitario de la hipoteca, que sólo afectará al resto de la titularidad, evitar esta circunstancia supondría la imposición de una prohibición de disponer, impensable frente a la carga anteriormente inscrita e impensable asimismo frente a una carga posterior que grave una cuota o una transmisión ulterior de la misma, naciendo la solidaridad frente al tercer poseedor de la cuota adquirida (art. 123 de la Ley Hipotecaria), a pesar de lo que parece implicar el artículo 217, en la interpretación de Roca (21).

4.º En consecuencia, a efectos de reclamación judicial, la solidaridad de la obligación o la solidaridad ejecutiva de la hipoteca unitaria en garantía de la obligación mancomunada facultan —y no imponen— al acreedor la elección del objeto a perseguir según sus concretos intereses.

III. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL COMUNERO

Si partimos de la base, según hemos expuesto, de la exclusión o ineficacia real de cualesquiera prohibiciones de disponer voluntarias y a título oneroso, y de que el derecho subjetivo del comunero —aspecto activo: libre disposición— comporta, en su aspecto pasivo, la responsabilidad de la cuota frente a los acreedores, pueden observarse los limitados efectos del artículo 217 en cuanto establece, excepcionalmente, el carácter unitario de la hipoteca sólo en el momento de la *ejecución* como facultad del acreedor y no como imperativo reglamentario de su actuación. El acreedor, aunque sea la obligación solidaria y sin perjuicio de esta especial naturaleza, puede admitir pagos parciales de los deudores y, de igual suerte, si el carácter unitario de la hipoteca supone solidaridad en la ejecución, puede perseguir todas o algunas de las cuotas, pues en otro caso quebraría lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley —que no se puede ver afectado por un artículo reglamentario— para el supuesto de la disposición, activa o pasiva, de la cuota y frente a tercero, siendo la excepción del artículo 217 del Reglamento una prevención inoperante que deja en peor condición al acreedor que el supuesto de deuda solidaria e hipoteca de cuotas *pro indiviso* distribuida entre los deudores (art. 216), donde el impago le habilita para perseguir todas o cualesquiera de las fincas. Por ello, entendemos que el artículo 217 está pensado para aumentar el margen de actuación del acreedor en caso de deudas mancomunadas o solidarias, actuando la garantía como una hipoteca solidaria a efectos ejecutivos (22).

IV. SOBRE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA CUOTA

Y si la hipoteca unitaria del artículo 217 es solidaria a efectos ejecutivos, ello supone que, con independencia de que la obligación sea a su vez manco-

(21) *Op. cit.*, pág. 623.

(22) La solidaridad, tal y como prevé el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, no impide el pago parcial e incluso la parcelación parcial en los términos —antes vistos— de la Resolución de 27-3-1989, que citan, entre las disposiciones que la fundamentan, el artículo 217.

En el artículo 123 la solidaridad —o los términos «hipoteca solidaria»— viene referida a la ejecución y, de esta manera, el artículo 217 no puede implicar más que esto. Si existiese un tercer poseedor de una cuota —o parte de ella—, el artículo 123 actuaría de forma directa.

munada o solidaria (23), el acreedor hipotecario puede perseguir la cuota *pro indiviso* del deudor que no ha satisfecho la parte proporcional del crédito por los medios que establecen la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria, sirviendo la tasación en la subasta el valor de la cuota una vez distribuido el importe total a las distintas cotitularidades, pues dicha valoración unitaria no deja de ser la suma del valor en que se cifra cada cuota por imperativos de Derecho civil puro, sin contradicción hipotecaria alguna. Y en cualquier caso, al carecer de contradicción hipotecaria, la ejecución aislada de la cuota dependerá de la admisión por el acreedor de la interpretación que aquí se mantiene y que resumimos en los siguientes puntos:

1.º El acreedor hipotecario puede, ante el incumplimiento de la obligación y con independencia de su carácter solidario o mancomunado, perseguir cualesquiera derechos reales que garanticen la deuda y, ante la insuficiencia de uno de ellos, repetir por la diferencia contra los demás (art. 121 de la Ley Hipotecaria).

2.º En el caso de que la finca hipotecada (hipoteca que grava el dominio sobre la misma) se divida, el derecho real de garantía se extiende, a efectos ejecutivos, con carácter solidario sobre todas ellas, pudiendo en consecuencia en el supuesto anterior —incumplimiento— ejecutar todas o algunas de ellas, sin merma de su derecho a ser reintegrado por la diferencia sobre las restantes fincas hipotecadas (art. 123 de la Ley Hipotecaria).

3.º La situación que se produce en caso de división de la finca hipotecada es sustancialmente idéntica a la que se produce cuando los distintos copropietarios de una finca en comunidad ordinaria la hipotecan unitariamente (art. 217 del Reglamento Hipotecario) y cuando los distintos propietarios de un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal hipotecan el mismo en su conjunto (art. 218 del citado Reglamento), ya que —en este supuesto— la titularidad de los elementos privativos está indisolublemente unida a la cotitularidad en condominio —igualmente— ordinario de los elementos comunes.

4.º La solidaridad que se produce en los supuestos de los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario lo es a efectos ejecutivos y con independencia, pues, de la naturaleza mancomunada o solidaria de la obligación garantizada. Y buena prueba de ello es la Resolución de la Dirección General de 27-3-1989, que admite en base al propio artículo 217, que relaciona con el 218, la cancelación parcial otorgada por el acreedor a un comunero (pago solutorio que no se cuestiona como facultad que es del acreedor), no obstante la solidaridad preexistente, siempre que medie acuerdo de redistribución entre el acreedor y los deudores o consentimiento del acreedor a que se redistribuya en proporción a las respectivas cuotas de participación de todos los copropietarios, límite mínimo —dice— de su responsabilidad real.

Evidentemente, los pronunciamientos de la Dirección General abogan por la aplicabilidad del artículo 123 de la Ley Hipotecaria a estos dos supuestos de hecho.

(23) En el presente caso parece mancomunada, ya que la palabra «solidaria» empleada en la cláusula de constitución de la hipoteca es una «cláusula de estilo» que no implica la naturaleza solidaria del préstamo, que en la estipulación primera se entrega a todos los comuneros proporcionalmente para financiar la construcción después de hacer constar expresamente en apartados anteriores las cuotas que a cada uno corresponden en el dominio de las fincas. Lugar donde en un contrato de préstamo debe figurar la naturaleza solidaria del mismo.

5.º La solidaridad ejecutiva de la hipoteca unitaria que prescriben ambos artículos (217 y 218) permite al acreedor la ejecución aislada de un derecho real (cuota indivisa o propiedad sobre una finca) sin merma de la permanencia de aquélla sobre los restantes. A efectos ejecutivos, la responsabilidad se distribuye por medio de las correspondientes cuotas, lo que supone que el valor de tasación de una cuota *pro indiviso* será el resultado de dicha distribución porcentual.

6.º Cualquier otra interpretación supondría que la solidaridad ejecutiva no es un beneficio establecido a favor del acreedor, como lo es *ex iure civile*, sino una limitación a su actuación. Interpretación que sería contraria a los preceptos que rigen esta materia en el Código Civil (art. 144) y en la Ley Hipotecaria (art. 123), preceptos de rango superior a la prescripción reglamentaria, siendo por tanto la solidaridad un atributo del derecho real del acreedor y, como tal atributo, susceptible de renuncia, no utilización o periodificación en el tiempo. Así, puede perseguir, primero, una cuota y, luego, las restantes.

7.º Los derechos fundamentales del acreedor en las obligaciones solidarias —solidaridad pasiva— con el *ius variandi* y el derecho de elección, y la utilización del derecho de elección no supone la renuncia a la solidaridad preexistente —aunque reclame sólo parte de la deuda— como sostienen CAFFARENA y GUILARTE (24). Y la solidaridad pasiva —añade CAFFARENA—, por otro lado, no constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario según declara una permanente jurisprudencia (25).

8.º CARBONELL y NAVARRO, por último, al comentar las Resoluciones de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988 y 27 de marzo de 1989 (26), han criticado las afirmaciones de que la cancelación parcial de la hipoteca «solidaria» puede «concentrar el gravamen de forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca», y que dicha hipoteca «no sólo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños», fundamentándose para ello en el contenido de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, que la Dirección General utiliza para mantener su interpretación.

Para ambos autores el artículo 122, en relación al 125, lo que «pretenden es robustecer la posición del acreedor hipotecario, siendo colorario de lo establecido en el artículo 1.169 del Código Civil: el acreedor no puede ser compelido a aceptar pagos parciales ni a otorgar cancelaciones parciales, pero si quiere puede hacerlo», como se desprende en la doctrina de la opinión de

(24) Véase CAFFARENA, *op. cit.*, comentario al artículo 1.144, pág. 137.

Para CAMY, sin embargo, el artículo 217 del Reglamento Hipotecario excluye la aplicación del 1.144 del Código Civil (*op. cit.*).

(25) *Op. cit.*, pág. 138.

(26) Que excluyen la cancelación parcial de hipoteca devenida solidaria —división al gravamen— y otorgada por el acreedor hipotecario sin el concurso de los restantes deudores con el fin de liberar una finca resultante de la división de toda carga por entender que dicha cancelación afecta no sólo al acreedor y al deudor interesados, sino también a los demás deudores, creando relaciones jurídicas complejas con recíprocos derechos y obligaciones, para evitar la distribución no equitativa de la hipoteca entre las nuevas fincas, que supondrá un perjuicio indudable para los deudores que no intervienen en dicha cancelación parcial, ya que se puede concentrar el gravamen sobre determinada finca de forma arbitraria o desproporcionada.

En realidad se refieren al concurso de los demás propietarios de las fincas resultantes de la división, tengan o no la condición de deudor, pues se trata de distribuir la carga que pesa sobre sus respectivas fincas.

CAMPUZANO y ROCA SASTRE. Postura que acentúa el artículo 123 «cuando admite que por decisión unilateral y libérrima del acreedor "se concentre el gravamen" en trance de ejecución sobre una sola finca. Tal concentración no es arbitraria, sino reglada, ni es desproporcionada, porque ni la Ley señala proporción alguna en que deba repartirse el gravamen, ni esta cuestión admite reglas generales». Así, añaden, «cuando el acreedor adquiere por cualquier título» una de las fincas hipotecadas, la cancelación opera vía confusión de derechos. Y «se produce —por su parte— la concentración en el caso, más hipotético que real, de destrucción de una de las porciones de la finca hipotecada» Realidad —dicen— que permite no sólo la cancelación parcial por pago parcial, sino «por simple renuncia». Situación que se reproduce en el de la «anotación de embargo sobre varias fincas». «La cuestión relativa al definitivo reparto del gravamen entre los titulares de los diversos fragmentos de finca es, a nuestro juicio, totalmente extrarregistral» y «además no admite soluciones generales». Los «titulares de las fincas hipotecadas no son deudores solidarios. No hay, en principio, relación jurídica alguna entre ellos. Cuando cada uno de ellos adquirió su finca, conocía la existencia de la hipoteca y los riesgos que asumía» (27).

9º En definitiva, la atribución al acreedor de la facultad de ejecutar unitariamente una hipoteca —art. 123 de la Ley, 217 y 218 de su Reglamento— no lleva consigo el impedimento de la admisión de pagos y cancelaciones parciales, ni mucho menos de ejecuciones parciales, con independencia de la naturaleza solidaria o mancomunada de la obligación garantizada tanto en el supuesto de la Resolución de 1915, *sensu contrario* (28) como en el de la Resolución de 1989 (29).

Y conforme al artículo 355 del Reglamento Hipotecario, éstas son mis conclusiones sobre el asunto objeto del presente dictamen, que sujeto a opinión mejor fundada.

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

(27) *Op. cit.*, págs. 1276 y sigs. En el supuesto de la Resolución de 1989 el consentimiento —señalan— de la aceptación del acreedor de la distribución de la hipoteca en proporción a las cuotas de cada finca por razón del régimen de propiedad horizontal «se infería del hecho de que se daba carta de pago por una cuantía equivalente a la de la cuota en el crédito local, de modo que bien pudo la Dirección entender que, implícitamente, se estaba consintiendo tal distribución» (pág. 1284).

(28) Como hemos visto, esta Resolución exige la previa distribución de la responsabilidad entre las cuotas indivisas de una finca por tratarse de obligaciones mancomunadas simples y, para nosotros, aun en el supuesto excepcional del artículo 217 del Reglamento —y en el 218, de igual suerte— la ejecución y la cancelación parcial cabrían, ya que dicho artículo no restringe, sino que concede facultades al acreedor.

(29) Que como plantean CARBONELL y NAVARRO, no llega a dar una interpretación totalmente satisfactoria en el caso de división material de la finca hipotecada, si bien marca el camino de la distribución porcentual, en el supuesto del régimen de propiedad horizontal, de una forma implícita o casi automática cuando el pago parcial se acepte en proporción a la cuota, y que tratándose de la excepción del artículo 217, muestra la viabilidad que respecto de la hipoteca solidaria considera. Solución acorde con los comentarios de ambos autores sobre confusión de derechos y concentración de gravamen.

LA DURACION DEL CARGO DE ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD LIMITADA DEBE SER DETERMINADO, PERO PUEDE EXCEDER DE CINCO AÑOS. (RESOLUCIONES DE 13 DE MARZO Y 6 DE MAYO DE 1991 Y DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1992. BOE 22 DE MAYO Y 12 DE JUNIO DE 1991 Y 5 DE OCTUBRE DE 1992.)

Hechos.—I. El día 29 de junio de 1990, ante el Notario de Madrid don Carlos Vázquez Balbontín, se otorgó escritura de la sociedad de responsabilidad limitada «Castilriba, Sociedad Limitada».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del precedente documento por comprender los siguientes defectos que impiden practicarla: 1) Haber caducado la certificación de la denominación social (art. 379.1 RRM). 2) No expresarse la nacionalidad de don David Calle Lofstrom y don Enrique Calle-Pinker (art. 7.1.º LSRL). 3) No expresarse la duración en el cargo del administrador (art. 124.3 RRM). Si bien dichos defectos son subsanables, no se toma anotación preventiva por no haber sido solicitada y, en cumplimiento del artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil, extendiendo la presente en Madrid a 13 de agosto de 1990.—El Registrador Mercantil. Firma ilegible. Posteriormente subsanados los defectos apuntados, fue inscrita la citada escritura.

III. El Notario autorizante del documento interpuso a efectos doctrinales recurso de reforma contra los defectos primero y tercero de la calificación, y alegó: Que la certificación de denominación social expedida por el Registro Mercantil Central fue de fecha 4 de mayo de 1990, cuyo plazo de vigencia viene determinado en el artículo 379.1 y el artículo 378.1 y 2, ambos del Reglamento del Registro Mercantil, establece cuándo debe estar vigente dicha certificación. Que el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil no es directamente aplicable, sino por remisión del artículo 174.8 del mismo, pero hay que entender que sólo son aplicables las menciones congruentes con la propia naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada, en las que no es esencial el plazo de duración del ejercicio del cargo de administrador. Y al no señalarse plazo es, por tanto, de duración ilimitada, conforme, todo ello, a lo dispuesto en los artículos 11 y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que prevalecen frente a la interpretación extensiva de preceptos reglamentarios.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: A) En cuanto al punto primero de la nota de calificación: Que el defecto apuntado es inexistente y, como alega el recurrente, del artículo 379.1 del Reglamento del Registro Mercantil se desprende la plena vigencia de la certificación de la denominación social. B) En lo referente al punto tercero de la nota de calificación: Que en cuanto a si en una sociedad limitada debe constar el plazo de duración en el cargo de los administradores, hay que señalar que, según los artículos 11 y 13 de la Ley de dichas sociedades y 124 y 174.8 del Reglamento del Registro Mercantil, salvo lo específicamente regulado en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, será de aplicación a los administradores de la sociedad limitada lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima; por tanto hay que tener en cuenta los siguientes preceptos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas: 9.h), 126 y 138, sin olvidar el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil. De todo lo cual resulta la imperatividad de la constancia del período de duración en el cargo de los administradores de una sociedad limitada o bien que no se pone límite a tal período y que ejerzan su cargo indefinida-

mente (en tanto no les fuera revocado). Que en cuanto a si en los casos de ausencia del plazo de duración en el cargo de los administradores ha de entenderse que el nombramiento se efectúa por tiempo o plazo indefinido, hay también que citar el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que está exigiendo la expresión del período de tiempo de duración y no cabe suponer el plazo indefinido ante su inexpressión. En este sentido se orienta el artículo 1.285 del Código Civil y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981, que son de aplicación analógica.

V. El Notario recurrente apeló, a efectos doctrinales, el anterior acuerdo, manteniendo las alegaciones referentes al punto tercero de la nota de calificación, y añadió: Que la palabra señalar es sinónima de mostrar o indicar, y en este sentido muestra la duración indefinida el simple hecho de que el nombramiento no está sometido a plazo, lo cual es permitido por la Ley (art. 117 CCom) y, además, es algo específico de la naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada. Que el artículo 13 de la citada Ley no habla de plazo, sino de duración, y la duración no sujeta a plazo es indefinida. Que los artículos 1.281, 1.283 y 1.284 apoyan la tesis mantenida. Que las Resoluciones de 24 y 26 de noviembre de 1981 se refieren a sociedades anónimas.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 11 y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 9, 126 y 138 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y 124.3.º y 174.8.º del Reglamento del Registro Mercantil.

Primero.—En el presente recurso se suspende la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada por no expresarse la duración del cargo de administrador, a lo que se opone el recurrente por entender que «el hecho de que el nombramiento no esté sometido a plazo demuestra inequívocamente la duración indefinida del cargo de administrador, lo cual está permitido por la Ley al no estar prohibido (art. 117 CCom) y además es algo específico de la naturaleza de la sociedad limitada».

Segundo.—La cuestión planteada es, pues, la de determinar si está efectivamente exigida la fijación en la escritura de constitución de una sociedad limitada de un plazo de duración para el cargo de administrador o si, por el contrario, cabe estipular que su duración sea indefinida; y en esta última hipótesis, si el no señalamiento de plazo equivale a la previsión de duración indefinida. Queda fuera del recurso lo relativo a la existencia o no de límite temporal máximo en caso de ser necesaria la fijación del plazo.

Tercero.—Debe confirmarse el defecto impugnado toda vez que: a) El artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas (modificado por la Ley 19/1989) ordena la aplicación a los administradores de esta sociedad de lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima, sin más excepciones que las establecidas en aquella Ley; b) La Ley de Sociedades Anónimas quiere indubitadamente la temporalidad del cargo de administrador, sin perjuicio de indefinidas reelecciones, al imponer la fijación estatutaria de un plazo de duración que, además, no podrá exceder de cinco años (vid. arts. 9, 128 y 138 TRLSA), c) El actual artículo 13 de la Ley de Sociedades Limitadas, lejos de excepcionar para la sociedad limitada esta necesaria determinación de plazo, ordena que la escritura social señale el período de tiempo durante el cual los administradores ejercerán el cargo; d) La exigencia de señalamiento de un

período de tiempo para el ejercicio del cargo de administrador es, obviamente, incompatible con la duración indefinida por cuanto el señalamiento de un período de tiempo supone la fijación de sus momentos inicial y final.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 13 de marzo de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.
Sr Registrador Mercantil II de Madrid.

RESOLUCION DE 6 DE MAYO DE 1991

Hechos.—I. El día 11 de mayo de 1990, ante don Carlos Vázquez Balbontín, Notario de Madrid, se otorgó la escritura de constitución de «Tecnogrount, Sociedad Limitada».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos subsanables: 1.º No determinarse el órgano social que pueda establecer, suprimir o trasladar sucursales, agencias o delegaciones (art. 174 5.º RRM). 2.º Hablarse de varias posibilidades de órganos de administración, lo que contradice el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º No determinarse la forma de deliberar y tomar acuerdos de las Juntas de Socios (arts. 174, 177 y 124 del RRM). 4.º No hacerse regulación alguna del órgano de administración y representación social (número, plazo, modo de actuación, retribución, etc.).—Madrid, 18 de septiembre de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación.

IV. El Registrador dictó acuerdo por el que reforma la nota de calificación recurrida en el sentido de dar por no puestos los defectos alegados en ella, excepción hecha del relativo a la indeterminación en la escritura del tiempo durante el cual los administradores solidarios nombrados ejercerán sus cargos, que se mantiene, e informó. Que la Reforma de 25 de julio de 1989 ha querido que la normativa reguladora de las sociedades anónimas sea fuente supletoria de primer grado de las sociedades de responsabilidad limitada. Que dicha Ley en materia de administradores lleva a cabo una innovación importante en comparación con la legislación anterior, que es la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas excepto en lo referente a la duración del cargo, que no tendrá que estar limitado por el tope máximo de cinco años. Que son aplicables a los administradores de las Sociedades de Responsabilidad Limitada los artículos 9.h) de la Ley de Sociedades Anónimas, 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de los que se deduce que la intención del legislador es que en las escrituras sociales figure el tiempo durante el cual podrán ejercer sus cargos los administradores nombrados, ya señalándoles un plazo específico o excluyendo cualquier plazo, mediante designación por tiempo indefinido.

V. El Notario recurrente se alzó contra el anterior acuerdo y alegó: 1) Que la no necesidad de plazo para el ejercicio del cargo de administrador en un

principio configurador de la sociedad limitada, específico y contrario a los de la sociedad anónima. 2) Que la fijación de plazo o no queda dentro de la autonomía de la voluntad y sujeto a las reglas de interpretación de los artículos 50 y 57 del Código de Comercio y 1.281 a 1.289 del Código Civil, apoyados por el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 117 del Código de Comercio, 174.14 del Reglamento del Registro Mercantil y 1.1 de la Constitución Española. 3) Que, por ello, un plazo voluntario no expresado es que no ha sido pactado, y lo que no está sujeto a plazo es de duración indefinida. 4) Que La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en definitiva, no puede convertirse por vía de interpretación en un anejo pobre de la Ley de Sociedades Anónimas. Al contrario, es una Ley abierta a las necesidades de los individuos, más flexible y con más posibilidades de adaptarse al contexto social en que nos movemos cada día. Este es el verdadero sentido y significado de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 9 y 126 de la Ley de Sociedades Anónimas; 11 y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 124, apartado 3.º y 174.8.º del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En el presente recurso se debate exclusivamente sobre si la no fijación en la escritura social de la duración del cargo de administrador de una sociedad limitada implica duración indefinida, como sostiene el recurrente, o si, por el contrario y como estima el Registrador, «ha de figurar en ella el tiempo durante el cual pueden ejercer sus cargos los administradores nombrados, ya señalando un plazo específico o excluyendo cualquier plazo mediante designación por tiempo indefinido».

2. No debe examinarse ahora si la no fijación de la duración del cargo de administrador implica efectivamente duración indefinida, pues es esta misma hipótesis —la de duración indefinida, independientemente de cómo se establezca— la que el legislador ha querido excluir. Así, resulta de las siguientes consideraciones: *a)* El mismo artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ordena aplicar a los administradores de la limitada lo dispuesto para los de la sociedad anónima, dejando a salvo lo establecido en esta Ley; *b)* Los artículos 9 y 126 de la Ley de Sociedades Anónimas imponen la fijación estatutaria de un plazo de duración del cargo de administrador; *c)* La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no sólo no es contraria a esa fijación de plazo, sino que la presupone en su artículo 13 cuando establece que los administradores ejercerán su cargo durante el período de tiempo que señale la escritura; *d)* Es inequívoco que las expresiones «plazo» y «período de tiempo» tienen idéntico significado y que éste es totalmente opuesto a «duración indefinida»; *e)* Así, resulta también del artículo 174.8.º del Reglamento de Registro Mercantil, en relación con el apartado 3 del artículo 124.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la suspensión del asiento, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 6 de mayo de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

RESOLUCION DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1992

Hechos.—I. En 13 de marzo de 1991, ante el Notario de Valencia don Mariano Arias Llamas, se procede por parte del administrador de la sociedad «Impact Records, Sociedad Limitada», especialmente facultado para ello, a la elevación a públicos de los acuerdos tomados por la Junta universal de la sociedad, y entre ellos el de adaptación de los Estatutos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas. Entre los preceptos estatutarios nuevamente redactados se encuentra el artículo 16, según el cual: «Para ser administrador no se precisará ser socio. Cada administrador ejercerá su cargo durante el plazo que le señale la Junta al nombrarlo. Si no se fija plazo ejercerá su cargo por treinta años». Por su parte, el título III de los Estatutos está dedicado a la Junta de socios, conteniéndose en el artículo 25 de los mismos una remisión a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al señalarse que: «En todo lo no previsto en estos Estatutos se aplicarán las disposiciones de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada vigente a la que se ha designado en el articulado en algunas ocasiones como Ley especial».

II. Dicha escritura fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «No admitida la inscripción del presente documento que fue presentado el 26 de abril de 1991, reiterado y devuelto el 15 de mayo de 1991 por observarse los defectos siguientes: 1) Exceder el plazo de nombramiento de administradores del máximo de cinco años establecido en los artículos 9.h) y 126 de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable a las sociedades limitadas por la remisión contenida en el artículo 11 de esta última norma legal y la doctrina que se deduce de la Resolución de 13 de marzo de 1991 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 2) No contener los Estatutos la forma de deliberar de la Junta exigida por el artículo 174.9 del Reglamento del Registro Mercantil. Siendo insubsanables los referidos defectos, no procede anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.—Valencia, 31 de mayo de 1991. Firmado: La Registradora Mercantil número 2, Laura María Cano Zamorano.»

III. Contra dicha calificación interpuso el Notario autorizante de la escritura recurso gubernativo, alegando: Con respecto al primero de los defectos señalados en la nota, que la normativa anterior a la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no establecía un plazo especial para la duración del cargo de administrador, por lo que la doctrina y práctica venían admitiendo que la duración de dicho nombramiento podía hacerse por tiempo indefinido; que la reforma de 25 de junio de 1989 de las sociedades de responsabilidad limitada establece una remisión en materia de administradores de la sociedad a lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima, pero deja a salvo lo dispuesto en la propia Ley, y ésta en su artículo 13, párrafo primero, establece que los administradores ejercerán el cargo durante el período de tiempo que señale la escritura social, de forma que si se aplicare directamente el plazo de cinco años de la Ley de Sociedades Anónimas el artículo 13, párrafo primero, no tendría ningún sentido; que la Resolución de 13 de marzo de 1991 invocada por la Registradora lo único que excluye es la duración indefinida, que con respecto al segundo de los defectos señalados, la Resolución de 24 de enero de 1986 considera que la Ley de Sociedades Anónimas regula la Junta general en todos sus aspectos, por lo que no es necesario reproducir reglas fundamentales idénticas a las legales cuando en los mismos Estatutos se haga constar la remisión al contenido de la Ley, remisión que en los Estatutos calificados se hace expresamente en el artículo 25; que aunque

dicha resolución se refiere al texto de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, lo cierto es que la actual regula aún de forma más completa todo lo relativo a las Juntas generales.

IV. La Registradora dictó acuerdo manteniendo su calificación en todos sus extremos y alegando que: El recurso plantea en cuanto al primer defecto de la nota de calificación un problema de interpretación en parte resuelto en las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 13 de marzo de 1991 y 6 de mayo del mismo año; que es fundamental para resolver la cuestión planteada el estudio del artículo 13 de la Ley y la doctrina que puede deducirse de las dos resoluciones citadas, y así el texto legal dice que los administradores ejercerán el cargo durante el período de tiempo que señale la escritura social, y el artículo 11 de la misma añade que será de aplicación a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto para los de la sociedad anónima, salvo lo establecido en esta Ley; que bajo estas premisas la cuestión a dilucidar es si son también aplicables a los administradores de las sociedades limitadas el plazo máximo de cinco años establecido en los artículos 9.h) y 126 de la Ley de Sociedades Anónimas y si la frase «período de tiempo» del artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada excluye los nombramientos por tiempo indefinido; que esta segunda cuestión fue claramente resuelta en las resoluciones citadas en que se estableció que período de tiempo implica la fijación de sus momentos inicial y final, lo que supone la imposibilidad de nombramientos por tiempo indefinido; que con respecto a la primera, las resoluciones no entraron en la misma, pero de ellas puede deducirse la doctrina aplicable; que efectivamente en la Resolución de 13 de marzo de 1991 se dice que el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lejos de excepcionar para la sociedad limitada esta necesariamente determinación del plazo, ordena que la escritura social señale el período de tiempo durante el cual los administradores ejercerán el cargo, y en el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 6 de mayo de 1991; que ambas resoluciones se remiten constantemente a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas y que tales remisiones serán inútiles si la norma del artículo 13 supusiera una norma de excepción porque entonces no sería de aplicación la Ley de Sociedades Anónimas, lo que lleva a la conclusión de que la limitación temporal de los cinco años se aplica igualmente a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada; que dicha remisión además de contenida en las resoluciones aparece también en la normativa legal y no sólo en el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que tiene carácter general, sino también específicamente en lo referente al plazo en el artículo 174.8 del Reglamento, que al tratar de las inscripciones de sociedad de responsabilidad limitada dice que en la inscripción deberá constar necesariamente la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad en los términos previstos en el artículo 124 y las demás menciones a que se refiere dicho precepto, y entre dichas menciones está la referente al plazo de duración del cargo (art. 124 3), sin olvidar que dicho precepto se encuentra en el capítulo IV referente a la inscripción de las sociedades anónimas al que se remite el artículo 174, que es específico de las de responsabilidad limitada, por lo que en este punto es la Ley de Sociedades Anónimas la que rige; que si bien antes no se establecía plazo para el nombramiento de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada, por lo que era habitual el nombramiento por tiempo indefinido, la nueva legislación ha supuesto en este punto un giro de 180 grados,

que, de otra parte, reconocido por las dos resoluciones que «período de tiempo» es sinónimo de «plazo», lo que necesariamente implica temporalidad, la no exigencia de un plazo máximo llevaría a situaciones absurdas por cuanto bastaría realizar nombramientos por cien o doscientos años para burlar la exigencia de temporalidad; que no resulta creíble que la voluntad del legislador haya sido establecer un plazo pero sin límite, lo que equivale a no establecer plazo, que en la escritura calificada el plazo puede ser tan largo como se quiere, puesto se dice que será el que señale la Junta al nombrarlo y en su defecto el de treinta años, de forma que la libertad es total: que, por último, por lo que se refiere a este defecto se podría arguir que la frase del artículo 11 «salvo lo establecido en esta Ley» quedaría sin contenido si no existieran excepciones a la regla general, pero es así porque la excepción está contenida específicamente en el artículo 13.2 en el que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se separa claramente de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a los quórum para la separación de los administradores; que en lo demás la equiparación del régimen con la Ley de Sociedades Anónimas es absoluta; que con respecto al segundo defecto de la nota se omite en la escritura la forma de deliberar de la Junta, requisito que exigen tanto la Ley como el Reglamento del Registro Mercantil en sus artículos 7.9 y 174.9, respectivamente, de cuyo carácter imperativo no cabe dudar dada la expresión «necesariamente» contenida en el último de ellos, que, por tanto, en la escritura debe constar la forma o modo de deliberar la Junta y la de tomar o adoptar acuerdos, punto en que la legislación nueva se acomoda a la anterior, de forma que es claro que el legislador nuevo ha considerado útil tal exigencia al mantenerla específicamente; que el Notario alega en su favor la Resolución de 24 de enero de 1986, según la cual la Ley de Sociedades Anónimas regula la Junta general en todos sus aspectos, por lo que no es necesario reproducir reglas fundamentales idénticas a las legales cuando en los mismos Estatutos se haga constar la remisión al contenido de la Ley, que ello es evidente y no se discute, sino que se discute si efectivamente en la Ley está regulada la forma de deliberar la Junta, porque si ello es así la remisión será suficiente, pero no así en caso contrario; que ocurre que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada regula la Junta en sus artículos 14 a 17, pero silencia totalmente la forma de deliberar, y en el artículo 15 se remite en todo lo no previsto en la Ley a lo dispuesto para la Junta General de accionistas, por lo que habrá de comprobarse si en la Ley de Sociedades Anónimas se regula tal materia; que tampoco en la Ley de Sociedades Anónimas se contiene ninguna referencia en orden a la forma de deliberar, por lo que la Ley no puede suplir la omisión sufrida en la escritura al no consignar una circunstancia específicamente exigida en la norma; que la cuestión no es nueva y se ha planteado en dos Resoluciones recientes de 4 de febrero de 1991 y 7 de marzo del mismo año, pero no ha sido resuelta porque tratándose la primera de un recurso a efectos doctrinales la Dirección General de Registros y Notariado resolvió que la cuestión no tenía interés suficiente y en la segunda el Notario desistió de su recurso; que si la primera resolución consideró que la cuestión no tenía suficiente interés doctrinal es, sin duda alguna, por la absoluta claridad del precepto que exige la constancia de tal requisito en la escritura y en la inscripción, no pudiéndose presumir la postura contraria, o sea, la de que no hace falta cumplirlo porque entonces no tendría sentido que el legislador hubiera mantenido la exigencia de la constancia; que cuestión diferente es la de cuándo se entiende cumplido tal requisito, es decir, si la regulación debe hacerse de modo sumario o am-

plio, porque ello no se dice en la Ley; que en este punto las fórmulas pueden ser breves, pero deben constar en la escritura y no por remisión; que analógicamente la cuestión ha quedado resuelta para otras materias por la Dirección General de Registros y Notariado en las Resoluciones de 27 y 28 de febrero de 1991, 18 y 20 de febrero de 1991, de las que se desprende la doctrina de que las menciones que necesariamente deben constar en las escrituras no pueden considerarse cumplidas por la remisión que se haga en ellas a la decisión a adoptar por una persona u órgano social; que en nuestro caso el defecto es patente por no contenerse en la escritura regulación alguna, ni aun breve, de esta cuestión ni contemplarse la misma en la Ley.

