

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
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.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

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

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Calificación registral de los préstamos hipotecarios. Bases para la fijación de un criterio unitario», por LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA 1793
- «La publicidad registral y la legislación de cooperativas», por JUAN ANTONIO PÉREZ DE LEMA MUNILLA 1845
- «Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia», por ADOLFO J. SEQUEIRA MARTÍN 1863

LECTAMENES Y NOTAS:

- «Juntas Ordinarias. Artículos 49, 50 y 51 de la Ley de Sociedades Anónimas», por JOAQUÍN LANZAS GALVACHE 1899

ACTUALIDAD JURIDICA:

- Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN 1925

JURISPRUDENCIA:

- I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1935
- II. Resoluciones de la Dirección General, por IGNACIO DEL RÍO Y GARCÍA DE SOLA y JOSÉ M.^a QUINTANA Y PETRUS 1949
- III. Sentencias del Tribunal Supremo:
1. Derecho civil:
- b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA ... 1975
2. Derecho procesal, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ .. 1985
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ 2011

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios», de JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO y JESÚS LÓPEZ MEDEL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2019
«Il principio di correttezza nell'ordinamento delle SpA.», de AGOSTINO GAMBINO, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	2024
«Le contrat aujourd'hui: comparaisons Franco Anglaises», Recopila- ción de conferencias y debates dirigida por DENIS TALLON y DONALD HARRIS, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	2026
«Actas del I Congreso Internacional de Derecho Agrario en Extrema- dura», de la Universidad de Extremadura, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2029
REVISTA DE REVISTA, por LA REDACCIÓN	2037

ESTUDIOS

Calificación Registral de los préstamos hipotecarios

(Bases para la fijación de un criterio unitario)

I. PRINCIPIOS GENERALES: NATURALEZA JURIDICA DE LA GARANTIA

a) El préstamo hipotecario no es un negocio jurídico unitario ni un derecho real típico, sino la yuxtaposición de dos figuras jurídicas de diversa naturaleza, con identidad propia y propia autonomía, plenamente delimitadas por la doctrina y por la jurisprudencia. Dicha yuxtaposición no da lugar siquiera a un nuevo negocio jurídico de naturaleza mixta; dicha yuxtaposición más bien, da pie a cada uno de esos dos derechos autónomos —el contrato de préstamo mutuo y el derecho real de hipoteca— desarrollen su plena eficacia jurídica dentro del ámbito que le es propio. Se trata, pues, de un derecho personal o de crédito garantizado con el derecho real de hipoteca y, en consecuencia, desde el punto de vista del Derecho Registral Inmobiliario, ello da lugar a la inscripción de la garantía, conforme al artículo 9 del Reglamento Hipotecario. El préstamo en sí mismo no es inscribible (arts. 98 LH y 7, 9, 51, 7.^a, y 353 RH).

b) El derecho real de hipoteca es —siguiendo a PUIG BRUTAU— un derecho real inmobiliario (arts. 1.876 CC y 2 y 104 LH), accesorio o de garantía (arts. 1.857, 1, y 1.527 CC y 144 LH), de realización de valor —PUIG BRUTAU habla de derecho de persecución, reparando en la facultad del acreedor hipotecario y en la adherencia de la hipoteca al bien sobre el que se impone (arts. 1.876 CC y 104 LH)—, de constitución registral (arts. 1.875 CC y 145 LH), en garantía de una obligación perfectamente determinada sobre una cosa o derecho específico (princi-

pio de especialidad o determinación) indivisible (arts. 1.860 CC y 122 de la LH) y transmisible (arts. 1.528 CC y 149 LH).

c) Conocidas estas características constitutivas, hemos de añadir que «podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones...» (artículo 105 LH). Y así la legislación y la doctrina distinguen diversas clases de hipotecas: legales y voluntarias, ordinarias y de seguridad, de máximo, etc., según la obligación garantizada.

d) El tener presente en todo momento la naturaleza jurídica de la hipoteca —que es lo que se va a inscribir— es fundamental para fijar un criterio unitario en su calificación, sin perjuicio de la doble adherencia de la hipoteca al crédito (1) y a la finca.

e) Al calificar la escritura de préstamo hipotecario debemos atender primordial y expresamente a la cláusula de constitución de hipoteca (2), para delimitar los pactos y obligaciones contenidos en las estipulaciones del préstamo que quedan garantizados con la hipoteca, y que, en definitiva, van a ser inscritos, amparados por la publicidad registral y susceptibles de ejecución hipotecaria por los procedimientos judicial sumario (3) y extrajudicial [ejecutivo ordinario (art. 126 LH), sin per-

(1) *Vid* ROCA SASTRE (*Dictámenes jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, Dictamen número 103 pág. 1100): «El crédito hipotecario es una relación jurídica compleja. en la que hay que diferenciar, como elementos constitutivos de la misma, el crédito y la hipoteca que lo garantiza, teniendo ésta carácter accesorio respecto de aquél, como la tiene todo Derecho cuyo función especial es la de garantía». «El elemento crédito... en su aspecto de elemento principal... repercute e influye sobre el derecho real de hipoteca, comunicándole sus modalidades, contaminándola de su propia naturaleza, y así, al lado de la hipoteca común... existen... varias clases...». No obstante, a nuestro juicio, y a pesar de esa «contaminación» de su propia naturaleza (que, por otra parte, sólo da lugar, según se desprende, a una diversidad de hipotecas en función de la naturaleza de la obligación garantizada —plenamente asumible—), entendemos que si bien es cierta la accesoriedad de la garantía, en esa «relación jurídica compleja» no llegan a desdibujarse los contornos claros de dos instituciones jurídicas diferentes, dando lugar a una nueva (con la subsiguiente problemática de la normativa jurídica aplicable a las nueva figura). Se trata, como decíamos, de una yuxtaposición cualificada por el elemento accesorio de la garantía que no hace sino desarrollar la función que le es propia en nuestro ordenamiento jurídico, que en ningún caso requiere la inscripción de un derecho personal y sí de su apéndice accesorio.

Vid. GARCÍA GARCÍA (*RCDI*, núm. 582, pág. 1514): «... se aprecia en el escrito del recurrente una confusión o equívoco respecto a dos conceptos diferentes: el préstamo mutuo y todas las obligaciones accesorias del mismo, de carácter personal, y, por otro lado, el derecho de hipoteca, de naturaleza real ».

(2) Seminario de Aragón (Trabajos y notas de colaboración del *BCNR*, años 1966-1985, t. I, Ed. CNR, Madrid, pág. 695 y ss., marginales 116 y ss.): «. Debemos prestar gran atención a la cláusula expresa de constitución de hipoteca... pueden radicar en ella, y en su relación con los demás pactos, los mayores problemas de calificación...».

(3) ROCA SASTRE (*Op. cit.*, págs. 1101 y ss.): «... para la actuación de tal procedimiento —judicial sumario— ... el incumplimiento de la obligación..., a diferencia de los otros, es lo único que hay que comprobar, por ser el mismo una vía de apremio, sin fase procesal de contención... Se trata de acreditar si se

juicio de la acción personal que del contrato de préstamo surja a favor del acreedor (art. 1.124 CC)].

f) La responsabilidad hipotecaria debe estar determinada o ser determinable por una simple operación matemática, individualizándose la cuantía y concepto por el que responde la finca. La hipoteca da lugar a la fijación de una cifra económica de responsabilidad numéricamente cuantificada (es un derecho de realización de valor) (4).

g) El vencimiento anticipado del préstamo y la ejecución de la garantía sólo tiene lugar simultáneamente cuando el deudor hipotecario incumple una cláusula del préstamo o una obligación garantizada por la hipoteca con una cifra de responsabilidad. Para que la resolución opere debe de tratarse de una obligación inscrita (e inscrita por garantizada o asegurada cuantitativamente). En otro caso, se tratará del vencimiento y subsiguiente resolución de un contrato de préstamo en virtud del incumplimiento de una obligación personal no garantizada con hipoteca.

h) Las obligaciones accesorias al contrato principal de préstamo con garantía hipotecaria, jurídicamente admisibles (lícitas, morales, que

han realizado los 'hechos . determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito'. » (art. 131, 2.ª, LH).

GARCÍA GARCÍA (*Op. cit.*, pág. 1500): « .. la inscripción de una cláusula de interés variable (en el caso que contempla) que no reúna los requisitos de inscripción puede producir un daño irreparable si tal cláusula va a la ejecución por vía del artículo 131 de la Ley Hipotecaria..., pues en este procedimiento no hay trámites hábiles para... alegaciones —del prestatario— (salvo los casos del artículo 132). La cuestión es especialmente grave, pues el Juez de Primera Instancia. no tiene ya medios hábiles para impedir la ejecución, aunque existieran infracciones en la cláusula, pues sabido es que el procedimiento judicial sumario se basa exclusivamente en el contenido del Registro... ».

La opinión de ambos autores, al destacar las características legales del judicial sumario, patentiza la importancia de la erradicación de los pactos personales del Registro y la necesidad de calificar la hipoteca con un criterio si no restrictivo —en cuanto a los pactos que determinan su vencimiento— al menos cautelar, atendiendo a su naturaleza jurídica y teniendo presente el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor de 19 de julio de 1984 sobre «cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general.. redactadas previa y unilateralmente por una empresa... ».

Vid. Resolución de 3 de marzo de 1952: «... constituir una hipoteca de seguridad, para cuya ejecución no se puede pactar el procedimiento judicial sumario ni el extrajudicial, inaplicables para hacer efectivas las deudas ILIQUIDAS, excepto lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. ». (Se refiere a las cláusulas de estabilización, y es anterior, como puede verse, a la reforma del Reglamento Hipotecario, art. 219, párrafo antepenúltimo.)

(4) PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*. t. III, vol. III. Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1983, págs. 59 y ss.) recoge la definición de Moxó RUANO: «Hipoteca es un derecho real formal que recae sobre el valor en cambio de bienes inmuebles y garantiza la percepción de una suma pecuniaria, frente a todos», y a continuación destaca los caracteres que a su juicio distinguen a la hipoteca. La definición de Moxó acentúa el carácter de derecho de realización de valor de la hipoteca, y la necesidad de fijar una suma pecuniaria.

no contravengan el orden público...), deben garantizarse por separado con hipotecas de seguridad, y no pueden dar lugar a la ejecución hipotecaria por el medio indirecto de estipular el vencimiento anticipado de la garantía por el incumplimiento de cualesquiera o determinadas obligaciones contenidas en el contrato. No es posible inscribir dichas prestaciones o pactos como consecuencia de calificar su naturaleza jurídica de estipulaciones cuyo cumplimiento queda garantizado con condición resolutoria, pues no existe nexo causal entre el incumplimiento de una obligación accesoria y el vencimiento de la garantía establecida únicamente para asegurar la entrega del capital prestado, con sus intereses legalmente reclamables, costas y gastos judiciales —en la hipoteca ordinaria— o establecida en garantía de cualquier otra obligación lícita asegurada —hipoteca de seguridad, renta, máximo...—. El contrato de préstamo es un contrato bilateral o sinalagmático y oneroso: en consecuencia, el establecimiento de obligaciones accesorias sin contraprestación para el prestatario y determinantes de la resolución del mismo son obligaciones modales, y el modo en nuestro Derecho sólo es admisible en los contratos gratuitos, como la donación (art. 797 CC), en principio —transmisiones a título lucrativo, *inter vivos* y *mortis causa* (5).

(5) La cuestión contenida bajo la proposición de principio general en la letra *h)* es, sin lugar a dudas, y fuera del estudio de los contenidos de cada cláusula inscribible, la primordial, por la repercusión general y práctica que tiene; general, en cuanto es ya casi cláusula de estilo determinar el vencimiento anticipado o resolución del préstamo por el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contenidas en el «presente contrato», y práctica, por directa repercusión que tiene la inscripción de obligaciones personales o nulas en la ejecución sumaria. Determinar, pues, si se trata de una obligación modal o de una condición resolutoria, aclararía todo el confuso marasmo en que se pierden los prolijos contratos de préstamo y potenciaría la publicidad registral, al inscribir exclusivamente la garantía hipotecaria.

Para GARCÍA GARCÍA (*RCDJ*, *op. cit.*, págs. 1514 y ss.) se parte del «error pro-
vio» de creer que «lo meramente personal u obligacional» puede tener «efecto real» por el mero hecho de pactarse el «vencimiento anticipado». También este pacto de vencimiento anticipado, por lo que se refiere a aspectos obligacionales, es un pacto personal entre partes, salvo por lo que se refiere a los aspectos reales». Y añade, «se confunden, además, los efectos de una 'resolución' de efectos reales con el mero incumplimiento de las obligaciones que da lugar a acciones personales propias, en su caso del artículo 1.124 del Código Civil...». «para que se produzca la 'resolución automática' de un contrato ha de haberse pactado una condición resolutoria entendida como 'suceso futuro e incierto', acontecimiento extraño al contrato, pero esencial para el contrato, porque las partes han supeditado el consentimiento contractual a ese evento . afecta a la existencia del contrato. El contrato deja de existir retroactivamente, con efectos reales...» (se trata de las condiciones inscribibles. arts. 23 LH y 51, 6, RH). «Por eso, cuando, existente el contrato sin estar sometido a ningún evento condicionante, se produce un incumplimiento ulterior de obligaciones, se trata de una cuestión entre las partes del contrato... 'incumplimiento del sinalagma'... Únicamente en el supuesto del artículo 1.504 (pacto de *lex commissoria*), ... la Ley Hipotecaria da

i) Además, al calificar la licitud de las cláusulas pretendidamente cubiertas con la garantía hipotecaria, hay que tener en cuenta la legis-

'efectos reales' al impago de la obligación fundamental del precio en la compraventa... Pero las demás obligaciones, tanto de la compraventa como de la escritura de préstamo, su incumplimiento, pues se trata de obligaciones de distinta naturaleza que las obligaciones de devolución del principal y de los intereses..., son extrañas a la causa del préstamo y al sinalagma..., son, además..., accesorias y futuras...». Y continúa calificándolas de obligaciones modales —«... un modo que en el contrato oneroso es inadmisibile...», salvo las «... obligaciones modales en contrapartida... de la subvención... (entidades distintas de las particulares de crédito son las que conceden estas subvenciones, donde «cabe imaginar» modo). Más adelante —pág. 1531— dice: «Las obligaciones no garantizadas con hipoteca no pueden provocar respecto a terceros ningún vencimiento, porque no han sido cubiertas por el derecho real de hipoteca...», son «... obligaciones sin causa...» —página 1533—. Las cláusulas modales, de las que se ocupa GARCÍA HERGUEDAS, se distinguen porque «... no tienen equivalente económico. Toda prestación ha de tener un valor, y si la obligación se incumple se fija su valor en equivalente económico, pero si resulta que ese equivalente es cero, es que esa prestación es cero. O lo que es lo mismo: no es prestación, es un sofisma» (pág. 1535, cita de GARCÍA HERGUEDAS, Congreso Internacional de Derecho Registral, 1987, «Contrato condicional...»). Y ello después de decir esta autora: «... En las cláusulas generales de la contratación se observa la tendencia a introducir pseudoobligaciones modales, es decir, que no puede exigirse su cumplimiento contractual, porque no están en las obligaciones del contrato... Se produce el absurdo de pretender que exista una facultad rescisoria contractual por incumplimiento de lo no debido..., amenazas de rescisión...» (pág. 1534, citada por GARCÍA GARCÍA).

Refiriéndose, con ocasión del estudio de los artículos 797 y 798 del Código Civil, ALBALADEJO GARCÍA (*Comentarios al Código Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, t. X, vol. 2.º, págs. 484 y ss.), a la institución de heredero y al legado modal, se ocupa de distinguir la institución condicional —aquella en que se hace depender el llamamiento a la sucesión del hecho (futuro e incierto, podríamos añadir) que sea— y la institución modal —aquella en que el heredero en cuanto tal asume el cumplimiento de una obligación. Se trata, pues, de un llamado a la herencia, en un caso, cuya efectividad del llamamiento depende de la condición —heredero presunto—, y de un heredero, en el otro, que asume una obligación, carga —heredero real. La condición suspende, pero no constriñe, y el modo constriñe, pero no suspende («O condicio non est in obligatione, modus est in obligatione»). El modo es menos limitación que la condición y hay que optar por él en caso de duda, ya que las limitaciones no se presumen y han de interpretarse restrictivamente —dice ALBALADEJO, al interpretar, siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, el artículo 797, 1.º, final, del Código Civil—.