V. El Notario interpuso contra dicho acuerdo recurso de alzada ante la Dirección General de Registros y Notariado reiterando las alegaciones hechas en su escrito de recurso y añadiendo que: La Resolución de 7 de marzo de 1991 señala que resulta absurdo pretender que las previsiones específicas de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hayan de desnaturalizarse o alterarse para adecuarlas a las subsidiarias de la Ley de Sociedades Anónimas; que tal subsidiariedad supone el pleno respeto de aquéllas y sólo cuando faltaren o fueran incompletas se aplicarán las de la Ley de Sociedades Anónimas, pero en este caso la complementación no puede llevarse al extremo de exigir la desvirtuación de la previsión a completar, que la remisión del artículo 174.8 del Reglamento del Registro Mercantil al artículo 124 del propio Reglamento como norma reglamentaria ha de quedar supeditada a la norma superior del artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; que en la escritura calificada no se pretende seguir manteniendo la duración indefinida del cargo de administrador, ya que la previsión de treinta años está hecha para permitir que los socios puedan nombrar a los administradores por período de tiempo inferior a treinta años y que este plazo es supletorio, no pudiendo equipararse con un período de tiempo indefinido.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 131.1 y 126 de la Ley de Sociedades Anónimas; 7.1, 9 y 13.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 174.9 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. El primero de los defectos de la nota impugnada plantea la cuestión de si puede fijarse en los Estatutos de una sociedad limitada un plazo de duración del cargo de administrador superior al límite de cinco años previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Ciertamente, el artículo 13.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada reclama la fijación de un límite temporal máximo dentro del cual deba desenvolverse la libertad de estipulación reconocida a los constituyentes de la sociedad limitada, pero ello no supone necesariamente que, en función de la premisa inicial del artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, haya de aplicarse sin más a los administradores de este tipo social el límite previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por el contrario, la interpretación de aquel precepto, el 13.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en armonía con la flexibilidad y amplia libertad de estipulación que caracteriza la normativa legal de la limitada, más parece convenirse con una mera voluntad legislativa de confiar totalmente la regulación de este extremo a la autonomía privada, sin más condicionamientos que la necesidad de efectiva previsión específica al respecto; esa interpretación, en conjunción con la prevalencia indubitada de las

previsiones específicas recogidas en la propia Ley reguladora del tipo social de la limitada, se oponen a la aplicación a los administradores de ésta, de la limitación temporal fijada para los de la anónima.

3. Respecto al segundo de los defectos de la nota impugnada —no previsión estatutaria de la forma de deliberar de la Junta—, no procede su confirmación por más que se invoque en su favor la rígida literalidad de los artículos 7.9 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 174.9 del Reglamento del Registro Mercantil, toda vez que ello conduciría, bien al establecimiento de previsiones inútiles por falta de efectivo contenido o bien a la formulación de regulaciones rígidas o demasiado casuísticas, que, en definitiva, acabarían entorpeciendo más que facilitando el desenvolvimiento mismo de esas reuniones; y sin que por ello pueda entenderse vulnerado el mandato contenido en los preceptos mencionados, pues interpretados en armonía con la evidente necesidad de garantizar la fluidez en el desarrollo de las deliberaciones y con la variabilidad y diversidad de las circunstancias que pueden concurrir en cada caso, apunta más a una posibilidad a la hora de conformar los Estatutos sociales que a una exigencia inexcusable en su contenido.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el acuerdo y la nota del Registrador.

Madrid, 15 de septiembre de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sra. Registradora Mercantil de Valencia.

Comentario.—La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 no exigía que la escritura social señalase el plazo de duración del cargo de administrador. La creencia común en la doctrina, confirmada por la práctica notarial y registral, era que, de no señalarse expresamente un plazo determinado, los nombramientos se hacían por tiempo indefinido.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, que modificó algunos preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, alteró esta situación. Si bien el artículo 7, número 8, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo exige que la escritura mencione «la persona o personas que hayan de ejercer la administración y representación de la sociedad», el artículo 13 dice ahora que «los administradores ejercerán el cargo durante el período de tiempo que señale la escritura social». Recogiendo esta exigencia, el artículo 174.8.^a del Reglamento del Registro Mercantil señala que «en la inscripción primera de las sociedades de responsabilidad limitada deberán constar necesariamente las circunstancias siguientes: .. la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 124, y las demás menciones a que se refiere dicho precepto».

Entre esas menciones está «en todo caso (...) el plazo de duración de su cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren (art. 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil)».

Las resoluciones de la Dirección General que ahora comentamos hacen referencia a dos cuestiones: la posibilidad de que la escritura social fije un plazo ilimitado de duración para los administradores de la sociedad limitada y, en caso contrario, si dicho plazo puede exceder del de cinco años establecido como máximo para las sociedades anónimas en el artículo 126 de su Ley especial

En unos comentarios publicados poco después de entrar en vigor la reforma de la legislación mercantil, RUANO BORRELLA (1) mostraba un criterio muy flexible en esta cuestión. Tajantemente, decía que «la duración del cargo de administrador no tiene el límite de tiempo de los cinco años establecido para las sociedades anónimas». Y a continuación se planteaba dos problemas: el primero, si eran admisibles los nombramientos hechos por tiempo indefinido. El segundo, si en caso de admitirse tal posibilidad podía entenderse que los nombramientos hechos sin determinación de plazo lo eran por un período de tiempo ilimitado.

Respecto a la primera pregunta, RUANO reconocía que la expresión «período de tiempo» que emplea la Ley era poco compatible con una duración indefinida, pero con buen sentido práctico se inclinaba por admitir ésta. Si puede señalarse cualquier plazo —treinta años, cien, mil—, ¿qué diferencia real existe entre los mil años y la duración indefinida?, decía. En cambio, no estimaba que el silencio fuese equivalente al nombramiento por tiempo ilimitado, ya que, como decía DE CASTRO, el silencio por sí mismo no significa más que carencia de expresión, y de la nada no cabe sacar ninguna consecuencia positiva.

También BOLAS AFONSO (2) mantenía un criterio generoso al decir en su comentario al artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que, «dado el tenor del precepto, es indiscutible que la fijación de un plazo de duración superior a cinco años es admisible. En cuanto a la posibilidad del nombramiento por tiempo indefinido, la respuesta ha de ser afirmativa —continuaba diciendo— porque la Ley sólo exige que se exprese el período de tiempo, y al señalarse éste con carácter indefinido se cumple con tal exigencia».

Mucho más matizada era la postura de RODRÍGUEZ ADRADOS (3). Al decir el artículo 13.1 de la Ley que los administradores ejercerán su cargo durante el período de tiempo que señale la escritura social, obliga a la escritura a fijar un «período de tiempo», un plazo de duración del cargo, ya que esa expresión es difícilmente compatible con una duración indefinida. «La posibilidad de duración indefinida —decía literalmente— era más razonable, pero ante estos textos le va a ser muy difícil a la práctica mantenerla».

Puede comprobarse fácilmente en los Registros Mercantiles que hasta la publicación de la Resolución de 13 de marzo de 1991 la inscripción de los nombramientos de administradores de sociedades limitadas hechos por tiempo indefinido se admitía sin dificultad. El criterio de RUANO y de BOLAS no era extravagante ni excepcional, sino que lo compartían muchos Registradores. La nota de calificación de la escritura que motivó la Resolución de 13 de marzo de 1991 responde exactamente a ese criterio, pues en ella el Registrador únicamente invocaba el defecto de «no expresarse la duración en el cargo de administrador», y no el que esta duración fuese ilimitada.

(1) RUANO BORRELLA, JUAN PABLO, «El órgano de administración después de la reforma de 1989», en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, tomo II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991.

(2) BOLAS AFONSO, JUAN, y otros, *La sociedad de responsabilidad limitada*. Civitas, 1991.

(3) RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO, «Las sociedades de responsabilidad limitada» *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1989.

Frente a esto, el Notario alegó, sin mucha convicción, que en la sociedad limitada el plazo de duración del cargo no era esencial y que al no señalarse éste había que inclinarse por la duración indefinida. La réplica del Registrador insistía en el criterio de RUANO antes expuesto: los preceptos legales y reglamentarios exigían que se hiciera constar el período de duración de los administradores en el cargo o bien —posibilidad expresamente admitida— que no se ponía límite a tal período y que, por tanto, ejercerían su cargo indefinidamente.

La Dirección General fue mucho más lejos de lo que pedía el Registrador, por lo que, más que de confirmar el defecto impugnado, deberíamos hablar de denegación de la inscripción por motivos diferentes de los alegados por aquél. «La cuestión planteada —dijo el Centro Directivo— es la de determinar si está efectivamente exigida la fijación en la escritura de constitución de una sociedad limitada de un plazo de duración para el cargo de administrador o si, por el contrario, cabe estipular que su duración sea indefinida y, en esta última hipótesis, si el no señalamiento de plazo equivale a la previsión de duración indefinida». Es patente el interés de la Dirección, en la etapa inmediata a la entrada en vigor de la reforma mercantil, por fijar criterios claros, aun a riesgo de invadir cuestiones ajenas a las planteadas. Sin embargo, frenaba a tiempo su afán clarificador cuando decía que «queda fuera del recurso lo relativo a la existencia o no de límite temporal máximo en caso de ser necesaria la fijación del plazo».

El criterio de la Dirección General fue abiertamente contrario a la tesis de RUANO y de BOLAS. La Ley de Sociedades Limitadas, dijo, ordena que la escritura señale el período de tiempo durante el cual los administradores ejercerán el cargo, lo cual es incompatible con la duración indefinida por cuanto el señalamiento de un período de tiempo supone la fijación de sus momentos inicial y final. Los demás argumentos esgrimidos por la Dirección General —aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas— eran muy secundarios y no hacían sino reforzar esta interpretación literal del artículo 13 de la Ley Especial de Sociedades Limitadas.

La Resolución de la Dirección de 6 de mayo de 1991 parte de un supuesto de hecho similar. En lo relativo a la fijación del plazo de duración del cargo de administrador, el Registrador pedía tan sólo que figurase el tiempo durante el cual se ejercería dicho cargo, «ya señalándose un plazo específico o excluyendo cualquier plazo mediante designación por tiempo indefinido». En aquel momento —septiembre de 1990— en el Registro Mercantil de Madrid se inscribían sin dificultad los nombramientos de administrador hechos por tiempo ilimitado.

La Dirección repitió, con leves variaciones, lo que había dicho en su Resolución de 13 de marzo y únicamente aclaró —lo que no es mucho— que las expresiones «plazo» y «período de tiempo» tienen idéntico significado y que éste es totalmente opuesto a «duración indefinida».

De esta manera, los Registradores Mercantiles nos encontrábamos a mediados del año 1991 con una jurisprudencia registral contraria a los nombramientos hechos por tiempo indefinido, pero que no aclaraba si existía, como en las sociedades anónimas, un límite máximo. Este criterio jurisprudencial era muy fácil de burlar, pues bastaba con señalar un plazo muy elevado de duración para convertir los nombramientos en ilimitados. Sin llegar al milenio al que aludía RUANO, bastaba con conformarse con treinta, cuarenta o sesenta años, a veces irónicamente reelegibles por otros períodos iguales.

Por aquellas fechas comenzó a gestarse un recurso que vino a aclarar la cuestión del límite temporal en la Resolución de 15 de septiembre de 1992. Se otorgó una escritura de adaptación de estatutos de una sociedad limitada que incluía la siguiente cláusula: «Cada administrador ejercerá su cargo durante el plazo que le señale la Junta al nombrarlo. Si no se fija plazo, ejercerá su cargo por treinta años». Presentada esta escritura en el Registro Mercantil de Valencia, fue calificada desfavorablemente por exceder el plazo de nombramiento del máximo de cinco años establecido en la Ley de Sociedades Anónimas. La aplicación supletoria de esta Ley se deducía del artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del criterio de la Resolución de 13 de marzo de 1991, que ya hemos expuesto.

Es verdad que la Dirección, en su ánimo de dar más argumentos además del puramente literal, había invocado la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas, reclamada por el artículo 11 de la Ley de Limitadas. Pero como decía el Notario recurrente, la remisión dejaba a salvo lo dispuesto en la propia Ley de Sociedades Limitadas, y esta Ley sólo decía que los administradores ejercerían su cargo durante el plazo señalado, sin fijar límite máximo. Lo único que excluía la Resolución de 13 de marzo de 1991 era que ese plazo o período de tiempo no terminara nunca.

La Registradora —como suele decir la Dirección General—, en cambio, defendía la aplicación supletoria del artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas fundándose en que las Resoluciones de 13 de marzo y 6 de mayo de 1991 se remitían constantemente a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas y que tales remisiones serían inútiles si el artículo 13 fuese una norma de excepción, ya que entonces no se aplicaría aquélla. Aparte de invocar el artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil, centraba su argumentación en el razonamiento siguiente: Período de tiempo es sinónimo de plazo, lo que necesariamente implica temporalidad. La no exigencia de plazo llevaría a situaciones absurdas, «por cuanto bastaría realizar nombramientos por cien o doscientos años para burlar la exigencia de temporalidad», lo que era contrario a la intención del legislador.

Estas razones eran las que había utilizado RUANO para admitir la inscripción de los nombramientos hechos por tiempo indefinido. Si no había límite temporal máximo, y podía decirse que los administradores ejercerían su cargo durante cien o doscientos años, ¿por qué no iban a ser válidos aquéllos? La Dirección General había hecho una construcción seguramente coherente con la literalidad de la Ley —aunque un período de tiempo, por ser indefinido, no deja de serlo, al menos en el lenguaje cotidiano—, pero de escasa utilidad práctica. La única posibilidad de salvarla era, en esta tercera entrega, decidirse por la limitación temporal, aplicando el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas.

No se atrevió a tanto. Enfrentada a la cuestión de si podía fijarse en los estatutos de una sociedad limitada un plazo superior al de cinco años que deriva del artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas, reconoció que la flexibilidad y amplia libertad de estipulación que caracteriza la sociedad limitada permite dejar la determinación de este extremo a la autonomía privada, sin que sea aplicable el límite temporal propio de la sociedad anónima.

Así, la exigencia impuesta por las Resoluciones de 13 de marzo y 6 de mayo de 1991 ha quedado reducida a una mera formalidad. Tratar ahora de fijar un límite entre un plazo razonable de duración y uno desmesurado nos llevaría a una casuística inútil y desorientadora, por lo que no cabe oponer reparo

alguno a cualquier período de duración que señale una escritura de constitución de sociedad limitada. Tal vez por eso el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha abandonado la idea del plazo y reconoce que «los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los Estatutos sociales establezcan un plazo determinado».

Hay un problema adicional que ninguna resolución ha tratado hasta ahora y que no aparece correctamente formulado en las disposiciones transitorias de la nueva legislación. Este problema es el de la caducidad de los nombramientos de administradores de sociedades limitadas hechos por tiempo indefinido, al amparo de la legislación anterior, y no admitidos ahora por la jurisprudencia registral.

La disposición transitoria segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, dice genéricamente que las disposiciones de las escrituras y Estatutos de la sociedad limitada que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor, por lo que parece, a primera vista, que tales nombramientos han caducado. Sin embargo, parece más prudente aplicar el criterio de la disposición transitoria cuarta del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual los nombramientos hechos por tiempo indefinido que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas caducarán a los cinco años de la entrada en vigor del Reglamento, esto es, en 1995. Es posible, de todas formas, que para dicha fecha ya esté en vigor la nueva legislación de sociedades limitadas, en la que, aparte de admitir los nombramientos por tiempo ilimitado, se dará solución adecuada a esta cuestión.

La Resolución de 15 de septiembre de 1992 se refiere también a una cuestión que comentamos en otra ocasión (4) y que es la de si las escrituras de constitución de sociedad limitada han de regular la forma de deliberar la Junta General. La Dirección General desecha la aplicación rígida de los artículos 7.9 de la Ley de Sociedades Limitadas y 174.9 del Reglamento del Registro Mercantil por entender que dicha regulación conduciría al establecimiento de previsiones inútiles o a la formulación de regulaciones rígidas que, en definitiva, acabarían entorpeciendo el desenvolvimiento mismo de esas reuniones. Y con la misma desenvoltura que en aquellas resoluciones, atribuye a los preceptos invocados por la Registradora carácter dispositivo diciendo que «apuntan más a una posibilidad a la hora de conformar los Estatutos sociales que a una exigencia inexcusable en su contenido».

JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA
Registrador Mercantil de Guipúzcoa

EN LAS PARTICIONES HEREDITARIAS ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DEL HEREDERO INSTITUIDO BAJO CONDICION SUSPENSIVA. (RESOLUCIÓN DE 16 DE JULIO DE 1991. BOE DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1991.)

Hechos —I. El día 17 de agosto de 1983 falleció don Carmelo García de la Cruz Gómez-Miguel, y como consecuencia su esposa, doña Matilde Grau Es-

(4) TORRENTE, JOAQUÍN, «Comentario a las Resoluciones de 4 y 20 de febrero y 7 de marzo de 1991», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre 1992

coda, practicó inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación de los bienes relictos al fallecimiento de su esposo, según testamento abierto otorgado por éste ante el Notario de Consuegra don Francisco Javier Hijas Fernández el día 11 de diciembre de 1978, en el que la instituyó única heredera de todos sus bienes presentes y futuros en pleno dominio, sujetando esta institución a la condición de que la esposa no contraiga de nuevo matrimonio y para el caso de que lo contraiga le lega la mitad de su herencia en pleno dominio y la otra mitad en usufructo vitalicio, con lo que atenderá pagada de su cuota viudal; y a su sobrino carnal, don Manuel García de la Cruz Aguilar, la nuda propiedad de la mitad de su herencia, que se consolidará con el usufructo al fallecimiento de la usufructuaria.

El día 20 de enero de 1984, ante el Notario de Madrid don Antonio de la Esperanza Martínez-Radío, se otorgó escritura de protocolización del citado cuaderno particional en la que la viuda se adjudica el 50 por 100 de los bienes inventariados en pleno dominio, adjudicándose igualmente el restante 50 por 100, con expreso sometimiento a la condición de reserva dispuesta en el testamento de su esposo.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 33 de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Denegada la inscripción del precedente documento, en cuanto a las fincas números 11 y 12 del inventario, por observarse el defecto que se estima insubsanable siguiente: No constar el consentimiento del heredero don Manuel García de la Cruz Aguilar instituido bajo condición suspensiva ni, por falta de este consentimiento, haberse expresado en el mismo carácter provisional de la partición practicada, conforme al artículo 1.054 del Código Civil. La índole del defecto observado impide tomar anotación preventiva de suspensión.—Madrid, 20 de marzo de 1989.—El Registrador.—Firmado: Antonio Cabrerizo Morales.

III. El Procurador de los Tribunales don Jesús Verdasco Triguero, en representación de doña Matilde Grau Escoda, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la calificación recurrida se apoya en unos argumentos contrarios a derecho y la propia disposición testamentaria. 1) Que en cuanto a la falta de consentimiento del heredero don Manuel García de la Cruz Aguilar: a) Que con tal expresión se está instituyendo heredero a quien todavía no puede ostentar tal condición, toda vez que la misma esté supeditada a que la esposa contraiga nuevo matrimonio, por lo que de ninguna manera puede pretenderse consentimiento alguno de quien no fue llamado a la herencia siempre que la condición dispuesta en el testamento quede a salvo, tal como sucede en el caso que se contempla; y b) Que no puede alegarse falta de consentimiento por parte de don Manuel García de la Cruz sobre la adjudicación de herencia practicada por la viuda, sino que existe una convalidación expresa en base a determinados hechos ocurridos con posterioridad a dicha adjudicación. 2) Que en cuanto no haberse expresado el carácter provisional de la partición practicada es una alegación carente de fundamento, por cuanto en la escritura de protocolización de cuaderno particional se recoge expresamente que el 50 por 100 de bienes inventariados se los adjudica la esposa del difunto, sometidos a la reserva dispuesta en el testamento del causante, con indicación expresa al señor Registrador del Impuesto sobre Sucesiones para que tenga en cuenta tal condición. 3) Que en lo referente a los fundamentos de derecho hay que citar a *sensu contrario* el artículo 1.054 del Código Civil y demás concordantes que sean de aplicación.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que

la viuda por sí sola y durante toda su vida, pues hasta el momento antes de expirar puede contraer nuevas nupcias (*in articulo mortis*) no puede dar carácter de partición definitiva a los bienes sin la intervención y consentimiento expreso del coheredero, aunque éste lo sea bajo condición suspensiva. La mayoría de los tratadistas modernos entienden que el artículo 1.054 del Código Civil se refiere exclusivamente a la institución bajo condición suspensiva, y en cuanto a esta figura jurídica hay que tener en cuenta lo declarado en las Resoluciones de 19 de abril de 1890, 31 de mayo de 1891, 7 de julio de 1932 y 4 de noviembre de 1935, y las Sentencias de 11 de junio de 1897, 25 de octubre de 1898, 31 de enero de 1903 y 29 de enero de 1916 que fundamentan la calificación recurrida.

V. El Notario autorizante informó. Que en el caso contemplado y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.054 del Código Civil, la participación puede hacerse (arts. 1.056, 1.057 y 1.058 del mismo texto legal) y protocolizarse con las siguientes particularidades: Que se establece una cautela en cuanto posibilitar y hasta precisar la presencia de los herederos condicionales en el acto particional a fin de prestar su conformidad a las garantías que se ofrecen para asegurar a sus derechos o renunciar a las mismas (art. 6.2 del Código Civil), que pueden efectuarse en el mismo acto particional o en acto separado con posterioridad; y en cuanto a los resultados de la partición, se aseguren o no los derechos del heredero condicional, la partición siempre será provisional. Que en el caso que se contempla la adjudicación de determinados bienes «a reserva» tendría virtualidad para dotar de firmeza a la adquisición que como libre y sin restricciones se hace doña Maltilde Grau, pero es menester que así lo acepte don Manuel García de la Cruz; pero siempre será provisional en cuanto a la otra mitad, cuya adquisición definitiva dependerá necesariamente de que la condición se cumpla o no. También la partición quedará purificada y definitiva en caso de repudiación por parte del llamado condicionalmente, de su indignidad para suceder o de su muerte; y si el heredero condicional no presta su consentimiento a la partición o no acepta las garantías que se le ofrecen, aún puede obtenerse la autorización del Juez, que éste presentará si prudencialmente lo estima oportuno. Autorización judicial que también puede obtenerse *a posteriori*. Que el cuaderno particional protocolizado puede admitirse que la locución «a reserva» indica de modo suficientemente claro y expresivo la provisionalidad de la partición y su sometimiento a que la adjudicataria permanezca en estado de viudez.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 1.054 del Código Civil y 83 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 20 de junio de 1956, 19 de noviembre de 1960 y 14 de septiembre de 1964.

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniendo sus alegaciones, y añadió: Que la escritura de protocolización de operaciones particionales fue realizada de forma unilateral por la viuda en su condición de única y universal heredera de su fallecido esposo, y ello de conformidad con el artículo 1.054 del Código Civil. Que la valoración de los bienes que integran dicha escritura fue aceptada como correcta por el Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Delegación Provincial de Toledo. Que la escritura citada se hizo respetando las garantías dispuestas en el artículo 800 del Código Civil y que don Manuel García de la Cruz dio su consentimiento expreso a la partición realizada mediante actos posteriores al momento de la protocolización referida.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 759, 799, 801 a 804 y 1.054 del Código Civil y la Resolución de 29 de enero de 1988.

1. En el presente recurso se debate en torno a la inscripción de una partición en la que concurren las siguientes circunstancias: *a)* Es otorgada unilateralmente por el cónyuge supérstite; *b)* Dicho cónyuge había sido instituido por su difunto consorte «única y universal heredera de todos sus bienes presentes y futuros en pleno dominio, pero bajo condición de que la heredera no contraiga nuevo matrimonio. Para el caso de que la heredera contraiga nuevo matrimonio, le lega la mitad de su herencia en pleno dominio y la otra mitad en usufructo vitalicio, con lo que se entenderá pagada su cuota viudal; y a su sobrino carnal, la nuda propiedad de la mitad de su herencia, que se consolidará con el usufructo al fallecimiento de la usufructuaria»; *c)* La viuda se adjudica determinados bienes inventariados para pago del 50 por 100 de la herencia en pleno dominio; e igualmente se adjudica a sí misma «el 50 por 100 de la herencia sometida, este 50 por 100 a reserva en base de lo dispuesto en el testamento de su extinto esposo, adjudicándose los siguientes bienes...»

2. El Registrador deniega la inscripción por no constar el consentimiento del heredero instituido bajo condición suspensiva ni, por falta de este consentimiento, haberse expresado en el mismo (el documento calificado) el carácter provisional de la partición practicada; y esta calificación debe ser confirmada

3. Durante la fase de pendencia de la condición, que para el sobrino es condición suspensiva, el cónyuge viudo puede adjudicarse la totalidad de los bienes que integran el caudal relicto, si bien esa adjudicación ha de tener carácter provisional y, a la vez, ha de asegurarse competentemente el derecho del sobrino (cfr. art. 1.054 del Código Civil); lo que no puede hacer es adjudicarse unilateralmente, de modo definitivo y sin ninguna garantía ni otra intervención, determinados bienes relictos so pretexto de que, en todo caso, le corresponderá la mitad de la herencia en propiedad, pues en el supuesto de contraer nuevo matrimonio y sobrevivir a ese evento el sobrino al que se deja bajo tal condición una porción de la herencia tendría derecho, como cualquier heredero (*vid* art. 1.058 del Código Civil), a intervenir en la partición de la herencia a la que es llamado.

4. Y tampoco puede estimarse la alegación de que el sobrino instituido *sub conditionem* ha consentido tácitamente la partición cuestionada al haber estado presente en la compra que su esposa e hija hicieron a la viuda de determinadas acciones incluidas en el caudal relicto, pues sobre ser necesaria la constancia fehaciente de tal consentimiento para su acceso al Registro (*vid*. art. 3.º de la Ley Hipotecaria), en modo alguno puede inferirse de la presencia en esa compraventa consentimiento alguno al acto particional previo.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 16 de julio de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Comentario.—I. Trata esta resolución de la interesante y poco estudiada cuestión de si en las particiones hereditarias es necesario el consentimiento del heredero instituido bajo condición suspensiva o, en su caso, cómo se puede suplir su falta

El artículo 1.054 del Código Civil se limita a disponer que los herederos bajo condición suspensiva, aun cuando sean conocidos, mayores de edad y no estén incapacitados, no pueden pedir la partición hasta que aquélla se cumpla, pero dado que ello pudiera causar un grave perjuicio a los herederos instituidos puramente, a continuación autoriza a éstos a pedir y llevar a efecto la misma con tal de que aseguren competentemente el derecho de los condicionales para el caso de cumplirse la condición. La partición se entenderá provisional, según el citado artículo, hasta saberse que la condición ha faltado o no puede ya verificarse.

Ante esta insuficiente regulación, que sólo viene completada por el artículo 801 y siguientes del mismo Código, que someten los bienes de la herencia a administración durante dicho período, tres son los problemas fundamentales que se plantean: 1) ¿Cuál es la naturaleza de la partición en que concurren este tipo de herederos? 2) ¿Cuándo se puede hacer la misma? Y 3) ¿Quién puede hacer esta partición?

1. En cuanto al primer problema, he de reconocer que la naturaleza de esta partición es imprecisa. El artículo 1.054 en su inciso final declara, como ya hemos dicho, que «hasta saberse que la condición ha faltado o no puede ya verificarse se entenderá provisional la partición»; pero ¿qué es provisional?

Dos son las posibles soluciones: *a)* Considerar que todos los bienes hereditarios han de adjudicarse a los herederos puros, debiendo rehacerse las adjudicaciones con el heredero condicional cuando la condición se cumpla, en cuyo caso todas las adjudicaciones serán provisionales. O *b)* considerar que deben adjudicarse desde el principio al heredero condicional bienes en proporción a su derecho para que, si la condición no llega a cumplirse, acrezcan éstos a sus coherederos o se les dé el destino que proceda, en cuyo caso únicamente las adjudicaciones del heredero condicional serán provisionales.

BONET, siguiendo a GOYENA, entiende que la provisionalidad afecta a todas las adjudicaciones, basándose fundamentalmente en el tenor literal del artículo 1.054, que dice: «se entenderá provisional la partición», no determinadas adjudicaciones; y del artículo 801, que dispone: «se pondrán los bienes de la herencia en administración» y no los adjudicados al heredero condicional.

Por el contrario, PUIG PEÑA, LACRUZ BERDEJO, DÍEZ-PICAZO y CAMY SÁNCHEZ-Cañete, entre otros, se inclinan en el sentido de que lo provisional es sólo lo referente al heredero condicionado, en tanto que la partición será pura (definitiva) respecto a los demás, a quienes acrecería la parte de aquél si la condición suspensiva no se cumple. Esta segunda opinión es, a mi juicio, más correcta, porque así parece inferirse del análisis conjunto de los artículos 801 a 804, que, entiendo, ordenan la administración únicamente de los bienes del heredero condicional, y si así lo hacen es porque previamente se le han debido de adjudicar, no siendo obstáculo la literalidad del artículo 1.054 porque, aun cuando las adjudicaciones hechas a los herederos puros sean desde el primer momento definitivas, la partición, en su conjunto, sigue siendo provisional. Además, el mismo artículo 1.054 parece seguir este criterio al referir la provisionalidad de la partición sólo al caso de incumplimiento de la condición y no al de su cumplimiento, por lo que en este supuesto (sin perjuicio de las acciones que le competan) el heredero condicionado tendría que conformarse con la partición ya realizada. Este criterio parece ser el defendido por la Resolución de 29 de enero de 1988.

Existe, no obstante, la excepción de aquellos supuestos en que no pueda

saberse, hasta que la condición se cumpla o no, cuál será el número definitivo de herederos y, por tanto, no está determinada *ab initio* la cuota hereditaria de cada heredero (ejemplo: se nombra por partes iguales varios herederos puros y con condición suspensiva los hijos que X tenga al fallecer). La partición podrá realizarse en este caso por los herederos puros, pero sus adjudicaciones no pueden ser definitivas dado que al no saberse si existirán otros herederos y el número de éstos, no podrá realizarse adjudicación alguna en favor de estos otros posibles sucesores.

2. Respecto de si esta partición puede realizarse en cualquier momento o se debe esperar hasta que la condición se cumpla o no pueda ya verificarse, es decir, en el presente caso hasta el fallecimiento de la viuda, la propia dicción del artículo 1.054 nos manifiesta claramente que no debe esperarse para hacer la partición al cumplimiento o no de la condición, porque de otro modo, ¿qué sentido tendría la facultad de los herederos puros de pedir la partición? Este criterio se encuentra avalado también por las siguientes razones:

a) El principio de que ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia (art. 1.051 del CC) a menos que el testador expresamente prohíba la partición, lo cual no puede entenderse por el solo hecho de instituir a un heredero bajo condición suspensiva. Sólo en el supuesto de estar todos los herederos sujetos a condición suspensiva no sería posible la partición.

b) El principio de intangibilidad de la legítima (art. 813 del CC), ya que sobre ésta no puede establecerse condición alguna, si bien en este caso, aunque el heredero puro es legitimario (el cónyuge viudo), la condición no grava la legítima

c) Los gravísimos perjuicios económicos que para los coherederos puros puede suponer el mantenimiento de la indivisión de la herencia al extraer los bienes que la integran del tráfico jurídico e imponer una administración conjunta no querida y avocada a litigios.

d) El artículo 801, que al poner en administración los bienes de la herencia correspondientes al heredero condicional (según la teoría que defendemos) presupone una previa partición.