PUIG BRUTAU (*op. cit.*, t. I, vol. II, 3.ª ed., 1985, pág. 84) entiende que son condicionales aquellas obligaciones cuyos efectos dependen de un hecho incierto, y siguiendo a ALBALADEJO, entiende por condición la limitación puesta por el sujeto a su declaración de voluntad, en virtud de cuya limitación los efectos jurídicos del negocio se hacen depender de un acontecimiento incierto. Y de hecho futuro e incierto hablan CASTÁN y PUIG PEÑA.

ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, t. X, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1979, páginas 856 y ss.) define el modo como «... un elemento accidental de un negocio jurídico de liberalidad, por el que el disponente sujeta al heredero, legatario o donatario, a la obligación o carga de una prestación, de un destino o aplicación, o de una prohibición o limitación de disponer (esto nos recuerda al texto o finalidad de muchas cláusulas del préstamo hipotecario, podríamos añadir nosotros), sin que el fin a que el mismo responde atribuya propiamente derecho subjetivo alguno al favorecido o favorecidos, por no conceder sino a determinadas personas la simple acción de exigir su ejecución...»; «... es, pues, una carga en sen-

lación (art. 10 Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor de

tido general...», «... siempre vinculante..., causalizado», «... es figura accesoria de un negocio jurídico principal..., dicha accesoria es de secuela... no de requisito previo, como la condición..., el modo obliga, pero no suspende..., la condición suspende, mas no obliga...».

Seminario de Valencia (TYNC del *BCNR*, 1966-1985, págs. 686 y ss.): será inscribible todo pacto lícito cuyo incumplimiento determine el vencimiento anticipado de la obligación garantizada —pág. 689—.

Seminario de Aragón (TYNC del *BNCR*, años 1966-1985, págs. 695 y ss., marginales y 116 y ss.): El préstamo es todo obligatorio, pero puede pasar a ser real, con efectos *erga omnes*, bajo la capa de la hipoteca; «... lo que debemos calificar... es... si una estipulación es lícita o no, si es o no conforme a las leyes...». Las cláusulas de vencimiento anticipado se consideran lícitas al amparo del artículo 1.129 del Código Civil, salvo que en alguno de los supuestos pactados se pretenda un resultado prohibido por el ordenamiento —supuesto que habría que denegar—.

RAFAEL RIVAS (Seminario de Albacete, TYNC del *BNCR*, cit., págs. 700 y ss., marginales 120 y ss.) recoge la opinión de CHICO y ORTIZ y de CAMY favorable a inscribir la cláusula de vencimiento anticipado referente a pactos estrictamente obligacionales, y, en consecuencia, éstos, al reforzarse con la condición resolutoria.

El Seminario de Cataluña (TYNC del *BNCR* cit., págs. 1491 y ss.) parece favorable a la admisión del vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones personales, al admitir éste por no destinarse el capital al fin para el que se ha concedido el préstamo (marginal 306).

Centro de Estudios Hipotecarios (TYNC del *BNCR* cit., pág. 989, marginal 197): «...los que por su carácter personal debería cerrarles el acceso al Registro —son inscribibles— ...cuando su incumplimiento anticipe el vencimiento de la obligación, porque no existe claro fundamento jurídico que impida su inscripción»...».

M. BALLESTEROS ALONSO (*BCNR*, núm. 229, 1986) parece inclinarse por la inscribibilidad de dichas obligaciones personales cuyo incumplimiento determina el vencimiento de la obligación principal garantizada, al entender que procede la inscripción del pacto referente a intereses moratorios no asegurados con cifra autónoma de responsabilidad si se garantiza con condición resolutoria (págs. 2319 y siguientes).

CAMY (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. VI, 3.ª ed., Ed. Aranzadi, 1983, págs. 407 y ss.): «... Si el Registro no puede recoger obligaciones personales, todo pacto de esa clase no sería inscribible. Pero como uno de los requisitos que ha de hacerse constar en la inscripción de hipoteca es el vencimiento del crédito, si aquella obligación personal se la configura (y de hecho así ocurre en la generalidad de los casos) como determinante del vencimiento anticipado de la obligación garantizada, como causa de tal habrá que reflejarla en el asiento ..», y habrá de atenderse además a «. si a pesar de su carácter obligacional pueden admitirse como condicionantes de un vencimiento anticipado de la obligación.. » —asegurada, se entiende— (págs. 569 y 570).

CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1982, págs. 544 y ss.): «...Esta expresión de ROCA SASTRE —la hipoteca como derecho establecido en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria— . . parece estar en contradicción por la legislación hipotecaria y el Código Civil, pues conforme a estos cuerpos legales las hipotecas pueden asegurar toda clase de obligaciones... Lo que sí es indispensable... es que se traduzca en dinero la obligación o lo que representa el incumplimiento .. Esta conversión de la clase de obligación en deuda dineraria facilita la ejecución hipotecaria y tiene la trascendencia de vincular al tercero en cuanto a la cantidad

19-VII-1984) y la jurisprudencia en relación a las condiciones generales

máxima de que responde la finca...» (págs. 555 y 556). En el caso de comisiones, intereses moratorios, intereses de gastos, gastos de escritura, etc., dice CHICO que «... el principio de especialidad... —exige— ... que se exprese el importe de las obligaciones aseguradas o cantidad máxima de que responda la finca hipotecada...» (página 735). Como vemos, no contempla el caso de su garantía con condición resolutoria, determinante del vencimiento anticipado, y ello, indudablemente, porque sin fijarse el importe la indeterminación es más que obvia.

PUIG BRUTAU (*op. cit.*, págs. 110 y 118 y ss.): «... Obligación unilateral o simple... es la que sólo mantiene a una persona obligada frente a otra, sin que ésta, a su vez, asuma obligación alguna...» (pág. 110). «La facultad de resolución implícita en las obligaciones recíprocas... (art. 1.124 CC). Es frecuente hablar de esta facultad de resolución afirmando que se trata de una condición resolutoria tácita, aunque la Sentencia (STS) de 5 de julio de 1941 declaró que es más exacto hablar de acción resolutoria. . —ya que— . la condición es algo añadido por la voluntad de las partes a una relación obligatoria para que los efectos de ésta queden subordinados a un hecho incierto y distinto de los que normalmente tiene en cuenta la ley para regular los efectos normales de cada figura jurídica... sin la obligación de pagar el precio, la de entregar la cosa no podría hacerse a título de compraventa...» (págs. 118 y 119). Pacto de resolución automática, cuando las partes han convenido que el incumplimiento tenga la eficacia de una condición resolutoria: «... Aparte del supuesto que regula el artículo 1.504 del Código Civil..., el pacto indicado es muy frecuente en las compraventas a plazos o con precio aplazado...», debe pactarse una verdadera condición resolutoria en sentido técnico, por lo que el contrato quede automáticamente resuelto y no tratarse de la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil (STS 8-V-1965). Para la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil es necesario que la reciprocidad esté perfectamente caracterizada, de tal modo que unas obligaciones no se conciban sin las otras (SSTS 14-III-1915, 30-X-1917 y 3-II-1918). «El artículo 1.124 no es aplicable cuando no existe propia o estricta reciprocidad, SINO QUE solamente concurren prestaciones accesorias a cargo de la parte acreedora. .» (página 121).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 1987 (BCNR, núm. 239, 1987, pág. 2235), sin adentrarse en el tema propuesto y al que atienden las opiniones reflejadas anteriormente, de determinar la naturaleza jurídica de la cláusula de vencimiento anticipado —condición resolutoria, acción de rescisión o modo—, esta resolución, sin embargo, clarifica bastante esta materia, al decir: «... A salvo las peculiaridades de la hipoteca de seguridad o de máximo, no caben, a efectos hipotecarios, los pactos que, en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real . al arbitrio de una persona (sea el acreedor, sea el deudor, sea un tercero). No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento de la obligación del arbitrio del deudor, con el consiguiente perjuicio del tercer poseedor, ni cabe tampoco que se haga depender el vencimiento de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, pues de la única conducta del deudor de que ha de responder la finca hipotecada es del cumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con la hipoteca. Una cláusula como la rechazada involucraría en la obligación garantizada otras múltiples obligaciones con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la economía que exigen a los derechos reales...». De otros pronunciamientos de la misma resolución se deduce la admisión de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias que atienden a evitar el «detrimento potencial del bien» o «quebranto de garantía», de aquellos que, en definitiva, tienden a la conservación de la garantía, sin exigir —al menos no lo dice— la constitución de una hipoteca de

de contratación, contratos de adhesión y fraude de ley, así como la va-

seguridad que ampare y cuantifique la obligación accesoria. Queda, pues, pendiente el problema de la naturaleza jurídica.

Y el problema nos suscita, al intentar resolverlo, varias interrogaciones: 1.ª ¿El contrato de préstamo con garantía hipotecaria es un contrato unitario? 2.ª ¿Cabe distinguir en el préstamo obligaciones principales y accesorias? 3.ª ¿Puede pactarse el vencimiento anticipado del denominado escrituramiento «préstamo hipotecario» por incumplimiento de obligaciones accesorias no específicamente aseguradas? 4.ª ¿Este pacto implica una condición resolutoria tácita? 5.ª ¿La resolución del préstamo da lugar al vencimiento de la garantía como consecuencia de ese pacto? 6.ª ¿Las obligaciones accesorias se pactan sin contraprestación o son consecuencia necesaria del contrato? 7.ª ¿La conservación de la garantía puede dar lugar a obligaciones no aseguradas, cuyo incumplimiento provoque la resolución del préstamo? 8.ª ¿Qué ocurriría si se resuelve el préstamo y no se puede ejecutar la garantía?

En contestación a la primera pregunta, entendemos que no se trata de un negocio jurídico unitario y, a pesar de ser calificado de relación jurídica compleja —así, ROCA SASTRE, CHICO Y ORTIZ...—, no da lugar a una nueva figura ni siquiera a un contrato mixto. Estamos en presencia de un contrato de préstamo, oneroso, bilateral, conmutativo, generalmente retribuido mediante el abono de intereses, de naturaleza civil o mercantil —según los casos, y es de observar cómo las entidades crediticias fundan en el anatocismo en su mercantilidad, basándose en el artículo 317 del Código de Comercio—, típico y personal —por no señalar otras características—, que se centra en la entrega de una cantidad por el acreedor a cambio de su devolución en determinado plazo, forma y cuantía, por el deudor. Contrato que, en la práctica, cuando es realizado habitualmente por entidades crediticias, lleva aparejada la suscripción de una serie de condiciones generales propias de cada entidad, fijadas unilateralmente por ésta, por lo que suele situarse jurídicamente dentro de los contratos tipo, y ello sin perjuicio de la validez o nulidad de determinadas cláusulas en cuanto transgredan disposiciones legales en materia de usura o derechos de los consumidores. Así que puede decirse que gira en torno a la obligación principal de entrega de cantidad y su devolución, y que lleva anejas una serie de obligaciones accesorias tendentes a proteger al acreedor ante las más variadas eventualidades —como puede ser el cambio del tipo de interés en el mercado monetario—. Y para garantizar precisamente esa devolución en la forma pactada es usual la exigencia de una garantía en función de la solvencia del deudor; garantía que puede ser personal —aval solidario, aval bancario, emisión de letras de cambio, . . .— o real —pignoraticia o hipotecaria—. Garantía que, por lo demás, y a pesar de su innata accesoriedad, está sujeta a una normativa específica, sin llegar a desnaturalizarse, como tampoco lo hace el contrato en función de aquélla. Se trata de un préstamo y de una garantía, y no de un préstamo avalado, un préstamo cambiario, un préstamo pignoraticio o un préstamo hipotecario. El apellido del préstamo no tiene la virtualidad jurídica de transmutar la esencia contractual, aunque la elección de la garantía incida —como es lógico— en la versatilidad de la ejecución en caso de impago.

Efectivamente, respondiendo a la segunda cuestión, el préstamo contiene una obligación principal, ya señalada, y una serie de obligaciones accesorias generalmente suscritas por adhesión del prestatario, como en la compraventa al lado de la entrega de contraprestaciones, cosa y precio, suelen añadirse al contrato una serie de obligaciones accesorias tendentes a asegurar la efectividad del precio si es aplazado, o referentes al pago de tributos estatales, locales, gastos de otorgamiento, etc.

En el préstamo con garantía hipotecaria —conforme enuncia la tercera cuestión— suele asimismo pactarse el vencimiento anticipado del contrato si el deudor incumple una serie de obligaciones accesorias suscritas por adhesión de éste.

lidez de aquellas obligaciones que aseguren la efectividad y conservación

Pacto perfectamente admisible en la medida que sea lícita la obligación accesoria, y perfectamente normal en los contratos personales, siempre sujeto a la moderación de los Tribunales, al amparo del artículo 1.124 del Código Civil y del principio de libertad de pactos del artículo 1.255 del mismo Código. Otra cosa distinta es la naturaleza jurídica de esas obligaciones accesorias y su caracterización como obligaciones modales en contrato oneroso, ya que el vencimiento anticipado o resolución no obedece a la estipulación de una condición resolutoria expresa. Condición que ordinariamente garantiza el cumplimiento de una obligación, en base a hacer depender la eficacia de ésta de un hecho futuro e incierto —la condición no está en la obligación, es algo extraño y añadido—, que de realizarse produce la resolución del contrato y lo hace ineficaz, como si éste no hubiese existido nunca. Y entonces nos preguntamos en las interrogaciones tercera y cuarta si ese vencimiento anticipado de la obligación principal puede acarrear en caso de impago de la deuda —una vez requerido el deudor o automáticamente— el vencimiento de la garantía en el caso de que ésta no se estipulase para asegurar el cumplimiento de la obligación accesoria determinante de esa resolución, o si debe afectar exclusivamente al préstamo, y en este supuesto, si la condición resolutoria impuesta lo ha sido tácitamente por la operatividad de este pacto. Y como quiera que en el ámbito de los derechos reales el principio rector es el de orden público inmobiliario, a diferencia del principio de autonomía de la voluntad que informa los derechos personales —así lo recuerda la Resolución de 23 de octubre de 1987 y el propio JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA—, hemos de entender que la garantía hipotecaria está estipulada única y exclusivamente para asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, y que en el ámbito de las garantías por su propia naturaleza, sean reales o personales, su amplitud debe quedar plenamente deslindada e interpretada restrictivamente, y, en consecuencia, la resolución del préstamo no lleva aparejada la efectividad de la hipoteca, sin perjuicio de las acciones personales que le corresponden ejercitar al acreedor y de la consideración de las condiciones resolutorias tácitas, siguiendo la jurisprudencia, como acciones de resolución, y la falta de operatividad de éstas para determinar la resolución automática en el campo de los contratos onerosos y más cuando no se establecen explícitamente para asegurar el pago del precio aplazado —art. 1.504 CC—, sino para asegurar otras obligaciones accesorias (R. 24-III-1984, STS 7-VI-1963, sobre la repercusión del ITE).

Asimismo, en el caso de este pacto, se trataría de una obligación principal —la devolución del capital e intereses asegurados— en contraprestación de la entrega realizada por el acreedor, sujeta a la condición resolutoria tácita del incumplimiento de una obligación accesoria, considerada como hecho futuro e incierto, dotado de incertidumbre objetiva y relativo al momento posterior de la vigencia del contrato (aspecto que afecta al incumplimiento de obligaciones como la de que no existan cargas o derechos preferentes a la hipoteca, que sería condicionante de la entrega del dinero; pero si éste se ha entregado, ¿cómo puede ser condicionante de la ejecución de la garantía?: el hecho sería anterior a la hipoteca y podría ser posterior a la firma del contrato). Pero, ¿será hecho futuro e incierto el incumplimiento de una obligación? («lo que está en la obligación no puede estar en la condición»). Y de una obligación sin contraprestación, de una obligación unilateral no nacida directamente del nexo causal contractual (dice ROCA: «La accesoriedad de la condición es accesoriedad de requisito previo, la condición suspende mas no obliga»). Si la condición suspende la eficacia de la obligación sujeta a la misma al cumplirse el hecho futuro e incierto, aunque éste consista en el cumplimiento o incumplimiento de otra obligación, si es resolutoria carecerá de causa la ejecución de la garantía, pues el artículo 240 del Reglamento Hipotecario dice que cuando tenga lugar la resolución e ineficacia del mismo contrato —pendiente de ella— se extenderá una cancelación

de la garantía, susceptibles de asegurarse con hipoteca de seguridad, una

total o parcial, según el grado de ineficación del contrato. En este caso el contrato no está inscrito, sino su garantía, o, mejor dicho, constarán sus cláusulas en el Registro en la medida que lo exija la determinabilidad de la garantía. La ejecución de la garantía tiene lugar para hacer efectivo el contrato, para que la contraprestación del deudor se realice voluntaria o forzosamente, pero no para hacer efectivo un contrato ineficaz por resolución. Funciona de una forma parecida a la condición resolutoria explícita en la compraventa: si usted no me paga el precio aplazado, yo ejecuto lo pactado para este caso, resolviendo el contrato, devolviendo la parte del precio cobrado y consignándolo, la cosa volverá a ser mía, y me indemnizará en la medida que determine el Juez; pero no podré hacer lo propio si no puedo repercutirle el ITE o si no paga el arbitrio de plus valía. Otra cosa sería derivar la garantía al aseguramiento de obligaciones distintas de la asegurada, y susceptible en cuanto lícitas de especial hipoteca.