3. Ahora bien, en esta partición ¿es exigible el principio de unanimidad?, es decir, ¿podrán llevar a cabo ésta sólo los herederos puros o será necesario el consentimiento de los herederos condicionales o, en su caso, de sus representantes?

Una solución sería la de exigir el consentimiento de los herederos condicionales o, de no ser este posible, el de sus representantes, dado que en las particiones es necesario que todos los herederos presten su consentimiento (art. 1.058 del CC). Este criterio es defendido por PEDRO AVILA y por la citada Resolución de 29 de enero de 1988 para un supuesto de llamamiento a *nondum concepti*, pues éste no es otra cosa que un llamamiento sujeto a la condición suspensiva del nacimiento o no de los mismos. Fundamenta la Dirección General de los Registros y del Notariado la necesidad del representante en la siguiente argumentación: a) en estas particiones, y en la posterior administración de lo que se adjudique al heredero sujeto a condición suspensiva, se estará a lo dispuesto en los artículos 801 a 804 inclusive del Código Civil, correspondiendo dicha administración a los coherederos sin condición con derecho de acrecer al heredero condicional. b) Como el artículo 804 del Código

Civil establece que dichos administradores tendrán los mismos derechos que los que lo son de los bienes de un ausente y, como a éstos, a su vez, le son aplicables los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela (art. 185 del CC) y tienen facultades dispositivas previa autorización judicial (art. 186 del mismo Código), podrán los herederos puros, concluye la referida resolución, practicar la partición en nombre propio y como representantes de los condicionales, pero con la consiguiente intervención judicial.

Pero esta aplicación analógica de las normas de la ausencia no la estimamos correcta, pues las normas de la partición en el caso de ausencia y en el de heredero sujeto a condición suspensiva son muy diferentes y porque además en el primer caso no es, en principio, necesaria dicha intervención judicial.

Efectivamente, en el caso del ausente, *si no se prueba que éste existía al tiempo de abrirse la sucesión*, la herencia acrece a los demás coherederos (art. 191 del CC), a los que se adjudican todos los bienes, unos en concepto de libres (la parte ideal que les corresponde por derecho propio) y otros sujetos a reserva y sin administración alguna (art. 191 del CC) (la parte ideal que les acrece del ausente, en expresión del art. 192 del mismo cuerpo legal), con la única obligación para estos coherederos al practicar la partición, que como únicos que son pueden hacer por sí solos, de llevar a cabo el inventario (entendiendo que también el avalúo) con la intervención del Ministerio Fiscal, y ello sin perjuicio, por supuesto, de las acciones de petición de la herencia u otros derechos que competan al ausente (art. 192 del CC). *Sólo si se prueba que el ausente existía al abrirse la sucesión* (art. 190 del CC), es decir, que tiene la condición de heredero, será necesaria la intervención de sus representantes y de la autoridad judicial; se le adjudicarán bienes al ausente y se someterán éstos a administración.

En el caso del heredero sujeto a condición suspensiva, sin embargo, como ya hemos dicho, unos bienes se adjudican como libres a los coherederos puros y otros con carácter provisional al afectado por la condición; por lo que si de aplicación analógica se habla y dado que en este supuesto existe incertidumbre acerca de si será heredero el sujeto a la condición, sólo sería exigible la intervención en el inventario del Ministerio Fiscal en una partición que podrían llevar acabo por sí solos los coherederos.

Este primer criterio tiene la razonable finalidad de garantizar la imparcialidad en la defensa de los intereses del heredero condicionado, pero decae si en realidad, como creemos, la Ley no exige su consentimiento y articula la garantía de sus intereses a través de otros procedimientos igualmente adecuados y suficientes.

Una segunda solución, que estimó la correcta, sería la de admitir la partición realizada exclusivamente por los herederos puros con tal de que aseguren competentemente el derecho de los condicionales para el caso de cumplirse la condición, y ello por los siguientes argumentos:

a) La dicción literal del artículo 1.054, que sólo exige el aseguramiento antes indicado y el carácter provisional de la partición en los términos ya vistos. Si este artículo no permite pedir ni hacer la partición a los herederos condicionados, aun cuando sean conocidos, mayores de edad y capaces, es absurdo exigir la intervención de sus representantes cuando no se dé alguna de estas circunstancias. En realidad el artículo 1.054 lo que hace es excluir el principio de la unanimidad en estas particiones en cuanto a los herederos instituidos bajo condición suspensiva.

b) El heredero puro ha de «asegurar competentemente» los derechos del condicional, y es indudable que si merece tal calificativo el aseguramiento es porque dichos derechos han quedado totalmente garantizados. Sin perjuicio de la posibilidad del heredero puro de constituir fianza personal, hipoteca sobre todos o algunos de sus bienes (formen parte o no de la herencia) u otra garantía real o personal, no hay mejor garantía que atribuir al heredero condicional desde ya, como se hace en esta partición, los bienes a que tiene derecho. El problema radica, por tanto, en saber si las adjudicaciones se ajustan de verdad a lo que el heredero condicional tiene derecho, lo que nos reconduce a la necesidad de unos inventarios y avalúo correctos.

Esta circunstancia ha llevado al legislador a exigir en casos similares la necesidad de un inventario con intervención del Ministerio Fiscal (art. 191 del CC en relación con la ausencia) o de la Autoridad judicial (arts. 184 de la LH y 977 del CC en relación con las reservas hereditarias), pero como ya hemos indicado, existen diferencias que impiden, a nuestro entender, aplicarlo en estas particiones. Además, si se hubiera querido exigir este tipo de inventario lo lógico habría sido establecerlo expresamente, como en los casos citados, o remitirse a sus normas, como en el supuesto de «la administración»; valdrá, pues, el inventario extrajudicial que lleven a cabo los herederos puros, sin perjuicio de las acciones que procedan.

c) Los bienes correspondientes a la parte del heredero condicional se pondrán en la administración a que se refieren los artículos 801 a 804 del Código Civil, estando el administrador obligado, entre otros deberes, a conservar, defender y obtener los rendimientos normales de dicho patrimonio, así como a rendir cuentas de su gestión.

d) El heredero bajo condición suspensiva está legitimado, como opina Díez-PICAZO, antes del cumplimiento de la misma, para actuar todas las medidas de conservación del derecho que tendría si la condición se cumple (art. 791, en relación con el 1.121.1 del CC), lo que le permitiría, por ejemplo, solicitar una ampliación de las garantías o la remoción del administrador si éste se conduce mal en el desempeño de su cargo e, incluso, ejercitar las acciones rescisorias, resolutorias o de nulidad de la partición.

e) En todo caso, el heredero condicional, si la condición se cumple, podrá ejercitar las acciones judiciales tendentes a la restitución de la integridad de su derecho si cree que se le ha perjudicado en la partición, como ocurre en los casos del ausente y del preterido.

No puede alegarse frente a este argumento la dificultad de la prueba del perjuicio o fraude y del consiguiente resarcimiento por el paso de muchos años (para saber si la condición se ha cumplido hay que esperar hasta que fallezca la heredera y no pueda contraer matrimonio), porque aparte de estar admitido expresamente en el derecho de sucesiones en los casos similares ya indicados, el heredero bajo condición suspensiva puede en el ínterin ejercitar las cautelas a que se refiere el apartado d)

f) Que de no admitirse esta solución se estaría dando a este supuesto un tratamiento más riguroso que aquel otro que se produce en el caso de preterición, para el cual el artículo 1.080 del Código Civil sólo establece la rescisión en el caso de dolo o mala fe; y evidentemente, en el caso del heredero sujeto a condición suspensiva tiene más justificación el mantenimiento de la partición que en el del preterido cuyo derecho es del mismo grado que el de los herederos intervinientes.

4. No obstante todo lo hasta aquí expuesto, los herederos condicionales bajo condición suspensiva, aunque no están legitimados para pedir la partición, pueden intervenir en la práctica de la misma si, siendo conocidos y capaces, llegan a un acuerdo con los coherederos puros, dado que no existe ningún artículo que lo prohíba (Resolución de 4 de noviembre de 1933), siendo este mismo criterio aplicable a sus representantes en los demás supuestos.

Esta intervención puede ser meramente pasiva o de fiscalización de la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. al modo de la recogida en el artículo 1.083 del Código Civil para los acreedores de los herederos, o activa, tomando parte en todas las operaciones particionales y consintiendo expresamente las adjudicaciones. En el primer supuesto la posición del heredero condicional permanece inalterada, pero en el segundo caso las adjudicaciones de bienes que se apliquen a su parte no podrán ser impugnadas por él si llega a ser heredero, conservando sólo las acciones contra los administradores.

II. La resolución que comentamos se limita a considerar improcedente la inscripción de la partición, argumentado únicamente que el cónyuge viudo (heredero sujeto a condición resolutoria) no puede adjudicarse bienes determinados sin consentimiento del sobrino (heredero sujeto a condición suspensiva) o sin garantías suficientes, pues de cumplirse la condición (contraer matrimonio) el sobrino tendría derecho a intervenir en la partición de la herencia por exigirlo el artículo 1.058 del Código Civil.

Insuficiente argumentación que, por un lado, elude enjuiciar si con la expresión de la escritura de partición: «adjudicándose el restante 50 por 100, con expreso sometimiento a la condición de reserva dispuesta en el testamento», se cumple el requisito del aseguramiento del derecho del heredero condicional, que es la clave del problema; y por otro, nos sorprende afirmando que durante la fase de pendencia de la condición el heredero puro puede adjudicarse la totalidad de los bienes hereditarios si bien esta adjudicación ha de tener carácter provisional y, a la vez, ha de asegurarse competentemente el derecho del heredero condicional, pues parece inclinarse por la superada teoría de BONET en cuanto al significado de la locución «provisional» y da a ésta un carácter de disponible por los particulares cuando en realidad viene impuesto por la Ley.

El carácter provisional de la partición, efectivamente, viene impuesto por la Ley (art. 1.054) y tiene lugar siempre, se aseguren o no los derechos del heredero condicional, debiendo el Registrador hacerlo constar de oficio en la inscripción al amparo del párrafo 6.º del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, según el cual «para dar a conocer la extensión del derecho que se inscribe se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o límite las facultades del adquirente», dado que el testamento es el título de la sucesión hereditaria (art. 14 de la LH), y del artículo 76 del mismo Reglamento que en las inscripciones de bienes adquiridos por herencia testada exige la constatación registral de «las disposiciones testamentarias pertinentes».

En cuanto al aseguramiento de los derechos del sobrino, entiendo que la locución en el cuaderno particional, «con expreso sometimiento a la condición de reserva dispuesta en el testamento», es suficientemente expresiva de la existencia de una condición resolutoria que, según tiene reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado, no precisa de términos sacramenta-

les, constituye indudablemente una sólida garantía y cuya constancia en el Registro de la Propiedad (arts. 9.2 y 23 de la LH y 51.6, 56 y 89.2 por analogía de su Reglamento) afectará a los posibles terceros adquirentes.

En lo único que acierta la resolución es en no estimar admisible como consentimiento del heredero condicional (el sobrino) su mera presencia en una venta posterior de bienes hereditarios por la viuda por ser necesaria su constancia de modo fehaciente; pero dicho consentimiento, como ya he manifestado reiteradamente, no es necesario en este tipo de particiones.

III. Ahora bien, en el supuesto de hecho del que parte la resolución no existe únicamente un heredero (o legatario de parte alícuota) sujeto a condición suspensiva (el sobrino) en la mitad de la herencia en nuda propiedad, sino que el cónyuge viudo es previamente heredero universal sujeto a una condición resolutoria (si contrae nuevo matrimonio) y legatario de parte alícuota en la mitad de dicha herencia en pleno dominio y en la otra mitad en usufructo si aquella tiene lugar; hecho éste que todos, Registrador, recurrente, Notario, Tribunal y Dirección General de los Registros y del Notariado parecen ignorar y, que altera notablemente el panorama hasta ahora analizado, sobre todo en orden a las adjudicaciones que se pueden hacer

Efectivamente, nombrada la viuda única y universal heredera bajo la condición de no contraer nuevo matrimonio, ya se considere esta situación simplemente como de institución de heredero bajo condición resolutoria o, más propiamente, como sustitución fideicomisaria sujeta a condición, dado que el causante ha determinado la trayectoria que han de seguir los bienes si ésta se incumple (una parte al sobrino); podrá aquella realizar la partición por sí sola sin intervención del sobrino al que pasarían los bienes si contrae matrimonio (así, Resolución de 10 de junio de 1916 para la sustitución fideicomisaria condicional y, la generalidad de la doctrina para la institución bajo condición resolutoria).

La viuda, en principio, si la consideramos como heredera pura y condicional, podría adjudicarse la parte antes expresada de los bienes como libre y la otra parte sujeta a la condición resolutoria e inscribirlos en el Registro con estos caracteres; y si la consideramos como heredera pura y fiduciaria, podría adjudicarse una parte como libre y la otra parte como fiduciaria; pero en este caso, al estar la sustitución bajo condicionalidad suspensiva en cuanto a su existencia, con facultad de disposición, aunque con la amenaza de la resolución de la transmisión, al igual que ocurre con los herederos sujetos a condición resolutoria. Es decir, en ambos casos el resultado es el mismo en el sentido que todas las adjudicaciones se pueden hacer a la viuda y las facultades dispositivas de ésta en cuanto a los bienes adjudicados también son las mismas.

La circunstancia de que si la condición se incumple la viuda será legataria (no heredera) de una mitad de la herencia en pleno dominio y de la otra mitad en usufructo y el sobrino legatario de dicha mitad en nuda propiedad, con los nuevos problemas jurídicos que esto puede ocasionar, no altera lo hasta ahora expuesto porque la existencia de la sustitución fideicomisaria condicional es anterior y prevalente.

Pero sí queda alterado por la aplicación a este supuesto concreto del artículo 800 del Código Civil, según el cual si la condición potestativa impuesta al heredero fuere negativa o de no hacer (en este caso es de no contraer nuevo matrimonio), cumplirá con afianzar que no hará lo que fue prohibido por el testador y que, en caso de hacerlo, devolverá lo percibido con sus frutos e

intereses, y si no la prestare se pondrán los bienes en administración como dispone el artículo 801.2 del Código Civil

Como consecuencia de todo lo anterior, lo que la viuda debió hacer en la escritura de partición fue adjudicarse como libres los bienes correspondientes a la partición hereditaria que le correspondería si la sustitución llega a operar (la mitad de la herencia en pleno dominio y la otra mitad en usufructo vitalicio) y adjudicarse a su vez el resto de los bienes del caudal hereditario como fiduciaria, haciendo constar respecto de todos y cada uno de estos últimos bienes que las adjudicaciones pasarán a ser del sobrino si ella contrae nuevo matrimonio y que se ponen en administración. La prestación de fianza no es obligatoria porque su constitución sólo impide que los bienes se pongan en administración.

Esto es precisamente lo que ha hecho la viuda, según he defendido en el apartado anterior, por lo que la partición es, a mi juicio, inscribible. Quizá lo único que no aparece justificado es la puesta en administración o la fianza, aunque el Procurador en el recurso manifiesta que en la escritura se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 800 del Código Civil, pero la falta de prueba de dicha puesta en administración no es obstáculo para inscribir los bienes a favor del, en este caso, fiduciario, como no lo es para inscribir los bienes a favor del menor o del incapaz.

ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

NO PUEDE ADMITIRSE UNA TERCERIA DE MEJOR DERECHO CUANDO ESTABAN ADJUDICADOS LOS BIENES EMBARGADOS (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia—Es ciertamente añeja la jurisprudencia que mantiene la doctrina que sintéticamente se expresa así: Que la regla consignada en el primer apartado del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está subordinada a las excepciones comprendidas en los dos párrafos siguientes, y disponiéndose en el último de éstos que si la tercería fuere de mejor derecho, no se admitirá después de realizado el pago al ejecutante, es claro que siendo como es la adjudicación una forma de pago que la Ley reconoce, no debe admitirse ni puede estimarse, en definitiva, una tercería de aquella clase deducida cuando estaban adjudicados al ejecutante en pago de su crédito todos los bienes embargados al deudor ejecutado, que si éste tuviere otros bienes y los persiguiese el ejecutante, podría el tercerista ejercitar su acción en cuanto a ellos y que el párrafo segundo de dicho artículo se refiere exclusivamente a las tercerías de dominio y no es aplicable a las de mejor derecho, que se rigen por el párrafo tercero.

ARTICULO 1 504: SI EN EL REQUERIMIENTO SE CONCEDE AL COMPRADOR UN NUEVO PLAZO, SE RENUNCIA A LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El supuesto de hecho controvertido aquí es que en las compraventas de bienes inmuebles aun cuando se hubiese estipulado que el impago del precio produjera la resolución del contrato, no obstante, según esta norma específica del artículo 1.504 CC, se concede al comprador la posibilidad de pagar después de expirado el término, siempre y cuando no haya sido requerido judicial o notarialmente, de tal forma que si ha sido

requerido de resolución, tras ese requerimiento no procede el pago posterior liberatorio; mas, sin embargo, en el caso de autos se observa que el requerimiento no se limita exclusivamente a manifestar de forma evidente la voluntad resolutoria del contrato, vedando cualquier cumplimiento de pago tardío por parte del comprador, pues se le concede al comprador la posibilidad de pagar con posterioridad, con lo cual estaba renunciando a la viabilidad de poder resolver el contrato.

CESION: LOS EFECTOS SIGUEN RIGIENDOSE POR EL CONTRATO ORIGINARIO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia —Tampoco ha tenido lugar novación contractual, sino auténtica y efectiva cesión, ya que aquélla supone la sustitución total o parcial de un convenio por otro. En el caso de autos el contrato original se traspasó a los recurridos con todas sus consecuencias y operatividad para la otra parte, que lo aceptó y cumplió.

La novación se entiende como subrogación de derechos y obligaciones en devengo; en cambio, la cesión lo es en el derecho y asunción de las obligaciones. Los efectos sucesivos del contrato que pasan al cesionario siguen rigiéndose por el contrato originario que se traspasa si no surge otro sustitutorio de aquél, pues éste de esta manera se conserva, pero con otra operatividad.

RATIFICACION TACITA DEL MANDATO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que, según reiterada doctrina que se recoge, entre otras, en la Sentencia de 13 de julio de 1987, si el mandante se aprovecha de los actos efectuados por el mandatario sin su autorización los ratifica tácitamente y ya no puede ejercitar las acciones de inexistencia o nulidad que contemplan los artículos 1.259 y 1.727 del CC, lo que ocurre también cuando el representado crea una apariencia de mandato o apoderamiento, o cuando permite con su actitud que así se crea por terceras personas, vulnerando el principio de buena fe; pero no lo es menos que la apreciación de si tales circunstancias se producen, las de la existencia o no de la ratificación, la del consentimiento y la de la buena o mala fe son materias o funciones que competen al Juzgador de instancia.

LA DEMORA EN LA INSCRIPCION DEL TITULO DEL VENDEDOR NO FACULTA AL COMPRADOR A DEJAR DE PAGAR EL PRECIO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Las obligaciones recíprocas que para las partes surgen del contrato de compraventa son la de la entrega de la cosa por el vendedor y la del pago del precio por el comprador, si bien los contratantes, en uso de la libertad de pacto, pueden establecer las obligaciones accesorias o complementarias que estimen convenientes a sus intereses; en el presente caso las partes no establecieron ninguna obligación accesoria de cuyo cumplimiento se hiciese depender las obligaciones fundamentales de este contrato, por lo que entregada la cosa vendida por el vendedor al comprador que ha venido disfrutando pacíficamente de su posesión, éste venía obligado al pago del precio de la forma pactada y al no hacerlo así, está justificada la resolución

del contrato. Aun en el caso de que se estimase, como hacen las sentencias de instancia, que el vendedor tenía obligación de inscribir su título de propiedad para posibilitar el acceso al Registro de la transmisión de dominio a favor del comprador, la demora en la inscripción no puede estimarse como una obligación fundamental y sí debe estimarse como incumplimiento de una obligación accesoria; y es doctrina de esta Sala la de que el incumplimiento de una obligación accesoria no es suficiente para justificar el incumplimiento por la otra parte de las obligaciones fundamentales que para ella nacen del contrato.

De ahí que al faltar ese carácter de reciprocidad entre esa obligación accesoria de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, recayente sobre el vendedor, y la de pagar el precio, que pesa sobre el comprador, tal pretendido incumplimiento no es bastante para justificar el del comprador de su principal obligación.

Comentario.—Considera el Supremo una obligación accesoria la inscripción del título del vendedor en el Registro y revocando las sentencias de instancia, estima que dicha no inscripción no puede ser óbice para que el comprador deje de pagar el precio. Ciertamente nuestro sistema es de inscripción voluntaria, pero cada vez se demuestra más palpablemente la importancia de la institución registral, que es la que da auténtica seguridad a los compradores y es la más firme garantía del crédito inmobiliario. Al no poder quedar amparada por la publicidad registral, la entidad compradora, aunque tuviese la pacífica posesión de la finca transmitida, se veía privada de la posibilidad de hipotecarla —aquí ya la inscripción es constitutiva— y prácticamente de enajenarla, pues los posibles compradores le exigían la inscripción registral. Y estas facultades del dominio no son tan baladíes como, con cierta ligereza, parece juzgar el Supremo.

EL ARTICULO 62 (HOY 45) DE LA LEY DEL SUELO NO ES APLICABLE A LAS SUBASTAS JUDICIALES (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1993)

Hechos.—Por el procedimiento del artículo 131 LH se ejecutó la hipoteca constituida sobre un solar, que se remató en la subasta en más de trece millones de pesetas. El rematante había consignado previamente tres millones para poder tomar parte en la subasta, y no completó el resto del precio, sino que alegó nulidad de la subasta, porque en dicho solar no se podía edificar. Aunque su pretensión es acogida por la Audiencia, el TS confirma la validez de la subasta.

Doctrina de la Sentencia.—Unánime sentir doctrinal destaca que la *ratio legis* del artículo 62 (hoy 45 en el texto de 1992) de la Ley del Suelo, es garantizar el cumplimiento de los planes urbanísticos, el derecho de los adquirentes, y evitar posibles fraudes, ninguno de cuyos objetivos es imaginable que se frustre con las enajenaciones en subasta.

Los requisitos exigidos por el artículo 62 de la Ley del Suelo son de imposible cumplimiento en la generalidad de los supuestos, pues en las subastas judiciales o notariales de terrenos hipotecados no hay cauce jurídico para introducir en los títulos que gozan de protección registral las cláusulas o compromisos puramente obligacionales contraídos por los propietarios y a los que se refieren los apartados 2 y 3 del citado artículo.

El sujeto transmitente en los negocios jurídicos privados es siempre el titular del derecho de propiedad o su representante, mientras que en las su-

bastas quien las pone en marcha puede ser el propietario del bien, el acreedor o incluso el tercer poseedor.

El precio de salida es inmodificable puesto que trae su origen ya desde la escritura de constitución de la hipoteca, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa, que será el que tenga el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor. Le incumbe pues al licitador ver, investigar e informarse para concurrir a la subasta.

Entender aplicable el artículo 62 a las subastas crearía además innumerables problemas en el crédito hipotecario.

Todo lo anterior aconseja concluir que la frase «el que enajenare» no comprende a las subastas.

HIPOTECA MOBILIARIA: HAY QUE ATENDER A LA FECHA DE LA ESCRITURA PARA DETERMINAR SI EXISTE EMBARGO PRECEDENTE. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1993)

Doctrina de la Sentencia.—El momento al que hay que atender para determinar si existe o no ya algún embargo precedente, que impida la constitución de la hipoteca mobiliaria, es al del otorgamiento de la escritura (no al posterior de la inscripción de la misma), como se desprende de que, habiendo de constituirse la hipoteca mobiliaria mediante escritura pública (art. 3) el precedente artículo 2 establece que «no podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados».

Se plantea el tema de la preferencia entre una hipoteca mobiliaria inscrita y un embargo posterior a la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de dicha hipoteca, y además no anotado en el Registro, que lógicamente ha de corresponder a aquella sobre éste, como además se desprende de lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

LA PREVIA RECLAMACION ADMINISTRATIVA NO ES CONDICIONANTE ABSOLUTO DEL EJERCICIO DE LA ACCION. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1993.)

Hechos.—La madre de un menor, que falleció ahogado en una piscina municipal, demanda al Ayuntamiento. Este es condenado, pero recurre alegando falta de previa reclamación por la vía administrativa. El Tribunal Supremo confirma la sentencia condenatoria.

Doctrina de la Sentencia.—Ciertamente, el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece como requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el Derecho privado o laboral contra el Estado y Organismos Autónomos, la reclamación en vía administrativa, exigencia que tiene como finalidad sustancial la de evitar que el particular o la Administración se vean envueltas en un proceso sin haberles dado la posibilidad de evitarlo.

Si en el actual trámite procesal, después de haberse agotado dos instancias, se acogiese el motivo para dar curso a la meritada vía administrativa, se produciría un notorio quebranto para la justicia por las dilaciones que llevaría consigo.

Nada ha de objetarse a la vigencia del citado artículo 138, que en efecto no ha sido expresamente derogado, y menos aun al principio constitucional de sometimiento de los Tribunales al imperio de la Ley, pero ello no impide obviamente que aquel precepto deba ser interpretado conforme a los criterios contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil.

La jurisprudencia ha venido declarando que, aunque reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento en que aquella viene a sustituir a éste, identificándose su finalidad y consecuentemente, sus efectos. Suprimida en 1984 la obligatoriedad, en algunos casos, del acto de conciliación, se ha debilitado todavía más cualquier interpretación radical de los efectos de la reclamación previa, como requisito necesario para el ejercicio de determinadas acciones frente a la Administración.

Puede concluirse que, en definitiva, no existe en nuestro Ordenamiento jurídico actual base alguna para que la exigencia del artículo 138 opere como condicionante absoluto del ejercicio de la acción.

NULIDAD DE LA CONDONACION DE DEUDA CONSEGUIDA MEDIANTE INTIMIDACION. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1993.)

Hechos.—El Ayuntamiento de M adeudaba a una empresa unos setenta millones de pesetas. La empresa tuvo que «subvencionar» con veinte millones al Ayuntamiento deudor, con la promesa de que así obtendría el pago de lo adeudado. El Supremo declara la nulidad de tal «subvención».

Doctrina de la Sentencia.—Si bien en la generalidad de los casos toda condonación de deuda suele responder a un ánimo de liberalidad del acreedor (*causa donandi*), y de ahí que en materia de inoficiosidad y de forma el artículo 1.187 del Código Civil se remita a la normativa de las donaciones al regular la condonación, ello no impide que ésta, por convenio entre las partes, pueda responder a otra causa distinta de la expresada liberalidad del acreedor.

De la prueba practicada se desprende claramente que la entidad acreedora, dada la muy difícil situación económica que atravesaba, se vio forzada a hacer condonación de parte de la deuda, ante la exigencia que le impuso el Ayuntamiento, como único medio posible de conseguir el pronto pago de parte de lo que se le adeudaba, lo que además de entrañar una causa ilícita, pues no es permisible que en un Estado de Derecho un ente público trate de aprovechar la angustiosa situación económica de un acreedor, para obtener del mismo una condonación parcial de la deuda, la expresada conducta seguida por el Ayuntamiento demandado puede ser determinante de una intimidación, como vicio del consentimiento, al concurrir los requisitos que configuran la misma: temor racional y fundado (no obtener dicha entidad el pago de lo que se le debe), mal inminente y grave (peligro de suspensión de pagos), amenaza injusta o ilícita (no pagar si no se condona parte de la deuda) y nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado.

LA CESION DE UN SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA ES UN CONTRATO ATIPICO. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Por su especial y compleja naturaleza su calificación no encaja exactamente en las figuras contractuales legalmente institui-

das ni en las modeladas por la doctrina, puesto que en este orden de cosas aparece la que aquí se contempla, como posible negocio nítidamente protegido por el artículo 1.255 del Código Civil, acogiendo el principio rector de autonomía de la voluntad y es evidente que por la similitud estructural de los negocios jurídicos de compraventa y permuta, no puede incardinarse por virtud de la diferencia en el tiempo en punto a la realización de las contraprestaciones, con desequilibrio manifiesto entre el que entrega el terreno ya actualmente y el que en un futuro ha de entregar los locales a construir. Habiéndose definido estos contratos como atípicos o innominados *do ut des* con grandes analogías con la permuta.

EL SUSPENSO CONSERVA SU CAPACIDAD DE OBRAR. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La declaración de suspensión de pagos sólo tiene eficacia respecto a la actividad patrimonial del deudor, desde el momento en que la declaración judicial de tal situación irregular para el normal tráfico jurídico, impone la fiscalización de todas las operaciones del deudor con la consiguiente designación de tres interventores. Por tanto aquel conserva intacta su capacidad de obrar, pero no es plenamente libre, sino con operatividad controlada, a fin de procurar, tanto en su propio interés como en el de los acreedores, y mientras se halle sujeto al procedimiento, la mejor positivización económica y rentabilidad de los bienes que efectivamente posea, para así atender de la manera más eficaz posible a las deudas contraídas, lo que quiere decir que dicha posesión ha de ser de disponibilidad efectiva y de posible realización.

Para establecer la ilicitud de la causa ha de atenderse no sólo que sea contraria a la Ley, sino también a la moral social y buena fe necesaria en las relaciones humanas.

LITISCONSORCIO PASIVO: HA DE EXISTIR UNA MISMA RELACION JURIDICA. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el llamado litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial, regida por el designio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia. Dicha excepción se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico material objeto del pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar (S. 23 marzo 1992), lo que exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo, como interesados en la relación jurídica controvertida, y ello es así, al exigir «una comunidad de relación jurídica que albergue ambas acciones» (la de los comparecidos en el pleito y la de los no llamados), es decir, una situación de hecho comunitaria, una misma relación jurídica o que tengan un interés directo legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos.

LA FOTOCOPIA ACEPTADA POR AMBAS PARTES TIENE FUERZA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Teniendo en cuenta la *ratio legis* del artículo 1.228 del Código Civil, el recurrente que pretende aprovechar la consecuencia que le es favorable, habrá de aceptarlo en la parte que le perjudique. Con ello se concede, por aceptación de ambas partes y adveración de las mismas, la eficacia probatoria, en este caso a una fotocopia; a diferencia de los supuestos reiteradamente contemplados por la jurisprudencia (Sentencias de 30 de marzo de 1982 y 13 de octubre de 1987, entre otras) en que se declaró que las fotocopias no adveradas ni cotejadas con sus originales carecen de fuerza probatoria, y en cambio sí la tienen las convenientemente adveradas y reconocidas.

LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.910 NO ES EXIGIBLE AL ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1993.)

Hechos.—En una vivienda arrendada se produjo la rotura del bidet, lo que provocó una inundación en el despacho existente en el piso inferior, que a causa del material allí guardado, ocasionó elevados daños. El inquilino es condenado a indemnizar, y el arrendador-propietario es absuelto.

Doctrina de la Sentencia.—Entre los preceptos que el Código Civil dedica a regular las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, el caso objeto de litis tiene una incardinación en el artículo 1.910, cuyo precepto, ofreciendo una clara muestra de la denominada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo», y refiriéndose exclusivamente al que llama «cabeza de familia» (con el que quiere denominar al que, por cualquier título, habita una vivienda, como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven), responsabiliza a dicho «cabeza de familia» de los daños causados por «las cosas que se arrojen o cayeren de la misma», dentro de cuya expresión, al no tener el mismo carácter de *numerus clausus*, ha de incluirse tanto las cosas sólidas como los líquidos que de una forma u otra, caigan de la expresada vivienda y causen daños a tercero en su persona o en sus cosas. La mencionada responsabilidad «ex» artículo 1.910, limitada exclusivamente al que por cualquier título habita la vivienda como principal o cabeza de familia, no alcanza al propietario-arrendador de dicha vivienda, que, como es obvio, no habita en ella. Si bien podría también exigirse responsabilidad extracontractual o aquiliana al propietario-arrendador de la vivienda, aunque nunca con base en el citado precepto, sino en el genérico artículo 1.902 del Código Civil, ello sería en el supuesto de que habiendo sido la causa determinante del daño el mal estado de las instalaciones de la vivienda, el propietario-arrendador, conociendo dicha circunstancia, hubiere dejado de cumplir la obligación que le incumbe de repararlas.

ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO. CLASES. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La estipulación en provecho de tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor

hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato y para fijar su naturaleza específica es preciso deslindar su esfera de acción, aislándola de otras figuras de derecho similares, diferenciándose el régimen jurídico de la prestación a tercera persona, según ésta venga autorizada solamente para recibir la prestación, o adquiera además el derecho estipulado, diferenciación que se traduce en que, en el primer caso, el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin la facultad de exigir su cumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor, mientras que en el caso del verdadero contrato a favor de tercero, este es el titular del derecho hacia él derivado.