En definitiva, si no existen condiciones resolutorias tácitas, las obligaciones asumidas accesoriamente por el prestatario son obligaciones modales de dudosa licitud y procedencia en un contrato oneroso. Y el vencimiento de la obligación principal, aun admitiendo la validez del modo, no daría lugar al vencimiento de la garantía, porque la hipoteca sólo protege el cumplimiento de la obligación asegurada —devolución de capital e intereses, en este caso contemplado. Se produce una disociación entre obligación asegurada e hipoteca, y el acreedor, al reclamar el pago, no quedaría amparado por la ejecución hipotecaria para dar cumplimiento forzoso a lo estipulado. La cadena de incumplimientos no dará lugar a la efectividad del derecho de realización de valor: incumplimiento del modo, vencimiento anticipado, incumplimiento de la obligación principal, resolución de contrato. Sería quizá un caso de incumplimiento parcial del contrato de préstamo y una resolución total a moderar por el Juez competente.

Las obligaciones accesorias del contrato, unilaterales y modales, no son consecuencia necesaria del mismo, y las resultantes de la conservación de la garantía (a las que alude la R. de 23-X-1987), inmersas —podríamos decir— en el derecho real, tienen suficiente protección en la previsión legal del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la especial protección que puede brindarles la hipoteca de seguridad.

Por otro lado, analizando la cláusula de vencimiento anticipado (algunas entidades crediticias se limitan a decir que la misma podrá dar por resuelto el contrato de préstamo en los siguientes supuestos... y otras señalan que el Banco podrá anticipar el vencimiento de la presente operación de préstamo, y proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria, que más adelante se constituye, solicitando el pago de las cantidades debidas por cualquiera de los procedimientos previstos en la presente escritura, en los siguientes supuestos... Como vemos, en ambos casos subyace la anatomía de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, y en el segundo, además, excluye el requerimiento de pago al deudor facultativamente y apunta la posibilidad de reclamar ejecutivamente «las cantidades debidas», sin tener en cuenta el medio de acreditar lo realmente debido y por qué concepto. Estas cláusulas están lejos de la resolución automática), analizando esta cláusula —decíamos— se siguen perfectamente los pasos del negocio indirecto y de la anómala superposición o confusión de garantías: ya que el cumplimiento de la obligación u obligaciones aseguradas se garantiza con hipoteca, y, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones modales se garantiza con la resolución o vencimiento anticipado de la obligación asegurada y la ejecución de hipoteca. Se trata más que de una condición resolutoria de una sanción o cláusula penal. Algo así como: si no cumples la obligación unilateral o modal, puedo, a mi libre arbitrio, resolverte el préstamo, anular el plazo y fraccionamiento, y pegarte con la hipoteca. Y ello, aunque a primera vista parezca que la cláusula de vencimiento anticipado arropa con la hipoteca el cumplimiento de cualquier obligación estipulada y no garantizada específicamente; por-

que debe tenerse en cuenta un doble aspecto: por un lado, el negocio condicionado sería la efectividad del aplazamiento de pago y demás elementos integrantes de la contraprestación sinalagmática asegurada, y el hecho futuro e incierto condicionante, el incumplimiento de la obligación u obligaciones accesorias no garantizadas, y, por otro, la obligación condicionada sería la obligación accesorias, y el hecho condicionante futuro e incierto, causa de la resolución, sería su incumplimiento, que, al ser unilateral y modal, da lugar al vencimiento de otra obligación y de su garantía, al no existir contraprestación alguna, ni resarcimiento de daños y perjuicios por no estar contemplados en la misma (si no pagas los gastos no garantizados, resuelvo al préstamo y ejecuto la hipoteca; si no pagas la prima del seguro de incendios o de vida, aunque no haya siniestro, no te hayas muerto y yo no haya garantizado negligentemente este detrimento potencial de la finca hipotecada, no ya me devuelves mi dinero y te quedas con todo lo demás, sino ejecuto la garantía; es decir, ejecuto una garantía sin causa, una garantía abstracta y formal que tengo en depósito y siempre vencida). Así pues, garantizo la obligación principal con hipoteca, y el cumplimiento de las obligaciones accesorias con el vencimiento de la obligación principal, y el vencimiento de la obligación principal, a su vez, con la misma hipoteca.

La hipoteca, en conclusión, de admitirse la inscripción del pacto sin más, se constituiría inmediata y expresamente en seguridad del cumplimiento de una obligación bilateral —contraprestación de la entrega del capital— perfectamente definida y cuantificada económicamente —sabiéndose en todo momento la cantidad máxima de que responde la finca— y, además, mediata y tácitamente en seguridad del cumplimiento de una serie heterogénea de obligaciones futuras y de situaciones y hechos presentes, pasados y futuros, determinantes de la resolución del contrato de préstamo. Así, y a título de ejemplo, el vencimiento anticipado y subsiguiente ejecución de la hipoteca, ante el impago del deudor hipotecario, puede tener lugar por incumplimiento de cualquier obligación asumida en el contrato, y en particular, del incumplimiento de la obligación de pagar intereses de demora, gastos de otorgamiento, Registro, Abogado y Procurador —incluso en caso de que no se llegue a la ejecución—; de cancelación en su día; arbitrios, cualquier clase de tributos establecidos o que lleguen a establecerse, gastos de comunidad, primas de seguros de incendios y de vida del prestatario; conservación de la finca como un diligente padre de familia, reparaciones necesarias, reconstrucción en caso de siniestro en el plazo establecido; si el deudor es declarado incapaz, en suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores, o es demandado en cualquier procedimiento ejecutivo; si se modifican las condiciones económicas que ponderó la entidad al dar el crédito, alteraciones económicas, falsedad de datos aportados y situación tenida en cuenta por el acreedor al conceder el préstamo; por aparecer cargas preferentes o no consignadas en la escritura, si se encuentra limitada la capacidad de disponer del deudor, prohibiciones de disponer, arrendar, fijar cuantía de la renta fuera de los límites establecidos por el banco o acreedor; expropiación forzosa total o parcial, impago de cualquier obligación en operación de crédito concertado o por concertar con el banco acreedor, alteración del destino pactado para la cantidad prestada y no expresado en la escritura, por iniciarse reclamaciones de cantidad por importe superior a X pesetas, impago de cualquier otra obligación contraída con el banco, por obligaciones directas o indirectas, ya sea como aceptante, librador o avalista de títulos-valores, o por cualquier otra causa, etc., etc. Como vemos, la casuística es rica en la proliferación de obligaciones, situaciones y hechos resolutorios. La entidad crediticia intenta por todos los medios salvaguardarse de cualquier evento imaginable: interés ordinario, variable, de demora, anatocismo; no pagar ningún gasto que legalmente le corresponda; comisiones; indemnización por resolución anticipada; resolución a su libre arbitrio; seguro de vida del deudor; conservación de garantía... Y nada como esta cláusula-cajón de sastre, sin reparar que a efectos reales y de tercero, siquiera con recurrir directamente a las fórmulas jurídicas idóneas —la hipoteca de seguridad, por ejemplo— se resolverían muchos

problemas. Sin necesidad de esta hipoteca en seguridad de una obligación principal determinada, cuyo plazo —parece no estar establecido en favor de ambas partes— y fraccionamiento de pago y no su eficacia —ya que el exigir el cumplimiento de ésta, aunque sea judicialmente, no es sino consumir el contrato de préstamo, al hacer efectiva la contraprestación del prestatario— queda sujeto al cumplimiento de otra accesoria; luego no hay condición que suspenda la obligación, sino obligación modal que arrastra el vencimiento de la obligación principal asegurada o contraprestación garantizada, haciéndose o intentándose hacer efectiva mediante la ejecución de la hipoteca —una especie de cumplimiento forzoso en forma específica—. Aquí se pone de manifiesto un aspecto más de la diferencia entre dos tipos de garantías, la condición resolutoria y la hipoteca; mientras que en la compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria explícita, el impago produce la resolución del contrato y no el derecho del vendedor a subastar el bien transmitido y satisfacerse con el importe de la subasta en cuanto al resto del precio aplazado, en la hipoteca —como se ve— la función de aseguramiento da lugar al cumplimiento forzoso del contrato de préstamo mediante la ejecución de la garantía.

Otro problema que surge, incluso si llegásemos a considerar el pacto de vencimiento anticipado no ya una condición resolutoria tácita o implícita (y no una simple acción de resolución —que según nuestro criterio lo es—), contraria al artículo 107, 10 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, nula, sino una condición resolutoria expresa, es el relativo al carácter de la resolución o ineficacia del término, fraccionamiento de pago y demás elementos que conforman el contenido de la contraprestación garantizada; ya que, a diferencia de lo que es propio en las condiciones resolutorias, la ineficacia del negocio condicionado no se produce automáticamente (y entendamos por automatismo el habitual del pacto de *lex commissoria*, moderado y apreciadas las circunstancias judicialmente), nace, en suma, una facultad de resolución ejercitable o no por el acreedor (las cláusulas de vencimiento anticipado suelen decir: «podrá resolver...», con la salvedad antes aludida), propia del artículo 1.124 del Código Civil; luego por un camino u otro no salimos del carácter simplemente obligacional del mismo, en cuanto no se refiera a obligaciones específicamente garantizadas, pues en estos casos determinaría el momento en que puede hacerse valer la garantía. Y esa facultad de resolución provocaría, además, la indefensión del tercer poseedor, que no puede, sin graves obstáculos, saber cuál es la situación jurídica de la finca comprada, y le obliga previamente, ante la amenaza de resolución que queda al arbitrio del acreedor y puede ejercitar en cualquier momento, en el período de negociaciones que sostiene con el dueño de la finca, a obtener del banco la seguridad y certeza de que el deudor hipotecario está al corriente del pago de la obligación principal y de todas y cada una de las obligaciones accesorias. Seguridad y certeza un tanto difusa en cuanto algunas de estas obligaciones se limitan a exigir del deudor un comportamiento determinado. Seguridad y certeza que no podría salvarse mediante una simple certificación bancaria —dado el ámbito operativo de ésta—, que obligaría casi a solicitar de un representante jurídicamente dotado de suficiente poder que comparezca ante Notario y reconozca la plena vigencia del contenido de la obligación garantizada y el incumplimiento de la condición. Necesidad esta que, aunque se entienda forzada, pone de manifiesto la inseguridad jurídica del posible adquirente, disminuyéndose la potencialidad del crédito territorial, limitándose la libre circulación y disposición de los bienes, y, en fin, enervándose la eficacia del principio de publicidad registral.

Es obvio, al hilo de lo antes expuesto, que ello no quiere decir que el comprador en un caso ordinario esté al margen de cualquier riesgo, y que en buena medida no se prevenga de éste, incluso reteniendo cantidades del precio, y sepa que, a pesar de la pena de falsedad en documento público, el vendedor puede ocultarle su realidad patrimonial y jurídica. Lo que me interesa destacar es el incremento de ese riesgo y la inocuidad del Registro, si lo consulta, para indi-

carle qué obligaciones están garantizadas con hipoteca y cuál es la carga o la responsabilidad que soporta la finca y en qué medida; pues la protección de sus intereses le llevaría hasta analizar el comportamiento del deudor y la situación jurídica en que se encuentra el acreedor frente a la finca. De nada sirve la limitación de los cinco años impuesta por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria para los intereses ordinarios fijos y variables —con las prevenciones legales que a éstos afectan—, si es válido y admisible garantizar con la amenaza del vencimiento anticipado los intereses de demora, sin fijar cuantía o máximo de responsabilidad y siempre cobrables en primer término por las reglas de imputación de pagos del contrato tipo. El deudor no puede quedar desamparado, teniendo que recurrir a un juicio declarativo si quiere impugnar su liquidación, mientras el acreedor le ejecuta la hipoteca sumariamente. El artículo 10 de la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor sería una quimera.

DÍEZ-PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2, Ed. Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1975, págs. 18 y 19), al comentar sendas Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1928 y 30 de diciembre de 1961 sobre revocación de donaciones sujetas a cargas modales, dice: «... Nuestra jurisprudencia ha vacilado a la hora de considerar tales estipulaciones (convivencia y asistencia del donatario al donante) como condiciones en sentido técnico o como cargas de naturaleza modal...», siendo la primera orientación la más antigua, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1908, que se rectifica veinte años después para considerarlas donaciones modales». . . Se trata, sobre todo, a nuestro juicio, de señalar las dificultades teóricas y prácticas que suscita este tipo de pactos . que parece presentar además una cierta tipicidad. . El *facere* en que constituye la prestación, presenta unos perfiles no siempre nítidos en la medida en que se trata de una prestación propia de un arrendamiento de servicios por tiempo indeterminado, lo que plantea alguna duda sobre su validez. . La carga modal constituye siempre un deber jurídico del donatario y, correlativamente, un derecho del donante, por lo cual no puede llegar a saberse con exactitud si la prestación de compañía y asistencia . en la medida que atenta a la libertad individual, es un objeto lícito de obligación . Por otro lado, la obligación en cuestión plantea, dentro del terreno estricto de las donaciones, unas cuestiones que son propias del Derecho de contratos y que no siempre reciben un tratamiento enteramente coherente . En otro aspecto, si como consecuencia de los incumplimientos se llegase a la revocación, ocurriría también que la revocación habrá beneficiado al donante, que recupera enteramente los bienes y deja sin retribución la parte de prestación efectivamente cumplida por el donatario, lo que plantea el problema de un posible enriquecimiento sin causa. Es cierto que no todas estas dificultades se superan volviendo a la primitiva calificación de los hechos como condición. En favor de esta calificación se podría señalar, sin embargo, que el contenido previsto es más un evento futuro e incierto, no obligatorio, que el contenido propio de un deber jurídico. Por contra, se encuentra el hecho de que en el cumplimiento de las condiciones rara vez se valora un comportamiento casual de los interesados en su producción, fuera del estricto marco del artículo 119 del Código Civil y el que tampoco queda establecido el nexo entre el comportamiento puesto como condición potestativa, el interés de las partes y el juego de las demás prestaciones contractuales...».

El precedente texto del Profesor DÍEZ-PICAZO da una perspectiva de la relación entre la condición y el modo, *mutatis mutandi* (va que en nuestro caso se trata de un supuesto más radical y forzado, al tratarse de un contrato oneroso y conmutativo, y la obligación modal en él no tiene la cobertura del artículo 797 del Código Civil), relación compleja y confusa que cabaleja hacia la consideración indubitada del modo en la donación (téngase en cuenta lo expuesto anteriormente de ALBALADEJO. Y me interesa destacar lo que dice de la obligación modal: 1.º Constituye siempre un deber jurídico. 2.º En el caso de la convivencia y asistencia, de dudosa licitud por atentatorio de la libertad individual. 3.º Plantea cuestiones propias del Derecho de contratos. 4.º La revocación o resolución puede

dar lugar a un enriquecimiento sin causa. 5.º La dificultad de calificarla como condición, al ser el comportamiento previsto un evento futuro e incierto, no obligatorio, pero anómalo en el campo de las condiciones como comportamiento causal: condición potestativa. 6.º No existe nexo entre el comportamiento puesto como condición potestativa, el interés de las partes y el juego de las demás prestaciones contractuales. Y si eso se opina de un acto de liberalidad, qué podrá pensarse de un contrato oneroso, cuando la obligación modal carece de contraprestación, puede provocar un enriquecimiento sin causa, no existe nexo, y estriba —en nuestro caso— no sólo en un comportamiento, sino en una obligación prestatoria. Y si el comportamiento es condición sería potestativa y sin nexo causal con el resto del contrato, pues si ni siquiera es hecho futuro e incierto no obligatorio, sino claramente una obligación, lo que está en la obligación no puede estar en la condición. Por eso GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1507) dice que se está cambiando la naturaleza del contrato de préstamo, y de conmutativo pasa a ser «aleatorio» para el prestatario, sin justificación alguna desde su posición (y lo dice con ocasión de las cláusulas de interés variables ilícitas).

F. FERNÁNDEZ DE ARÉVALO (Comunicación presentada al VI Congreso Internacional de Derecho Registral. Madrid, 1985, Ed. CEH del CNR, t. II, págs. 1241 y ss., «Contenido obligacional de los derechos reales. Eficacia *erga omnes* de los derechos de crédito»), al tratar de las obligaciones reales o *propter rem*, cita, siguiendo a DE LOS MOZOS, como tales en la hipoteca los supuestos en que el dueño de la finca hipotecada deteriore la cosa o disminuya la garantía. Añade este aspecto porque puede arrojar alguna luz sobre las obligaciones impuestas al prestatario para la conservación de la garantía, al no considerarse contenido típico del derecho de hipoteca, sino una obligación real, cuya eficacia ampara el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, y que entronca con los pronunciamientos de la Dirección General en materia de conservación de garantía (sin embargo, no hemos de olvidar que una cosa es el artículo 117 de la Ley Hipotecaria y otra las prevenciones de conservación extrajudiciales que dan lugar al vencimiento anticipado y se desliza sobre esta resbaladiza pista de las obligaciones modales. Pero realmente lo que me interesa es dar una amplia visión del vencimiento anticipado como cláusula o pacto escriturario, abriendo —si cabe— caminos que lleven, en unión de otros muchos, a confluir en un criterio calificador unitario, dejando a salvo la libertad del Registrador. Se trata de fijar un criterio informador unitario, del que puede surgir la uniformidad o la aproximación a ésta en la interpretación de las cláusulas

ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, t. IV, vol. 1. Ed. Bosch, Barcelona, 1979), destacando como caracteres de la hipoteca (pág. 212) su naturaleza real, la sujeción del bien hipotecado, cualquiera que sea su titular —al poder exigir, eventualmente, la realización de su valor, así como permitir la adopción de medidas dirigidas a la salvaguardia de ese valor—, la función de garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, la accesoriedad, indivisibilidad, constitución registral, gravamen de bienes inmuebles, ajenos y enajenables, el que no implica desposesión de los bienes gravados y ser un poderoso instrumento del crédito territorial, nos revela dos aspectos sustantivos que vienen al caso: 1.º El acreedor hipotecario tiene la facultad de velar por la conservación del valor en cambio del bien hipotecado a fin de lograr que se mantenga ese valor en el sentido de que el mismo no disminuya, debido a la conducta del hipotecante o del tercer adquirente de lo hipotecado, o de cualquier titular de derecho real con poder de goce, o por la actuación de cualquiera otra persona, pudiendo, en consecuencia, recabar del juez la adopción de las medidas conducentes al logro de este fin (art. 117 LH, regula con alguna insuficiencia —dice— esta posible actuación del acreedor hipotecario en caso de disminución de valor de la finca hipotecada por dolo, culpa o voluntad del dueño de la misma. GARCÍA GARCÍA, en su *Código de Legislación Hipotecaria*, antes citado, destaca la exclusión del caso fortuito). 2.º La hipoteca asegura directamente el cumplimiento de una obligación dineraria, sin perjuicio de que la prestación, en su estado

originario o prístino, consista en dar una cosa distinta de dinero, o en hacer o no hacer; pero, aún en estos casos, la hipoteca no asegurará sino el pago de una suma dineraria, o sea, la obligación pecuniaria a que debe reducirse o resolverse el incumplimiento específico de la obligación (págs. 270 y 271).

Y de esos dos aspectos podemos extraer dos conclusiones informadoras de nuestro criterio calificador: 1.ª La conservación de la garantía, obligación del dueño del bien hipotecado y facultad del acreedor hipotecario, se canaliza en nuestro Derecho judicialmente a través de la acción de devastación regulada por el artículo 117 de la Ley Hipotecaria (a diferencia de lo que ocurre en otros Derechos, como el italiano, donde PALUMBO —*vid.* ROCA, pág. 270— expresa que el derecho a la conservación de la garantía hipotecaria supone una limitación en la facultad dispositiva y en el poder de administración del propietario del bien hipotecado, implica una limitación al derecho de propiedad en todo aquello que lesione el derecho del acreedor hipotecario, y en este aspecto ve la configuración de la sustancial naturaleza de derecho real de la garantía hipotecaria. Nuestro Derecho no llega tan lejos, con independencia de que *ex lege ferenda* se pondere la oportunidad de una reforma; la conservación se canaliza judicialmente, a instancias del acreedor hipotecario). 2.ª Las obligaciones aseguradas con hipoteca deben cuantificarse económicamente. No es posible garantizar una obligación sin determinar un máximo de responsabilidad.

Por otro lado, la ineficacia del pacto prohibitivo de otras hipotecas (art. 107, 3.º, LH) ha sido extendida por la jurisprudencia registral al pacto de vencimiento anticipado de la obligación garantizada por enajenación, gravamen o arriendo de la finca hipotecada, negándole el acceso al Registro, sin perjuicio —dice ROCA, *op. cit.*, pág. 497— de su trascendencia obligacional. O sea, que para ROCA son pactos obligacionales lícitos, entiéndase al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, y para la Dirección General —*vid.* R. de 25-XI-1935— contravienen el principio de libertad de contratación, porque aunque no se pacte expresamente la prohibición de gravar, se pretende limitar hipotecariamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas (ROCA, *op. cit.*, págs. 496 y 497, si bien la Circular de 27 de noviembre de 1974 lo admite en los préstamos hipotecarios concedidos por la Caja Postal de Ahorro a sus funcionarios para la adquisición de viviendas). De esto parece deducirse lo siguiente: 1.º Dichos pactos son válidos obligacionalmente e ineficaces registralmente por razón de su contenido (prohibición de disponer, art. 27 LH), a excepción de lo prevenido en la Circular de 27 de noviembre de 1974. 2.º No se resuelve el problema de la naturaleza jurídica del pacto de vencimiento anticipado por obligaciones accesorias. 3.º No se destaca el aspecto de conservación de la garantía extrajudicialmente, bien sea porque la venta no disminuye su valor, bien sea porque no se ha tenido en cuenta el problema del arrendamiento sujeto a la legislación especial (*vid.* R. de 27-I-1987, GARCÍA GARCÍA. *RCDI*, núm. 582, 1987). 4.º La Resolución de 25 de noviembre de 1935 destaca el aspecto de sanción del pacto. 5.º Los pronunciamientos jurisprudenciales reparan más en el contenido de la obligación, en relación al carácter remuneratorio y al de conservación de la garantía, que en la naturaleza jurídica de la obligación accesoria y su articulación como condición resolutoria o modo.

Al estudiar la hipoteca de bienes sujetos a condiciones suspensivas o resolutorias. ROCA SASTRE (*op. cit.*, págs. 534 y ss.) especifica los casos concretos comprendidos en el número 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, «condiciones resolutorias expresas», que son las resultantes de los artículos 1.504, 1.507, 647 y 641 del Código Civil, además del gravamen de sustitución fideicomisaria condicional (*op. cit.*, pág. 546), distinguiendo la condición resolutoria y la acción de resolución, cuando ésta deriva implícitamente del acto inscrito —y en suma consta de manera explícita del Registro (*op. cit.*, pág. 548). En ningún caso —vemos— se conectan estos supuestos al vencimiento anticipado de obligación principal por incumplimiento de obligaciones accesorias no aseguradas.

vez hayan sido suficientemente determinadas, conforme al principio de especialidad (6).

* * *

A continuación vamos a realizar una sinopsis de pactos, cláusulas y obligaciones inscribibles, reflejando la postura jurisprudencial y la opinión de la doctrina en un sencillo esquema que haga posible conjugar, a efectos prácticos, la claridad con el casuismo, sentando —en la medida que se consiga— las bases para la fijación de un criterio unitario en la calificación de los préstamos hipotecarios, tras el oportuno debate.

Y en base a la problemática expuesta hemos de concluir: 1.º La cláusula de vencimiento anticipado, sin perjuicio de su validez obligacional, sólo es inscribible en cuanto sea el resultado del incumplimiento de una obligación específicamente garantizada con hipoteca. 2.º En los demás casos actúa como una cláusula penal en garantía de obligaciones accesorias. 3.º Las obligaciones accesorias del contrato de préstamo no garantizadas con hipoteca de seguridad son de naturaleza personal, de muy diverso contenido —que nos aconseja al estudio pormenorizado y diferenciador de cada una de ellas—, participan del carácter de condiciones generales de contratación y tienden al aseguramiento del crédito del acreedor extrajudicialmente. 4.º Dichas obligaciones accesorias no constituyen el hecho futuro e incierto de una condición resolutoria expresa pactada a través de la resolución anticipada, y más bien pueden considerarse como obligaciones modales en contrato oneroso. 5.º Las obligaciones accesorias que impliquen prohibiciones de disponer (arts. 107, 3, y 27 LH) o atiendan a la conservación de la garantía al margen de lo prevenido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, son incluso como pactos personales de dudosa licitud, en cuanto asegurables con hipoteca específica, si bien hay que tener en cuenta la jurisprudencia registral moderadora del interés social protegible. 6.º El contrato de préstamo con garantía hipotecaria da lugar en la actualidad al establecimiento simultáneo de una hipoteca ordinaria y una o varias hipotecas de seguridad, lo que nos obliga a calificar los requisitos constitutivos de cada una de ellas, según su propia naturaleza, sin mixtificaciones (o al menos, con cautela: por ejemplo, podemos cuestionar la aplicabilidad de la certificación bancaria del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, prevista para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, a las hipotecas ordinarias, o la licitud de las obligaciones, a las que alude el punto quinto anterior, por desnaturalizar el derecho real de hipoteca al dotarle de características propias de la prenda sin desplazamiento de la posesión —¿hasta qué punto la conservación de la garantía, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, puede cercenar directamente los derechos del hipotecante y desnaturalizar de hecho la garantía?—).

(6) Vid. GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, núm. 582, 1987, págs. 1.506 y ss.

Vid. AMORÓS GUARDIOLA, *RCDI*, núm. 569, 1985, págs. 863-926, «El *leasing* inmobiliario. .». (El estudio de las cláusulas generales del contrato de arrendamiento financiero con opción de compra presenta gran similitud con el de las cláusulas de contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Se trata de dos contratos personales, onerosos, bilaterales y conmutativos donde se pacta el vencimiento anticipado o resolución contractual por idénticas causas u obligaciones accesorias, incluso en cuanto a las que implican prohibiciones de disponer y conservación de la cosa por el deudor, además en el *leasing* la desnaturalización llega a imponer al arrendatario obligaciones propias del comprador, por lo que cabe pensar, en este caso, si no estamos ante un negocio indirecto que encubre una compraventa con precio aplazado.)

II. CLASULAS, PACTOS Y OBLIGACIONES INSCRIBIBLES

1. *Pacto por el que se garantiza la repercusión del ITE (o del impuesto que le pueda sustituir o complementar) con el vencimiento anticipado de la obligación asegurada.*

a) No inscribible (R. 25-X-1987. *Vid. BCNR* núm. 259-1987, páginas 2235 y ss.): Es una obligación personal del prestamista que no queda cubierta con la garantía hipotecaria, tal y como ha sido estipulada (págs. 2233 y 2235). CÉSAR GARCÍA-ARANGO la excluye por entender que es inoperante en cuanto puede alterar las obligaciones tributarias de Derecho público, no afecta a tercero, no se precisa su cuantía y es contraria al principio de especialidad.

Aquí la Dirección General excluye su inscripción a pesar del pacto de vencimiento anticipado; exclusión muy significativa en cuanto a su naturaleza jurídica. Es de advertir, asimismo, la analogía que existe entre este supuesto y aquel en que se garantiza la repercusión con condición resolutoria explícita en la compraventa, con la salvedad de que la condición del artículo 1.504 del Código Civil sólo puede garantizar el precio aplazado (*vid. R. 24-III-1984. STS 7-VI-1963*: la repercusión del ITE es una prestación accesoria que no forma parte del precio). En el caso de la hipoteca, ésta sólo debe garantizar la obligación especialmente asegurada.

b) Sí inscribible: Seminario de Cataluña (TYNC del *BCNR*, 1966-1985, pág. 1492, marginales 288 y 296. *BCNR* núm. 171-1981); sí puede extenderse al ITE la garantía hipotecaria si se fija un máximo de responsabilidad. Nuestro criterio es este mismo, y parece ser el contenido implícitamente en la Resolución de 25 de octubre de 1987; debe constituirse una hipoteca de seguridad —incluso en el caso de las prestaciones accesorias podría admitirse una cifra unitaria en garantía de todas ellas, aunque parece que tampoco cuesta mucho hacerlo bien, y fijar una por cada concepto.

2. *Imputación de pagos.*

a) No inscribible: Pacto personal que no afecta a la operatividad del mercado hipotecario (R. 23-X-1987, *op. cit.*).

b) Sí inscribible: Lo entenderían inscribibles los que mantienen que la cláusula genérica de vencimiento anticipado de la obligación asegurada tendrá lugar por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas. (Para mí no lo sería ni en este caso: *vid. comentarios a la nota 5.*)

3. *Indemnización por reembolso anticipado.*

a) No inscribible: Pacto personal que sin prejuzgar su validez civil se desenvolverá en el ámbito extrahipotecario (R. 23-X-1987, *op. cit.*). No amparable por la cláusula de vencimiento anticipado.

b) Sí inscribible: Quizá podría asegurarse con cantidad aparte e incluso con la señalada para prestaciones accesorias.

4. *Vencimiento anticipado por incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato.*

a) No inscribible: La resolución no puede depender de la voluntad del deudor ni del incumplimiento de una obligación no específicamente garantizada (R. 23-X-1987, *op. cit.*; *vid.* nota 5).

b) Sí inscribible: Seminario de Valencia (TYNC del BCNR, página 689); entiende inscribible todo pacto lícito cuyo incumplimiento determine el vencimiento anticipado. Así también, Seminario de Aragón (TYNC del BCNR, págs. 695 y ss.), RAFAEL RIVAS (Seminario de Albacete, TYNC del BCNR, págs. 700 y ss., marginales 120 y ss.) y el Centro de Estudios Hipotecarios (TYNC del BCNR, pág. 989, marginal 197).

5. *Vencimiento anticipado por inexactitud de los datos o documentos aportados.*

a) No inscribible: Por lo mismo que el anterior (*vid.* R. 23-X-1987, *op. cit.*, pág. 2235).

b) Sí inscribible: Este no debe nadie entenderlo inscribible, dada su absoluta indeterminación.

6. *Vencimiento anticipado por no ampliación de hipoteca: devastación.*

a) No inscribible: Si se justifica la devastación —extrajudicialmente, añadimos nosotros— mediante tasación realizada por determinada sociedad (*vid.* R. 23-X-1987, *op. cit.*; *vid.* R. 4-VII-1984).

b) Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987 (*op. cit.*); parece inducir a pensar que la tasación sea judicial conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria o, al menos, que la apreciación de la devastación no quede al arbitrio del perito designado por el acreedor (como hace la R. 4-VII-1984).