LA SIMULACION IMPLICA UN VICIO EN LA CAUSA NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La simulación total o absoluta, al no estar específicamente regulada por nuestro Código Civil, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de la voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa, verdadera y lícita.

El Código Civil, fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en la que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*) y que configura la llamada simulación absoluta, y el otro, aquel en que la declaración represente la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado, o simplemente, simulación relativa.

J. Q. S.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

INCAPACIDAD POR ENAJENACION MENTAL. TUTELA. ARTICULO 235 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la designación de tutor a favor de la institución «Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña», como más idónea para cuidar de la incapacitada, con preferencia a sus parientes colaterales, pues el

concepto de «beneficio del incapacitado» es el que debe presidir tal designación posponiéndose otras preferencias de tipo familiar.

Todo ello conforme a los siguientes fundamentos:

Unico.—Utilizando un solo motivo, la parte recurrente fundamenta su recurso denunciando la infracción del artículo 235 del Código Civil. Se trata de un procedimiento en el que se declara la incapacidad de doña Narcisa M. por causa de enfermedad mental, que fue instado por el Ministerio Fiscal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 203 del mismo Código, y en el que el recurrente don Jaime M. figura ostentando el cargo de defensor judicial del presunto incapaz.

No se combate en el recurso que estudiamos la básica y principal declaración de incapacidad de doña Narcisa, que es aceptada y consentida por todas las partes personadas; la impugnación va dirigida exclusivamente contra la designación de la persona que ha de desempeñar el cargo de tutor, y que en el presente caso recayó en la institución «Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña».

Aunque prescindamos, por razones que después se dirán, de la inadmisibilidad casacional de la única cuestión que aquí se viene discutiendo, dada su naturaleza de jurisdicción voluntaria, no se puede dejar de constatar que los Tribunales de instancia debieron limitar el contenido de sus resoluciones a la única cuestión que les fue sometida: la declaración de incapacidad de doña Narcisa, determinando la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que debiera quedar sometida en su caso (art. 210 CC).

La Constitución del organismo tutelar se integra en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 231 CC) que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el número 2 del artículo 222 del mismo texto positivo.

En el presente caso se han alterado los trámites procesales, y en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, el Juzgador efectuó el nombramiento de la persona del tutor.

Como este nombramiento tuvo lugar en el amplio campo de un procedimiento declarativo, y teniendo en cuenta las perentorias necesidades que padece doña Narcisa, esta Sala ha decidido aplicar el principio de economía procesal, y entrar a analizar el contenido de la resolución recurrida que es combatido en este recurso.

Conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del órgano jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma operada en el título correspondiente del Código Civil, orientándose la nueva regulación en un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz, y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del artículo 234, como el espíritu del 235, ambos del Código Civil, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de «beneficio del incapacitado» el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar.

En el caso de autos no existen ninguna de las personas relacionadas en el artículo 234, por lo que resulta de obligada aplicación las disposiciones del artículo 235, pero atribuyendo al Juez la facultad de valorar la «mayor idoneidad» de los propuestos. El defensor judicial recurrente propuso para el desempeño del cargo tutelar a doña Enriqueta M., prima hermana de la incapacitada, alegando en el recurso que la persona jurídica designada no ha tenido

relación alguna con la tutelada, a diferencia de lo que ocurre con la señora propuesta por él.

Del conjunto de la prueba que se practicó en los autos resulta, que la situación personal de doña Narcisa es la siguiente: Nació en el año 1916, luego tiene en la actualidad setenta y siete años; vive sola en una vivienda de la calle Figals 23-25, 6.º, 3.ª en la ciudad de Barcelona; padece una demencia senil con desconexión de la realidad; su régimen de vida es bastante anormal, dado su estado mental, y el abandono y desorden de su hogar por falta de ayuda, los parientes apenas si la visitan, pues la aspirante a la tutoría declara ante el Juez que hace mes y medio que no la ha visto, y que sus otros parientes no la visitan nunca; sus ingresos dependen de una pensión de 285.000 pesetas que percibe de la Caixa, sin que se le reconozcan otros bienes.

Todos los parientes (así lo dice el recurrente en sus escritos de fecha 3-5-1989, 16-6-1989 y 21-11-1989) creen necesario el ingreso de la incapaz en una clínica psiquiátrica; incluso en algún momento entienden que este ingreso es de carácter urgente, «ya que se está agravando rápidamente de las dolencias que padece».

A la vista del cuadro que se acaba de describir, la decisión tomada por el Juzgado, y ratificada después por la Sala de Apelación, resulta ser la más beneficiosa para la incapacitada, y la institución designada para desempeñar la tutela, la más idónea según el artículo 242 del Código Civil; pues habida cuenta de la necesidad ineludible de ingresar a doña Narcisa en una clínica geriátrica o psiquiátrica, de cuyas características y régimen debe ser especialista la institución «Asociación de Enfermos Mentales», sería esta clínica elegida, y la institución que desempeña la tutela, las encargadas de regir y cuidar la persona de la incapacitada; quedando únicamente para completar la función tutelar, la protección y administración de sus bienes, reducidos éstos al cobro de una pensión, que necesariamente debe aplicarse a cubrir los gastos de la estancia en la clínica, y al resto de sus necesidades personales; misión que puede desempeñar perfectamente el tutor designado, sin necesidad de acudir a otras personas, no tan directamente relacionadas con la incapacitada como en el recurso se afirma.

INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1993)

La negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas no constituye *ficta confessio*.

Este criterio se reitera en la Sentencia de 8 de octubre de 1993.

FILIACION. IMPUGNACION POR EL MARIDO ARTICULOS 116 Y 127 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1993)

La Reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica y que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta.

El Tribunal Supremo, en sentencias de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, en base a los siguientes fundamentos:

Primero. Frente a la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia de Valencia, que declaró no ser el demandante, don José P. L., padre de la menor M.^a Trinidad P., con el consiguiente mandato de rectificación del Registro Civil, el Ministerio Fiscal plantea este recurso extraordinario, invocando la disposición del artículo 136 del Código Civil que, en el caso del nacimiento en el seno del matrimonio, exige que la impugnación de la filiación por el marido, se haga dentro del plazo de un año desde la inscripción en el Registro de la paternidad *ex-marito* establecida desde la presunción del artículo 116 del propio Código. La conclusión a que por rigurosa observancia de esta norma del artículo 136 del Código aisladamente considerado, se llega, pidiendo la desestimación de la acción entablada por el marido, cuya paternidad está, sin asomo de duda absolutamente descartada, ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el artículo 127 del Código, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, entre ellas la del artículo 116 que da pie, como mera presunción, a la posibilidad impugnatoria puesta en juego por el marido, acreedor, en este caso, de una particular atención, puesto que no hay indicio alguno que permita poner a su cargo la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica que estableció, fuera de toda duda, la negativa de su condición paterna, consideraciones que, en principio, militan en pro del rechazo del recurso y confirmación de la sentencia de apelación, declarando a los fines confirmatorios de lo resuelto en la instancia, se ajuste a derecho, una vez patente que, la Reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendente, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el artículo 39 de la Constitución española asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y la voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia Constitución. La hiriente discordia, según acertada y sincera expresión del representante del Ministerio Fiscal, entre la solución que en el recurso se postula y la realidad investigada y acreditada desde todas las perspectivas incluida la del interés, tanto del hijo a la verdad biológica como de la esposa, manifestando allanándose a la pretensión del marido, amén de la paz familiar, tan frecuentemente invocada en pro de mantener, pasado un cierto tiempo, la situación paterno-filial creada con la presunción legal de paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación, ya que la tan deseada pacificación en modo

alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal —art. 6.4 CC— contraria, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas —art. 3.1 y 2 CC— impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 de la Constitución Española, ignorado si es que se concluyesen en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponde con la realidad.

PATRIA POTESTAD. DERECHO A ALIMENTOS. INDIGNIDAD SUCESORIA. ARTICULOS 152, 154, 156 Y 756 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación y estima no procede la privación de la patria potestad, toda vez que los hijos eran ya mayores de edad al introducir el pleito, sin que tampoco exista obligación alimenticia del padre ni, por tanto, incida en causa de desheredación respecto a la hija premuerta, que era cotitular de un negocio de frutas y verduras, pues la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el artículo 756.

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1993.)

El impedir que se lleve a efecto la prueba biológica de paternidad, acordada por el Juez de Primera Instancia para mejor proveer, además de constituir una indudable falta de respeto debido a todo Tribunal de Justicia, supone un fraude a la Ley Procesal y el ejercicio antisocial de su propio derecho a la integridad física y a su intimidad.

BIENES GANANCIALES. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. LEGADO DE COSA GANANCIAL. ARTICULOS 609, 1.380 Y 1.461 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes declara no haber lugar al recurso de casación y ratifica la decisión de la Audiencia de Sevilla frente al distinto criterio mantenido por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. Para la mejor comprensión del presente recurso han de tenerse en cuenta, a más de los suplicos de los escritos rectores del proceso y los fallos de las sentencias de primera y segunda instancia, que constan recogidos de forma literal en los antecedentes de esta resolución, los hechos admitidos por las partes y sentados por la Audiencia, que constituyen base fáctica incólume,

inconcusa, de la que ha de partirse al haber sido inadmitidos, en momento procesal oportuno, los motivos que denunciaban error en la apreciación de la prueba; son los siguientes: 1) Don Joaquín Díaz Franco y doña Luisa González Muñoz contrajeron matrimonio el 22 de octubre de 1922. 2.) Tuvieron dos hijos, don Ignacio y don José Luis Díaz González, nacidos, respectivamente, en 1933 y 1939. 3) Doña Luisa González Muñoz falleció el 19 de diciembre de 1978 y por Auto de 17 de marzo de 1981 sus hijos fueron declarados herederos universales, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria. 4) El señor Díaz Franco contrajo nuevo matrimonio con doña Luisa Rueda Lérida el 10 de enero de 1980, del que no hubo descendencia. 5) El 27 de octubre del propio año 1980, el aludido señor otorgó testamento abierto por el que declaró herederos a sus dos hijos, legó a su esposa el usufructo vitalicio de dos casas sitas en Sevilla, una en la calle Lorenzo de Sepúlveda y la otra en El Real de la Jara, y penalizó al heredero que no aceptase tal disposición con la legítima estricta, y si no aceptaba ninguno legaba a la esposa el pleno dominio de dicho piso de la calle Lorenzo del Sepúlveda, abonando a los herederos el exceso sobre el tercio de libre disposición. 6) El señor Díaz Franco falleció el 27 de noviembre de 1983. 7) El piso últimamente citado es una vivienda unifamiliar, de renta limitada, adquirida por el señor Díaz Franco y su primera esposa, que ya lo habitaban como arrendatarios, por contrato privado de compraventa con precio aplazado, celebrado con el Patronato de Casas del Ministerio de Obras Públicas, el día 1 de abril de 1978, elevado a escritura pública con fecha 24 de febrero de 1983, habiendo sido pagado el precio de la siguiente forma: con dinero del primer matrimonio, por el señor Díaz Franco en estado de viudo y, fallecido éste, por uno de los herederos, siendo abonada sólo una pequeña parte durante el segundo matrimonio; en cuanto a la casa sita en El Real de la Jara, es una vivienda de protección oficial, que el señor Díaz Franco adquirió mediante contrato de amortización suscrito con la Obra Sindical del Hogar con fecha 1 de julio de 1963, con pagos mensuales a cargo del comprador hasta el 1.º de octubre de 1979, en el que quedó totalmente amortizado, otorgando el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda escritura de compraventa el 26 de octubre de 1982. 8) El piso de la calle Lorenzo de Sepúlveda sirvió de hogar a los dos matrimonios y al fallecimiento del señor Díaz Franco, doña Luisa Rueda Lérida lo arrendó, percibiendo las rentas en su exclusivo beneficio. 9) En ambas escrituras públicas de 26 de octubre de 1982 y 24 de febrero de 1983 adquiere don Joaquín Díaz Franco, casado con doña Luisa Rueda Lérida. 10) El Juzgado de Primera Instancia declaró que ambos inmuebles eran bienes gananciales del segundo matrimonio. 11) La Audiencia, por el contrario, que tenían tal carácter pero correspondiendo al primero, es decir, al formado por el señor Díaz Franco y doña Luisa González Muñoz.

Recorre en casación doña M.ª Luisa Rueda Lérida.

Segundo. Cual declaró la Audiencia al inicio de sus fundamentos, la cuestión primordial se encontraba en determinar en cual de las sucesivas sociedades de gananciales habían de integrarse los dos inmuebles.

Tercero. El pacto de reserva de dominio tiene plena validez, según doctrina uniforme de esta Sala (SS 16 febrero 1984, 8 marzo 1906, 30 noviembre 1915, 10 enero y 11 mayo 1989), en la compraventa, supone que el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, significa una derogación convencional del artículo 609 del Código Civil en relación con el artículo 1.461 y concordantes y aunque se entregue la cosa no se transmite la propiedad, viniendo a constituir,

como cualquier otra cláusula que se establezca con tal fin, una garantía para el cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, y verificado tal completo pago se produce *ipso iure* la transferencia dominical; no afecta, pues, a la perfección, pero sí a la consumación, sin que se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquella por el libre consentimiento, del derecho a exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma; todo ello quiere decir que el adquirente bajo condición suspensiva, titular de un derecho expectante, puede, antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones procedentes para conservar su derecho (art. 1.121) y una vez cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su contestación (art. 1.120), pues desde la perfección son queridos y el cumplimiento de la condición confirma el derecho que existía en estado latente o expectante desde la celebración del contrato, todo lo cual implica que la consolidación de los efectos se produce en quien era titular al momento de la perfección del contrato sometido a condición suspensiva, en el caso que nos ocupa la primera sociedad de gananciales, a la que no puede afectar en sentido negativo el cumplimiento de la condición, y tan es así que esta Sala, en la Sentencia ya citada de 19 de mayo de 1989, recogió, salvo, claro es, los supuestos de protección de la fe pública registral (art. 34 LH), que el vendedor, pendiente el pacto de reserva de dominio y mientras el comprador esté cumpliendo su obligación de pago aplazado, carece de poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de la cosa a tercero, por lo que se concedió a los compradores *pendente conditione* el ejercicio de tercería de dominio frente al vendedor y sus acreedores, pues así lo exigía la conservación de su derecho (art. 1.121), la equidad (art. 3.2), los principios generales de la contratación (*pacta sunt servanda*) y que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256).

Cuarto. La doctrina anteriormente expuesta obliga a desestimar los confusos motivos del recurso, ya que el primero de los admitidos denuncia inaplicación de los artículos 132 y 135 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (D. 2114/1968, 24 julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, 24 julio, y 3964/1964, 3 diciembre), en cuanto disponen, respectivamente que «por el contrato de acceso diferido a la propiedad de las viviendas de protección oficial se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado» y que «terminado el plazo señalado en el contrato y cumplidas las condiciones pactadas, se procederá al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, transmitiéndose el dominio de la vivienda al cesionario», siendo así que lo contemplado en tales preceptos es precisamente el *pactum reservati domini*, ha interpretar en el sentido que ha quedado expuesto, al igual que la jurisprudencia establecedora de que hasta el pago íntegro del precio los compradores no son propietarios.

El segundo acusa inaplicación de los artículos 1.091, 1.255, 1.281 y aplicación indebida de los artículos 609 y 813, cuando es lo cierto que tales artículos propician la exégesis que se ha realizado anteriormente y solo cuando se lleve a cabo la partición, que ha de ejecutarse según el fallo de la sentencia recurrida, se sabrá si quedan o no afectadas las legítimas por los legados

El tercero, en fin, porque considera aplicado indebidamente el artículo 1.356 del Código Civil e inaplicados los artículos 1.357, 1.354 y 1.358, olvidando que los inmuebles litigiosos se adquirieron por la primera sociedad de gananciales y, en consecuencia, a ella pertenecen, aunque la adquisición se realizase con pacto de reserva de dominio, sin perjuicio de que tal sociedad haya de abonar los créditos contra ella subsistentes por los desembolsos realizados para su adquisición, en la cuantía que se justifique por quienes los aleguen, dado que se cumple plenamente el supuesto normativo de adquisición del bien por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado y pago del primer desembolso con dinero ganancial, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo, para que el bien adquirido tenga carácter ganancial de la sociedad existente al tiempo de la adquisición, máxime cuando después se constituye y también concluye otra sociedad y no se da al caso de duda a que alude el artículo 1.407.

La afirmación en el actor de la vista de que lo que hubo fue un arrendamiento con opción de compra, constituye una cuestión nueva que, por prohibida en casación, ni siquiera puede ser tratada.

Por último, cabe hacer una aclaración que en nada varía lo que se viene exponiendo: hasta la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo, para nada hablaba el Código de legado de cosa ganancial, contemplado hoy en el artículo 1.380, al que ha de dársele el valor de disposición interpretativa y, por ende, el apartado segundo del fallo de la sentencia recurrida ha de entenderse en el sentido de que cuando se practique la partición judicial de los bienes de la herencia de don Ignacio Díaz Franco (apartado 6.º), sólo se reducirán los límites de los legados si atacan la intangibilidad de las legítimas, único momento en que puede saberse.

PATRIA POTESTAD. DERECHO DE GUARDA Y CUSTODIA. ARTICULO 92 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1994.)

Las medidas en orden al cuidado y educación de los hijos menores han de adoptarse en su beneficio.

Las normas sobre la patria potestad revisten naturaleza de orden público.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre de la menor, conforme a los siguientes fundamentos:

En el primer fundamento de la Audiencia se dice: «Es de tener en cuenta a los efectos de la decisión que se adopte en orden a cuál de los progenitores ha de ostentar la guarda y custodia de la hija nacida fuera del matrimonio el 2 de agosto de 1983: 1) Que aproximadamente a los diez meses del alumbramiento, doña Rosa Tomás Rodríguez sufrió un accidente vascular con hemiplejía izquierda por la que estuvo ingresada cerca de tres meses, durante los cuales el padre se ocupó y cuidó de la menor, produciéndose a raíz de aquel accidente la ruptura entre ambos, y el ejercicio de hecho de la guarda y custodia por don Isidro de Casso Ríos desde entonces hasta la actualidad. 2) El 15 de mayo de 1986 ambos litigantes firmaron un convenio formalizado ante Notario en el que acordaron que la hija Laura-Victoria quedara bajo la guarda y custodia del padre estipulando en favor de la madre un régimen de visitas consistente en fines de semanas alternos desde las 10 horas del sábado hasta

las 20 horas del domingo, una semana en Navidad y en verano los primeros 15 días de julio. 3) No obstante el régimen de comunicación pactado resultó obstaculizado constantemente por el padre habiéndose ejecutado en esporádicas ocasiones. 4) En las actuaciones y concretamente en la exploración practicada queda evidente reflejo de las dificultades que presenta la relación afectiva de la hija con su madre, a la que ni siquiera identifica como tal, "que ella no es su mamá, que su madre es Isabel que es la que vive con ella", "que no se quiere ir con ella porque es mala, según le han dicho su padre y su abuela", hasta el punto de llegar a negarse rotundamente a salir con su madre». Según consta en el fallo recurrido, en relación con el fundamento segundo, también recogido de modo literal en los antecedentes, la Sala de instancia estableció un régimen de aproximación y comunicación progresivo y vigilado o seguido por un psicólogo, con obligación de informar cada tres meses.

4. El primer motivo del recurso discurre por el cauce del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que, según el recurrente, demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; a dichos efectos cita los poderes de las partes en el pleito, un informe de la Guardia Urbana de Hospitalet de Llobregat, certificado de Estadística emitido por el Excelentísimo Ayuntamiento de la propia ciudad, otro relativo a la distancia a que se encuentran los colegios en que recibió clase la niña y certificaciones de dichos colegios (Guardería Garabatos y C. P. Pau Sans); de todos ellos pretende —combatiendo la afirmación de que las comunicaciones entre madre e hija fueron obstaculizadas por el padre— obtener las conclusiones siguientes: que desde 1 de abril de 1986 el padre y la hija vivieron en el mismo domicilio, a diferencia de la madre que cambió tres veces el suyo, estando la guardería en la casa contigua del padre y el colegio a doscientos y pico de metros, a pesar de lo cual la madre ni se acercó en momento alguno por los centros de enseñanza ni por la casa para ver o recoger a la niña e interesarse por ella.

El motivo tiene que desestimarse porque, sobre carecer los documentos de la necesaria literosuficiencia para destruir la afirmación de la Audiencia, se pretende una nueva valoración de la prueba, prescindiendo de que la obtenida por el órgano jurisdiccional, en utilización de facultades que le son propias, se consiguió mediante una apreciación conjunta de la misma, resultando la posición obstruccionista del padre y de la abuela de la niña de la propia exploración de esta, no siendo la casación una tercera instancia que permita una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de apelación, soberano al efecto y cuyo criterio, por independiente, frente al interesado de las partes, ha de prevalecer, a menos que su apreciación resulta ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las normas, no codificadas, de la sana crítica, nada de lo cual puede predicarse en el caso que nos ocupa.

3. El motivo segundo, ahora al amparo del número 5 del propio precepto procesal citado en el anterior, acusa infracción del artículo 161 del Código Civil, en relación con el 94 del mismo texto legal, que aconsejan, según el recurrente, limitar o suspender el derecho de la madre a visitar y comunicarse con su hija, cuyo rechazo hacia ella es absoluto y quedó reflejado en la exploración practicada, por lo que ha de tenerse en cuenta que las medidas en orden al cuidado y educación de los hijos menores han de adoptarse en su beneficio, como se desprende del párrafo segundo del artículo 92, subordinándose a su propio interés, por lo que el recurrente vuelve a examinar la prueba

en el mismo motivo, señalando que, según los informes: cada cambio de domicilio de la madre convivía con una nueva persona; que en una ocasión agredió a su propia madre con una muleta, que cuando iba a ser operada encomendó a su hijo habido con un tercero al propio recurrente «por no poderlo dejar bajo la tutela de mi madre y familia por no ser personas física y moralmente para custodiarlo»; que a pesar de haberse establecido el divorcio en España y llevar muchos años separada de su marido no se ha casado con la persona con quien convive desde hace años

El motivo vuelve a olvidar que no puede realizarse en casación una nueva valoración de la prueba, dado que la naturaleza de tan extraordinario recurso no posibilita configurarlo como una tercera instancia, sino como un mero remedio procesal encaminado a determinar si establecidos unos hechos que han quedado incólumes, es o no adecuada la solución jurídica a que llegó el órgano jurisdiccional de instancia (Sentencias de 26 marzo, 9 y 10 de abril, 30 de mayo, 12 y 14 de noviembre y 26 diciembre 1990, 3 y 31 de enero, 22 de abril, 16 de mayo, 11 de julio y 3 de octubre de 1991), por lo que no es dable en un solo motivo mezclar cuestiones de hecho y de derecho (Sentencia de 26 octubre de 1990), ya que, a pesar de la flexibilización que ha experimentado la casación con la reforma introducida por Ley 34/1984, de 6 de agosto, no es posible mezclar motivos de distinta naturaleza en un solo apartado, especialmente cuando en el que se estudia no contiene alusiones concretas al tema del error y se formula con la mención explícita del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 15 abril de 1988). Por otra parte, es cierto que la patria potestad y el derecho de relacionarse con los hijos por parte de quien no tiene su custodia se establece en beneficio de los propios menores (función tutiva), estando el arbitrio de las partes controlado por el Juzgador, que puede fijar discrecionalmente en poder de quien han de quedar los hijos, dándosele para ello y para fijar el régimen de comunicación, visitas y convivencia amplias facultades discrecionales para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor, lo que suele hacerse sin carácter definitivo, de manera eventual, precisamente para poder modificarlas según las circunstancias y el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones, que es lo realizado por la Audiencia en el supuesto que nos ocupa, al exigir el control e informe de un psicólogo cada tres meses («informará cada tres meses de la evolución e incidencias que tenga en la menor»), implantando un sistema progresivo de aproximación entre madre e hija, quien, en principio, sólo puede obtener beneficios en su formación con el contacto con ambos progenitores, indudablemente más fructífero que el existente con una extraña —a la que confunde con la madre natural— o con la abuela; pero precisamente por no tener estas medidas carácter definitivo, ya se señaló desde antiguo su no acceso a la casación (Auto de 6 de marzo de 1920; Sentencias de 14 de diciembre de 1931 y 27 de octubre de 1961) y así se recoge en la reciente Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1989 que, después de señalar la exigencia de las orientaciones doctrinales y legislativas modernas, en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, de atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad, señala que la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta, exige conceder al Juez una facultad discrecional, sin que contra lo resuelto por los Tribunales de apelación quepa la casación, a menos que se haga patente el error de hecho o de derecho cometido, tesis perfectamente viable en la actualidad —sigue diciendo— después de la modificación llevada a cabo en los

artículos 92 y 159 del Código Civil, lo que es igualmente predicable de los artículos 94 y 161 que se citan en el motivo que nos ocupa, todo lo cual lo hace decaer, al haber resuelto la Audiencia sin error alguno, con lógica y buen criterio ponderando todas las circunstancias del caso.

4. El último motivo, también al amparo del número 5 del artículo 1.º del Código Civil, considera infringido el artículo 1.º del Código Civil, en cuanto considera fuente del ordenamiento jurídico los Principios Generales del Derecho, «los cuales al ser recogidos por la jurisprudencia, si ésta no es aplicada al litigio puede ser motivo del recurso de casación», refiriéndose en el caso que nos ocupa al principio *rebus sic stantibus* y al convenio que ante Notario suscribieron los litigantes en 15 de mayo de 1986, que atribuyó la guarda y custodia al recurrente, regulando el régimen de visitas y comunicación con la madre, momento en el cual la situación familiar y económica de ésta era idéntica a la actual.

El motivo ha de perecer, pues prescinde de que la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la Ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del Juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia, a los que en modo alguno puede aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus* o las de la presuposición y base del negocio, referentes a las convenciones puramente económicas o patrimoniales, pero nunca a las relaciones paterno-filiales.

ALIMENTOS INFORME PERICIAL: INNECESIDAD DE RATIFICACION. ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el declarado padre de la hija extramatrimonial y que en tal concepto viene obligado a prestarla alimentos, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. En el procedimiento declarativo de menor cuantía promovido por doña Francisca G. F. contra don N. P. L., sobre reconocimiento de paternidad y prestación alimenticia, se formularon las siguientes alegaciones fácticas, expuestas en síntesis: 1) El 17 de mayo de 1971, doña F. G. F. dio a luz a una niña, siendo inscrita en el Registro Civil con su mismo nombre y apellidos y en la condición de «natural», ya que aquélla estaba y sigue soltera. 2) El nacimiento de la niña fue fruto de las relaciones mantenidas, durante unos tres años, con don N. P. L. 3) El señor P. cuando conoció el estado de gestación de doña F., la dejó en el más completo abandono, sin que en ningún momento se haya preocupado de la hija, ni contribuido a su manutención, y 4) La señora G. no ha entablado hasta ahora acción judicial, debido a que el señor P. estaba casado y no quería provocar ningún escándalo, pero habiendo tenido conocimiento que su esposa falleció hacía unos meses, realizó gestiones

amistosas para que reconociese a la hija, sin resultado positivo. Las pretensiones de la actora fueron objeto de estimación en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Inca, de 20 de junio de 1989, al declararse que don N. P. L. era el padre de la menor Francisca G. F., estando aquél obligado a prestarle alimentos en la forma y cuantía a determinar en ejecución de sentencia, siendo confirmada por la dictada, en 21 de junio de 1990, por la Sección Tercera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por el señor P., a través de dos motivos amparados, de modo respectivo, en los ordinales 3.º y 5.º del artículo 1 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo. En el primer motivo del recurso, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, se denuncia la infracción de los artículos 627 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 340 de la misma, por cuanto establecen que los peritos, en caso de emitir un informe por escrito, deberán ratificarle, mediante juramento y en presencia del Juez y de las partes, posibilitando a éstas a intervenir, interrogando a los peritos en todas aquellas cuestiones en que pudieran plantearse dudas, cuyo acto de ratificación no se celebró en su momento, alterando el procedimiento estipulado y negando a las partes su derecho a intervención. Se argumenta, también, que la razón de no denunciarse en su momento el aludido vicio procesal, fue debido, únicamente, a que el recurrente se encontraba desamparado al cesar en su actividad el Procurador que le representaba, por lo cual, al emitirse sentencia se encontraba declarado en rebeldía, y si resulta que no es admisible la reclamación de nulidad de la actuación judicial, se estaría en presencia de una situación de total indefensión, sin que el defecto haya podido ser alegado en ningún momento, con la consecuente vulneración del artículo 24 de la Constitución; y el trámite previsto por el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que obedeció la providencia de 10 de abril de 1989, dictada por el Juzgado, supone un acto diferente al denunciado como defectuoso, puesto que aquel trámite es un paso posterior al que se ha vulnerado, mientras que el especificado en el artículo 340, consistente en dar audiencia a las partes en las diligencias para mejor proveer es específico para éstas y de obligado cumplimiento, manifestándose en la Sentencia de 9 de abril de 1985 que tras la reforma de 1984, resulta inexcusable la falta de audiencia a las pruebas realizadas para mejor proveer.

Tercero. Atendiendo al desarrollo argumental del motivo, resulta evidente que el denunciado quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, consistió, en definitiva, en que en la prueba pericial médica acordada para mejor proveer, el perito no ratificó a presencia judicial el informe presentado por escrito y, consecuentemente, las partes carecieron de la posibilidad de solicitar de aquel las explicaciones que estimasen oportunas, sobre cuyo particular, el criterio establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es limitar al máximo las posibles declaraciones de nulidad, de los actos judiciales, como acertadamente razonó el Tribunal *a quo*, en cuanto que sus artículos 238.3.º y 240.1 vienen a exigir ausencia total y absoluta de las normas esenciales procedimentales y de los requisitos indispensables en punto a que los actos procesales alcancen su fin, precisándose, en cualquier caso, la realidad de una efectiva indefensión, circunstancia que también requiere el inciso final del ordinal 3.º del artículo 1 692. En tal orden de cosas, es indudable que la omisión de la ratificación del perito en la forma prevenida en los citados artículos 627 y 628, no impidió al informe suscrito alcanzar el fin que le era propio, o, sea, ilustrar al Juzgador sobre los extremos objeto de la

pericia, especialmente, cuando el emitido en el caso concreto de autos era tan claro en su contenido y categórico en sus conclusiones, que no precisaba de explicaciones complementarias; y, por otro lado, y como así fue recogido en la Sentencia de 30 de enero de 1987, el hecho de haberse prescindido de las partes para la práctica de la prueba pericial, dando cumplimiento al artículo 340, no puede admitirse que implique infracción del artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que según tiene declarado el Tribunal Constitucional, «no puede estimarse como consecuencia necesaria del artículo 24, que la práctica de las diligencias para mejor proveer haya de realizarse, en los procesos gobernados por el principio dispositivo, con intervención de las partes, pues ello convertiría a tales diligencias en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba». Además, es de tener en cuenta que a las partes litigantes, entre ellas, el actual recurrente, por providencia de 10 de abril de 1989 se les concedió el término de tres días para presentar escrito acerca del alcance e importancia de las pruebas para mejor proveer, resolución que fue notificada en legal forma al siguiente día hábil, a los Procuradores señores Serra Llul y Gayá Barceló, sin que éste segundo, que lo era del señor P. L., presentara escrito alguno al respecto dentro del término indicado; por providencia bien posterior, de 19 de julio siguiente, se acordó requerir al referido litigante para que designase nuevo Procurador, en término improrrogable de cinco días, por haber tenido conocimiento el Juzgado del cese en el ejercicio profesional del suyo, el señor Gayá Barceló, y aunque el requerimiento se entendió con una vecina del interesado, doña A. F., el mismo no se personó con nuevo Procurador, verificándose así una vez que la sentencia del Juzgado le fue notificada, diligencia que se entendió, precisamente, con la vecina indicada, y de aquí, que proceda entender que aquel requerimiento debió llegar a conocimiento del actual recurrente señor P., con lo cual, no es dable admitir, como acreditado, que se le hubiera originado indefensión y privado de la posibilidad de pedir la subsanación de la falta de referencia. Así pues, cuantas consideraciones han sido expuestas, llevan a concluir que no resultaron infringidos los preceptos expresados en el motivo, lo que determina, en definitiva, su claudicación.

F. C. L

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

CUESTION DE COMPETENCIA.—PARA CONOCER DE LA ACCION SOBRE RECLAMACION DEL PRECIO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS ES JUEZ COMPETENTE EL DEL LUGAR DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1993.)

Ponente. Excmo. Sr. D. José Luis Albacar López.