El derecho de ampliación de hipoteca por desmerecimiento en más de un 20 por 100 del bien hipotecado viene regulado por el Real Decreto de 17 de marzo de 1982. Y la Ley Hipotecaria en su artículo 117 lo regula cuando la causa sea por dolo o culpa del deudor, excluyendo el caso fortuito —como advierte GARCÍA GARCÍA en nota al pie de dicho artículo en su Código de la Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil (Ed. Civitas, Madrid, 1986)—, por lo que el derecho atribuido por el mencionado Real Decreto al acreedor hipotecario viene limitado y canalizado por una norma legal. El Seminario de Aragón (*op. cit.*, páginas 695 y ss.) entiende inscribible el pacto de *vencimiento anticipado por disminución* de la cuarta parte del valor de la garantía en base a los artículos 1.129 del Código Civil y 117 de la Ley Hipotecaria. RAFAEL RIVAS (*op. cit.*) entiende que no es inscribible porque genera la indefensión del deudor y la previsión legal encauza a través del Juez las medidas a adoptar, recogiendo la opinión favorable de CAMY y de ROCA, que lo entiende inscribible sólo hasta cierto punto. Para mí, ambas cláusulas, vencimiento anticipado por no ampliación de hipoteca y vencimiento anticipado por deterioro o devastación de la finca, son una sola, en cuanto la primera es el resultado de la segunda. Es decir, cabe el vencimiento anticipado por devastación si lo decide el Juez, después de adoptar las medidas previstas en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria y de no haber ampliado la hipoteca el deudor hipotecario (art. 29 del Real Decreto de 17-III-1982). Teniendo en cuenta que la Dirección General admite el pacto por no ampliación de hipoteca y que el artículo 115 de la Ley Hipotecaria lo prevé respecto de los intereses; aunque el legislador a sabiendas no otorgó al acreedor las facultades reconocidas por los artículos 163 y 165 para las hipotecas legales. Habría que apoyarse en el Real Decreto y en la Dirección General. Es de advertir que la prevención contenida en la Ley Hipotecaria para las hipotecas legales también se canaliza judicialmente y que el artículo 117 excluye el caso fortuito, luego la admisión del pacto va más allá y se fija en el deterioro objetivo del bien —a apreciar, entendemos, por el Juez—. La obligación de no devastar la finca, culposa o dolosamente, no es una obligación modal, en cuanto la obligación de conservar la garantía es intrínseca al derecho real de hipoteca, y aunque la considerásemos modal sería lícita por la previsión del artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No estamos ante un deber que limita la libre disposición como en Derecho italiano, sino ante un procedimiento judicial que evita la negligencia o mala fe del deudor, y que da seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, potenciando el crédito territorial.

— *Vencimiento anticipado por disminución de valor o deterioro de la finca hipotecada.*

a) No inscribible: RAFAEL RIVAS, como hemos visto.

b) Sí inscribible: Seminario de Aragón, CAMY, en cierta forma ROCA —*vid. supra*— (como puede observarse he preferido tratar las dos cláusulas conjuntamente y por separado).

7. *Vencimiento anticipado por aparecer la finca con cargas no reflejadas en la escritura o derechos preferentes a la hipoteca.*

a) No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*RCDI, op. cit.*, pág. 1540); no inscribible por ir contra el principio de prioridad registral, existir habitualmente afecciones fiscales de carácter preferente, dejar la ejecución al arbitrio del acreedor, y ser el Registro público...

b) Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987, si se limita a establecer: «El vencimiento automático de la obligación garantizada, si aparecieren sobre la finca cargas no consignadas en esta escritura o si no fueren pagados a tiempo aquellos tributos y gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario, o si se trata del impago de obligaciones que siguen a la cosa, y que, como el seguro, determinan detrimento potencial del bien, pues para todo ello existe el apoyo de la previsión legal contenida en el artículo 1.129, 3.º, del Código Civil, al ser indudable el eventual quebranto de la garantía...» (pág. 2236. *op. cit.*).

La cuestión no me parece totalmente zanjada con esta interpretación. Primero, porque en cuanto a las cargas o derechos preferentes a los consignados en la escritura, la práctica nos muestra que la existencia de las afecciones legales, supondría dejar la ejecución al arbitrio del deudor —como dice GARCÍA GARCÍA—: pues como mínimo si la compraventa y la hipoteca se otorgan el mismo día, la afección por la primera sería preferente y no revela la ocultación de una carga, ya que al tiempo del otorgamiento ésta no existe, e incluso plantea la preferencia de la afección por la misma hipoteca según tribute por préstamo, por hipoteca o por acto jurídico documentado (por préstamo, sería preferente; por hipoteca, no, al ser un derecho de constitución registral y sólo surgir el tributo de la propia inscripción —idéntico caso al de la anotación preventiva de embargo, que lo que está sujeto es la anotación y no el embargo y el mandamiento— y por acto jurídico documentado, sería también preferente —sin perjuicio de que conforme a la legislación fiscal, el acto sujeto sea el préstamo, y tras la Ley del IVA, éste se considere sujeto a IVA y exento, sin poderse devengar el acto jurídico documen-

tado, al estar el hecho imponible plenamente regulado y sin que pueda darse la tributación por dos impuestos concurrentes, transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados). Segundo, porque plantea el problema de las anotaciones preventivas como reservas de derechos sujetas a la resolución judicial correspondiente: ¿se entenderían éstas como causas de resolución o habría que esperar al fin del procedimiento?, ¿y si se consideran como causa de vencimiento anticipado y la resolución es favorable al deudor titular registral?, ¿habría que distinguir entre las distintas anotaciones?, ¿la de embargo es carga?, ¿y la de demanda?... Tercero, ¿qué ocurriría si los tributos preferentes no se hubieran pagado a tiempo y, sin embargo, en el Registro se hubiese cancelado la afección por caducidad?, ¿y si no se pagó la plusvalía, obligación tributaria del vendedor?, ¿y si no se presenta a tiempo la escritura en el Registro por el acreedor hipotecario, que es el adquirente del derecho, y en el ínterin obtiene prioridad otro derecho no reflejado en la escritura e inexistente al tiempo de su otorgamiento?, ¿y los gastos de comunidad y las hipotecas legales tácitas, producirían la ejecución sumaria frente a tercero, a pesar de no constar en el Registro?, ¿y los créditos salariales superprivilegiados frente a tercero?... ¿Quebranto de la garantía?. Cuarto, ¿supone el impago de la prima del seguro de incendios detrimento potencial del bien?, y si lo supone, ¿por qué no garantiza esa obligación el acreedor?, ¿hasta qué punto el deber de conservación de la garantía exige la suscripción de una póliza de seguros y a veces con la compañía que determine el acreedor? El artículo 117 de la Ley Hipotecaria sólo contempla dolo o culpa, no riesgos objetivos. Y además habría que distinguir entre fincas rústicas y urbanas, y dentro de las primeras, según cultivo o aprovechamiento (no es lo mismo que se queme el arbolado de una finca de frutales que de una de pastos, o una cosecha de secano o regadío.... ¿afecta este siniestro al valor del bien?, y de las segundas, según sean solares o viviendas, si bien en la práctica el modelo no distingue —el modelo de la entidad crediticia se sobreentiende—. La fuerza mayor, si se quiere asegurar fuera del conducto legal previsto, debería hacerse con hipoteca de seguridad.

En definitiva, la admisión de una fórmula tan genérica —con independencia de la naturaleza jurídica— provocaría inseguridad en el deudor y en el tercero, sobre todo cuando la preferencia se determina extraregistralmente o por causa a ellos ajenas. sin desdeñar el problema social que puede crearse respecto de los adquirentes de viviendas de protección oficial con subrogación de hipoteca en caso de que el constructor o promotor no obtuviese la calificación definitiva.

— *Vencimiento anticipado por impago de tributos o arbitrios.*

a) No inscribible: Si no se fija cifra de responsabilidad.

b) Sí inscribible: Resolución de 25 de octubre de 1987; Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 689): es un pacto personal, inscribible por la cláusula de vencimiento anticipado; Seminario de Aragón (*op. cit.*, páginas 695 y ss.), en igual sentido, la admite si no se justifica el pago en virtud de la misma cláusula.

CAMY la entiende inscribible por garantizarse con condición resolutoria (*op. cit.*).

— *Vencimiento anticipado por impago de la primera de seguro.*

a) No inscribible: Si no se fija cifra de responsabilidad (hipoteca de seguridad).

b) Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987; Seminario de Valencia, Seminario de Aragón (*op. cit.*). El Seminario de Aragón destaca que su inscribibilidad vendrá determinada, tanto en este caso como en el de impuestos y contribuciones, por la especificación de la obligación de pago o por referencia genérica a los términos que resulten de la propia escritura, rechazando la vaguedad de las cláusulas de vencimiento anticipado *por no reintegrar el deudor las cantidades satisfechas por su cuenta y por su delegación*. Se excluye, pues, la indeterminación.

CAMY la entiende inscribible por garantizarse con condición resolutoria (*op. cit.*).

8. *Vencimiento anticipado por impago de cualquier obligación en operación de crédito concertado o por concertar con el banco acreedor.*

— No inscribible: *ex* Resoluciones de 5 de abril y 14 de diciembre de 1912. Indeterminación, contrario al principio de especialidad.

9. *Obligación indeterminada garantizada con hipoteca.*

— No inscribible: *ex* Resoluciones de 4 de julio de 1984 y 18 de octubre de 1979, principio de especialidad.

10. *Vencimiento anticipado por declaración de incapacidad del deudor.*

— No inscribible: Seminario de Cataluña (*op. cit.*, págs. 1491 y ss), por ser contraria a la esencia de la hipoteca (arts. 104 y 132 LH) —que sujeta directa e inmediatamente los bienes y no la persona del propietario—, y al derecho necesario sobre quiebra (marginal 307, pág. 1501).

11. *Vencimiento anticipado por ejecución particular o universal en los bienes o derechos del deudor.*

— No inscribible: Mismas razones que la cláusula anterior.

Además, la ejecución no disminuye la garantía real y preferencia de la hipoteca, y si la finca la adquiere un tercero y no se subroga en la obligación personal, no va a depender éste del cumplimiento de obligaciones no aseguradas con hipoteca sobre su finca (*vid.* R. 5-VI-1987, artículo 1.129, 1, CC). No existe nexo causal, y según las Resoluciones de 5 de abril y 14 de diciembre de 1912 es necesario determinar la duración, plazo y condiciones de la obligación asegurada; la Resolución de 31 de enero de 1925 determina los requisitos de la hipoteca en garantía de deuda futura; la Resolución de 31 de julio de 1928 rechaza la hipoteca en garantía de deuda ajena sin expresar causa, y la Resolución de 5 de abril de 1907 no admite las cláusulas genéricas por indeterminadas —así el estipular que las fincas hipotecadas responderán de todos cuantos *gastos y desembolsos* se ocasionaren.

12. *Vencimiento anticipado por quiebra o suspensión de pagos.*

— No inscribible: Resoluciones de 5 de junio de 1987 y 27 de enero de 1986. El Seminario de Aragón recoge opiniones encontradas, fundamentándose los que no admiten su inscripción en que se conculca el derecho necesario de suspensión de pagos y es superfluo en los supuestos de quiebra y concurso (arts. 885 y 1.915 CC).

15. *Vencimiento anticipado: toma de posesión unilateral y extrajudicial de la finca por el acreedor.*

— No inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987. Deberá estarse a la normativa aplicable (se parece este pacto al que se establece cuando el precio aplazado de la compraventa se garantiza con condición resolutoria y se pretende extender ésta a otras obligaciones, determinándose convencionalmente las consecuencias de la resolución). Ya la Resolución de 13 de junio de 1935 rechazó la administración y posesión interina *ipso iure*.

14. *Vencimiento anticipado por transmisión de la finca sin cumplir ciertas condiciones el deudor o si lo hace por título distinto del de compraventa.*

— No inscribible: Resolución de 27 de enero de 1987. Entraña prohibición de disponer (art. 27 LH).

15. *Prohibiciones de disponer y administrar la finca hipotecada, con o sin cláusula de vencimiento anticipado.* (*Vid.* comentarios en nota 5.)

— No inscribible: Pacto expresamente prohibido por la ley (R. RIVAS, *op. cit.*, págs. 700 y ss.): prohibición de volver a hipotecar (artículo 107, 3, LH), prohibición de enajenar (art. 27 LH) y el pacto comisorio (art. 1.859 CC); asimismo, entiende no inscribibles los que prohíben la enajenación o el otorgamiento de *contratos inscribibles*, por ser contrarios a los artículos 107, 3, y 27 de la Ley Hipotecaria, con la salvedad de los préstamos ahorro-vivienda —donde el artículo 4, letra g), de la Orden Ministerial de 17 de octubre de 1966 establece «hasta la cancelación del préstamo no se podrá enajenar la vivienda ni alterar su destino originario»: sin embargo, CHICO Y ORTIZ (*RCDI* núm. 488, página 76) señala que incluso en este caso no sería inscribible, al ser una condición puramente obligacional. RAFAEL RIVAS, por otra parte, añade la no inscribibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado por enajenación, gravamen o arriendo en base a la jurisprudencia (AMORÓS —*RCDI* núm. 472, pág. 774— indica que una de las mayores ventajas de la hipoteca es gravar la finca estrictamente lo necesario y no más, para que el acreedor quede debidamente garantizado, y la finalidad de este pacto excede la función de garantía).

Como es lógico, estos pactos son unánimemente rechazados. El Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 688, marginal 110) recoge esta opinión, considerando no inscribibles: el de no volver a hipotecar, la prohibición de enajenar sin consentimiento del acreedor —R. 30-VI-1913—, el pacto de no arrendar —RR. 6-VII-1917 y 26-VII-1928—, el pacto de no otorgar contrato alguno inscribible —R. 9-VI-1914—, el pacto de vencimiento anticipado por enajenación, gravamen o arriendo de la finca hipotecada —RR. 25-XI-1955, 16-VI-1936 y 4-XI-1968—, las prohibiciones de disponer encubiertas bajo la forma de condición resolutoria —R. 4-XI-1968— y el de no arrendar sino en determinadas condiciones. El Seminario de Aragón (*op. cit.*, págs. 695 y ss.), por su parte, entiende no inscribible, aunque se garanticen con el vencimiento anticipado de la obligación asegurada, por pretender un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (art. 6, 4, CC), aquellos que hacen depender el vencimiento anticipado de que los compradores, una vez enajenada voluntariamente la finca, no asuman las obligaciones personales que contrae el deudor o se nieguen a hacerlo después de requeridos, o cuando se produce por enajenación o arrendamiento sin consentimiento del acreedor. Y entiende de dudosa admisibilidad, salvo indeterminación, el pacto por el que se produce el vencimiento anticipado por pignoración o cesión de los alquileres sin consentimiento del acreedor.

Finalmente, indicar que la Resolución de 27 de enero de 1987 admite en caso de arrendamientos no sujetos a purga en supuesto de ejecución, la prohibición de arrendar sin someterse a determinadas condiciones para la fijación de renta. La prohibición de arrendar sin el consentimiento del acreedor, sin más, la rechaza (sobre esta Resolución, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *RCDI* núm. 582, 1987).

16. *Vencimiento anticipado por expropiación forzosa total o parcial.*

— No inscribible: Seminario de Cataluña (*op. cit.*). GARCÍA GARCÍA (*RCDI*, *op. cit.*, pág. 1541) destaca la improcedencia del pacto, al tratarse de un supuesto ya regulado por el artículo 110 de la Ley Hipotecaria y 8 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que además de innecesario genera confusión en el procedimiento expropiatorio.

17. *Vencimiento anticipado por enajenación forzosa en procedimiento de apremio.*

— No inscribible: Por ser contrario a los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria (Seminario de Aragón, *op. cit.*).

18. *Entrega de capital sujeta a cumplimiento de cierta obligación.*

— No inscribible: Resolución de 5 de febrero de 1955.

19. *Vencimiento anticipado por no destinarse el capital al fin para el que se ha concedido el préstamo.*

a) No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*RCDI* núm. 582, 1987, página 1517); porque carece de relevancia, no tiene por qué afectar a tercero, normalmente en la escritura previa de compra se dice que el precio está satisfecho, y en todo caso sólo cabría si se tratara de una institución oficial.

b) Sí inscribible: Seminario de Cataluña (*op. cit.*, marginal 306).

20. *Vencimiento anticipado por alteraciones económicas.*

— No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1542); por ser contrario al principio de orden público económico, indeterminación frente a tercero, y dejar en manos del acreedor hipotecario la facultad de ejecución.

21. *Vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca en determinado plazo.*

— No inscribible: J. M. GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1538); por ser contrario a la independencia de la calificación registral, ser inoperante si la inscripción —aunque sea parcial— se produce... El Seminario de Aragón (*op. cit.*) también se muestra contrario a su inscripción por establecerse en fraude de ley (STS 22-X-1902, por analogía).

Además, si la hipoteca no se inscribe, podrá vencer el crédito, pero no la garantía. El acreedor tendría que ejercitar una acción personal. La hipoteca no existe.

22. *Facultad de inspeccionar la finca.*

— Sí inscribible: Resolución de 20 de mayo de 1987. Pacto inoperante.

23. *Facultad de determinar el acreedor por sí mismo el vencimiento por abandono o destrucción.*

— No inscribible: Personal (R 20-V-1987).

24. *Facultad de obtener el acreedor por sí segundas copias.*

— No inscribible: Por imperatividad de los artículos 1.429, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 18 de la Ley Notarial (R. 20-V-1987). El Seminario de Valencia (*op. cit.*) indica que no es inscribible.

25. *Comisiones.*

a) No inscribible: Salvo que se determinen expresamente —cuantía a tipo—. de tal forma que la responsabilidad máxima de la finca por este concepto quede fijada con claridad (hipoteca de seguridad). La Banca oficial no tiene límite por razón de la cuantía de las comisiones y se rige por su propia normativa, a diferencia de los demás Bancos y Cajas de Ahorro que deberán sujetarse a lo preceptuado al respecto por la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981.

b) Sí inscribible: El Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 686) admite la inscripción del pacto adicional de percibir determinadas cantidades por comisión, al estimar que se trata de un pacto lícito cuya cuantía se fija por normas del Ministerio de Hacienda y se calcula por una sencilla operación matemática, sin que pueda incluirse la comisión en el concepto de intereses del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, sin la sujeción al límite de los cinco años.

26. *Capital del préstamo.*

En las hipotecas ordinarias, como es sabido, lo que garantiza el derecho real es precisamente la devolución del capital prestado, devengue o no intereses. Y el capital prestado debe estar cuantitativamente determinado y de una manera inequívoca, lo que plantea una serie de cuestiones en orden a su entrega, fijación y disposición por el deudor hipotecario. Cuestiones que a continuación analizamos:

1. *Cláusula referente a la entrega.*

El Seminario de Aragón (*op. cit.*, págs. 695 y ss.) entiende que el Registrador no puede entrar a juzgar la necesidad o efectividad de la entrega, considerando la cláusula inscribible. Según esto, sería una cuestión judicial el controlar la efectividad de ésta, a efectos de que tenga virtualidad la función de garantía que la hipoteca realiza; sin embargo, sin entrega no existe causa para el préstamo ni para la hipoteca. Se plantearía el problema de la perfección del contrato, y la efectividad de la garantía estaría sujeta a la de entrega, o cumplimiento por el prestamista de su prestación, siendo quizá el Juez el más indicado para analizar la situación jurídica que se produce: el contrato existe y la garantía está constituida y supeditada a la «certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito» —como dice el art. 131, 2.ª, LH— (*vid.* R. RIVAS, *op. cit.*)

En la práctica, en casi todas las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria el prestamista hace entrega del capital al prestatario, y éste lo acepta; aunque luego se fijan una serie de reglas para la disposición del mismo en base a otro pacto, por el que el prestatario después de recibir el capital lo deposita en una cuenta corriente abierta a su nombre en el Banco acreedor, y queda limitada su disponibilidad sobre el depósito al cumplimiento de ciertas obligaciones o condiciones. A nuestro juicio, toda esta reglamentación convencional sobre la cuenta corriente debe quedar fuera del Registro, toda vez que el tercero y el propio prestatario están plenamente garantizados de que no se ejecutará la hipoteca si no se justifica la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito; y para que esto tenga lugar es necesario que la entrega se haya materializado —con independencia del pacto personal sobre disposición de la cuenta corriente—. Es un pacto perfectamente inocuo.

Por su parte, la Dirección General, en Resolución de 5 de febrero de 1953, entiende no inscribible el pacto por el que la entrega de cantidad se sujeta al cumplimiento de cierta obligación.

II. *Facultad del acreedor de reclamar al vencimiento del crédito lo adeudado por principal e intereses.*

— No inscribibles: Resolución de 20 de mayo de 1987, por irrelevante.

III. *Vencimiento anticipado por falta de pago de los intereses y de la amortización del capital.*

— Sí inscribible: Resolución de 26 de octubre de 1973; Seminario de Aragón (*op. cit.*); obvio, si no el derecho real de garantía sería inoperante.

27. *Intereses.*

La cláusula relativa a los intereses es perfectamente inscribible siempre que se cumpla la normativa al respecto. El contrato de préstamo es, naturalmente, gratuito, desde la óptica del Derecho civil, salvo que medie pacto de retribución del capital por medio de los intereses, y asimismo, desde la óptica del Derecho mercantil. En cualquier caso, la retribución es la regla general, y los intereses forman parte de la obligación principal del prestatario —devolución del capital con los intereses pactados— que se garantiza con la hipoteca; sin embargo, la remuneración por los intereses está sujeta a una serie de limitaciones legales, que, al margen de las disposiciones económicas que los regulan y la ley de represión de la usura, nos obligan a distinguir entre intereses ordinarios o remuneratorios e intereses de demora, y dentro de los primeros, intereses ordinarios fijos y variables, así como tener en cuenta las reglas de recapitalización de intereses —anatocismo—, desde el punto de vista del Derecho registral inmobiliario, donde los principios de orden público, especialidad y publicidad, afianzan los de legalidad y seguridad jurídica (*vid.* arts. 1.740 a 1.757 CC y 311 a 319 C. de C.).

Y por ello debemos dar paso al estudio de los intereses en función de su inscribibilidad:

I. *Intereses ordinarios.*

A) *Intereses ordinarios al tipo fijo estipulado:* Artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario.

a) *Especificando plazo a cuantía:* sí inscribible (si se fija plazo y cuantía, y las cifras no coinciden al realizar la operación aritmética, estaremos ante un error material: si sólo se fija el plazo y no excede de cinco años, tampoco habrá problema; y si se fija la cuantía sin señalar el plazo, ésta no podrá exceder del importe correspondiente a cinco

anualidades, conforme a los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario).

b) Sin especificar *plazo ni cuantía*: interpretación: *hasta el máximo legal*.

— M. BALLESTEROS ALONSO (BCNR núm. 229, 1986, págs. 2319 y ss.): caben dos soluciones, o inscribir la hipoteca y denegar los intereses o inscribir también los intereses indicando como *máximo legal* los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad en curso: conforme a los artículos 114 de la Ley Hipotecaria, 1288 del Código Civil y 10, 2. 2.º, de la Ley de Defensa de los Consumidores.

— Seminario de Cataluña (*op. cit.*, pág. 1497, marginal 296): Por máximo legal deberá interpretarse cinco años de intereses, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

B) *Intereses ordinarios hasta una cantidad máxima sin fijar tipo*.

— No inscribible: Artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario. principio de especialidad —sería dejar su fijación al arbitrio del acreedor.

C) *Intereses ordinarios, costas y gastos en una cifra*.

— No inscribible: Resolución de 29 de octubre de 1984, principio de especialidad (arts. 114 LH y 220 RH).

D) *Intereses compensables con frutos*.

— No inscribible: Resolución de 17 de octubre de 1945; indeterminación...

E) *Intereses ordinarios al tipo variable estipulado: interés variable*.

— Sí inscribible: Si la cláusula reúne determinados requisitos.

a) Préstamo ahorro-vivienda: Es inscribible la cláusula si se fijan por disposición ministerial y se señala un máximo de responsabilidad (R. 12-IX-1972).

b) Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984: Se garantizan con hipoteca de seguridad, fijando una cifra autónoma de responsabilidad y su revisión debe hacerse por disposiciones oficiales.

c) J. M. GARCÍA GARCÍA (*Código de la Legislación hipotecaria...*, citado, pág. 167; *RCDI* núm. 582, 1987, págs. 1464 y ss.) señala como *requisitos* que deben reunir estas cláusulas los siguientes:

- 1.º Tipo de referencia objetivo (no fijado por el acreedor).
- 2.º Máximo de responsabilidad, a efectos de tercero y de hipoteca.
- 3.º Cláusula clara y comprensible.
- 4.º Pacto de desistimiento del prestatario y notificación con garantías a éste del nuevo tipo.
- 5.º Variable al alza y a la baja.

d) Legislación aplicable: Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981 (debe señalarse un tipo y una causa de rescisión; artículo 131 de la Ley Hipotecaria (reformada por Ley de 14 de mayo de 1986), exige determinar con exactitud el tipo; artículo 10 de la Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores, artículo 219 del Reglamento Hipotecario.

e) Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 686. marginal 109): Son requisitos, conforme a la doctrina que se extrae de la Resolución de 12 de septiembre de 1972, de esta cláusula: 1.º Determinar la responsabilidad máxima de la finca por este concepto. 2.º Cumplir el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (y se cumple cuando se asegure, como máximo, el interés inicialmente pactado multiplicado por cinco).

f) Seminario de Aragón (*op. cit.*, págs. 695 y ss.): Es admisible la cláusula si la variación se determina por disposición oficial, se fija el interés al alza y a la baja, y son matemáticamente calculables.

g) RAFAEL RIVAS (*op. cit.*) distingue dos supuestos, según se fije o no por disposiciones oficiales el tipo. Así: 1.º Por disposiciones oficiales: a) Como facultad del acreedor —«el interés podrá ser modificado»: no inscribible (CHICO entiende que tampoco, por ser contrario al principio de especialidad. BCNR núm. 56, 1971). b) Variación automática por disposición oficial: I. Sólo con posibilidad de aumento: no, por ser ilícita (SSTS 21-XII-1970 y 16-VI-1973 sobre cláusulas de estabilización en arrendamientos urbanos: «...solo... alzas y bajas...»). II. Al alza y a la baja o simplemente «modificación»: sí (Resolución de 12 de septiembre de 1972 sobre préstamo ahorro-vivienda, válida, pero «sin que pueda sobrepasar el máximo de responsabilidad señalada en la escritura». TIRSO CARRETERO —citado por RIVAS— entiende que esta frase ofrece dudas, e interpreta que en perjuicio de tercero sólo garantizará el interés variable con la cifra fijada para los ordinarios. Y si no se fija un máximo de responsabilidad por intereses, la cláusula sería no inscribible, según RIVAS). 2.º Sin disposición oficial: no inscribible, porque son verdaderas cláusulas de estabilización referidas a los intereses (CHICO entiende que sí serían inscribibles, si se configura como hipoteca de seguridad. Y TIRSO CARRETERO, por su lado, la considera no inscribible por estar prohibida —prohibido lo menos; cláusula de estabiliza-

ción del capital en el cómputo de los intereses (art. 219, 3, RH)—, debe entenderse prohibido lo más —cláusula de estabilización del interés—).

h) *Seminario de Cataluña (op. cit., marginal 315): Interés variable atendiendo a un tipo referencial medio*: son requisitos de la inscribibilidad de esta cláusula, los siguientes: 1. Tope máximo. 2. Debería definirse el concepto de tipo referencial, o señalar la disposición oficial que lo hace, para facilitar la publicidad registral y hacerla inteligible a toda clase de personas. 3. El tipo referencial no podrá nunca referirse al de la propia entidad acreedora. 4. Es conveniente que se acredite, a efectos ejecutivos, por certificación bancaria —al modo del art. 153 LH—. Debería incluirse en la cláusula escrituraria que el tipo referencial es aquel a que se refiere el número 2 de la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981 y la norma 11 de la Circular del Banco de España 13/81, de 24 de febrero.

* * *

La anterior exposición pone de manifiesto la problemática de estas cláusulas, nacidas para proteger los intereses de las entidades crediticias dentro del marco de las variables económicas, y sujetas, desde el punto de vista hipotecario, al cumplimiento de una serie de requisitos impuestos por los principios de seguridad jurídica y de especialidad, han ido desarrollándose en la práctica al margen de una normativa específica que las regule, por lo que la interpretación de la doctrina ha intentado cronológicamente llenar esa laguna a medida que se iban desdibujando. Hoy día, sin embargo, contamos con jurisprudencia al respecto —Resoluciones de 12-IX-1972, 26 y 51-X-1984— y ciertas disposiciones aplicables —si bien éstas o son generales, como la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor de 1984, o de carácter económico, como la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981 y la Circular del Banco de España 13/81. Y precisamente a esa cronología obedecen las opiniones doctrinales antes extractadas, sin perjuicio de que en la actualidad su figuración jurídica sea más clara (en este sentido, es primordial tener en cuenta el trabajo de J. M. GARCÍA GARCÍA en la *RCDI* núm. 582, 1987, págs. 1490 y ss.).

* * *

Así pues, el estudio de las cláusulas de interés variable nos lleva a plantearnos lo siguiente: 1.º Naturaleza jurídica del interés variable. 2.º Requisitos legales de su inscribibilidad. 3.º El tipo de referencia: fijación del tipo.

La naturaleza jurídica del interés variable es la misma que la del interés ordinario; es más, entendemos aquél como una variedad o clase de éste. El interés ordinario —como resulta del propio enunciado de este apartado— puede ser fijado con un tipo inamovible durante toda la operación crediticia o con un tipo variable en función de ciertos baremos objetivos que garanticen la certeza del tipo aplicable al interés ordinario. Además ese tipo variable toma como punto de partida el interés fijo estipulado, y puede ser el resultado de añadir un índice corrector al tipo de referencia. Es decir, el interés fijo inicial es el tipo de referencia primario, que puede oscilar al alza o a la baja cuando se estipula que el interés ordinario en cada momento será el resultado de aplicar un índice corrector determinado al interés preferencial señalado por disposición oficial o por todas o algunas entidades de crédito —en cuyo caso el tipo referencial será la media aritmética del establecido por dichas entidades y, en su caso, comunicado al Banco de España. En definitiva, hay que tener en cuenta una serie de conceptos: interés ordinario estipulado con tipo fijo, interés ordinario de referencia o interés inicial, interés ordinario variable en base a ese interés inicial y en función de un tipo de referencia —que puede ser o no el interés preferencial, y que puede dar lugar o no a su corrección por un índice o a su redondeo. Así pues, habrá un tipo de referencia inicial, que es el que se toma como punto de partida, que oscilará en la medida que lo haga el tipo de referencia variable señalado, y cada vez que se aplique un nuevo tipo de interés, éste será tipo de referencia inicial del próximo que pueda tener lugar. El interés aplicable será, en consecuencia, el resultado de la combinación de dos tipos de referencia, uno inicial y otro variable fijado en atención a una serie de criterios objetivos. Luego, el interés por el que se rige el préstamo en cada momento será el que se determine por el tipo de referencia variable, que podrá ser el preferencial corregido por el diferencial (Circular 12/81, citada), y siendo necesaria la cláusula de rescisión (OM de Economía y Hacienda 17-J-1981), el interés inicial o interés de referencia inicial se tendrá en cuenta sólo en el caso de que el prestatario ajercite su facultad rescisoria: o que podrá ser el fijado por disposición oficial al respecto.

Sin embargo, las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984 entienden que si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria, en cambio, respecto de la fluctuación del interés se está ante una hipoteca de seguridad que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad, y, en definitiva, sean ordinarios o no los intereses variables, al ser inaplicables los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario, es necesaria la constitución de una hipoteca de seguridad —se fija más en la varia-

bilidad que en el plazo, y le aplica analógicamente el mismo tratamiento que a los intereses de demora. Pero queda en el aire el supuesto de concurrencia de intereses ordinarios e intereses variables: ¿qué ocurriría si se garantizan con hipoteca ordinaria los intereses fijos durante los cinco primeros años y para los variables se fija un máximo de responsabilidad en los cinco siguientes? ¿No supondría transgredir la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, haciendo posible garantizar intereses por más de cinco años y además variables? ¿Se podrían garantizar ambos con una sola cifra de responsabilidad, tomando como referencia un interés superior al ordinario pactado? ¿O tendría que ser el ordinario pactado? —luego intentaremos dar respuesta a estas preguntas.

El interés variable, pues, gozando —a nuestro juicio— de la naturaleza de los intereses ordinarios, da lugar por imperativo de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 a la fijación de un interés de referencia inicial —a efectos de la rescisión— y de un interés de referencia determinante del interés aplicable en cada momento, que será el interés preferencial corregido por el diferencial estipulado —conforme a la Circular citada. Y la cláusula que lo contenga —nos referimos al interés variable, claro— debe reunir una serie de requisitos magistralmente señalados por GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*), a quien nos remitimos, y el tipo de referencia —como uno de ellos— básico para la fijación del interés debería definirse en la escritura en la forma que aconseja el Seminario de Cataluña (*op. cit.*, marginal 315); por lo que nos resta estudiar su patología en función de la cifra de responsabilidad.