Hechos.—Ejercitada acción de reclamación del precio de un contrato de arrendamiento de servicios, solicitados por la demandada, Viajes Niram, S. A., domiciliada en Valladolid, y prestados por Interámericas Viajes, S. A.,

con domicilio en Madrid, se plantea cuestión de competencia entre los Tribunales de Valladolid y Madrid.

El Supremo declara competente al Tribunal de Madrid en base a la siguiente

Doctrina.—Dado que los servicios se prestaron en Madrid, será Juez competente el del *lugar de prestación de los servicios*, que en este caso es Madrid; todo ello de acuerdo con una reiterada Jurisprudencia.

RECURSO DE CASACION.—LOS ESTRICTOS CAUCES DEL RECURSO DE CASACION NO PERMITEN TRATAR DE CORREGIR UNA PARTICION «EX OFFICIO». (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1993.)

Ponente. Excmo. Sr. don Jesús Marina Fernández-Pardo.

Hechos.—El supuesto de hecho de la presente sentencia trata sencillamente de la impugnación de unas operaciones particionales de los bienes de la sociedad de gananciales disuelta por sentencia firme de separación.

El Tribunal Supremo no admite la impugnación en base a la siguiente

Doctrina.—Aun cuando del repaso de las actuaciones procesales se advierten deficiencias de actuación, las partes consintieron sin protesta alguna las operaciones y, una vez efectuada la operación, no se impugna por causa alguna que al amparo del artículo 1.693 permita anular las actuaciones; no se acredita que concurra vicio alguno que permita anularlas como puede anularse cualquier negocio jurídico, y no se insta la rescisión por lesión de modo correcto, pues para que triunfe la rescisión hay que acreditar lo erróneo de las valoraciones y el detrimento sufrido en la medida y cuantía exigida en los artículos 1.073 y 1.074 y concordantes del Código Civil.

Así pues, se DESESTIMA el recurso porque los estrictos cauces de la casación no permiten tratar de corregir una partición *ex officio*, aunque se aprecien indicios de no ser la partición demasiado equilibrada en el puro orden contable.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA —NULIDAD DE ACTUACIONES.—PRINCIPIO GENERAL DE SUBSANACION RESPECTO DE LOS ACTOS PROCESALES DEFECTUOSOS. (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1993.)

Ponente. Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Hechos.—Se trata del ejercicio de la acción de nulidad que reconoce el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en relación con el procedimiento sumario del artículo 131 de la misma Ley, alegando los siguientes motivos:

— Infracción de la regla 2.^a, II, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ya que en la demanda no se determina con precisión la cantidad exacta que por todos los conceptos es objeto de reclamación, y error sobre los números registrales.

— Infracción de la regla 7.^a, párrafo 5.^o, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, relativa a hacer saber al deudor el señalamiento del lugar, día y hora del remate

El Tribunal Supremo desestima el recurso con imposición de costas en base a la siguiente

Doctrina.—Los errores alegados no tienen la trascendencia que quiere atribuírseles, pues los erróneos números registrales y las cifras no precisadas con toda exactitud se corrigieron debidamente durante el proceso, como también se corrigió el relativo a la regla 7.ª del párrafo 5.º del artículo 131 de la Ley Hipotecaria al instar el trámite de la subasta.

Y no cabe que no se admita la posibilidad de subsanación, como pretende el recurrente, sino que, por el contrario, el principio general de subsanación respecto de los actos procesales defectuosos viene establecido en el artículo 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

JUICIO EN REBELDIA.—DOMICILIO LEGAL DE LOS COMERCIANTES.—ARTICULO 65 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Matías Malpica y González-Elipe.

Hechos.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona fueron vistos los autos de juicio ordinario de menor cuantía, a instancia de «A, S. A.», contra don H. T. M., éste último en rebeldía, sobre reclamación de cantidad.

Prevía admisión de la demanda, por providencia de 16 de marzo de 1987, se declaró en rebeldía a don H. T. M., acordándose que se le notificara dicha resolución y las demás que recayeran en los estrados del propio Juzgado; y finalmente se dictó sentencia estimando la demanda y condenado a la parte demandada al pago de 5.042.589 pesetas, más el interés legal y costas.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, resuelto negativamente por la Audiencia que declaró no haber lugar a conceder audiencia a don H. T. M.

Este último recurre en casación y el Supremo desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—En primer lugar se alega error en la apreciación de la prueba y se señala como documento revelador de dicho error el escrito de la parte actora en la que solicita el embargo de inmueble de la propiedad del demandado en rebeldía en Tordera, así como la providencia acordándolo y su publicación por edictos en el BOP. Pero el Alto Tribunal no admite el error ya que esa documentación es posterior a la tramitación del procedimiento de menor cuantía y no puede descalificar la buena fe intencional al tiempo de su inicio. Además, tratándose como se trata de operaciones comerciales, ha de regir estatutariamente lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que tal lugar de referencia o domicilio legal viene confirmado por unos talones bancarios que van girados contra lo que debía ser la central «financiera» del negocio del recurrente en la Sucursal de un Banco próximo a su centro comercial, en Barcelona.

En segundo lugar se alega violación del artículo 777, 1.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero tampoco se admite porque no resulta acreditado que cuando se publicaron los edictos se hallase el recurrente ausente de la localidad sin haber regresado a ella durante la tramitación del juicio, por lo que no procede la audiencia en rebeldía.

Por último se alega infracción del artículo 777 citado en relación con el

artículo 1.232 del Código Civil, dando por sentado que como tiene confesado la parte actora que algunas mercancías se le remitieron al demandado a Tordera debió emplazársele en aquella localidad; pero igualmente se rechaza este argumento ya que los talones bancarios antes citados suponen la confirmación absoluta de que el centro de operaciones comerciales del demandado era Barcelona.

LAS CAUSAS DE INADMISION DEL RECURSO DE CASACION OPERAN COMO CAUSAS DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

Hechos.—Se trata de un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en apelación de la recaída en incidente seguido como trámite legal de la pieza quinta sobre calificación de una quiebra necesaria.

El Tribunal Supremo desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Para que resoluciones de naturaleza análoga a ésta lleguen al Tribunal Supremo por medio del recurso de casación, han de referirse; bien a incidentes de tal modo que la resolución haga imposible la continuación del juicio principal, siendo éste, a su vez, de los que tienen la posibilidad de acceder a la casación; bien a resoluciones para las que expresamente se admita «en las circunstancias y conforme a los requisitos que vengan establecidos».

Ninguno de estos dos supuestos concurre en el presente caso:

a) Las quiebras, en cuanto conjunto de actuaciones de un orden de proceder que comprende varios aspectos desarrollados en piezas, carecen de acceso a la casación; es más, la pieza esencial y principal del juicio universal, esto es, la relativa al auto de declaración de la misma tampoco llega a la casación conforme se desprende de los artículos 1.330 y 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.031 del Código de Comercio de 1829.

b) El incidente de calificación ni impide, ni obstaculiza la tramitación de la pieza de declaración, puesto que se desenvuelve con relativa autonomía.

ERROR JUDICIAL.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Matías Malpica y González-Elipe.

Con motivo de una demanda de error judicial el Tribunal Supremo a través del Ponente de la Sentencia establece la siguiente doctrina acerca de esta figura:

Doctrina.—El error judicial se configura como aquella actuación en que se incluyen equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley.

Este proceso especial no puede confundirse con una tercera instancia y sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, bien partiendo de hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto de debate, bien aplicando unas normas inexistentes o entendidas de modo palmario fuera de su sentido y alcance.

No comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma, que acertada o equivocadamente,

obedezcan a un proceso lógico; lo que trata de corregir la declaración de error judicial es la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución eseperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico.

En definitiva la declaración del error judicial se reserva a supuestos de decisiones judiciales injustificables desde el punto de vista del derecho.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

DE CÁRDENAS SMITH: *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición*.
Editorial Cívitas, 168 páginas.

Cuando no hace aún mucho tiempo un banco formuló una OPA sobre las acciones de otro banco, no sólo el gran público, sino los propios especialistas se vieron sorprendidos por una terminología aparentemente novedosa. Nada o muy poco se sabía de lo que era una OPA (o una OPA hostil como aquella), de sus fines, de su desarrollo, etc., y además en la legislación española prácticamente no existía legislación aplicable. Sin embargo, en los últimos años hemos asistido a una proliferación de OPAS de todo tipo, hasta tal punto que hoy en día cualquier lector de un periódico está familiarizado con esta terminología. Es de sobra conocido cómo la Ley del Mercado de Valores de 28 de junio de 1988 aludió a las OPAS, y las mismas han sido desarrolladas fundamentalmente por el Real Decreto 1198/1991, de 26 de junio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores. El hecho de que hoy en día sea una figura habitual en la terminología jurídica y en la práctica, no significa en modo alguno que sea de fácil comprensión, ni mucho menos de fácil interpretación en toda su normativa.

Con el número 13 de la colección Estudios de Derecho Mercantil aparece esta obra dedicada al estudio de las OPAS. Su autor, CARLOS DE CÁRDENAS SMITH, Abogado en ejercicio, integrante de un conocido y prestigioso bufete jurídico, es, sin duda, un especialista en la materia. Como la mayoría de las obras que integran esta colección, tiene un sentido eminentemente práctico. Su extensión y la ausencia de notas a pie de página, salvo raras excepciones, hacen que sea un libro de fácil y rápida lectura. Debe, pues, resaltarse como primera y fundamental característica de esta obra su carácter práctico, pues en ella se encontrarán soluciones a la gran mayoría de los problemas que en la práctica diaria presentan las OPAS. El hecho de que su autor se dedique profesionalmente en gran parte a este tipo de operaciones jurídicas hace que las soluciones que brinda a lo largo del libro sean soluciones válidas en la práctica actual, y muchas de ellas ya experimentadas y admitidas en operaciones realizadas recientemente.

El libro se divide en diez capítulos, a lo largo de los cuales se va analizando la problemática que presentan las OPAS, su regulación legal, así como la interpretación que en cada caso merecen al autor las disposiciones aplicables. El capítulo 1.º (*Consideraciones previas*) alude brevemente a los antecedentes reguladores de las OPAS, principalmente a los Reales Decretos 279/1984 y 1848/1980 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, que alude a las OPAS en su artículo 60, y especialmente al Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio (en adelante, el Real Decreto), que regula definitivamente las OPAS. El capítulo termina con una alusión a los proyectos de Directiva Comunitaria, resaltando el autor cómo se observan profundas divergencias en la redacción

final que debe darse a la propuesta modificada de Directiva, si bien no hay expectativas de que en un plazo razonable se encuentre una solución a las divergencias existentes actualmente en la Comunidad para la aprobación de esta esperada Directiva.

El capítulo 2.º aborda los *Conceptos y modalidades de OPAS*. El autor (página 34) pone de relieve cómo ningún texto legal contiene una enunciación de los principios en los que se fundamenta la obligatoriedad de las OPAS, si bien puede atisbarse en los artículos 10 y 22 del Real Decreto. Resalta cómo la finalidad esencial de la OPA es el principio de igualdad de trato de los accionistas. Al clasificar las OPAS distingue según el tipo de oferente, según la posición que adopte el órgano de administración de la sociedad afectada (hostiles y amistosas), por el tipo de contraprestación ofrecido, por la extensión, por el momento de formulación de la OPA y según sean obligatorias o voluntarias. Al estudiar las ofertas públicas de adquisición obligatorias analiza por separado los supuestos de toma o aumento de una participación significativa, adquisición indirecta de una participación significativa, adquisición de dicha participación significativa por vía de fusión o escisión o de ampliación de capital, y la oferta pública por adquisición por modificación de los Estatutos.

No pueden detallarse aquí todos los problemas que plantea el autor y las soluciones que ofrece, como, por ejemplo, la forma en que debe interpretarse el concepto «adquisición» del artículo 1.1 del Real Decreto (es decir, si incluye no sólo los de compraventa o permuta, sino también otros medios y especialmente por suscripción), lamentando el autor (página 39) la existencia de lo que él llama amplias zonas grises en el Real Decreto que crean una gran incertidumbre jurídica. El autor analiza igualmente con gran brillantez cómo deben computarse en cada supuesto los límites que establece el Real Decreto para entender que se está en presencia de una participación significativa, límites no fáciles de explicar en muchos supuestos. Al estudiar, por ejemplo, las OPAS como consecuencia de una ampliación de capital, pone de relieve cómo el Decreto no regula el supuesto de suscripción incompleta de una ampliación de capital, entendiendo el autor que no puede ignorarse que existe cierta identidad de razón con el supuesto de reducción de capital con amortización de acciones, por lo que defiende la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto.

El autor (página 61) señala cómo otra de las zonas grises del Real Decreto es el supuesto de la adquisición de una participación significativa vía suscripción de acciones en una ampliación de capital, supuesto que no se regula expresamente. Al abordar lo que llama otros supuestos, estudia la reducción de capital, y con especial interés los supuestos de autocartera, entendiendo el autor que salvo que la adquisición de acciones propias se realice en fraude de Ley, no será necesaria la formulación de una OPA, y la práctica diaria avala esta conclusión, como el propio autor pone de relieve.

Al estudiar la OPA por modificación de Estatutos, critica la caracterización que hace parte de la doctrina como un supuesto *sui generis* de derecho de separación (principalmente porque el derecho de separación supone la compra de las acciones por parte de la sociedad, mientras que en la OPA por modificación de Estatutos es el accionista mayoritario quien las adquiere). Finalmente y dentro de las OPAS obligatorias, analiza el autor la OPA de exclusión, muy frecuente en la práctica. Pone de relieve cómo no debe confundirse esta OPA con las OPAS de toma o reforzamiento de control con posterior exclusión de Bolsa. Analiza a continuación las OPAS voluntarias, que obedecen, bien a

que los valores a los que se extienda la OPA no estén admitidos a negociación, bien a que aun estándolo el oferente no pretenda alcanzar una participación significativa o, incluso, porque renuncie a la aplicación de alguna de las excepciones a la obligación de formular una OPA. El capítulo termina con el análisis de supuestos excluidos de la obligación de formular una OPA (singularmente artículo 2.2 y 4 del Real Decreto).

El capítulo tercero aborda las *formas de contraprestación*. A lo largo de él se analizan tanto los supuestos de compraventa como de permutas, como las contraprestaciones mixtas de compraventa y permuta y las contraprestaciones alternativas. Destaca quizá el estudio que hace dentro de las permutas de los valores de futura emisión, cuestión que en su día fue muy polémica (basta recordar la fallida OPA del entonces Banco de Bilbao sobre el Banco Español de Crédito). El autor explica cómo el Real Decreto intenta dar soluciones a todos los problemas que en su día se plantearon (así, por ejemplo, si el órgano de administración de la sociedad oferente es competente para promover la OPA, si pueden ofrecerse valores inexistentes al tiempo de realizarse la oferta, etc.). Con especial detalle se analiza el preceptivo informe de expertos, que plantea no pocas cuestiones (así, por ejemplo, descripción de los bienes, período en que ha de llevarse a cabo el informe, etc.) El autor entiende que el informe no podrá versar sobre un conjunto de valores, sino sobre el valor que compone la omisión o emisiones concretas sobre las que se dirige la OPA, y que será suficiente realizar una descripción de las características del valor que compone la emisión a que se dirige la oferta. De lo contrario, entiende el autor (página 88), el informe del experto no podrá ser emitido hasta conocer el resultado de la OPA, con lo que se frustraría en buena parte la finalidad del informe. Igualmente interesante resulta el estudio que hace del artículo 10.6 del Real Decreto (que excluye el derecho de suscripción preferente del art. 158 LSA en el supuesto examinado) y cuya legalidad ha sido puesta en duda por más de un autor, o al menos su cobertura legal.

El capítulo 4.º aborda *el procedimiento de las ofertas públicas de adquisición*. A lo largo de él se analizan los diferentes artículos del Real Decreto que regulan el procedimiento, desde la presentación, pasando por la autorización, publicación, plazo de aceptación, declaraciones de aceptación, hasta terminar con la liquidación de la OPA y las reglas de prorrateo. Se resuelven muchas cuestiones prácticas, como, por ejemplo, si es posible que formule la oferta no el Consejo de Administración, sino algunos de sus órganos delegados, ya sea la Comisión Ejecutiva o el Consejero Delegado, lo que en opinión del autor es perfectamente posible (página 97). Merece resaltarse también el estudio de las consecuencias del anuncio de una OPA sobre una sociedad cotizada si posteriormente no se lleva a cabo la formulación. El autor entiende que además de la indemnización de daños y perjuicios fundada en el artículo 1.902 del Código Civil podríamos estar en presencia de la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores.

El capítulo 5.º estudia el *folleto informativo y documentación complementaria*. Se analiza pormenorizadamente el contenido del folleto explicativo (tanto los elementos subjetivos y objetivos como los formales de la oferta), así como la documentación aneja. Al analizar este contenido el autor estima incomprensible que el Decreto exija la constancia en el folleto de determinadas circunstancias cuando la contraprestación consista total o parcialmente en canje por otros valores emitidos por sociedad distinta de la oferente y no cuando los valores ofrecidos son los emitidos por la propia oferente. El capítulo termina

con el estudio de las garantías de la oferta, que en una correcta interpretación del artículo 11 del Real Decreto hay que entender que deben acreditarse con carácter previo a la autorización de la oferta (y no a la formulación de la misma que es la primera manifestación de voluntad del oferente).

El capítulo 6.º estudia la *modificación y desistimiento*. El nuevo Real Decreto ha derogado el principio de inmodificabilidad que carecía de fundamento, y por ello el artículo 22 establece las circunstancias para la modificación. Como resalta el autor, el Decreto no establece una limitación al número de modificaciones que el oferente pueda realizar, pero, a su juicio, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá no autorizar aquellas modificaciones que puedan resultar abusivas por afectar más de lo razonable al funcionamiento de la sociedad afectada.

El capítulo 7.º aborda la *actuación de la sociedad oferente y del órgano de administración de la sociedad afectada durante una OPA*. Se analiza, en primer lugar, el artículo 23 del Real Decreto y la limitación de la actuación del oferente, para estudiar a continuación la situación de la sociedad afectada durante una OPA. Resaltar cómo a juicio del autor, aunque el capítulo 5.º del Real Decreto dedicado a las ofertas competidoras no prevé que el órgano de administración de la sociedad afectada debe emitir un informe en caso de autorización por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de una oferta competidora, no cabe duda de que por aplicación del artículo 20 el órgano de administración tendrá dicha obligación. Se estudian las limitaciones a la actuación del órgano de administración de la sociedad afectada, no fáciles de interpretar en muchos supuestos. Así, por ejemplo, cómo ha de interpretarse la expresión abstención de realizar o concertar cualesquiera operaciones que no sean propias de la actividad ordinaria de la sociedad o que tengan por objeto principal perturbar el desarrollo de la oferta. Lo que es evidente, como resalta el autor, es que no hay *numerus clausus* de operaciones prohibidas y el artículo 14.1 del Real Decreto lo único que hace es ejemplificar algunas actividades que en particular no podrá realizar el órgano de administración. Dentro de este capítulo resalta el estudio de una importante cuestión práctica, como es si el órgano de administración de la sociedad afectada puede convocar la Junta General durante el plazo de aceptación de la OPA y, en caso afirmativo, si ésta podrá adoptar acuerdos prohibidos al órgano de administración por el Real Decreto. El autor entiende (página 135) que el órgano de administración puede convocar la Junta General, y una vez convocada la Junta es soberana, sin que el Decreto establezca ninguna restricción a sus competencias. El propio autor no deja de reconocer que esta interpretación podría dar lugar a resultados contrarios a lo que el legislador pretende. Sin embargo, a su juicio, la alteración de las circunstancias en que fue presentada la oferta como consecuencia de acuerdos tomados por la Junta de la sociedad afectada debe permitir al oferente, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, modificar las condiciones de la oferta inicial.

El capítulo 8.º aborda las *OPAS competidoras*. Se estudia tanto el concepto como los requisitos y condiciones de la oferta competidora, autorización de la misma y los efectos que produce. Interesa resaltar cómo el autor, en nota a pie de página, sin duda debido a que el supuesto se planteó cuando el libro estaba ya prácticamente terminado, estudia la posibilidad que recientemente se ha planteado como polémica de prometer la formulación de una OPA durante el plazo de vigencia de otra OPA (recuérdese el célebre supuesto de El Encinar de los Reyes). De las palabras de la citada nota a pie de página parece dedu-

cirse que el autor es contrario a la postura que en su día adoptó la Comisión Nacional del Mercado de Valores de permitir una promesa de formulación de OPA sin sujetarse a los requisitos de una OPA competidora.

El capítulo 9.º aborda las *ofertas públicas de adquisición y el derecho de la competencia*. Al ser las OPAS un instrumento de concentración empresarial, como el propio autor resalta, plantean problemas desde el punto de vista del derecho de la competencia, tanto en el plano nacional como en el comunitario. El Decreto expresamente lo reconoce en su Exposición de Motivos. El autor analiza los procedimientos tanto ante los órganos españoles de defensa de la competencia como los supuestos de operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Estudia con detenimiento las normas aplicables tanto del Real Decreto como el Reglamento número 4064/1989 del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre de 1989, normativa por lo demás cada día de más frecuente aplicación dada la existencia de sociedades transfronterizas de un volumen cada vez mayor.

El décimo y último capítulo aborda el *régimen de supervisión, inspección y sanción*. Analiza la aplicación del régimen de supervisión, inspección y sanción del título 8.º de la Ley del Mercado de Valores, y muy especialmente el artículo 40 del Real Decreto sobre suspensión de los derechos políticos (es muy reciente un supuesto conflictivo donde jugaba la suspensión de estos derechos políticos con una conocida sociedad barcelonesa y que terminó con la denegación de inscripción por parte del Registrador como consecuencia de la aplicación del citado art. 40). Se estudia igualmente la nulidad de los acuerdos (art. 40.5 del Real Decreto) y el deber de abstención previsto en el artículo 41 del citado Real Decreto.

La obra termina con una nota bibliográfica y va precedida de un Prólogo del profesor JUAN LUIS IGLESIAS PRADA, quien además es Director de la colección de Estudios de Derecho Mercantil de la que esta obra forma parte

Tal y como se expresa a lo largo de las líneas anteriores, estamos en presencia de un libro eminentemente práctico. En una materia tan actual como es la de las OPAS, un libro de estas características resulta de gran utilidad, pues resuelve innumerables problemas que la práctica diaria ha planteado. Su autor, auténtico experto en esta materia, demuestra a lo largo de la obra su perfecto conocimiento no sólo de la legislación española, sino también de la comunitaria, lo que permite muchas veces una correcta interpretación de las normas españolas y ofrecer soluciones a la mayoría de las cuestiones que puedan plantearse a quien en la práctica haya de estudiar algún fenómeno relacionado con la OPA.

MANUEL CASERO MEJÍAS

Registrador de la Propiedad y Mercantil

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*. Civitas, Madrid, 1993.

La monografía objeto de la presente recensión versa sobre un aspecto puntual de la Propiedad Intelectual como es el derecho o facultad que corresponde al autor de decidir la divulgación de la obra.

El principal atractivo de la monografía radica en la dificultad de la materia estudiada y consiguiente escasez bibliográfica española existente tras la reforma operada por la Ley de 1987. La obra no se limita a suscitar un amplio haz

de cuestiones que plantea al jurista el texto de los dos primeros incisos del artículo 14 de la LPI, sino que, ahondando en tan específico tema, ofrece soluciones en buena medida inspiradas en la doctrina de otros países con mayor experiencia en este campo, singularmente Italia, Francia y Portugal; cuestiones y soluciones de cariz preferentemente científico que sin duda podrán ser de utilidad para los prácticos del Derecho que asesoran a los autores y a las empresas dedicadas a divulgar o introducir entre el público las obras

Idea central defendida por la autora es —como acertadamente destaca en el Prólogo el director del trabajo, profesor RUBIO TORRANO— la distinción entre el hecho de la divulgación y el derecho del autor a decidir la misma, así como la forma en que deba llevarse a cabo. No se aborda en esta monografía, aunque se tiene en cuenta, el concepto de explotación de las obras intelectuales, cuya naturaleza es de carácter patrimonial. El derecho estudiado es de índole moral, cercano a los derechos de la personalidad y en concreto a la libertad de expresión, constitucionalmente reconocidos, las notas que caracterizan a este tipo de derechos subjetivos —inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, inembargables...— protegen al autor contra posibles injerencias por parte de quienes realicen, previo pacto con el autor, el hecho de la divulgación. Pero esta interrelación entre la divulgación y el derecho del autor a decidirla plantea interrogantes de difícil resolución, a saber: ¿cómo opera el derecho a decidir la divulgación en los casos de autor-persona jurídica o autor fallecido antes de ser divulgada la obra, en las obras por encargo, en las obras compuestas y en otros muchos supuestos que la autora considera como irregulares. ?

Para ir tratando la dinámica y funcionamiento del derecho a decidir la divulgación, la doctora PÉREZ ONTIVEROS procede previamente al esclarecimiento de ciertos conceptos que aparecen confundidos a lo largo de los preceptos del texto legal de 1987: así ocurre especialmente con los términos *divulgación* y *publicación* que la Ley utiliza indistintamente en varios artículos. Si bien estos conceptos presentan caracteres comunes —señala la autora—, en sentido estricto el término *publicación* debería reservarse para designar una forma de divulgación que solamente opera en aquellas creaciones intelectuales que requieren, para ser dadas a conocer entre el público, la distribución de ejemplares (las obras literarias serían el prototipo); mas en esta clase de creaciones tales como las obras plásticas (esculturas, pinturas, p.ej.) no resulta adecuada la aludida expresión para designar el hecho de la divulgación. Por otra parte, tampoco el concepto de *acceso al público* utilizado por el artículo 4 de la LPI para definir el concepto de *publicación* es suficientemente claro, sobre todo al compararlo con la expresión *ámbito doméstico* empleada por el artículo 20 1, párrafo 2, de la propia Ley. Surge por ello la cuestión acerca de si puede considerarse que la obra ha sido publicada en los casos en que un grupo de personas ha accedido a su conocimiento —o ha estado en condiciones de poder hacerlo—, pero sin que se traspasen los límites de su esfera íntima; la cuestión afecta particularmente a las obras del tipo de los vídeos comunitarios, a los que algunos autores consideran divulgados por el hecho de ser conectada su emisión a una red de difusión externa, mientras que no lo serán mientras permanezcan en el circuito cerrado de una empresa o de un consejo de administración o un círculo diferenciado de personas unidas por un requisito común. La autora de la monografía aporta el estudio de la jurisprudencia francesa e italiana relativa a la configuración del concepto de ese *círculo íntimo*, concluyendo que es posible adoptar criterios restrictivos al respecto para garantizar así al máximo los intereses de los creadores intelectuales.

Junto a las anteriores precisiones, en el capítulo I de la monografía se trata además de diferenciar el derecho estudiado de otras figuras afines. Una de ellas —el derecho de divulgación— suscita dudas acerca de cuál sea el momento en el que la obra entra en la esfera de los derechos patrimoniales. En opinión de la autora no es necesario el hecho de la divulgación para que se produzca la patrimonialización de una obra intelectual. Aunque es cierto que desde el acto de creación de la obra comienzan para el autor las facultades personales y patrimoniales que le corresponden, los rendimientos económicos que produzca la obra no dependen del hecho de la divulgación; es más, en algunos supuestos pueden adquirirse con anterioridad a la divulgación: así ocurre cuando se vende una obra plástica a un amigo íntimo para que la coloque en su residencia. En este caso es claro que se obtienen los beneficios económicos derivados de la venta sin haberse producido propiamente el hecho de la divulgación. Y tampoco condiciona el hecho de la divulgación el ejercicio del derecho o facultad de retirada de una obra del comercio que la Ley proclama, puesto que para ello basta con que la obra haya entrado en el campo patrimonial, aunque como en el ejemplo anterior aún no haya sido divulgada.

El capítulo II de la obra se adentra en el estudio de la titularidad y ejercicio del derecho a decidir la divulgación. El primero de dichos aspectos, la titularidad, conduce al análisis del sujeto del mencionado derecho en caso de tratarse de persona física o jurídica, así como a los requisitos de capacidad para crear y para adquirir el derecho de propiedad sobre la obra. En cuanto al ejercicio del derecho, que la autora califica como acto jurídico unilateral no recepticio, se analiza detenidamente el elemento interno de la voluntad en una precisa aplicación de la teoría general de los vicios del consentimiento a este supuesto especial. Las anteriores precisiones conducen a solucionar la problemática que acompaña a diversos supuestos de cierta complejidad, ya sea ello debido a las características del sujeto (caso de que el autor sea menor de edad, menor emancipado, incapacitado o ausente) o del objeto (especialmente cuando la obra en cuestión pueda afectar a los derechos de la personalidad de algún individuo).

Los capítulos III y IV afrontan decididamente los supuestos variados relativos al derecho estudiado, así en las obras realizadas por autor que se encuentra previamente vinculado por un contrato mediante el cual acepta realizar la obra por encargo; en los casos de ser varios los autores, ya sea por el sistema de obra en colaboración, obra colectiva u obra compuesta, con particular examen de las creaciones audiovisuales (entre éstas, las cinematográficas). Cierra la monografía el estudio de las múltiples cuestiones planteadas por el fallecimiento del autor antes de haber decidido por sí mismo la divulgación de la obra.

El derecho a decidir la divulgación tras la muerte del autor es, quizá, uno de los puntos más complejos de toda la monografía y es abordado desde el punto de vista de los principales problemas que plantea el texto de los artículos 14 y 15 de la LPI, que no se refieren a la transmisión *mortis causa* de la titularidad, sino del ejercicio de la facultad de decidir la divulgación. Se ha interpretado, a la vista de los citados preceptos, que lo que en realidad articula la LPI es la posibilidad de que los herederos preserven la voluntad del autor difunto. Sin embargo, la autora discrepa de la anterior tesis en atención a la diferencia existente entre el derecho a decidir la divulgación (que es una facultad de carácter moral) y la divulgación efectiva. En todos aquellos casos en los que se tuviera conocimiento de la voluntad del autor, en cuanto a permitir el acceso de una obra al público, la facultad moral ya ha sido ejercitada por

su titular originario y los herederos únicamente deberán velar porque tal voluntad sea respetada. Ahora bien, en el caso de que el autor deseara que una obra suya no viese la luz pública, cabe preguntarse si la regulación legal garantiza adecuadamente el cumplimiento de la voluntad del autor. En opinión de la doctora PÉREZ ONTIVEROS, la Ley otorga preponderancia a los intereses sociales, que quedan favorecidos con la divulgación mediante la cual se fomenta el acceso a la cultura sobre los intereses particulares del difunto autor, como se deduce del texto del artículo 40 de la LPI.

Por otra parte, existe igualmente controversia doctrinal acerca de la posibilidad de que las personas legitimadas para el ejercicio del derecho a decidir la divulgación sean distintas a los titulares de los derechos de explotación. Para algunos autores ambas facultades son incompatibles. Sin embargo, la autora de la monografía defiende la tesis de que pueden detentar los mencionados derechos dos personas distintas en el caso de que un creador intelectual atribuya el ejercicio de la facultad de decidir la divulgación a persona diferente de aquella a quien correspondan los derechos de explotación, pues no es necesario que el titular del derecho de decidir la divulgación ostente otras facultades.

La monografía de la doctora PÉREZ ONTIVEROS —actualmente Profesora Titular de Derecho Civil— representa en suma un importante avance en la doctrina española en materia de Propiedad Intelectual. Es digna de elogio por la laboriosidad de que hace gala su autora habida cuenta de la dificultad del tema y la escasez de materiales doctrinales o jurisprudenciales existentes en el momento de abordar el estudio. Y será de indudable utilidad tanto a los estudiosos del Derecho como a los prácticos inmersos en el problemático mundo de las empresas dedicadas a la divulgación de las creaciones intelectuales. Por todo ello merece, junto con el agradecimiento por la generosidad que siempre supone el hecho de transmitir a la comunidad universitaria los conocimientos adquiridos tras un largo y sacrificado período de estudio y atenta reflexión, nuestra más sincera enhorabuena.

ISABEL SABATER BAYLE
Profesora Titular de Derecho Civil

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*. Cívitas, 1993.

Traigo esta publicación a recensión por tres motivos. El primer motivo es que ya iba siendo hora de que recensionase un libro del autor sin que me lo regale. También uno de vez en cuando compra libros. La segunda razón es el tema que en la publicación se estudia y que supone el reconocimiento al honor con su «colateral» derecho de la información. Aquí pasa un poco como con la Estatua de la Libertad americana: hasta dónde llega el honor y hasta dónde se extiende la libertad de información, sobre todo en un estado de derecho tan singular como el nuestro, donde parece ser que se va a implantar el sistema judicial del Jurado popular cuando la preparación del pueblo no ha podido desarraigarse la envidia y donde aún subyace el deseo del revancha y resentimiento.

La tercera razón es que esta publicación constituye el discurso de recepción como académico de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ en la Nacional de Derecho y

Ciencias Sociales de Buenos Aires en el año 1992. A mí los argentinos —siempre tan cordiales— me acaban de nombrar igualmente académico de la Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, pero de Córdoba. Esta conexión puede servir de motivo o razón de la recensión. La distinción para mí se agranda a medida que voy conociendo a los ilustres juristas españoles que me han precedido en el nombramiento. La publicación me sirve de guía para saber en qué extensión y límites debo moverme.

De otra parte, el tema central de la publicación es importante, de rabiosa actualidad y puede servir de criterio para juzgar las actitudes de los diferentes personajes que inciden en los diversos casos que la prensa pública. La verdad es que el honor «sol del firmamento social» de que nos habla el autor referido a una época española dista mucho del que juega en el entorno social de nuestros tiempos. Desde el Alcalde de Zalamea que lo calificaba como «patrimonio del alma» hasta el honor que se subordina a la libertad de expresión hay todo un abismo, ese abismo que GONZÁLEZ PÉREZ llama «degradación». La verdad es que da miedo penetrar en este mundo del honor y de la información en toda clase de niveles sociales, pero también es cierto que los juristas debemos defender principios y, en este caso, recensionar trabajos que alegan razones para mantener el concepto «intocable» del honor.

El texto del trabajo viene dividido en cinco apartados que van desde la introducción hasta el epílogo, pasando por el estudio del honor en Derecho español, en la jurisprudencia y la reacción ante la protección a dicho derecho. Es un texto claro, sistemático y lleno de posibilidades para el intérprete, el crítico y aquel que debe pronunciarse en torno a estos derechos. Vamos con sus diferentes apartados:

A) INTRODUCCION

Dos puntos destaca el autor en torno al honor: el sentimiento del honor en España en el Siglo de Oro y la relación que el honor tiene con el Derecho. No puedo menos de copiar literalmente el comienzo de esta parte de estudio donde el autor dice, por boca de ALFONSO GARCÍA VALDECASAS, que «hubo una época en la historia de la sociedad española en la cual el honor era como un centro espiritual hacia el que la vida de relación gravitaba como un eje en cuyo torno se ordenaban las actividades sociales...» De esa concepción hidalga y muy española se ha invertido el orden de valores y el honor ha quedado relegado a un modesto lugar. Podríamos decir —remendando al Rey de Francia Francisco I— que todo se ha perdido, hasta el honor. y España está prefiriendo —remendando a Méndez Núñez— barcos sin honra.

En lo que se refiere al honor en su relación con el Derecho, apunta el autor que es precisamente en la regulación legal de la protección del derecho al honor donde más diferencias se acusan por reflejar los sentimientos de cada pueblo.

B) EL HONOR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO

Al hacer el recorrido por diferentes estratos del Derecho para averiguar la existencia o no de la tutela del honor y partiendo de una cita hecha en la discusión del proyecto de Constitución, va recorriendo los Ordenamientos

supraestatales, como la Declaración de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el Convenio Europeo de 1950, etc. Y salvo en este último, en los demás sí se recoge la «honra y reputación». También se refiere a los Ordenamientos constitucionales la legislación ordinaria (penal y civil), para concluir que si bien el honor en el Derecho español ha tenido su atención especial legislativa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha degradado, dando preferencia a otros sobre el mismo.

C) EL HONOR EN LA JURISPRUDENCIA

Resulta sumamente aleccionador cómo la labor jurisprudencial en su tarea de aplicación de las normas sobre el honor ha provocado una degradación de dicho derecho en tres grandes direcciones, que precisa el autor: reducir el concepto de honor al de dignidad de la persona, asignarle valor inferior a otros derechos y debilitar drásticamente la inmunidad que suponía el honor frente a intromisiones del Poder público.

Para desarrollar estos tres puntos utiliza un conjunto de citas de sentencias y trabajos doctrinales que avalan su postura. Es, quizá, la parte de más «garr» para demostrar su tesis de la degradación del derecho al honor.

D) EPILOGO

Refleja plenamente el autor la situación actual de nuestro pueblo, pues aunque nos hayamos acercado a los hermanos de América al constitucionalizar el derecho al honor, es evidente que este reconocimiento exige de todos y cada uno de nuestros actos el respeto debido al honor y la reacción ante los atentados que pueda sufrir.

Creo que fue A. FRANCE el que dijo que «se puede dudar de lo que se ve, pero no de las palabras de un hombre honrado». El pueblo español en vez de ascender ha descendido. Ya no hay palabra de honor, de caballero, de hidalgo, de señor, de labriego...; ahora ya no se jura, sino que se promete. El pueblo español ha ido perdiendo la poca cultura que tenía y los conceptos básicos y las ideas fundamentales se escapan de las mentes que, carentes de argumentos, se dejan convencer por demagogos profesionales. Hay frialdad en los sentimientos, repulsa a las creencias y ruptura total con los esquemas tradicionales. Así hemos llegado al aborto (frente al derecho constitucional de la vida), a la droga y su consumo (¿quién percibirá el tanto por ciento de esa droga que entra y no se detecta?), al cobro de pensiones y la simultaneidad de trabajos «extras»; al tráfico de influencias, a las comisiones, al delito de malversación de fondos públicos, al atraco, al vandalismo, a que a uno le condenen por utilizar legítima defensa, a convertirse en escarapate de vicios y virtudes denunciadas por el derecho de información, etc.

Pienso que a este pueblo —pobre pueblo—, desamparado de respaldos éticos y morales, sólo le queda un derecho: el del voto democrático. En lo demás le hemos dejado o se ha quedado «desnudo».

Una llamada a la esperanza es lo que hace el autor al terminar su tesis para recobrar la esperanza de que volvamos a dar vida a la definición de honor de nuestro Diccionario de la Lengua Española. Calidad moral que nos

lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos.

Creo que algún autor francés —quizá GIDE— elogió el vocabulario español que permite distinguir la esperanza y la sala de espera. Puede ser que las nuevas generaciones reaccionen olvidando las «asignaturas pendientes» de otras generaciones —culpables de todo lo que está sucediendo— y que la sala de espera les permita coger el tren de los valores eternos, entre ellos el del honor.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA: *Galería de grandes juristas*. Bosch, 1993

Me llega este singular libro por manos de JOSÉ MARÍA CASTÁN, que me pide una recensión. Aparte de la relación amistosa que me une con el autor de la obra y con el que me envía el libro, yo creo que «necesariamente» hay que recensionar esta publicación en la que «desfilan» un grupo de juristas de los que de algunos tenemos noticia amplia, pero que de otros sólo podemos hacer la clásica «cita». Los que transitamos por los caminos del Derecho debemos saber los datos de quienes dan nombre a las encrucijadas de estos caminos, pues es importante saber la dimensión no sólo humana, sino jurídica de quienes nos auxiliamos para emitir opiniones o para combatirlas. Conociendo el personaje se hace uno cómplice de sus ideas y está en inmejorables condiciones para aceptarlas o criticarlas. Conocer al personaje es enriquecedor. Ponerle «cara» ya es otro tema, pues la proyección física sobre la obra jurídica es un juego divertido por las posibles coincidencias o discrepancias.

La mayor parte de los personajes que desfilan —en la inmovilidad de sus caracteres y circunstancias— por esta pasarela que el autor nos ofrece se me alejan de las citas habituales de mis escritos, con la inevitable excepción de CASTÁN TOBEÑAS, JOAQUÍN COSTA y NICOLÁS PÉREZ SERRANO, pero no por ello margino a los demás —en número de dieciséis—, pues han cumplido su servicio jurídico que yo no he podido utilizar hasta ahora. La elección no responde —a mi entender— a un criterio de especificación de materias, sino de generalización de la marcha de la historia de la legislación española y la evolución de la imagen y de la función de la Abogacía en España. Ello ofrece un campo dimensional más amplio y, si se me permite, más difícil.

El autor abre la publicación con una «introducción» en la que explica su razón para presentar un conjunto de personajes que cubren los dos siglos XIX y XX en los que se ha ido construyendo la legislación que nos rige. Confiesa que faltan algunos, pero que los que incluye sirven para ofrecer la imagen de la historia de la legislación española y de la función de la Abogacía en España. Con carácter de novedad el «pórtico» del libro o «prólogo» del mismo está confeccionado por la esposa del autor. Y ésta en unas fáciles pero profundas cuartillas va diseñando las etapas de la vida del autor con esa sencillez y dulzura que las mujeres ponen al precisar los rasgos humanos del marido. Termina su «prólogo» diciendo sensacionalmente: «Estamos jubilados. Tenemos nietos con apellidos castellanos, catalanes, gallegos y vascos. Hemos entrado en ese período de convivencia feliz del que hablaba MARAÑÓN en *Vida e historia* y en el que el silencio vale tanto como un bello diálogo. ¡Dios mío, muchas gracias!»

Me imagino que la sensibilidad del lector sabrá captar el mensaje que esta mujer ofrece al autor del ensayo y que encierra comprensión, sacrificio, bondad, ayuda, entrega y amor. A veces hay que quitarse la boina ante personas de la calidad apuntada...

Ya, sin más, pasamos a citar a cada uno de los personajes que constituyen el estudio que el autor nos ofrece. La razón es cronológica, pero pienso que pueden tener elementos aglutinantes que les permitan agruparse en ciertos círculos culturales o jurídicos. Quizá sea esa la labor de «recapitulación».

A) MANUEL CORTINA Y ARENAZA

Esta figura que el autor dibuja al contemplar el retrato que le hiciera Rosales le hace decir que «bajo la alta y ancha frente, los ojos son de mirada atenta, firme y serena; la nariz, recta; los labios, de dibujo fino, y el gesto, absolutamente tranquilo..., pura imagen de la severidad, la sencillez y la modestia».

La azarosa vida y la amplitud de participaciones suyas las esquematiza el autor destacando su vida política, jurídica y humana. Los acontecimientos políticos de la etapa histórica en que vivió le hacen ser desde Alcalde de Sevilla, Diputado en Cortes y hasta Ministro de la Gobernación. En el ruedo político se agranda la figura de Espartero, la Reina Regente y los personajes del mundillo político. Como era inevitable, se tuvo que exiliar. Como hombre de Derecho, aparte del ejercicio de la Abogacía, fue Decano del Colegio de Abogados, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la Comisión General de Codificación y se negó a serlo del Tribunal Supremo cuatro veces consecutivas.

La figura —a la que dedica páginas PÉREZ GALDÓS— tiene desde mi parcela hipotecaria una gran trascendencia. Dice NÚÑEZ LAGOS que el éxito de la legislación hipotecaria se debe quizá a que sus autores fueron un romanista (GÓMEZ DE LA SERNA) y un historiador (CÁRDENAS), presididos por MANUEL CORTINA en la Comisión de Codificación. Este singular personaje no figura en el callejero de Madrid con «calle propia».

B) JUAN BRAVO MURILLO

La formación de BRAVO MURILLO fue humanística y política, aunque al final prevaleció esta última. Estudió Filosofía en el convento de San Francisco de su ciudad natal: Fregenal de la Sierra (ahora de Badajoz, pero en aquel entonces Sevilla), en Sevilla y en Salamanca, manteniendo una fuerte vocación por la comunicación en periódicos y revistas. Llevó a su vocación política las mejores cualidades de un excelente *Abogado*, que así se llamó por los «*espado-nes*» de la Corte de los Milagros de María Cristina.

Fue Ministro varias veces de Hacienda, Comercio, Instrucción y Obras Públicas, así como Presidente del Consejo de Ministros. El autor relata entre sus realizaciones la de la creación del Canal de Isabel II, donde tiene una primorosa estatua en el ángulo de los jardines del mismo (estatua que, por cierto, tiene una foto magistral para el que sea un observador). También tiene en las oficinas un busto en bronce, y en uno de los despachos hay un cuadro que representa el momento histórico en que llega el agua a Madrid y una

especie de gran fuente con chorro central que hace subir el agua «envuelto en cristales». Rodeando la misma están las principales figuras de la política y en uno de los ángulos del cuadro se ve a BRAVO MURILLO, cabizbajo, contemplando la escena de la inauguración en la que él no puede participar por no ser ya Ministro...

C) MANUEL ALONSO MARTÍNEZ

Para el autor de estos ensayos sobre figuras jurídicas pertenecientes a un cierto período histórico, es evidente que resulta difícil separar sus actividades como Abogado, sus realizaciones como político y su formación como humanista. Iba a decir en este momento una herejía: mi desconocimiento de los trabajos jurídicos que este ilustre jurista ofreció, pero hay que pensar en que «todos aquellos» que todavía nos sabemos parcialmente de memoria el Código Civil no podemos desconocer la obra fabulosa de este ilustre prohombre al que hace poco le han hecho una estatua en la plaza que lleva su nombre: el barrio de Chamberí, con cinco glorietas (Alonso Martínez, Bilbao, Cuatro Caminos, Iglesia y Chamberí) y la calle más larga de la ciudad: Bravo Murillo, que arranca de San Bernardo.

Yo escribí alguna cosa sobre el centenario del Código Civil, pero debo reconocer que el autor tiene razón: ha sido RICO PÉREZ el que con más elegancia, estilo y cuidado ha sabido ofrecer al mundo jurídico la celebración de ese centenario en varios tomos cuidados y enriquecidos. No es posible recoger los diversos aspectos en los que ALONSO MARTÍNEZ está presente en la vida nacional como Abogado, como político y como humanista en su formación, pero sí quiero destacar una frase que él utiliza —con la cortesía de la persona que procede—, y es aquella en la que siendo Presidente de la Comisión General de Codificación hace llegar a la misma lo que la Reina Regente le dice. SU REAL AGRADO a cuantos han colaborado en la formación del Código Civil (Real Orden de 8 de diciembre de 1988). La frase la he empleado hace poco para dedicar un libro a Su Majestad el Rey de España

D) EUGENIO MONTERO RÍOS

La figura de este singular gallego la trata sobre seguro el autor, ya que sobre ella tiene publicada una bibliografía. Yo al haber vivido en Pontevedra y haberme desplazado con mucha frecuencia a Marín —recuerdo su finca de LOUREDO, hoy con una especial dedicación a cultivos y plantas—. En esta finca es donde sitúa PÉREZ LUGÍN su famoso cuento que tiene como protagonista a Eugenio Montero Ríos y a un aldeano gallego que le hace una pregunta jurídica «al revés» y don Eugenio «pica» y le da la respuesta al gallego que le hace perder uno de los mejores árboles de su posesión.

En él hay un jurista y un político. La verdad es que es asombroso que los juristas de entonces —al dedicarse a la política— no perdieran u olvidaran sus conocimientos sobre su formación y supieran volcarlos en toda esa serie de disposiciones, Códigos y leyes que por aquel entonces se publican. Cita el autor las intervenciones parlamentarias de MONTERO RÍOS sobre la libertad de cultos, su intervención en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley del Matrimonio Civil, Ley del Registro Civil, Código Penal, Ley Hipotecaria...

Diputado a Cortes, Catedrático de Derecho en la Universidad Central, hijo de «escribano receptor» de la Audiencia, Senador del Reino y del Senado, Subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia, Ministro de Fomento, Presidente del Consejo de Ministros, etc. No debe olvidarse su estrecha colaboración en la Institución Libre de Enseñanza de Giner de los Ríos y la tendencia «krausista». El Tribunal Supremo y la Academia de Jurisprudencia y Legislación lo tuvieron como Presidente. No sé si todas estas condiciones que él reunía le permitían ejercer de «cacique» con el Marqués de Riestra, pero uno que ha vivido en Galicia está dispuesto a entender todo lo que se le cuente

E) JOAQUÍN COSTA MARTÍNEZ

La señera figura de JOAQUÍN COSTA nos la ofrece el autor en una serie de apénderos, comenzando con su esquema biográfico, el patriotismo como vocación, la vocación intelectual y de trabajo, la pasión agrarista y popular, la vocación humanística, la vocación jurídica y la política como misión.

Es quizá la más extensa de las biografías que se recogen en el libro y no es de extrañar porque en 1930 COSTA llevaba publicados 37 volúmenes. Varios han sido los biógrafos que se han ocupado de la figura, como, por ejemplo, el ensayo de MADARIAGA, ARAQUISTAIN, MANUEL GINÉS APARICIO, etc., pero el relato que ahora nos hace el autor tiene la gran virtud de entremezclar los diversos personajes que rodean a COSTA y las circunstancias históricas de su tiempo. He de confesar que en ciertos puntos discrepo de las ideas por él mantenidas, sobre todo cuando desenfoca el problema de la forma frente a la publicidad.

F) ANTONIO MAURA Y MONTANER

El autor se recrea en la figura y destaca dos facetas de la misma: la jurídica y la política. Es curioso cómo en la primera enlaza al personaje con GAMAZO y también con SILVELA, que son los tres bufetes más importantes del Madrid de entonces y de donde pudo salir la obra de MUCIUS SCAEOLA, que bajo ese seudónimo está inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual, sin revelar el nombre del autor.

Goza uno al leer que a través de GAMAZO aprende MAURA el mejor castellano hablado en Valladolid. Digo esto porque uno se siente orgulloso de ser de Valladolid. Destaca igualmente el autor sus cargos en el Colegio de Abogados, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, y a lo largo de sus líneas se barajan la constante de sus «Dictámenes».

Como político, en su condición de Presidente de Gobierno, destaca el Proyecto de la Ley sobre Administraciones Locales y el triste ataque en el caso «*Ferrer Guardia*» y la orquestación masónica dirigida por Pablo Iglesias, con cuyo entierro se cruzó Maura cuando iba hacia la sierra para fallecer repentinamente

G) ÁNGEL OSSORIO Y GALLARDO

La figura de OSSORIO llena un hueco importante en este conjunto de personajes y el autor se cñe para reflejar lo que, a su juicio, son las tres facetas del

mismo: como Abogado, como escritor y como político. Parece ser que como Abogado, tanto en el Decanato del Colegio como en la Academia de Jurisprudencia, su actuación está calificada de «*summa cum laude*». Destacan sus intervenciones en defensa, ante el Consejo Supremo de Guerra y Marina, de Maura (M.) y Alcalá Zamora

Como escritor, su «*Alma de la toga*» creo que no habrá Abogado que no la haya leído, así como las «*Cartas*» a una señora sobre temas de Derecho Civil y Penal. Y como político están sus etapas de representante diplomático en Bruselas, París y Buenos Aires.

H) FRANCESC CAMBÓ I BATLLE

Este estudio que el autor tiene ya en parte publicado en la *RGLJ* del año 1977 hubiere necesitado una mayor amplitud, pues si bien el matiz político se descubre perfectamente, hay ciertos huecos que precisan de mayor explicación. El aspecto de Abogado (Abogado consejero y Abogado gestor) está mejor construido aún y a pesar de ser más reducido.

I) MANUEL AZAÑA DÍAZ

Como la figura de AZAÑA ya la he enjuiciado en otra o en otras dos publicaciones debidas a la pluma de PAU PEDRÓN, sólo quiero aquí destacar lo que el autor dice del personaje: de profesión fue jurista; de vocación, escritor e intelectual, y por destino, político.

Reservándome todos los innumerables juicios que la figura me ofrece, entiendo que hay que tener una gran objetividad, como la que el autor nos ofrece, para brindar la actividad profesional, política y de escritor con las limpiezas que lo hace... Yo no hubiera podido.

J) FERRÁN VALLS I TABERNER

Resulta interesante este personaje por su fecunda actividad como catedrático, como archivero de la Corona de Aragón, como doctor en Filosofía y Letras, como historiador y como publicista. Es preciso acudir a lo que el autor nos ofrece, que es mucho, pues a mí la figura se me desdibuja en mis conocimientos y prácticamente no puedo añadir ni una sola línea a lo que está escrito.

K) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS

Entiendo que la figura de CASTÁN es de las que el autor ha tratado con un cierto mimo, al mismo tiempo que con reverencia y respeto; así lo demuestran sus apreciaciones de que fue un hombre «justo» y «pacífico», así como bueno y sencillo. A él le deben muchas generaciones el conocimiento del Derecho Civil. La semblanza se enriquece con la aportación que el autor hace de «Castán humanista» que leyó en el homenaje que la Real Academia de Jurisprudencia le rindió.

L) LUIS JIMÉNEZ DE ASUA

El autor reproduce la contribución que realiza para Colombia con motivo del homenaje que se rinde allí al personaje. El campo del Derecho Penal y de la Criminología cuentan siempre con los estudios y trabajos que la figura dedica durante su vida. Sus verdaderas vocaciones fueron la enseñanza, la revista, el libro y la abogacía, aunque fuera Presidente de la República en el exilio.

M) JOSÉ CALVO SOTELO

Es una figura tan cercana a nosotros que cualquiera de los datos que el autor reproduce de su obra y de su vida nos son familiares y al leerlos afloran recuerdos, añoranzas y dolores. De la figura como político y jurista cabría destacar ahora esta última y reproducir lo que cuenta MARTÍNEZ VAL de la inscripción que figura en la Academia de Jurisprudencia y Legislación en los Anuarios: Presidente Honorario Perpetuo, excmo. Sr. don José Calvo Sotelo. Esto revela su alta talla jurídica, grande entre los más grandes.

N) NICOLÁS PÉREZ SERRANO

Quizá sea la semblanza más breve de todas, pero la más intensa sintéticamente, ya que nos ofrece a un PÉREZ SERRANO que intercedió en un momento histórico de España para salvar vidas y haciendas, que fue Letrado por oposición a las Cortes, que tuvo un expediente académico con todo sobresalientes y matrículas de honor, que hizo su tesis doctoral sobre un tema de *casas baratas*, que fue catedrático de Derecho Político, académico de número de Ciencias Morales y Políticas, así como de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y que escribió, entre otros trabajos, el libro sobre la Constitución de 1931.

Ñ) RAMÓN SERRANO SÚNER

La figura pública de este hombre que ocupó puestos de auténtica responsabilidad durante la etapa del mandato del General Franco no entorpecen al autor para destacar la vocación de Abogado que había en él y que lo demuestra el haberse matriculado como tal en Zaragoza aún y a pesar de ejercer el cargo de Abogado del Estado. Vocación, humanismo y palabra le acreditan su buen hacer no sólo en Aragón, sino en distintas Salas del Tribunal Supremo y Audiencias Territoriales. Su caso más famoso fue el de la «Barcelona Traction» y dos o tres dictámenes que marcaron época.

O) ANTONIO PEDROL RIUS

El autor cierra la galería de juristas con la semblanza del que fuera su buen amigo y excelente decano durante muchos años. Es comprensible que le dedique también numerosas páginas donde canta el ejercicio de la abogacía, la familia y los estudios del personaje, el ejercicio profesional, los escritos jurí-

dicos, los Colegios profesionales, etc. Termina considerándolo como modelo y ejemplo.

Aunque el libro está dedicado a los Abogados y Abogadas jóvenes, yo quiero sentirme incluido entre ellos no por razones de edad, sino por compenetración con su profesión, por la admiración que me produce el ejercicio de la misma y porque al leer este libro sabrán, como he sabido yo, la dimensión jurídica de muchos de los personajes jurídicos de los últimos cien años. Pero además de «saber» pasarán unos buenos ratos, como los he pasado yo, leyéndolo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LEVI, GIULIO: *L'abuso del Diritto*. Giuffrè, Milano, 1993.

En la colección de Estudios de Derecho Privado fundada por MARIO ROTONDI, la presente es la tercera monografía de LEVI, actual director de la colección. Se trata de un estudio de considerable profundidad sobre un tema que acostumbra a sintetizarse en la máxima *Non omne quod licet honestum est* procedente del Derecho romano, concretado en los actos de emulación, ampliado por el Derecho pretorio y extendido en el Derecho justinianeo y por los post-glosadores a muy diversas esferas jurídicas, y de suma importancia en el orden de la jurisprudencia actual, que siguiendo las sendas trazadas por Kelsen deja de considerar el Derecho como un sistema de normas transfiriéndolo a otro de valores en el que la función del Juez deja de ser la de declarar el Derecho para pasar a ser la de crearlo.

El Derecho da satisfacción a los intereses a los que se ha concedido tutela jurídica. Pero la realidad social se halla en cambio continuo y el abuso del Derecho, concepto ético, moral o social, ampara la discreción judicial tratando de reparar situaciones de injusticia o carentes de efectiva regulación, como los supuestos de competencias desleales, monopolios, *trusts*, libertad sindical, corrección profesional, etc. Su extensión en los ámbitos civil y administrativo es actualmente considerable.

Los actos emulativos se caracterizaban antiguamente por el propósito de causar daño sin obtener provecho alguno. Actualmente el abuso de derecho, que no debe confundirse con dolo o fraude, ha ampliado el concepto, comprendiendo la protección de situaciones incluso alejadas de la intencionalidad, pero que en el parámetro objetivo repugnan a la conciencia social, las *bonimores*, a veces zonas grises en las que se apunta la condición dinámica del Derecho. Nos hallamos ante un fenómeno social que huye de rígidas esquematizaciones jurídicas.

El examen comparativo que efectúa el autor abarca el Código de Napoleón, hijo de la Revolución Francesa, que no comprende una prohibición general del abuso del Derecho ni aun de la emulación estricta, lo que ocurre igualmente en los Códigos que lo imitaron; no puede ser estudiado fuera de su contexto histórico, de su seguridad en la validez eterna de sus ideas y la solidez de su arquitectura. Por ello ha sido la jurisprudencia la que ha efectuado las interpretaciones correctivas adecuadas, de suma trascendencia práctica.

El tema del abuso se planteó ya al redactarse el BGB y hasta en el parágrafo 242 se declara expresamente la no admisión del ejercicio abusivo de un derecho con la simple intención de dañar. Pero con ello dicho texto se sale del *ius strictum* para penetrar en el mundo de los principios, en especial el de la

buena fe. En la doctrina se ofrece la llamada *Verwirkung*, aplicada a hechos extintivos de un derecho o poder. Y no sólo la buena fe, sino la corrección en el trato y aun las llamadas cláusulas generales tienen como antecámara esta antítesis del derecho subjetivo, pues pese a alegarse que entre lo lícito y lo ilícito no hay zona intermedia, la conducta abusiva se presenta al mismo tiempo como contraria y conforme a la norma.

Los Códigos suizo y austríaco siguen la ruta germánica, mientras que en Italia se generaliza el principio y prácticamente se incluye en el de la buena fe. Y RODOTÀ ya recordó que en el Derecho soviético se castigaba cualquier uso del derecho contrastante con su destino económico-social.

Creemos que estas breves notas bastarán para destacar la importancia y profundidad del estudio, que interesa desde el primer momento a cualquier jurista, incluso aquellos inmersos plenamente en el campo de la praxis, pues la orientación o la lucha requieren una sólida base doctrinal, superior a los estrictos conocimientos de la norma

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

VIGONE, LUISA: *Contratti atipici. Nuovi strumenti commerciali e finanziari* Giuffrè, Milano, 1983.

La obra no es extensa, pero sí muy diáfana; una pluma privilegiada delimita con perfil preciso y medida exacta el contenido de una panorámica del mundo mercantil actual en su aspecto jurídico, en el que han penetrado contratos atípicos procedentes del Derecho anglosajón que no figuran en los Códigos Civiles, aunque algunos han sido ya objeto de regulación especial, mientras que otros, aún sin ella, se hallan ya presentes en la realidad y algunos están en la antepuerta. Nuestra autora efectúa un inventario de todos ellos, con descripciones extraordinariamente accesibles que en muchos casos complementa con formularios y hasta, cuando existe, toda la jurisprudencia italiana a ellos referida.

Del *leasing*, presente desde hace bastantes años, poco diremos; ha constituido una respuesta adecuada a ciertas necesidades profesionales o empresariales. VIGONE examina sus diversos tipos: el operativo, el financiero, el inmobiliario, el *agevolato* o subsidiado, el del automóvil, el internacional, el *lease-back* y el *adossè*.

Tampoco hay que describir el *factoring*, cuyas modalidades detalla: *Old factoring*, *With recourse factoring*, *Maturity factoring*, *Non notification factoring*, *Export factoring*, *Factoring finalizzato* y *Factoring indiretto*. Como complemento reproduce los acuerdos de la CONVENTION UNIDROIT, relativos a *leasing* y *factoring*, celebrada en Ottawa en mayo de 1988.

El *forfeiting* procede de Suiza, donde viene practicándose desde los años cincuenta y es una modalidad de financiación de la exportación en la que se ceden títulos crediticios contra una empresa extranjera mediante una tasa base interbancaria (*Libor*) y otras comisiones. Varias legislaciones europeas lo regulan y en la obra epigrafiada se examinan el *Buyer's Credit*, el *Bill Purchase Agreement* y sus variantes: las operaciones triangulares, el *Confirming*, las operaciones *Contertrade*, en sus diversas modalidades: *Baratto*, *Advanced purchased*, *Buy Back*, *Offset* y *Clearing*. Algunos de dichos tipos requieren la apertura de cuentas bancarias con especial destino, las *Escrow accounts*.

Los *Swap* fueron objeto de una monografía recensionada recientemente en estas páginas y por ello sólo indicamos que la autora destaca su considerable desarrollo y sus diversas modalidades, pasando seguidamente a analizar los contratos de FUTUROS, de remotos antecedentes, cuya esencia consiste en el acuerdo de la venta de materias primas o mercancías (*Commodities*) concesión financiera por un precio y fecha determinados. Existen poblaciones con mercados especializados, destacando Chicago. Naturalmente, se examinan su varias clases *Currency*, *Stock Index*, *Fixed Income Securities* y *Time Deposit*, perfilando sus aspectos económicos y jurídicos.

Euro-Commercial Paper o Póliza de Crédito Comercial y *Euronote* son fórmulas que permiten la obtención de fondos rápida y económicamente. La primera es un reconocimiento de deuda normalmente con afianzamiento bancario, y la segunda una promesa de pago. No se les considera títulos de crédito.

Los CONTRATOS AUTONOMOS DE GARANTIA constituyen obligaciones asumidas por un banco o una aseguradora de pagar por un tercero a la simple demanda del garantizado y con renuncia a cualquier excepción. Son conocidas como *Bonds* en alguna de sus variantes y se señalan varias clases de *Bonds*: *Performance*, *Maintenance*, *Payment Guarantees*, *Bid Bonds* y *Advanced Payment*.

Operaciones con estructuras similares o idénticas a las del segundo son las pólizas caucionales o fideiussorias. Las *Lettres de Patronage*, bien conocidas, han pasado de ser un *Gentlemen's Agreement* a tener cierta relevancia jurídica. Las *Joint-Ventures* o Grupos de Interés Económico son también ampliamente conocidas y hasta reguladas por la CEE.

La praxis ha elaborado el término *Engineering* para describir la actividad de las entidades de proyectación industrial e incluso de realización de obras y entrega de una industria *cleen-main*. Ello da lugar a las diversas estructuras de este contrato tan atípico como complejo, moderna fórmula del arrendamiento de servicios.

La cesión de *Know-how*, transferencia de conocimientos técnicos secretos, ha sido igualmente reglamentada por la CEE. El *Franchising* se basa en la concesión del derecho de usar signos distintivos, en especial marca y diseños, y aún puede facilitar productos y servicios. También la CEE ha dictado normas para este contrato que comprende elementos de suministro, distribución y venta, sin que puedan considerarse esenciales las cláusulas de exclusiva. A veces llega a estructurar una gran empresa descentralizada y en otras se concreta a puntos de venta en grandes almacenes a cambio de una cuota fija y otra proporcional a las ventas.

Tampoco hace mucho tiempo que nos ocupamos en estas mismas páginas del *Leveraged Buy Out* y su variante el *Merger LBO*, fórmulas de adquisición de sociedades, a veces seguidas de fusión y en otra de simples patrimonios sociales, mediante préstamos que se satisfacen con el bien adquirido.

Venture Capital es fórmula de inversión con amplio desenvolvimiento, en especial en el campo de la microelectrónica. El *Venture Capitalist* participa como minoritario en la empresa, pero ejerce una constante intervención financiera. Tiene considerables riesgos y por ello los inversores acostumbran a ser especialistas, no inversores comunes. En el mundo del *Civil-law*, la imposibilidad de aportar servicios a las sociedades y la nulidad de muchos pactos sociales y parasociales dificultan la existencia de estos institutos.

La obra termina con unas breves páginas dedicadas a los *truts*, de los que

son interesante modalidad los *offshore*, radicados en paraísos fiscales que pueden ser constituidos incluso por una fiduciaria, lo que permite mantener en la bruma la identidad del fundador.