* * *

(I) *Interés variable sin fijar máximo de responsabilidad.*

— No inscribible: Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984; y ello aunque se garanticen con la cláusula de vencimiento anticipado —podemos añadir—. Si su fijación da lugar a una hipoteca de seguridad, ésta debe de constituirse legalmente.

(II) *Interés variable e interés ordinario en una cifra.*

Es habitual que las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria, en la cláusula de constitución del derecho real, se digan: « en garantía del pago.. de sus intereses hasta una cantidad máxima equivalente a tres anualidades, lo que supone... pesetas», después de haber estipulado un interés ordinario a tipo fijo durante un plazo —uno, dos, tres años— y un interés variable durante el resto, provocando el impago de éste, el

vencimiento anticipado, y sin señalar ni el tipo máximo del interés variable ni el plazo.

— No inscribible: Si aplicamos la doctrina de las anteriores resoluciones.

— Sí inscribible: Si entendemos que el interés variable es interés ordinario, sujeto a la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario, y, en consecuencia, la cantidad fijada como intereses en la constitución de hipoteca cubriría alternativamente los intereses ordinarios fijos y los intereses ordinarios variables en cuanto éstos no excedan del tipo fijo pactado, por idéntico plazo y en la medida que el deudor al tiempo de la reclamación deba al acreedor una cantidad inferior a los tres años pactados para los ordinarios fijos, en perjuicio de tercero (como así interpretaba la frase recogida por la Resolución de 12 de septiembre de 1972 TIRSO CARRETERO, *vid.* R. RIVAS, *op. cit.* Para mí esta garantía alternativa guarda analogía con el fideicomiso de residuo, donde el fideicomisario sólo hereda lo que quede a la muerte del fiduciario).

También puede ocurrir que la cláusula sólo diga: «... en garantía de los intereses legalmente reclamables hasta el máximo legal...». Y este caso se estará a lo anterior, interpretando la frase «hasta el máximo legal» en el sentido antes expuesto (*vid. supra*, I, A, b). O que la cláusula, después de fijar el tipo ordinario y establecer las reglas de cálculo del variable, diga: «... en garantía de los intereses legalmente reclamables al tipo del 20 por 100...», o «... hasta un máximo de... pesetas», sin fijar tipo y por cuantía superior a la resultante de calcular la cantidad al tipo fijo durante el plazo máximo legal, sea de tres o de cinco años —por ejemplo, un tipo fijo al 14 por 100. En este caso, la inscribibilidad derivaría de la consideración del interés variable como ordinario, entendiendo que puede fluctuar del 14 al 20 por 100 —en la primera modalidad— y teniendo en cuenta el tope máximo del interés variable —en el segundo— para comprobar si se ha cumplido el artículo 220 del Reglamento Hipotecario.

(III) *Interés ordinario, interés variable e interés de demora en una cifra.*

Alude el enunciado a aquellas cláusulas que indican: «... en garantía de los intereses pactados hasta el máximo legalmente reclamable».

— No inscribible: Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, entre otras. En materia de intereses y teniendo presente lo dicho en el punto anterior, estimo que no son inscribibles las cláusulas que los determinan si no se fija su cuantía o máximo de responsabilidad, interpretando las

resoluciones sobre la materia en el sentido de que se exigen la constitución de una hipoteca de seguridad y su responsabilidad no puede englobarse con otra de distinta naturaleza, indirectamente excluyen la posibilidad de garantizarlos con la cláusula de vencimiento anticipado.

(IV) *Interés variable y costas y gastos en una cifra.*

— No inscribible: *Vid. supra* y GARCÍA GARCÍA (RCDI, pág. 1496, citada).

(V) *Interés variable y prestaciones accesorias en una cifra.*

— No inscribible: *Vid. supra*. Los intereses tienen que estar específicamente determinados y, si dan lugar a su garantía con hipoteca de seguridad, la fijación de un máximo autónomo de responsabilidad es inexcusable.

* * *

Como quiera que en orden a la admisibilidad de las anteriores cláusulas, la clave está en la naturaleza jurídica del interés variable, y siempre habrá un tipo de referencia inicial a efectos de rescisión, podría entenderse —en fórmula ecléptica— que de su configuración jurídica dependerá de la voluntad de los contratantes, según los consideren intereses ordinarios —supuesto (II)— o los separen de éstos, constituyendo una hipoteca de seguridad, al modo de los moratorios, y con independencia de que aquéllos —los ordinarios— se garanticen o no con la hipoteca ordinaria.

II. *Intereses de demora.*

Sobre la naturaleza de estos intereses, *vid.* M. BALLESTERES ALONSO (*op. cit.*) y J. M. GARCÍA GARCÍA (RCDI, *cit.*). Hay que fijar el tipo.

a) Englobados con *costas y gastos*: No inscribible (RR. 14-II y 15-III-1935 y 29-X-1984).

b) Englobados con *intereses ordinarios*: No inscribible; obligaciones distintas, cifra autónoma (RR. 26, 29 y 31-X-1984).

c) Englobados con *prestaciones accesorias*: ¿Sí? o ¿no? por las Resoluciones de 26, 29 y 31 de octubre de 1984. Parece lo más recomendable exigir cifra autónoma de responsabilidad.

d) Con *cifra autónoma* de responsabilidad: Sí y sin el límite de los cinco años.

e) *Sin garantía*: Obviamente, no (*vid. Seminario de Cataluña, op. cit.*).

f) Con «de *condición resolutoria*»: No inscribible (*vid. supra*); sin embargo, M. BALLESTEROS (*op. cit.*) entiende que sí.

* * *

Otra cuestión es la que plantea el interés de demora variable, o fijado en relación al interés ordinario variable —ocurre cuando se pacta que el interés de demora será el que resulte de añadir tres o cuatro puntos al interés variable. En este caso necesitaríamos para inscribir esta cláusula que previamente sea inscribible la de interés variable y luego que se fije un tipo máximo de interés de demora o un máximo de responsabilidad. Si no, podría generarse confusión al inscribir la referente a la demora y denegar la referente al interés variable, por ser nula o por no haberse señalado cifra de responsabilidad, pues del Registro no resultaría la determinabilidad de los intereses de demora, y si se hiciese constar la cláusula de los variables, aunque sólo al efecto de determinar los de demora, la confusión podría ser aún mayor.

* * *

En base a la determinabilidad, y a pesar de los pronunciamientos anteriores, cabría analizar la cláusula por la que se establece una cifra única para intereses, ordinarios o de demora, y en perjuicio de tercero los ordinarios se fijan al X por 100 durante tres años, siendo coincidente la cuantía de la responsabilidad total con éstos. Cabría pensar que los de demora sólo quedarían garantizados en tanto restase una cantidad, al haber pagado el deudor los ordinarios. Sin embargo, y como quiera que son obligaciones distintas, lo mejor sería exigir una cifra autónoma de responsabilidad —como hacen las Resoluciones de 26. 29 y 31 de octubre de 1984 y recientemente la de 20 de mayo de 1987—.

* * *

El pacto por el que se fija *un interés superior* desde que se inicia el procedimiento de ejecución, interés de demora al fin y al cabo, es —según el Seminario de Valencia, *op. cit.*, pág. 687— inscribible como pacto lícito y sin limitación de cuantía. En definitiva, todo dependerá de la fórmula empleada y su encuadre en la hipoteca de seguridad.

* * *

111. *Anatocismo: Pacto de capitalización de intereses.*

Capitalización de los intereses pendientes al tiempo de la reclamación o capitalizables al tiempo del devengo junto con los de demora.

— No inscribible: Resolución de 20 de mayo de 1987, sólo puede extenderse la garantía hipotecaria a los intereses dentro de los límites pactados y legales —arts. 114 LH y 220 RH—. Y ello a pesar de los artículos 317 y 319 del Código de Comercio. Sobre responsabilidad hipotecaria fluctuante hay que tener en cuenta la Resolución de 2 de octubre de 1981.

28. *Cláusulas de estabilización.*

Nos referimos a las cláusulas de estabilización del capital, reguladas con carácter restrictivo en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario. La doctrina se ha ocupado sobradamente de ellas —ROCA, CAMY, CHICO Y ORTIZ...— antes y después de la reforma del Reglamento Hipotecario que las introduce en el número 3 del artículo 219, donde se señalan los requisitos que deben reunir —*vid.* ROCA: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, págs. 89 y ss., ed. cit.—| La relación existente entre el interés variable y la cláusula de estabilización del interés ya ha sido sucintamente tratada —*vid.* RIVAS, *supra*—.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1966 (*vid.* ROCA, *op. cit.*, pág. 88; Aranzadi núm. 305) declara que «... a través de la cláusula *rebus sic stantibus* la doctrina jurisprudencial patria ha elaborado la teoría de la llamada cláusula de estabilización o compensación, tendente a corregir la injusticia que represente en los negocios a largo plazo el mantener inalterable una contraprestación cuando fluctuaciones económicas han imprimido cambio radical y sensible que hace desmerecer el valor monetario que representa el precio...», deslindándolas de los pactos que simplemente pretendan alcanzar un aumento de la cuantía de las prestaciones de una manera fija, progresiva e indefinida (ROCA, *op. cit.*, pág. 88). Y, reconocida la licitud de éstas (STS 4-I-1951), sólo se admiten —*ex* arts. 12 LH y 219 RH y RR. 3 y 4-III-1952— las que rigurosamente se adapten al artículo 219, 3, del Reglamento Hipotecario, salvo lo dicho sobre los préstamos ahorro-vivienda —R. 12-IX-1972—. (*Vid.* R. RIVAS, *op. cit.*, págs. 700 y ss.; TIRSO CARRETERO, *RCDI* núm. 494, pág. 172.)

29. *Costas y gastos judiciales.*

Las costas y gastos judiciales son susceptibles de garantizarse con hipoteca de seguridad, señalando un máximo de responsabilidad de la

finca hipotecada por este concepto, conforme en distintos pronunciamientos, entiende la Dirección General. Otra cosa distinta es querer englobar la responsabilidad por costas y gastos con otras responsabilidades de distinta naturaleza, así como es curioso observar que al surgir de la ejecución hipotecaria, cuando se hace efectiva la garantía, nunca se haya pretendido incluir su responsabilidad con la cifra correspondiente a capital e intereses ordinarios; ya que en el primer caso se imposibilitaría la propia ejecución, al no existir certeza de la deuda exigible, y en el segundo colisionaría con el límite legal de los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario. En definitiva, su estudio se reduce a analizar las fórmulas que pueden emplearse para fijar la responsabilidad garantizada por este concepto. A saber:

A) *Cifra única de responsabilidad para intereses, costas y gastos.*

— No inscribible: Resoluciones de 29 de octubre de 1984, 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 y la doctrina; aquí no cabe por inapropiado plantear su garantía con el pacto de vencimiento anticipado —la obligación ya ha vencido—.

B) *Hipotecadas varias fincas, ¿pueden pesar las costas y gastos sólo sobre una de ellas?*

— Sí inscribible: Resolución de 19 de febrero de 1904 (*vid. ROCAMOLINA: Jurisprudencia Registral*, Ed. Bosch).

C) *Cifra única de responsabilidad para costas, gastos y prestaciones accesorias (u otros gastos).*

— Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987, si puede englobarse la responsabilidad con otros gastos, derivados de obligaciones de pago de la prima del seguro, anticipos preferentes a la hipoteca, gastos de comunidad y otros análogos, porque atienden a asegurar la obligación garantizada y a su efectividad —analogía con el artículo 6 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria—. Como vemos, en este supuesto se individualiza la obligación y se asegura con una cifra de responsabilidad, no con una cláusula de vencimiento anticipado. Es admisible, aunque ofrece dudas englobar obligaciones de naturaleza tan distinta, tan sólo unidas por su carácter accesorio.

— No inscribible: En el caso de que la cifra única de responsabilidad se establezca en garantía de «. . en general los gastos de esta operación satisfechos por el prestamista...» (R. 23-X-1987). Habría que especificarlos uno por uno.

30. *Pactos sobre extensión de la hipoteca.*

A) *Extensión a edificaciones.*

Artículo 110 de la Ley Hipotecaria: «... se entenderán hipotecadas juntamente con la finca, aunque..., siempre que correspondan al propietario... mejoras .. que no consistan... en nueva construcción de edificios...», salvo que medie pacto expreso.

a) Sin pacto expreso: artículo 110 de la Ley Hipotecaria.

Vid. BONILLA ENCINA (*BCNR* núm. 58, 1971; *TYNC* del *BCNR*, cit., pág. 264, marginal 56, tomo I).

La ausencia de pacto expreso extensivo a las nuevas edificaciones plantea una serie de dudas. Pues si se hipoteca el suelo, y ésta no se extiende al vuelo, ¿qué ocurriría en caso de ejecución?, ¿se ejecutará sólo el suelo y se adjudicará, creando —como dice BONILLA— imperativamente un derecho de superficie?, ¿superficie no sujeta a plazo?, ¿y si el edificio se divide horizontalmente y el suelo es elemento común no enajenable por separado?, ¿se ejecutará la hipoteca sobre todo (artículo 113 LH) y el dueño del vuelo tendrá preferencia para cobrar el importe de las edificaciones, aunque no se cubra el crédito del actor?... Estas preguntas se las hace BONILLA para destacar la confusa redacción del artículo 110 y las dificultades que de él derivan en orden a la seguridad y claridad de los expedientes de viviendas de protección oficial. Por mi parte, creo que los principales problemas serían extrarregistrales, ya que por el principio de accesión y por la regulación de la superficie en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria, parece claro que el título de propiedad sobre la edificación en base al derecho que le conceda el dueño del suelo no sería inscribible, salvo que se constituyera un derecho de superficie conforme al artículo 16, 1, del Reglamento Hipotecario —no podría constituir un derecho de elevación, pues al dar lugar a la constitución forzosa del régimen de propiedad horizontal, el suelo hipotecado como elemento común quedaría vinculado al edificio, y sin suelo no hay propiedad horizontal, aparte de que el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario presupone la existencia de un edificio, tanto en la sobreelevación como en la subedificación, y en cuanto la hipoteca afectase al suelo de la propiedad horizontal, debería consentir el acreedor hipotecario en la constitución del régimen a efectos de modificar la hipoteca y que sólo gravitase sobre los elementos privativos y cuotas del deudor hipotecario. En los demás supuestos estaríamos ante la patología de la cesión, y sería el Juez, si admite la tercería de dominio sobre la edificación, quien decidiera sobre los derechos del edificante.

b) Con pacto expreso: artículo 110 de la Ley Hipotecaria.

(I) *Extensión a edificaciones realizadas por el deudor.*

— Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987.

(II) *Extensión a las edificaciones realizadas por cualquier persona o tercer poseedor.*

— No inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987.

(III) *Extensión a las edificaciones sin especificar quién las realice.*

— Sí inscribible: Ya que se entendería conforme al artículo 110 que se refiere a las realizadas por el prestatario. El artículo 110 dice: «... siempre que correspondan al propietario...».

* * *

ROCA SASTRE (*Dictámenes jurídicos, cit.*, Ed. Bosch, dictamen número 100, pág. 1071), por su parte, entiende que la problemática del artículo 110 queda superada por el pacto expreso de extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones.

B) *Extensión a las indemnizaciones por seguro.*

La extensión a estas indemnizaciones que recoge el artículo 110, 2, de la Ley Hipotecaria no ofrecen mayor problema, es una aplicación del principio de subrogación, y dependiendo del deterioro del bien hipotecado, dará lugar o no a la ampliación de hipoteca o a la resolución del contrato. Hay que tener en cuenta en esta materia los artículos 40 a 42 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, las Resoluciones de 15 de junio de 1929 y 19 de noviembre de 1943, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1973 y 22 de octubre de 1983 y el comentario a este artículo 110, 2, de GARCÍA GARCÍA (*Código de la Legislación Hipotecaria, cit.*).

Cuestión aparte es la de la obligación impuesta al prestatario de suscribir una póliza de seguro de vida designando como beneficiario al prestamista, pacto que, en principio, parece lícito, pero de naturaleza personal y que no tiene nada que ver con la garantía hipotecaria —por lo que lo entendemos no inscribible, y de dudoso aseguramiento a través de la hipoteca de máximo, a menos frente a tercero que no asuma la obligación personal, pues sería un medio indirecto de obligarle a ello, y su finalidad no atiende a la conservación de la garantía, participando frente al Registro del *status* de la fianza personal o el aval bancario.