Creemos que estos apuntes bastan para destacar el interés de las instituciones que en la obra se dibujan, cuya elaboración aun requiriendo el concurso de expertos juristas pueden eludir los numerosos requisitos y complementos de las tradicionales garantías inmobiliarias, consideradas como verdaderos pararrayos que atraen fácilmente fiscalidad e intervenciones en muchas ocasiones desproporcionadas a cuantías modestas.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

ALPA, GUIDO: *I principi generali*. Giuffrè, Milano, 1993.

Constituye la cuarta monografía del Tratado de Derecho Privado que va publicándose bajo la dirección de G. IUDICA y P. ZATTI y, como las anteriores, es profunda y valiosísima. Tal vez habría que añadir para la presente obra el calificativo de excepcional.

Poco hay que decir sobre ALPA, fecundo autor, actualmente ordinario de la romana La Sapienza, después de muchos años de docencia en Génova, aunque son de resaltar sus relaciones con universitarios españoles y su adicción incondicional al positivismo, lo que no impide que su extenso estudio sea interesantísimo y adquiera una categoría poco común, incluso para historicistas, iusrealistas y demás exponentes de tesis discrepantes de las de ALPA.

Los principios aparecen en la doctrina, en la jurisprudencia y en los textos legislativos. Desde JUSTINIANO hasta MANS PUIGARNAU, pasando por las Decretales, GODOFREDO y abundantes autores alemanes, italianos y anglosajones, se encuentran muchas recopilaciones. Constituyen no sólo un bagaje elemental de cualquier jurista, sino frecuentemente un sólido báculo de la jurisprudencia. Un escrito con citas de brocados o máximas adquiere cierta solemnidad. Se han celebrado en torno al tema algunos congresos y convenciones, que cita el autor con abundante bibliografía, el cual disfruta distinguiendo nítidamente los robles de las hayas, principios que pueden ser considerados de derecho natural, los que pueden estimarse como inmanentes al espíritu del Ordenamiento, que recuerdan el germano *Volksgeist*, y los que deben reducirse a meros recursos técnicos, instrumentos de interpretación o integración, categorías lógicas que sólo pueden adquirir carácter general en concretos momentos históricos. Por cierto que entre sus citas figura RABELAIS, quien se burla de los juristas que luchan con máximas y no juzga de excesivo rigor la de *prior in tempore potior in iure*.

Por estos motivos, no existe ni puede existir una definición universal de los principios. Se impone en ellos la jerarquía que les asigna mayor o menor valor en una escala universal o particular. Aunque priman las concepciones que les asignan un *prius* meta-jurídico o extra-legislativo, no pueden considerarse, ni mucho menos, absolutas. Incluso se habla de principios-mito y principios ocultos, aunque siempre la locución principio expresa inicio, base o criterio sobre un extremo determinado.

Los principios generales DEL Derecho Privado suponen su aplicación EN EL mismo. Mientras la jurisprudencia los manipula indiscriminadamente, en los usos legislativos su uso es muy moderado. No todos los Códigos les asignan

la consideración de fuente de derecho, como valioso elemento para eliminar dudas y aun para favorecer el libre arbitrio judicial. Las reflexiones de SALEILLES o GENY, la de los defensores del *Rechtsfindung* o las distinciones entre *common law* y *equity* no han hecho mella considerable en las directrices doctrinales. En el Derecho comunitario europeo ocupan el lugar que tuvo asignado el Derecho natural, base común entre los Ordenamientos occidentales, y ALPA anota los problemas que plantea en España la existencia de Códigos de Comunidades Autónomas con diversas directrices.

Quedan expuestas las tesis de BETTI, BOBBIO, TARELLO, CRISAFULLI, GORLA y otros autores; la concepción estrictamente positivista de la mención de Principios Generales del Ordenamiento del Estado; la negación actual de las tradiciones que los consideraban graníticos: *contra negantem principium non est disputandum* y el valor meramente filosófico que tienen actualmente en *common law*. La obra concluye con una segunda y extensa parte en que examina con sumo detalle la dinámica de los principios en las diversas partes del Ordenamiento civil tradicional, anotando los que todavía se consideran valiosos y los que con el tiempo han perdido su primitiva *auctoritas*. La obra es interesantísima y su autor al final expresa que la investigación le ha permitido hallar materiales tan ricos y variados que su redacción le ha obligado a alcanzar fines muy distintos a los previstos inicialmente.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MICHEL H. WHINCUP: *Contract Law and Practice. The english System and continental comparisons*, 2.^a ed., Deventer, 1992.

Tras la lectura de la segunda edición del libro de WHINCUP, me ha parecido oportuno escribir unas notas sobre el mismo, pues es una obra que de forma breve y con gran claridad ayuda al jurista continental, bien a conocer o bien a repasar no sólo el *law of contract* del *Common Law*, sino también —gracias a la Introducción— el funcionamiento de algunas de sus instituciones. Algo esencial para tomar las diferencias con nuestro sistema en su justa medida, pues no podemos olvidar que el propio WHINCUP —conocido *barrister* y *Lecturer* en Keele— está trabajando en la tendencia unificadora del derecho de obligaciones y contratos en Europa dentro del conocido grupo de Pavía. Y dicha tendencia está calando cada vez más hondo en la doctrina europea, pues es, quizá, una de las consecuencias más necesarias de la Unión Europea. Desde nuestro punto de vista, la consecución de un único Código probablemente no sea solución factible en el momento actual, pero no por ello la línea unificadora deja de ser algo deseable en un futuro más o menos próximo.

Es de resaltar que el autor contribuye al conocimiento del mapa jurídico europeo con el anexo de Derecho comparado que al final de cada tema tratado introduce

Comienza el libro con una Introducción, interesante como digo, por permitirnos la aproximación a los mecanismos más esenciales de su sistema. Así, en primer lugar, dedica unas páginas a las fuentes del Derecho, entre las que destaca precisamente el *Common Law*, el cual coexiste, por un lado, con *Statute Law*, y por otro, con la *Law of European Community*. Y es que el *Common Law* no es todo el Derecho anglosajón, sino que es el Derecho del caso concreto o el Derecho que emana de los Jueces para el caso concreto. En este

punto —como es de sobra conocido— contrasta profundamente con los derechos de base continental en cuyo centro se encuentra el Código. Los principios básicos del Derecho inglés, tanto en el campo contractual como en el extracontractual, derivan casi por completo del *Common Law*.

El procedimiento es el del razonamiento analógico. De forma que ante un determinado caso se extrae la *ratio decidendi*, y si esa decisión es de una de las *higher courts* se convierte en precedente.

En esta forma de hacer derecho, la doctrina, teóricamente, tiene un papel relevante: el de dar coherencia y cohesión al sistema, pero en la práctica su papel se encuentra bastante limitado.

No siempre los casos se resuelven acudiendo al precedente, pues existe otra vía —una doble vía— para solucionar un conflicto al que por la del precedente no se encuentra una solución adecuada. Nos referimos a la *equity*.

La *equity* no es la equidad de nuestro Código Civil, no significa que los «Tribunales ponderaran...», pues no es una facultad de los Jueces, sino que son unas reglas emanadas de la *Court of Chancery* aplicables a determinados casos y que aportan unas soluciones más flexibles que las del *Common Law*. Para comprender la *equity*, como señala el autor, es preciso conocer su origen histórico como el lector descubrirá, pues si bien en su origen eran las decisiones que emanaban del *Lord Chancellor* por delegación real, en la actualidad ambos tipos de reglas emanan de los mismos órganos.

En fin, fruto de este sistema del caso concreto es por lo que gozan de gran importancia y prestigio las *Law reports*. Son las colecciones de las decisiones judiciales que se publican bajo el control de profesionales del Derecho.

Otra fuente del Derecho es la *Statute Law*, que es la norma que emana del Parlamento, compuesto por la Sala de los Comunes, la de los Lores y el Monarca. En caso de contradicción entre una norma emanada del Parlamento (*Act of Parliament*) y el *Common Law*, resulta más segura la solución aportada por la primera.

Y en tercer lugar, es fuente de derecho el derecho de la Comunidad Europea que desde la adhesión de Gran Bretaña al Mercado Común es normativa jerárquicamente superior.

Para terminar con la Introducción, hay que destacar que el autor hace una somera descripción del funcionamiento y de la organización jurisdiccional en el Derecho inglés para poder entender mejor el sistema del precedente. La división esencial es la de Tribunales civiles y Tribunales penales o criminales, cuyos primeros peldaños son los *Magistrates Courts* y terminan en la *House of Lords*.

En los capítulos siguientes (I, II, III) el autor entra de lleno en el contrato y explica que el Derecho inglés considera el trato o acuerdo entre partes como un contrato cuando reúna los requisitos siguientes: *Intention, Certainty, offer and acceptance y consideration*.

Veamos las particularidades de cada uno de ellos.

En cuanto a la *intention*. Este requisito para la validez de los contratos se refiere a la intención de los contratantes y es lo primero que el Juez va a tratar de determinar en los casos en los que surge controversia entre las partes. Lo realmente importante es que aparentemente éstas hayan manifestado, aunque pueda no coincidir con sus verdaderos propósitos.

En ocasiones puede ser difícil de entender la falta de cumplimiento coactivo de determinados contratos —los que se realizan en el círculo doméstico o familiar, salvo cuando tengan una trascendencia económica importante. Esto

no ocurre, de hecho, en los contratos mercantiles o en los que se celebran dentro de un contexto comercial.

Al hilo de este requisito, el autor entra en el complicado tema de los tratados precontractuales y en su obligatoriedad. Trata de mostrar en qué supuestos los *advertisements* tienen entidad jurídica y en cuáles no. El caso que ejemplifica este conflicto es el de *Carlill v Carbolic smoke Ball Co.*, 1983 (el autor en la pág. 41 toma también en este caso como ejemplo de *unilateral contract* que no se refiere al contrato con obligaciones por una sola parte, sino a la formación del consentimiento), en el que se dirime el incumplimiento de una empresa que había ofrecido un premio de 100 libras a quien tomara el producto que fabricaban y no cogiera gripe. Mrs Carlill probó que había cumplido con los presupuestos de la oferta y exigió el premio. La empresa argumentó que no debía ser tomado en serio y que no cabía entender que había existido un contrato, pues no se había recibido ninguna aceptación. El Juez, sin embargo, aceptó la existencia de una oferta seria y real.

Una especialidad del *Common Law* lo constituyen las *honour clauses* o la posibilidad de que las partes se obliguen apelando a su honor, suscribiendo un *gentlemen's agreement*, siempre que esta fórmula no sea tan ambigua que pueda dar lugar a la irresponsabilidad de la parte contratante que incumple. Casos como éstos —aunque a nuestros ojos pueda resultar extraño— son las negociaciones colectivas, lo cual no quiere decir que no se cumplan, pues se adjuntan al contrato individual de cada trabajador y eso permite que sean exigibles.

El segundo requisito exigido en los contratos es el de la *certainty*. Los términos de los contratos han de resultar claros y ciertos. A pesar de esta exigencia la mayoría de los conflictos —indica el autor— implican problemas de interpretación. De la misma manera que en nuestro sistema si uno de los requisitos esenciales del contrato no está claro (art. 1.273), por ejemplo, el precio, éste será ineficaz. Sin embargo, si la falta de claridad radica en cláusulas que no son esenciales, el contrato no será invalidado. Así, en el caso *Lombard v Paton*, 1988, se entendió que el contrato no era «demasiado incierto» porque una de las partes pudiera modificar en un contrato de crédito el tipo de interés.

Por último, completa el capítulo con unas breves notas de Derecho comparado en las que se pone de relieve las diferencias con el *Common Law* en los puntos hasta el momento tratados.

En el capítulo II se aborda el requisito de *offer and acceptance*, pues es necesario —igual que en nuestro Código Civil— que para que el contrato exista se produzca un acuerdo de voluntades, esto es, el concurso de la oferta y la aceptación. La oferta debe dirigirse a la persona que tiene intención de aceptarla y el oferente ha de poder aceptarla o rechazarla, es decir, ha de poder elegir para que la oferta sea válida. Por eso, si alguien ofrece algo a otro —dinero, ayuda o similar— sin su consentimiento, posteriormente la regla general indica que no podrá exigir resarcimiento, pues no hubo aceptación. He aquí, a su juicio, una de las diferencias esenciales con el *Civil Law* y el principio de la *negotiorum gestio*, si bien en determinados casos en el *Common Law* también se resarce al «gestor oficioso». En los casos en los que la oferta reúne las características necesarias y durante el tiempo para el que fue emitida, se acepta, el contrato será perfecto.

Por último, el tercer requisito esencial del contrato, la *consideration and estoppel*, se aborda en el capítulo III. Es la *consideration* un requisito de va-

hdez de los contratos en *Common Law*. La abundante literatura jurídica nos demuestra que no es fácil ni de definir ni de explicar a un jurista continental, pues no se corresponde exactamente con el de la causa. A juicio del autor, la mejor manera de definirlo es mediante el *quid pro quo*, es decir, debe existir reciprocidad, lo cual no implica que la contraprestación deba de ser equivalente, pues la *adequacy* no es un requisito de la *consideration*. Por eso, y a diferencia de nuestro sistema, no cabe la *consideration* en los negocios gratuitos, porque la *consideration* es más corresponsabilidad que causa (ALPA, «La consideration», en *Atlante di Diritto privato comparato*, a cargo de GALGANO, Bolonia, 1992, pág. 101).

Mayor dificultad todavía encontramos con la aplicación de la regla *estoppel*, pues no sólo no existe como tal entre nosotros, sino que también es difícil de traducir, pues no es una palabra que se utilice en el lenguaje corriente. A mi modo de ver, se puede encontrar una correspondencia a la regla de *estoppel* en la máxima de que nadie puede ir en contra de sus propios actos. Pero lo que ocurre es que en el Derecho contractual inglés se complica más el alcance de la regla cuando se combina con el requisito de la *consideration*. En este sentido, cabe que por el comportamiento de una de las partes, determinadas obligaciones de la otra queden en suspenso sin *consideration*.

Por lo que se refiere al *proprietary estoppel*. Según lord DENNIG, el *proprietary estoppel* es quien cree que ha adquirido el dominio del verdadero dueño porque el verdadero propietario ha permitido que el enajenante apareciera como tal, es decir, diera apariencia de titularidad. La consecuencia es que no puede ejercitar la reivindicatoria, como ocurre, a juicio de un conocido autor de nuestra doctrina, al interpretar el artículo 464 de Código Civil según el criterio expuesto. En *Common Law* esta regla es una excepción a la clásica máxima de *nemo dat quod non habet*.

Y para terminar el capítulo, las excepciones al carácter privado del contrato o supuestos en los que se puede imponer deberes o derechos a quien no ha sido parte en el contrato, como ocurre con los *trusts*, *quasi-contract*, y otras muchas en el ámbito comercial: *insurance*, *patents*...

Los temas que aborda en el capítulo IV son los de la *forma* y *capacidad* (*writing* y *capacity*). Salvo supuestos concretos que el autor estudia, la regla general es la no exigencia de formalidades especiales para la validez del contrato.

En el capítulo V estudia los siguientes aspectos: *conditions*, *warranties* and *innominate terms*: *Express and implied terms*, con el significado y trascendencia de cada una de ellas.

Lo que pretende el autor es introducirnos en el lenguaje contractual con el fin de distinguir aquellas cláusulas obligatorias, las que se conocen como *puffs*, y las *representations* o presupuestos del contrato pero que no forman parte de él.

Por otra parte, los derechos y deberes que derivan de un contrato que se conoce como *conditions* y como *warranties*. Los primeros son las cláusulas (*terms*) básicas o esenciales y las otras son las de menor importancia o cláusulas secundarias, lo que determina unos *remedios* diferentes. Como señala el autor, la verdadera dificultad radica en determinar en cada caso concreto qué cláusulas pertenecen a un grupo o a otro. Por ello se ha puesto en evidencia que son conceptos demasiado formales para solucionar los problemas reales. De hecho, en los Estados Unidos se prescinde de la distinción y la solución al incumplimiento de unas y otras cláusulas es idéntica (*Restatement (second) of*

Contracts, 1981). Y por otra parte, tanto las *conditions* como las *warranties* pueden ser expresas o implícitas.

En el capítulo siguiente se estudia el apasionante tema de la responsabilidad, tanto en el ámbito contractual, lo que da lugar al *breach of contract* como en el extracontractual. En ambos casos, si bien los puntos de partida son muy distintos, en la práctica los resultados son bastante coincidentes.

En el primer supuesto —incumplimiento contractual— destacan las reglas especiales previstas en la *Sale of Goods Act*, 1979, *Supply of Goods (Implied Terms) Act*, 1979, y *Supply of Goods and Services Act*, 1982, que se aplican a los frecuentes contratos de compraventa... y arrendamientos de bienes y servicios. Si la cláusula incumplida resulta ser esencial o *condition*, la otra parte podrá exigir la resolución y una indemnización de daños (salvo si acepta los bienes), pues en estos casos la resolución es consecuencia de un *fundamental breach*. Por el contrario, en caso de incumplimiento de una *warranty*, el contrato sigue siendo eficaz y sólo cabe exigir una indemnización por los daños causados.

El régimen de responsabilidad impuesto por la SGA es más exigente con el vendedor cuando éste es comerciante, pues la responsabilidad que se le impone va a ser la *strict liability*, de forma que frente al comprador va a responder por cualquier defecto que el producto pudiera presentar, aun cuando pudiera provenir de otros miembros de la cadena productora. El vendedor responde aunque no medie actuación culposa por su parte. En esto consiste la *strict liability*, que no se ha de confundir con la llamada *absolute liability*, pues en dicho caso respondería el vendedor por los daños causados aunque el producto no fuera defectuoso.

Si el daño se causa al margen de una relación contractual, el sistema de responsabilidad encuentra su punto de apoyo en el *tort of negligence*. Es sabido que *Common Law* comenzó como sistema de ilícitos típicos o *nominate torts*, pero que tras el conocidísimo caso *Donoghue v. Stevenson*, 1932, en el que lord ATKIN elaboró el *neighbour test*, el sistema anglosajón acortó considerablemente las distancias con los llamados sistemas abiertos o de cláusula general, en los que el criterio básico de imputación es la culpa o negligencia.

Ahora bien, a raíz de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, la *Consumer Protection Act*, 1987, impone al productor una responsabilidad objetiva como consecuencia del daño causado por la normal utilización del producto defectuoso (Secc. 2.^a). Sin embargo, el legislador optó por no imponer al productor la responsabilidad por los daños ocasionados por el desarrollo de la ciencia o de la técnica o *state of the art defence* (Secc. 4.^a)

Otro punto de gran importancia se aborda en el capítulo VII del libro. Se trata esencialmente de *Exclusion Clauses*. A tenor de la *Unfair Contract Terms Act*, 1977, la responsabilidad impuesta al vendedor por productos defectuosos bajo la *Sale of Goods Act*, 1979, no puede limitarse o excluirse. Pero añade la siguiente frase: «*as against a person dealing as a consumer*», que más o menos quiere decir contra quien se comporte como un consumidor, que por su ambigüedad obliga a recurrir a los casos concretos para conocer el alcance de la prohibición.

A continuación aborda el tema de los *riesgos en la compraventa*. A diferencia de la regla americana de que el riesgo lo asume el poseedor de la cosa, en la Sección 20 de la ya citada *Sale of Goods Act*, 1979, se sienta el principio general de que el riesgo recae en el propietario de la cosa, que es quien tiene el deber de evitar en todo momento el deterioro de la misma, con indepen-

dencia de que sea o no el poseedor. No olvidemos que —a diferencia de nuestro sistema— la propiedad se transfiere *solo consensus*. El autor pone de relieve que la Ley enfoca el problema de los riesgos de manera independiente al incumplimiento contractual, pues de hecho el comprador —que se ha convertido en propietario— sigue teniendo derecho a la resolución del contrato o la indemnización de daños si se produce —como vimos— el incumplimiento de una *condition*. En cuyo caso la propiedad vuelve al vendedor, pero el riesgo en la devolución de los bienes recae en el comprador. Resultan muy ilustrativos todos los *dealing cases* expuestos, pues esta regla general protege unas veces al comprador y otras al vendedor.

En cuanto a las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio (*delivery and payment*), podemos señalar que son obligaciones concurrentes, según se expresa en la Sección 28 de la SGA.

En el capítulo X se aborda el error o *mistake*. El autor confiesa la gran dificultad que encuentra para extraer de los casos concretos una regla general de error en los contratos, lo que se agrava por la distinta solución que al problema da el *Common Law* y la *Equity*.

No todo error tiene las mismas consecuencias jurídicas. A la luz del *Common Law* es esencial ver si el error es o no fundamental, pues en caso de que lo fuera el contrato sería nulo de pleno derecho. Pero la cuestión no es sencilla, como ya señalaba lord DENNING en *Solle v. butcher*, 1950. Por el contrario, el *mistake in equity* no implica una solución tan drástica como la nulidad de pleno derecho, sino una rectificación o cambio en el contrato.

Además del error, otra serie de circunstancias pueden afectar a la validez del contrato. Se trata de *misrepresentation*, *duress* and *illegal contracts*, puntos que se tratan en el capítulo XI.

En nuestro Código no encontramos un sinónimo a la doctrina de la *misrepresentation* como tal, pero quizá podamos buscar un equivalente en alguno de los vicios que invalidan el consentimiento. Por *misrepresentation* se entiende toda falsa representación de la realidad provocada por una de las partes, bien personalmente o por su representante, que da lugar al engaño de la otra parte. Para que tenga relevancia jurídica ha de tratarse de un comportamiento engañoso positivo que induce a la otra parte a la conclusión del contrato. Por eso los anuncios como no son *representations* no pueden dar lugar a este vicio del consentimiento. No sería muy diferente del dolo o maquinaciones insidiosas del artículo 1.269 si no fuera porque en el Derecho inglés la *misrepresentation* puede ser *innocent*, *negligent* o *fraudulent*. Las consecuencias, en cada caso, tienen diferente alcance.

Por *duress* se entiende la violencia moral o la amenaza de infligir un mal si no se presta el consentimiento al contrato. Invalida el contrato cuando la violencia sea injusta y esencial. Recientemente, aunque con ciertas dudas, en *Common Law* se ha admitido como modalidad de violencia la violencia económica, que consiste en que una parte, sabiéndolo la otra, se encuentra en tal situación de crisis económica que en realidad no le queda otra opción que aceptar los términos del contrato. A diferencia de los Tribunales americanos que se muestran proclives a admitir la violencia económica como causa de rescisión del contrato, en Inglaterra la *House of Lords* exige tal presión que vicie de tal modo el consentimiento que pueda admitirse que no hubo acto verdaderamente voluntario. Esta modalidad de violencia ha alcanzado cierto eco en nuestra doctrina en tema de condiciones generales de la contratación, lo que no ha estado exento de crítica.

Y por último, el contrato se reputará legal si es contrario a la Ley o simplemente contrario al orden público.

Siguiendo con las incidencias de los contratos, en el capítulo XII se trata la doctrina de la *frustration* que implica una excepción al cumplimiento del contrato cuando por hechos imprevistos no imputables al deudor la prestación resulte imposible. El contrato se resuelve sin responsabilidad del deudor. El abanico de posibilidades es amplio en cuanto a las causas de la *frustration*, pues puede tratarse de una Ley que prohíba la ejecución de una determinada prestación, de un acto administrativo o de la destrucción del objeto o consecuencia del temor fundado de contraer una enfermedad el deudor si realiza la prestación, etc. Sin embargo, difícilmente podrá acudirse a la *frustration* por el mero incremento del precio.

Pero, en ocasiones, si esta doctrina no se puede aplicar, aunque resulte imposible cumplir la prestación, el deudor no se exime de responsabilidad. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en los supuestos en los que el propio deudor se ha comprometido a cumplir incluso en estos casos o, lo que es lo mismo, las partes pueden acordar de forma expresa la exclusión de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, 1943, que es la que regula las consecuencias del incumplimiento en estos casos.

Para terminar, no podía faltar la obligada referencia a los *remedies for breach of contract*. De forma breve, el último capítulo del trabajo nos muestra las consecuencias normales del incumplimiento contractual.

En primer lugar, los daños o perjuicios, conocidos como *damages*. La indemnización o el resarcimiento de daños es la consecuencia más habitual del incumplimiento. Pero en el Derecho inglés hay que comenzar por distinguir las distintas clases de daños.

Los daños pueden ser *nominal or substantial*. Esta distinción implica que el resarcimiento por daños puede solicitarse incluso cuando el acreedor no puede probar haber sufrido alguno, pues los *nominal damages* corresponden al acreedor por el mero hecho del incumplimiento y con independencia de los daños. Por el contrario, si el acreedor puede probar pérdidas o daños económicos, por pequeños que éstos sean, puede solicitar el resarcimiento por *substantial damages*.

Desde otro punto de vista, los daños pueden tener una función punitiva. Son los *punitive or exemplary damages* que, en palabras del profesor TREITEL, «no tienen la función de compensar al demandante ni tampoco la de despojar al demandado de sus beneficios, sino la de manifestar la reprobación del Tribunal hacia la conducta del demandado». Pero tales daños encuentran un mejor acomodo en el campo de los *torts* que en el del incumplimiento contractual.

A su vez, los *general damages* son los que el demandante alega como consecuencia normal del incumplimiento, pero su cuantificación queda al arbitrio del Juez. Distintos son los *special damages*, pues son los daños ya sufridos y que pueden probarse al interponer la demanda.

Es de resaltar que el demandante tiene la obligación de mitigar su daño en la medida en la que pueda, o dicho de otro modo, no le está permitido agravar el daño provocado por el incumplimiento. Es lo que se conoce como *mitigation*.

Pero el demandante no sólo tiene que probar su daño, sino que éste es la consecuencia directa del incumplimiento del deudor, esto es, que hay una relación de causalidad, lo que se conoce como *remoteness of damage*.

A diferencia de lo que ocurre en el campo extracontractual, en materia de incumplimiento contractual, cuando éste no es sólo fruto de la conducta del deudor, sino que también incide la del acreedor, no se aplica casi nunca la *contributory negligence* y la reducción de la indemnización, pues aquí la responsabilidad es *strict*, es decir, objetiva.

En segundo lugar, cabe que el Tribunal de forma discrecional decida obligar a la parte que ha incumplido a un cumplimiento en forma específica y en los términos previstos en el contrato. Se trata de la *specific performance* o cumplimiento específico que cabe en los casos en los que los daños son prácticamente imposibles de calcular y en los que el objeto del contrato es único e irremplazable y quepa la prestación.

Y en tercer y último lugar, la *injunction*. Al igual que el cumplimiento específico, se trata de una solución de «equidad» y consiste en la orden o prohibición al demandado de incumplir un contrato consistente en una omisión, como, por ejemplo, el compromiso de no construir en determinado sitio. Cabe considerarlo como un interdicto que garantiza el cumplimiento del contrato.

A la vista de todo lo expuesto, el trabajo del autor merece nuestra más sincera felicitación porque contribuye eficazmente al conocimiento del Derecho contractual anglosajón al que no podemos sustraernos, pues como miembros de la Europa comunitaria forma parte de nuestra cultura jurídica. Y en este sentido constituye un paso importante hacia la futura unificación del Derecho Privado empezar por establecer con claridad los contrastes con las categorías continentales, pues el mero hecho de conocerlos constituye un primer paso hacia su superación.

ELENA VICENTE DOMINGO

Profesora Titular Interina de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de Burgos

MONTOLÍO, JOSÉ MARÍA: *Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*. Edición del Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social, Madrid, 1993. Un tomo de 1165 páginas.

El fenómeno cooperativo se ha extendido lo suficiente para que sea merecedor de una atención preferente. Cometidos inaccesibles o de muy difícil consecución para el hombre aislado se tornan hacederos mediante la unión de varios y, en todo caso, se consigue una economía de esfuerzos y una multiplicidad innegable de beneficios que explican el auge creciente de la cooperación.

Si se tiene en cuenta que estas agrupaciones atienden al campo, a la industria, al mar, o tienen por objeto el consumo, el crédito o tratan de facilitar soluciones para la vivienda, se comprenderá la importancia de estudiar e interpretar las normas aplicables, ya que su problemática creciente debe ser abortada por el Derecho. Las cuestiones de constitución, capacidad operativa, órganos de actuación, patrimonio, beneficios fiscales, requisitos administrativos, aspectos crediticios y otros no menos importantes se presentan en la práctica jurídica tan continuamente que exigen una normativa especial cooperativa no sólo nacional, sino internacional.

Dentro de las orientaciones de los órganos de las Comunidades Europeas se ha manifestado el propósito de ordenar debidamente a las cooperativas,

considerándolas agrupaciones de personas que se deben regir por principios de funcionamiento específico y distintos de los de las sociedades propiamente dichas y de las agrupaciones de interés económico. Las Directivas dictadas respecto a estas últimas no se consideran adecuadas y el Parlamento Europeo ya ha dado los primeros pasos para redactar una regulación comunitaria cooperativa mediante el estudio y aproximación de las distintas legislaciones nacionales sobre la materia.

Por eso resulta muy útil este libro que presentamos, cuyo autor, JOSÉ MARÍA MONTOLÍO, tiene acreditado ya su amplio conocimiento y dedicación a los estudios sobre estas especiales agrupaciones. En 1990 publicó un libro sobre la legislación cooperativa en Hispanoamérica; en 1991, otro sobre la fiscalidad de las cooperativas en España, y en 1992, otro sobre la evolución y perspectivas de las cooperativas españolas.

Y ahora sale este libro, que coincide con la preparación de un proyecto modificado de Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y que se encuentra en preparación como Reglamento del Consejo. Este proyecto hace frecuentes remisiones a las normas nacionales de los Estados miembros que en su día lo aplicarán. Así ocurre, por ejemplo, respecto a la constitución, actuaciones registrales, intervención administrativa y normas supletorias.

Por ello es importante el conocimiento de los distintos Ordenamientos nacionales y esta es la tarea que nos facilita enormemente el autor con este libro.

En primer lugar, MONTOLÍO hace un detallado estudio introductorio del Derecho comunitario de sociedades, para concluir que las cooperativas, aunque también son sociedades, tienen unas especialidades tan salientes que las configuran como poco aptas para ser reguladas en todos sus aspectos por las normas ordinarias de las sociedades mercantiles. Por ello entra en el contexto del proyectado Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea y termina expresando que su propósito es dar a conocer la regulación cooperativa en los distintos países miembros de las Comunidades Europeas, para señalar las conexiones y discrepancias, con lo que ofrece a la vez una perspectiva práctica de diversos extremos que resultan de dichas regulaciones.

A continuación expone por separado, en muy completos estudios, la evolución, situación actual y contexto general de las normas legales y reglamentarias que rigen respecto a las cooperativas en todos y cada uno de los doce países que componen las Comunidades.

En España, que en esto también somos diferentes, merced a la desbordante catarata normativa autonómica, no tenemos una sola Ley General de Cooperativas, sino otras cinco más de las Comunidades de Andalucía, Cataluña, Valencia, País Vasco y Navarra. En descargo diremos que no son muy disparas, pues las leyes regionales casi han calcado las normas de la nacional y son mínimas las especialidades.

El libro recoge en el anexo I el texto del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea que se ha publicado el día 21 de abril de 1993 en el *Diario Oficial*, núm. 99, de las Comunidades.

Y en el anexo II recoge también, lo que es muy interesante, el texto traducido al español de todas las normas sobre cooperativas que están vigentes en los Estados miembros. Faltan las de Dinamarca, que es el único país europeo que no tiene una legislación cooperativa específica; allí las cooperativas se rigen por las normas generales de las sociedades mercantiles; en todo caso serán los socios los que en sus estatutos pueden incorporar los pactos que han de caracterizar a la sociedad constituida como tal cooperativa.

Este libro, que ya resulta de gran utilidad, lo será mucho más cuando aparezca el proyectado Estatuto comunitario y tengamos que evacuar las remisiones que nos haga a las distintas leyes nacionales aplicables en su caso. Entonces, el libro pasará de útil a necesario.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE LOS MOZOS, J. L.: *El Derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*. Edersa, Madrid, 1993

Aparte de la amistad que me une al autor de esta monografía y de la admiración que tengo por todos sus trabajos, existe una especie de «tentación» jurídica resumida en el «reto» que significa recensionar un libro sobre un tema de tanta actualidad como el que es objeto del mismo: *la propiedad*. Si para el jurista es un «reto», para el «encargado» de protegerla a través de los mecanismos de la publicidad se convierte en una necesidad: ¿Es una propiedad lo que inscribimos o es una entequeia emanada de mentes administrativas?

Al comienzo, mi postura frente a las concepciones urbanísticas de la propiedad se basaba en la creencia de un desconocimiento de la esencia no ya sólo del concepto de propiedad, sino de todo ese conjunto de instituciones que trataban de proteger el derecho. Luego fue paulatinamente convenciéndome de que además de desconocimiento lo que había eran intenciones malévolas bajo torcidas interpretaciones y formulaciones. Hoy día mi incógnita está plenamente despejada y al contemplar en la vigente Ley del Suelo en lo que ha quedado reducida la propiedad, casi me dan ganas de renunciar a mi categoría de jurista. Ni siquiera buscando el lado gracioso que puede tener la comparación de la propiedad con las «precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta» o con la institución de la «nuda propiedad» se calma mi indignación.

Era, pues, necesario que un jurista de prestigio lanzase las campanas al vuelo y llamase la atención sobre lo que está sucediendo en esta pobre legislación española. ¿Hay que retornar, hay que volver, hay que rectificar, hay que encontrar las raíces, hay que buscar la «rastra» de la propiedad...? No sé, pero el Prólogo del autor nos ofrece un cierto planteamiento en este sentido, pues dice: «Por eso, es por lo que hay que preguntarse si ese concepto de propiedad que acogen los Códigos civiles, a pesar de que no ha desaparecido del Ordenamiento jurídico y que ha servido de base para la expansión del concepto de propiedad que ha hecho cambiar por completo la estructura económica y social subsiste todavía, y en el caso de que subsista, en qué medida comparte total o parcialmente con otros derechos su pérdida hegemonía si es que realmente la ha perdido por completo. Esta es la cuestión en definitiva»

No puedo por menos de reproducir la cita que el autor hace del trabajo (*Propietà*, en la Enciclopedia del Novecento, V, Roma, 1980) de SANTORO PASARELLI, quien plantea a base de preguntas la situación de la propiedad: ¿Cuáles son los poderes del propietario y cuáles los deberes? ¿Cuáles son los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada? ¿Cómo se adapta la propiedad privada respecto de las diversas clases de bienes? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad privada y empresa privada? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y trabajo? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y control de la gestión económica? ¿Cuál es el significado real de la función social asumida por la

propiedad privada y cuál el sentido de la utilidad social exigida a la actividad empresarial? ¿Cuáles son la posición y la función que asume en los sistemas capitalistas la propiedad pública y cuál la diferencia entre la propiedad en mano pública y la propiedad pública? ¿Cuáles son la posición y la función de la propiedad socialista y de propiedad personal en los sistemas colectivistas? Finalmente: ¿Cuáles son las dificultades en el funcionamiento de la propiedad socialista y cuál el sentido de la expansión de la propiedad personal?

Los acontecimientos históricos y el derrumbamiento de los sistemas socialistas han dado clara respuesta a muchas de esas preguntas. Por ello el autor de este trabajo trata de recomponer el concepto de la propiedad en su nacimiento, plasmar la controversia de la función social y ofrecer un régimen jurídico de la propiedad. Todo ello ocupa las tres partes del libro y a ellas nos ajustamos en la recensión.

A) ITINERARIO HISTORICO DEL CONCEPTO DE LA PROPIEDAD

En un perfecto esquema conceptual, el autor parte de la propiedad y el dominio en el lenguaje jurídico como antecedente del concepto (deriva de *propietas* que indica cualidad o carácter particular de una persona o cosa), pasando luego a la construcción del concepto en el Derecho romano en su realidad y en su mito, ya que el dominio se confunde en bloque con los otros poderes del *pater* y sólo con el tiempo se irán diferenciando éstos (*manus*, patronato, dominio, *usus*, *possessio*, etc), lo mismo que los diferentes regímenes. Posteriormente el concepto sufre un claro derrumbamiento que intenta restaurar JUSTINIANO

Se pone a prueba de nuevo el concepto y el autor señala el derrumbamiento total del mismo en la Alta Edad Media hasta que después de un largo camino inicia su recuperación. El último apartado de esta sintética evolución lo ofrece el autor con el tema de la elaboración definitiva del concepto de propiedad donde se refiere a estos puntos difíciles de resumir en este estrecho espacio: la aportación al concepto de los teólogos y juristas españoles, el derecho natural racionalista y el *usus modernus Pandectarum*, la propiedad inviolable y sagrada, la pandectística moderna, las ideas desvinculadoras y desamortizadoras y la propiedad privada en el Código Civil.

B) LA CONTROVERSID EN TORNO A LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La consagración del Derecho de propiedad como categoría fundamental del sistema jurídico constituye un elemento o instrumento eficaz de renovación y modernización social, pero bien pronto —antes de final del siglo pasado— se inicia en todas partes la «crisis» del sistema que afecta al concepto y a todo el conjunto de ideas y elementos que contribuyeron a su entronización.

El autor ante estos fenómenos sociales hace un estudio en tres partes y tres afirmaciones fundamentales. En la primera parte enfoca el «sentido social» en el escenario de la experiencia jurídica; en la segunda se apunta la expansión de la idea de «función social» y la doctrina de la Iglesia, y en la tercera destaca el itinerario equivocado seguido por la idea de la función social. En lo que hemos llamado «afirmaciones», la primera se refiere a la gran utilidad del

retorno a la tradición jurídica como punto de partida para el enjuiciamiento del problema. La segunda, que, contra lo que muchos creen, el concepto de propiedad es «unitario» y no se puede hablar de propiedades. Por último, la tercera supone una recapitulación donde se dice que hay que recobrar la fiducia en el concepto de propiedad, la función social debe reintegrarse al lugar que le corresponde, y por último, propiedad privada, garantía constitucional de la misma y expropiación forzosa.

C) RECONSTRUCCION DOGMATICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO «DOMINIUM PLENUM»

El empeño del autor en reconstruir el derecho de propiedad es auténticamente loable y digno de hacerse notar con esta advertencia. ¡ATENCIÓN, QUE OS HABLA UN JURISTA! Y el jurista que lleva dentro JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS lanza al campo doctrinal el concepto de propiedad como «derecho subjetivo», explica su fundamento y perfila los caracteres y contenidos del dominio, así como sus atributos (para el autor los caracteres esenciales reciben el nombre de *atributos*, aunque en mí afloran tentaciones que debo rechazar).

El diseño de la figura —eje y principio de la idea del Derecho— le permite distinguir los sujetos, el objeto (los bienes) y las facultades que le dan contenido, así como las limitaciones a una de las más sustanciales: la de disponer. Y hablando de limitaciones —sin que esto nos traiga la frase del Pisuerga y Valladolid, aunque para José Luis y para mí ello es motivo de gratos recuerdos universitarios—, se ofrecen por el autor las que emanan de la utilidad pública o común y las de utilidad privada, la responsabilidad *ob rem* y las limitaciones a la facultad de excluir.

Cierra esta tercera parte —y en ella me tengo que ajustar al índice de materias— la problemática de la propiedad en sentido vertical, los medios legales que se ofrecen para delimitar las propiedades y las acciones que emanan o nacen del dominio (reivindicatoria, declarativa, interdictos, *ad exhibendum* y acción pauliana).

Con un índice de autores citados o utilizados para elaborar el trabajo monográfico termina el mismo, pero nosotros antes de poner fin a esta reseña queremos destacar cómo el autor se rebela frente a la concepción de la propiedad como simple «situación jurídica» nacida del juego de las normas legales y que podría, a su arbitrio, modificar el legislador, como lo hace con las formas y solemnidades de los actos jurídicos y con las reglas del procedimiento, y nos dice que estamos ante un «derecho subjetivo», lo que entraña una consideración y un rango que no puede desconocerse, ni siquiera por el propio legislador.

La esperanza, aun siendo jurídica— no debe perderse, pero ante esta *tropa* administrativa que confunde la copia con el original, que es tan osada de derogar una Ley por una corrección de errores, poco puede esperarse. Ya lo has visto: la licencia urbanística «crea» la propiedad (lo cual no está ni siquiera al alcance del Juez, que sólo la «declara») y a través de una escalera la va haciendo adquirir un contenido, en contra de lo que dispone la Constitución. Tú y yo que hicimos la milicia universitaria juntos en los páramos zamoranos podemos decir: «los *tambores* también somos *tropa*», y podemos opinar.

REVISTA DE REVISTAS

:

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 595 (Abril 1994)

- «Acerca de la previsible nueva regulación de los arrendamientos urbanos en lo que respecta a los locales de negocio», por FRANCISCO JAVIER QUILES BODI, pág. 3141.
- «Los procedimientos nomogenéticos del Derecho europeo tras el tratado de Maastricht», por JUAN CARLOS PLAZA SOLER, pág. 3151.
- «Los privilegios del asegurador y la calificación de su crédito», por AMÉRICA BREL PEDREÑO, pág. 3181.
- «Inmunidad y derecho al proceso: la inmunidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 3253.
- «Notas sobre el tratamiento procesal-ejecutivo de los valores representados mediante anotaciones en cuenta», por CARMEN SENES MOTILLA, pág. 3561.
- «Las competencias del Consejo Superior de la Magistratura en Italia: Análisis comparado con la situación en España», por MARCO VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, pág. 3573.
- «Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva», por GREGORIO SERRANO HOYO, pág. 3589.
- «Diseño industrial: protección jurídica en España y perspectivas en la Comunidad Europea», por F. CERDA, pág. 3669.
- «Las diligencias para la comprobación de hechos en la Ley de Competencia Desleal», por J. VALLE, pág. 3717.
- «Monopolios, derechos especiales y servicios públicos: ¿Hacia una desregulación judicial?», por J. FOLGUERA CRESPO y R. VIDAL PUIG, pág. 3751.
- «El proyecto del Código Antitrust Internacional», por J. DREXL y A. HEINEMANN, pág. 3781.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Abril 1994)

- «La financiación de la actividad social de las sociedades de capital y la situación de pérdidas desde la perspectiva del Derecho mercantil actual», por JUAN MANUEL BOLÁS ALFONSO págs. 307-332.
- «Impugnación de acuerdos del Consejo Rector en las sociedades cooperativas», por PEDRO LASSALETTA GARCÍA, págs. 333-349.

(Mayo 1994)

- «La irrevocabilidad del mandato: un problema no resuelto o ante una aporía jurídica», por FRANCISCO LEÓN LEÓN, págs. 411-424.
- «Criterios jurisprudenciales para la determinación de las competencias y obligaciones de los profesionales de la edificación», por JUAN FRANCISCO ESCUDERO ESPINOSA, págs. 425 a 432.
- «Curia phillipica, piedra angular de la Ley Española de Luisiana», por JAMES M. McCAFFERY, págs. 433-438.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 16 (1994)

- «La forma de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo», por MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO.

Núm. 17 (1994)

- «El Derecho económico del conviviente tras disolverse la unión matrimonial de hecho», por M.^a VICTORIA CALLE RODRÍGUEZ.

Núm. 18 (1994)

- «*Interpretatio contra stipulatorem* y principio de interpretación más favorable al consumidor», por M.^a del CARMEN DÍAZ JIMÉNEZ.

Núm. 19 (1994)

- «Notas sobre quiebra consecutiva a suspensión de pagos», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA.

Núm. 20 (1994)

- «La reafirmación del fuero territorial del Estado», por MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

Núm. 21 (1994)

- «Investigación de la paternidad en los procesos de impugnación», por ICIAR CORDERO CUTILLAS.

Núm. 22 (1994)

«La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas», por MARIANO ALONSO PÉREZ.

Núm. 23 (1994)

«Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o *leasing* de retorno», por MANUEL IGNACIO FELIÚ REY.

Núm. 24 (1994)

«La excepcionalidad de las arras penitenciales y su excepcional acreditación jurisprudencial», por PABLO SANDE GARCÍA.

Núm. 25 (1994)

«Introducción al estudio comparativo de la situación jurídica sucesoria del cónyuge supérstite en el Derecho civil belga y español», por CARLOS JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Núm. 8 (Octubre-Diciembre 1993)

«Las divisiones y segregaciones en suelo no urbanizable y el artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo», por IGNACIO GOMA LANZÓN, pág. 9.

«Sustituto, subapoderado y auxiliar: Una interpretación de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil», por M.^a TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 65.

«El objeto social. Régimen de las participaciones sociales», por MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, pág. 223.

«La Junta General y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada», por LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, pág. 269.

«Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada (observaciones a propósito del derecho proyectado)», por ANTONIO B. PERDICES HUETOS, pag. 313.

«Algunas consideraciones sobre la fiscalidad de la empresa social», por BERNARDO REVUELTA GARCÍA pág 361.

Núm. extraordinario (1993)

«Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el Notario», por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, pág. 9.

- «Retribución notarial», por ENRIQUE BLANCOS NÚÑEZ, pág. 179.
 «¿Constituye la unidad de acto elemento indispensable en la celebración de la escritura pública?», por AURELIO DÍAZ GÓMEZ, pág. 203.
 «La función notarial», por JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, pág. 227.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 137 (Enero-Febrero 1994)

- «Valoraciones del suelo y del aprovechamiento urbanístico. Las valoraciones en los instrumentos redistributivos (Continuación)», por JOSÉ MANUEL ME-RELO ABELA, pág. 11.
 «El respeto del contenido esencial de la propiedad urbana en el nuevo régimen urbanístico: criterios para el control jurisdiccional de la técnica del aprovechamiento tipo», por FEDERICO ROMERO GÓMEZ, pág. 51.
 «En torno a la publicación de las normas urbanísticas de los Planes: comentarios a la proposición de Ley de modificación del artículo 70.2 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local», por ANTONIO LÓPEZ ABARCA, pág. 85.
 «Medidas de protección de la legalidad urbanística: en especial la suspensión de obras en curso de ejecución», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 99.
 «El valor del suelo, su determinación en la legislación urbanística», por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 121.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 83 (Enero-Marzo 1994)

- «Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración política», por PABLO LUCAS VERDÚ, pág. 9.
 «Reformismo y regeneracionismo. el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona», por RAÚL MORODO, pág. 29.
 «Religiosidad, ideología y voto en España», por JOSÉ RAMÓN MONTERO, pág. 77.
 «De societate publica cum infidelibus. Una obra juvenil de Hugo Grocio», por PETER BORSCHBERG, pág. 113.
 «La organización interna del Poder Ejecutivo en los Estados Unidos: El Presidente, el Gabinete y la Presidencia institucionalizada», por EDUARDO VIRGALA FORURIA, pág. 137.
 «El problema de la aceptación del extranjero», por JACINTO CHOZA, pág. 191.
 «Elecciones 1993: Competencia interpartidista», por PILAR DEL CASTILLO y GIACOMO SANI, pág. 201.
 «Sector público y economía de mercado: rasgos metodológicos», por JAVIER BILBAO UBILLOS, pág. 207.
 «La idea de Europa en el pensamiento político de Ortega y Gasset», por JESÚS J. SEBASTIÁN LORENTE, pág. 221.
 «El proceso de institucionalización política y la política lingüística en el País Vasco». Imágenes y valoraciones de los agentes políticos», por BENJAMÍN TEJERINA MONTAÑA, pág. 247.

«Bases filosóficas para la ética y la política en Leibniz», por TOMÁS GUILLÉN VERA, pág. 273.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 164 (Abril-Junio 1993)

«Evolución de la concentración de la tierra: tendencia al incremento de la concentración», por LUIS RUIZ-MAYA, pág. 9.

«Espacios, especies y políticas forestales», por ALBINO PRADA BLANCO y MANUEL GONZÁLEZ GÓMEZ, pág. 23.

«Política agraria comunitaria y retirada de tierras de cultivo en Aragón (1989-1992)», por M. P. ERREA ABAD y T. LASANTA MARTÍNEZ, pág. 43.

«Estructura del complejo agro-alimentario aragonés a través de las tablas *input-output*», por LUIS PÉREZ Y PÉREZ y M^a LUISA FEIJOO BELLO, pág. 61.

«Tipologías agrarias valencianas», por ANDRÉS JOSÉ PICAZO TADEO y FRANCESC HERNÁNDEZ SANCHO, pág. 75.

«Análisis económico de distintas explotaciones de ganado vacuno de raza avileña», por SIGFREDO F. ORTUÑO PÉREZ, pág. 93.

Núm. 165 (Julio-Septiembre 1993)

«El espíritu de Stresa», por MICHAEL TRACY, pág. 13.

«La PAC: asunto sin concluir, problemas sin resolver», por ROSEMARY FENNEL, pág. 39.

«La PAC reformada y el mundo industrializado», por TIM JOSLING, pág. 57.

«Política estructural y adaptación de las estructuras agrarias en la Comunidad Europea», por P. DAUCE y PH. PERRIER-CORNET, pág. 79.

«Integración económica europea e intervención pública en la agricultura: ¿re-regulación o desregulación?», por LUCA SALVATICI y FABRIZIO DE FILIPPIS, pág. 107.

«Una política de primas de antiproducción: análisis de un instrumento para suavizar la repercusión en las explotaciones agrarias del ajuste de mercado», por LUIGI GALLETO, pág. 133.

«El papel de Occidente en la reconstrucción de la agricultura del Este y del centro de Europa y de la antigua Unión Soviética», por MICHEL PETIT y KAREN BROOKS, pág. 155.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 135 (Julio-Diciembre 1993)

«El sínodo diocesano según Meguel Thomas de Taxaquet (1529-78)», por V. DURBA LLOBAT, págs. 473-518.

«La fundación pía no autónoma en el actual CIC», por A. SOLS LICIA, págs. 519-552.

«Nombramientos de obispos en la España del siglo xx. Algunas cuestiones canónicas, concordatorias y políticas», por C. CARCEL ORTI, págs. 553-589.

- «Gli accordi spagnoli di cooperazione e l'esperienza italiana», por M. TEDESCHI, págs. 591-604.
- «Libri sinodali tardo medievales in Ungheria. Il libro sinodale di Esztergom», por P. ERDŐ, págs. 607-622.
- «El tratado *De Sponsalibus et Matrimonio* de Alessandro Cariero», por J. M. VIEJO-XIMÉNEZ, págs. 623-641.
- «El derecho de la Iglesia, de nuevo a examen», por S. PANIZO ORALLO, págs. 643-660.
- «Licenza presunta della Santa Sede per il cambiamento di Chiesa sui iuris», por M. BROGI, págs. 661-668.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2 (1994)

- «La filiació putativa», por ROSA M.^a SATORRAS I FIORETTI, pág. 281.
- «El tempteig i el retracte de cohereus en la Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya», por ANTONI VAQUER ALOY, pág. 305.
- «La naturalesa jurídica dels instruments econòmics en la gestió del residus», por M.^a TERESA VADRI I FORTUNY, pág. 335.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 2 (Julio-Diciembre 1993)

- «Las Naciones Unidas y las minorías: a propósito de la Declaración de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1992», por N. LERNER, pág. 269.
- «El Comité Olímpico Internacional y los Juegos Olímpicos: algunas cuestiones de relevancia jurídico-internacional», por F. X. PONS RAFOLS, pág. 283.
- «Un asunto judicial efímero sobre estrechos internacionales: el asunto del Grand-Belt», por M. A. RUIZ COLOMÉ, pág. 315.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Núms. 7-12 (Julio-Diciembre 1992)

- «Aceptación y repudiación de herencia», por ENRIQUE AREZO PIRIZ, pág. 181.
- «Alcance de la cláusula de estilo —libre de obligaciones y gravámenes— ante las limitaciones a la propiedad», por EMILIO BIASCO MARINO, pág. 195.
- «Aspectos notariales de la expropiación», por JUAN LEMA, pág. 209.
- «Reseña histórica de la Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones 1853-1991 (Segunda parte)», por BENJAMÍN NAHUM y JORGE BALBIS, pág. 219.
- «Sociedad comercial constituida en el extranjero», por RUBÉN SANTOS BELANDRO y otros, pág. 233.

Núms. 1-6 (Enero-Junio 1993)

- «Algunos problemas de la Ley 16.060», por JULIO SCHWARTZ, pág. 9.
«Capacidad en el Derecho Internacional Privado», por STELLA CÓRDOBA, pág. 22.
«Validez del documento proveniente del extranjero», por MARTHA SZEINBLUM, pág. 37.
«Tasas de interés cuando éste se pacta como cláusula de mantenimiento de valor», por ROQUE MOLLA, pág. 51

REVISTA DEL NOTARIADO
DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Núm. 835 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1993)

- «El principio de prioridad ante las medidas cautelares y, en particular, la medida de no innovar», por LUIS FEDERICO BERUTI y MÓNICA VIDAL, pág. 839.
«Las inexactitudes registrales. Rectificación de asientos. Modos», por MARIO M. CARZOLIO, pág. 843
«La preterición de herederos forzosos no es causal de nulidad de testamento, sólo obliga a salvar la legítima de la nuera viva; en lo restante es válido el testamento», por FRANCISCO FERRARI CERETTI, pág. 861.
«¿Es necesario el asentimiento conyugal en la transformación, fusión o escisión de una sociedad de responsabilidad limitada?» por OSVALDO SOLARI COSTA, pág. 867.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS
DE BUENOS AIRES

Núm. 915 (Mayo-Agosto 1993)

- «La libertad de expresión en la radiodifusión. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», por CARLOS A. TAU ANZOATEGUI, pág. 291.
«Las acciones reales. Posibilidad de una única acción real», por JOSÉ MANUEL DÍAZ REYNA, pág. 303.
«Consideraciones generales sobre la protección de los derechos del consumidor», por OTILIA DEL CARMEN ZITO FONTÁN, pág. 327.
«Formas del testamento (transcripción del artículo publicado en el número 106 de la Revista Notarial de mayo de 1903)», pág. 341.
«La publicidad registral en Bolivia», por BLADY A. GORENA VIDAURRE, pág. 347.
«La reforma de los contratos de participación y sociedades», por Efraín HUGO RICHARD, pág. 365.
«Daño ambiental y prescripción», por ANÍBAL FALBO, pág. 375.
«Sociedad civil para la construcción de edificios. Escritura de constitución», por CARLOS M. D'ALESSIO, pág. 387
«Transferencia de inmueble por unidades a construir», por MARCELO DE HOZ, pág. 393.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Núm. 7 (Septiembre-Diciembre 1993)

- «Vallarta y el amparo Larrache», por JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, págs. 11-19.
- «Ignacio Luis Vallarta y Ogazón. Precursor y arquetipo de la jurisprudencia», por JOSÉ TRINIDAD LANZ CÁRDENAS, págs. 21-35.
- «Vallarta como legislador», por CARLOS SEPÚLVEDA VALLE, págs. 37-59.
- «Ignacio L. Vallarta y el federalismo», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 61-116.
- «Vallarta y la interpretación de los tratados internacionales», por JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ VÁZQUEZ, págs. 117-125.
- «Ignacio L. Vallarta y la pena de muerte», por LUIS ACEVES PARRA, págs. 127-148.
- «Vallarta. Algunas semblanzas como ejecutivo del Estado», por ANTONIO DE JESÚS MENDOZA MEJÍA, págs. 149-164.
- «Vallarta y el régimen de la tierra», por DAVID MORA PLACENCIA, págs. 167-232.
- «Ley de desamortización de Bienes de manos muertas», págs. 233-239.
- «Ensayo sobre la justicia de la pena de muerte», por IGNACIO LUIS VALLARTA Y OGAZÓN, págs. 241-303.

Núm. 8 (Enero-Abril 1994)

- «La reforma del Estado», por MIGUEL ACOSTA ROMERO, págs. 11-91.
- «Aspectos evolutivos, metodológicos y didácticos del juicio de amparo», por VICENTE ROBERTO DEL ARENAL MARTÍNEZ, pág. 93-119.
- «La contradicción de criterios judiciales en el Derecho angloamericano y en el mexicano. Notas para un análisis comparativo», por JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, págs. 121-160.
- «La cultura cívica y el futuro de la democracia en México», por LAURA PATRICIA ROMERO, págs. 161-185.
- «Filosofía del derecho. Epistemología», por EFRÁIN GONZÁLEZ MORFIN, págs. 187-217.
- «Propuesta de reforma constitucional sobre la asignación de fuero constitucional a los funcionarios municipales», por MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA, págs. 219-230.
- «Integración y Constitución en México», por RUPERTO PATIÑO MANFFER, págs. 231-245.
- «El periodo de prehuelga en el derecho sindical», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, págs. 247-268.
- «Los primeros juicios de constitucionalidad y amparo: 1847-1853», por JUAN JOSÉ MATEOS SANTILLÁN, págs. 269-299.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núms. 1-3 (1992)

- «IRC Section 936. A Challenge to US Corporate System of Taxation of FDI Income», por JOSÉ I. IRIZARRY YORDAN, pág. 1.

- «La inseminación artificial. Reproducción asexual. Implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de reproducción humana», por PEDRO F. SILVA-RUIZ, pág. 45.
- «La educación obtenida durante el matrimonio: bien privativo o bien ganancial susceptible de división en caso de divorcio», por AIDA L. MUÑOZ COLÓN, pág. 59.
- «La música y el derecho: una comparación», por RAMÓN ANTONIO GUZMÁN pág. 75.
- «La pedagogía jurídica y la revolución tecnológica. La experiencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico», por ROLANDO EMMANUELLI, pág. 81.
- «Cosas que debe hacer, cosas que debe conocer antes del examen de reválida», por VÍCTOR A. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, pág. 97.
- «El registro por guardia de seguridad y la suficiencia de acción del Estado», por MARIELA MIRANDA RECIO, pág. 105.
- «Las convicciones previas por delitos graves como impedimento para obtener una sentencia suspendida», por ÁNGEL PADILLA MARTÍNEZ, pág. 133.
- «Cambios recientes en el campo de los derechos morales de autor», por CARLOS J. FERNÁNDEZ LUGO, pág. 141.
- «La legislación a favor de la mujer en 1991 o las mujeres cuentan cuando la economía las necesita», por JOHANNA EMMANUELLI HUERTAS, pág. 165.
- «El término sordomudo y la incapacidad en el Código Civil», por FÉLIX L. NEGRÓN MARTÍNEZ, pág. 173.

Núm. 1 (1993)

- «El libro de la ética profesional por Luis Mariano Negrón Portillo», por RAMÓN ANTONIO GUZMÁN, pág. 1.
- «De la notaría a la confusión doctrinal», por JUAN ENRIQUE SANTANA FÉLIX, pág. 7.
- «El derecho de visita de los abuelos en Puerto Rico. Caso: Colón V. Colón», por LISSETTE TORO VÉLEZ, pág. 15.
- «La personalidad jurídica de la sociedad de gananciales», por RUFINO JIMÉNEZ CARDONA, pág. 31.
- «Concubinato en Puerto Rico: un llamado al legislador», por MIRIAM DE LOURDES FIGUEROA RODRÍGUEZ, pág. 43.
- «Limitaciones de la prohibición al discrimen por razón de matrimonio en el empleo en Puerto Rico. Un análisis de la Ley 116/1991, de 20 de diciembre», por JUAN DAVID VILAR COLÓN, pág. 81.
- «El delito de traición a la patria (terrorismo) en Perú. (Notas socio-jurídicas) en homenaje al maestro de la PUCPR don Alcides Oquendo Maldonado», por SANTOS ALFONSO SILVA SERNAQUE y MARÍA TERESA MIRANDA RODRÍGUEZ, pág. 93.
- «¡Déjeme entrar!: Análisis constitucional de la ley de control del tráfico de motor y uso de ciertas calles», por FRANCISCO J. RIVERA ALVAREZ, pág. 119.
- «The Atomic Energy Act of 1954 and the Economic Policy: an Administrative Law Perspective», por ANTONIO JOSÉ COLÓN ALSINA, pág. 147.
- «La responsabilidad civil en la transmisión del SIDA», por MARÍA ELENA AÑESES BOCANEGRA, pág. 161.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Núm. 110 (Marzo 1994)

- «Sobre el principio de subsidiariedad», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 11.
- «Europa en la encrucijada», por JESÚS PIZARRO PORTILLA pág. 43
- «El impacto autonómico de la convergencia: déficit y deuda», por JESÚS I. RIVAS GARCÍA y MARTA MAGADÁN DÍAZ, pág. 49
- «Disparidades regionales en España: evolución reciente, causas y perspectivas», por JOSÉ VILLAVARDE CASTRO, pág. 57.
- «Tres años de aplicación del Reglamento de Concentraciones», por MARTA ANTOÑANZAS ALVEAR, pág. 71.
- «El Libro Blanco sobre el desarrollo futuro de la política común de transporte», por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 73.
- «La reglamentación administrativa de la actividad farmacéutica impulsa al ataque de las normas anti-trust contra la distribución selectiva de cosméticos», por JORDI FAUS SANTASUSANA, pág. 79.
- «Maneras y modos de la doctrina española sobre el Derecho comunitario», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 87.
- «La Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos defectuosos y su incidencia en el Ordenamiento jurídico español», por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ pág. 91.

Núm. 111 (Abril 1994)

- «El Principado de Asturias en el contexto comunitario», por ANTONIO TREVIN LOMBAN, pág. 9.
- «La siderurgia asturiana en el proceso de integración europea», por JOSÉ MANUEL AGUERA SIRGO, pág. 13.
- «Ensidesa en la economía asturiana», por JOSÉ MANUEL AGUERA SIRGO, pág. 31.
- «La mistificación de las miniaceras», por JOSÉ MANUEL AGUERA SIRGO pág. 33.
- «La participación de Asturias en los programas comunitarios», por IGNACIO ALVAR-GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, pág. 35
- «El desarrollo regional de Asturias y la integración europea», por CARMEN BENAVIDES GONZÁLEZ, pág. 43.
- «La participación industrial del Principado de Asturias en la integración europea», por PEDRO CERVILLA MARTÍNEZ, pág. 53
- «Asturias y el futuro de la Unión Europea», por MARÍA ANTONIA FERNÁNDEZ FELGUEROSO, pág. 63.
- «La participación del Principado de Asturias en la cooperación interregional europea», por JUAN FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 65.
- «La dimensión social de la integración europea y sus efectos en Asturias», por RODOLFO GUTIÉRREZ y ANA GUILLÉN, pág. 69.
- «El programa Ouverture: un ejemplo de cooperación interregional», por FERNANDO MÉNDEZ-NAVIA GÓMEZ, pág. 81.
- «Instrumentos Comunitarios de Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, aplicados en Asturias», por RAMÓN MENÉNDEZ CHAVES, pág. 89.
- «La aplicación del Derecho comunitario europeo en el Principado de Asturias», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 105.

- «Nuevos incentivos comunitarios a las empresas asturianas», por PAZ PALACIO FERNÁNDEZ, pág. 121.
- «Las intervenciones del FEDER en Asturias», por ENCARNACIÓN RODRÍGUEZ CANAS, pág. 129.
- «La información comunitaria en Asturias: la experiencia del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Oviedo», por PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, pág. 137.
- «La política comunitaria de investigación y desarrollo tecnológico en Asturias», por ELENA SUÁREZ GONZÁLEZ, pág. 141.
- «La construcción naval en Asturias y la nueva dimensión comunitaria», por LUIS VALDÉS PELÁEZ, pág. 153.
- «La economía asturiana y el contexto económico comunitario», por AVELINO VIEJO FERNÁNDEZ, pág. 163.

Núm. 112 (Mayo 1994)

- «Europa ante el espejo», por PALOMA GARCÍA PICAZO, pág. 11.
- «Eficacia jurídica del Derecho comunitario europeo para la integración normativa de los tipos penales en blanco del Derecho español», por MANUEL JESÚS DOLZ LAGO, pág. 29.
- «La eficacia del Derecho comunitario en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia», por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 53.
- «El libre movimiento de capitales y los pagos en el Tratado de la Unión Europea», por FEDERICO F. GARAU SOBRINO, pág. 67.
- «La propiedad intelectual y la CEE», por MARÍA ISABEL HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DEL VALLE, pág. 93.
- «El Libro Verde sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales», por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 103.
- «Realidades, perspectivas y limitaciones de la liberalización del tráfico aéreo», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 109.

Núm. 113 (Junio 1994)

- «Ciclos económicos y políticos en la integración europea», por M.^a ISABEL ALVAREZ GONZÁLEZ y SARAH EVA MARTÍNEZ PELLEGRINI, pág. 11.
- «Paseo macroeconómico de España en la Comunidad Europea», por ENCARNACIÓN CAMPOS BERMUDEZ y STEFAN GAJDA SÁNCHEZ, pág. 17.
- «La Unión Económica y Monetaria Europea», por MARTA DÍAZ-BAJO GÓMEZ, pág. 27.
- «Cooperación al desarrollo de la Comunidad Europea con los países de la ACP: estado de la cuestión», por PALOMA MONROY TORRES y ALEJANDRO PARDO VEZZI, pág. 35.
- «Crisis política, modelos y opciones en la Unión Europea», por GUSTAVO MATÍAS CLAVERO, pág. 43.
- «Las relaciones entre la CE y los países del Este de Europa», por ALFREDO PERDIGUERO VALERA, pág. 55.
- «La armonización de los impuestos especiales», por JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ, pág. 69.
- «Crónica sobre la Banca y el Mercado de Valores en la Comunidad Económica Europea (1991-1993)», por RITA LARGO GIL, pág. 79.