C) *Extensión a las indemnizaciones por expropiación forzosa.*

El el otro supuesto contemplado en el artículo 110, 2, de la Ley Hipotecaria, que no plantea especiales dificultades, como no sea la admisión del pacto por el que si se produce la expropiación, y el acreedor no se reintegra de la total prestación asegurada, el deudor venga obligado a la ampliación de hipoteca. Obligación que sólo tendría interés en el caso de expropiación parcial, pues si es total hecho efectivo el derecho de realización de valor, cubra o no el crédito asegurado, al acreedor no le queda otra que ejercitar la acción personal contra el deudor.

31. *Responsabilidad hipotecaria fluctuante.*

— No inscribible: Resolución de 2 de octubre de 1981, sobre hipoteca en garantía de un préstamo en moneda extranjera. La cifra de responsabilidad no puede ser fluctuante y que se determine en el futuro con arreglo a la cotización o cambio que resulta en el día del vencimiento de la obligación asegurada, sino que ha de aparecer plenamente determinada al constituirse la hipoteca. (*Vid. AMORÓS-PAU: Jurisprudencia Registral*, Ed. Tecnos, pág. 389).

32. *Certificación bancaria para determinar la deuda en las hipotecas ordinarias.*

¿Es aplicable el artículo 153 de la Ley Hipotecaria a las hipotecas ordinarias y, en su caso, a las hipotecas de seguridad?

— No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*RCDI. op. cit.*, pág. 1550), sólo es admisible en el caso del artículo 153 de la Ley Hipotecaria (interpretación restrictiva).

33. *Subrogación: Pacto de asunción de deuda.*

Los artículos 118 de la Ley Hipotecaria y 230 y 231 de su Reglamento se ocupan de la asunción de deuda, distinguiendo dos supuestos según se haya pactado o no en el contrato de compraventa de la finca hipotecada la subrogación del comprador en la obligación personal derivada del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, ya que la subrogación en la carga se produce en todo caso. Determinándose, en ambos supuestos, la eficacia de la asunción de deuda, y la necesidad del consentimiento expreso o tácito del acreedor a la misma para el supuesto de que se haya incluido dicho pacto en la compraventa. Y ello da lugar en la práctica a la inclusión u omisión de cláusulas sobre la materia en los contratos de préstamo con garantía de hipoteca, a saber:

A) *Pacto por el que el acreedor consiente anticipadamente la asunción de deuda por el comprador o compradores futuros de la finca hipotecada.*

. — Sí inscribible: Pacto válido con trascendencia frente a tercero.

B) *Subrogación forzosa en la obligación personal: BHE.*

— Sí inscribible en el caso del *Banco Hipotecario de España*, por imperativo legal —art. 95 de los Estatutos del BHE, RD 3-XI-1928, artículo 36 de la Ley de 2-XII-1872 y art. 13 del RD de 4-VIII-1928—. La subrogación es real y personal —STS 19-XII-1972; Aranzadi, *Leyes Hipotecarias*, ed. 1977—, forzosa y automática, por lo que sería indiferente la inclusión o no del pacto, pudiéndose excluir de la inscripción —si bien entendemos que si consta en la escritura es mejor inscribirlo, pues potencia la publicidad registral frente a cualquier interesado en conocer la situación jurídica de la finca, perito o lego en derecho.

Vid. GARCÍA GARCÍA: *Código de la Legislación Hipotecaria*, cit., página 58.

C) *Subrogación en caso de viviendas de protección oficial*

El artículo 6 del Real Decreto 3280/1983 dispone que la subrogación del nuevo adquirente en la obligación personal requiere la notificación al acreedor y cabría interpretar que la subrogación se produce en todo caso mediante el consentimiento tácito del acreedor —*vid.* art. 7, 1, del citado RD— o forzoso en la medida que la norma sólo prevé la notificación, no exigiendo el consentimiento del acreedor. El comprador está obligado a informar al Banco, pero nada más; o ¿acaso se establece para que al tener conocimiento el acreedor pueda oponerse? o ¿debe limitarse exclusivamente a examinar si el adquirente se encuentra dentro de los supuestos prevenidos legalmente? (*Vid.* art. 29 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre; *Legislación de viviendas de protección oficial*, MOPU, ed., Madrid, 1982, pág. 45; *vid.* GARCÍA GARCÍA. *Código Civil*, página 405).

D) *Pacto por el que se faculta al acreedor para dar por vencido el préstamo si el hipotecante enajena la finca sin haberse establecido en el acto de enajenación dicha asunción o asunción en el débito hipotecario por el nuevo adquirente.*

— No inscribible: Dirección General, carece de eficacia. ROCA (*Dicámenes jurídicos*, cit., dictamen 100, págs. 1071 y 1072) añade que, no obstante, debería admitirse el pacto en el caso de una Caja de Ahorro, por cuanto el BHE goza *de iure* de esta subrogación. Ahora bien,

nosotros entendemos que es distinta una subrogación forzosa y automática —BHE— de un pacto de vencimiento anticipado, ya que en el caso del BHE el adquirente se subroga, quiera o no, y no el otro, se trata de una imposición convencional que nunca por supuesto daría lugar al vencimiento anticipado por incumplimiento del pacto enunciado. Tal vez ROCA SASTRE se refiera exclusivamente al pacto de subrogación sin más. También admite el pacto de una cláusula penal, en caso de que la subrogación no se imponga al adquirente, pudiendo optar el acreedor por la resolución o por la pena (*vid. infra*, asunción de deuda en caso de hipoteca en garantía de rentas..., núm. 44).

34. *Pacto por el que se establecen condiciones que impiden o dificultan la ejecución de la hipoteca.*

La cláusula decía textualmente (ROCA *op. antes cit.*, dictamen 105, página 1099 y ss.): «... La exigibilidad de esta obligación que se constituye estará subordinada a la condición de que se acredite fehacientemente que la finca hipotecada tiene una cabida inscrita de 17 hectáreas, según el Registro de la Propiedad, a virtud del correspondiente expediente de dominio...».

ROCA considera dicha cláusula válida por el artículo 1.255 del Código Civil, calificándola de obligación principal sujeta a condición suspensiva que impide la ejecución hipotecaria; sin embargo, advierte —página 1102, *op. cit.*— que en la realidad judicial se incoó el procedimiento sin hacer caso de la condición suspensiva. No obstante, este supuesto plantea la duda de su admisibilidad, ya que el expediente de dominio sólo puede instarlo el propietario y no el acreedor hipotecario; y dejar su instancia al arbitrio del deudor convertirá la condición en potestativa. Otra cuestión es que se hubiese supeditado al cumplimiento de esa condición la entrega del capital o la propia obligación, ya que en este caso sí se hace depender el nacimiento de la obligación de una condición suspensiva; y, en consecuencia, la efectividad de la hipoteca.

35. *Pacto sobre domicilio para requerimientos y notificaciones en el procedimiento ejecutivo extrajudicial.*

A pesar de la analogía existente con el procedimiento judicial sumario, el artículo 130 de la Ley Hipotecaria no puede aplicarse al procedimiento extrajudicial. Las normas imperativas del judicial sumario deben interpretarse restrictivamente, ya que si bien en un principio se entendió que el pacto era válido —R. 4-VIII-1939—, tras la reforma del Reglamento Hipotecario la exclusión de un domicilio legal en el extrajudicial obedece a que se quiere que el domicilio sea el real —y no

el legal ni el fijado convencionalmente—. Así lo entienden LA RICA, ROCA SASTRE y RAFAEL RIVAS —*op. cit.*—, entre otros.

36. *Obligaciones personales y prestaciones accesorias.*

Sabido es que los derechos personales no tienen acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 7 y 9 del Reglamento Hipotecario, y, de haber sido inscritos, son cancelables, según recogen los artículos 98 de la LH y 51 y 353 de su Reglamento; y que en el caso del préstamo con garantía hipotecaria se inscribe la garantía y aquellos pactos, obligaciones y prestaciones de naturaleza personal que deben constar en el Registro para que la función aseguradora de la hipoteca sea posible. O sea, que si bien le hipoteca como garantía es accesoria del contrato principal, desde el punto de vista registral, al ser objeto de inscripción el derecho real, el derecho personal sólo accederá a él en cuanto sea imprescindible para configurar la garantía —el derecho personal, contrato de préstamo, será inscribible en función del derecho real, la hipoteca—. *Vid.* GUILARTE (*Comentarios al Código Civil*, T. XIII, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, ed. 1980) sobre la configuración jurídica de la hipoteca.

Y teniendo claro lo anterior, en la práctica el contrato de préstamo con garantía de hipoteca presenta en su contenido personal un entramado de obligaciones y prestaciones accesorias de la obligación principal asegurada, de distinta naturaleza y finalidad, que desdibujan la contraprestación del prestatario y el propio derecho real de hipoteca, en cuanto la ejecutabilidad de ésta se haga depender de obligaciones sin causa o del incumplimiento de obligaciones no aseguradas específicamente, que extralimitan la obligación de conservación de la finca hipotecada impuesta al deudor para la total eficacia del derecho de realización de valor —que es la hipoteca—, llegándose *de facto* a potenciar de tal forma la posición del acreedor, que bien pudiera pensarse que la ejecución queda a su arbitrio, y que la garantía constituida no es sólo una hipoteca, sino también una prenda sin desplazamiento de la posesión, sin perjuicio de la licitud de estas obligaciones y prestaciones que encajan dentro de las llamadas condiciones generales de contratación, propias de los contratos tipo o de adhesión, y quizá, sin tanto, el acreedor quedaría igualmente asegurado.

La problemática registral sobre la materia —excluidos los derechos personales— gira en torno a la cláusula de vencimiento anticipado y su naturaleza jurídica, de la que ya nos hemos ocupado en los comentarios contenidos en la nota 5, así como la licitud o ilicitud de las obligaciones modales en un contrato oneroso, según vimos; que si plantean diversas cuestiones en los contratos gratuitos —donde se admiten—,

mayores son aún en los onerosos —donde se rechazan—, y no es la menor de ellas su distinción de la condición resolutoria («... La diferencia entre la condición y el modo, aplicada al Derecho sucesorio, es clara, pues el evento de que depende o constituye la condición, vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o cargo para el sucesor potencial o actual, al pago que, en el modo, no hay obstáculo ninguno para que, el heredero o legatario, entre en posesión de los bienes que les corresponden y de los que adquieren el dominio, aunque deban cumplir el fin, destino o cargo que impuso el testador...» (STS 18-XII-1965); y dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965: «... La institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado...». (Vid. BONET CORREA, J.: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 335.)

Así pues, nos limitaremos a extractar algunas opiniones:

A) *Seminario de Valencia* (op. cit., pág. 690); son pactos personales:

1.º La obligación de conservar la finca con la diligencia de un buen padre de familia.

2.º La de asegurar la finca contra cualquier riesgo y pagar las primas del seguro.

3.º Pagar las contribuciones, impuestos y gastos.

4.º La facultad de obtener el acreedor una segunda copia de la escritura de hipoteca.

5.º Dar por vencida la obligación si se denegare o suspendiere la inscripción.

6.º Llevar la contabilidad con los requisitos que impone una buena administración, y permitir el deudor la inspección de los libros de contabilidad.

7.º Realizar lo necesario para obtener la concordancia entre el Registro y la realidad física.

8.º Derecho a inspeccionar la finca.

Dichos pactos sólo serán inscribibles si su incumplimiento produce el vencimiento anticipado de la obligación asegurada, a excepción de los contenidos bajo los números 4.º y 5.º, y añade un buen comentario: «... justificar la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito se de-

muestra con suma facilidad en la falta de pago, pero no en las demás causas de incumplimiento de la obligación... habría que acudir necesariamente a los juicios declarativos...» (¿y si el deudor paga la prima del seguro y no lo acredita ante el acreedor?, ¿y si cambia de compañía?, ¿cómo demuestra el acreedor ante el Juez el impago?, ¿por silencio del deudor?, ¿por ignorar el acreedor el domicilio real del tercer poseedor?... Por eso decíamos antes que el acreedor puede quedar plenamente garantizado, sin tanto pacto, y en el caso del seguro, constituyendo una hipoteca de máximo).

B) *Seminario de Aragón* (*op. cit.*, págs. 695 y ss.): Las obligaciones accesorias son aquellas obligaciones —que en unos casos son directamente traducibles en metálico, en otros lo son más indirectamente y en otros se trata de auténticas obligaciones de hacer— que surgen alrededor de la dineraria principal, asegurando y completando ésta (por ejemplo: intereses moratorios, intereses de gastos, gastos de escritura..., aseguramiento del bien hipotecado, reintegro de gastos satisfechos por el acreedor en nombre del deudor...). Son obligaciones lícitas, pero esto no basta; «... para que la efectividad de la hipoteca les alcance... es preciso... que se exprese el importe de las obligaciones aseguradas o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada por tales obligaciones accesorias o complementarias. Con las fórmulas actuales usuales... debería denegarse la inscripción de todas estas cláusulas... Se habla... de en garantía del capital prestado, intereses, costas y gastos... quedan fuera... O bien se dice en garantía de todas las obligaciones contraídas en este acto, pero luego sólo se habla de responsabilidad... por capital, intereses, gastos y costas, con lo que falta... el importe o la cantidad máxima por la que responde la finca con respecto a tales obligaciones accesorias...». El Seminario de Aragón aludido, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, entiende que son pactos lícitos, conforme al artículo 1.129 del Código Civil, salvo que se pretenda un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, e inscribible o no inscribibles según el contenido de cada una de ellas, y en los términos que ya expusimos con anterioridad.

C) RAFAEL RIVAS (*op. cit.*, págs. 700 y ss.) parece admitir la inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones estrictamente personales, al reforzarse con la condición resolutoria —siguiendo a CHICO Y ORTIZ—.

* * *

Sobre la cifra de responsabilidad en el caso de que las prestaciones accesorias se garanticen con hipoteca de seguridad, ya hemos tratado anteriormente. Las obligaciones tienen que estar bien determinadas y

suele admitirse —así, R. 25-X-1987— una cifra única para todas ellas, incluso conjunta con la de costas y gastos judiciales, lo que no deja de producir cierta indeterminación descartable.

37. *Cesión del crédito hipotecario: pacto de renuncia anticipada a la notificación.*

— Sí inscribible: Artículo 242 del Reglamento Hipotecario (*vid.* artículos 149 a 152 LH y 242 a 244 RH).

En esta materia, la regla general se recoge en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, y la excepción en su artículo 150. Y ello plantea dos cuestiones:

1.ª ¿Debe aplicarse el artículo 150 a la hipoteca cambiaria? GARCÍA GARCÍA (*Código de la Legislación Hipotecaria. cit.*) advierte el carácter de título transmisible por endoso de la letra de cambio, sin embargo, y teniendo en cuenta la jurisprudencia registral sobre la hipoteca cambiaria, que si bien aplica supletoriamente el artículo 154 de la Ley Hipotecaria a esto, no llega su equiparación plena, y siendo una figura carente de regulación, cabría interpretar restrictivamente el artículo 150 de la Ley Hipotecaria y exigir la notificación al deudor o el pacto de renuncia. Tal vez la transmisibilidad cualificadora de la letra de cambio requiera la aplicación del artículo 150 de la Ley.

2.ª ¿Al suprimir el artículo 150 de la Ley la notificación al deudor y la constancia registral de la cesión impone que no se practique asiento alguno de cesión a petición del cesionario? Entendemos que sí, a pesar de ser una hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador o de una hipoteca cambiaria, si el nuevo acreedor endosatario hace constar la cesión en escritura pública y solicita su inscripción, deberíamos inscribir la cesión en cuanto potencia la publicidad registral y a nadie perjudica, y sin que ello suponga que no existen otras cesiones ulteriores. A igual solución llegamos si se pacta en la escritura la necesidad de que se haga constar la cesión en el Registro, sin que ello prive de eficacia a la cesión extrarregistral —aunque en este caso podría interpretarse como pacto personal lícito no inscribible por inoperante, ya que la publicidad registral podría confundir al tercero, confundir y no perjudicar, en cuanto el acreedor será siempre el tenedor.

38. *Pacto de renuncia a la cancelación parcial.*

a) No inscribible: Artículo 124 de la Ley Hipotecaria. Resolución de 25 de noviembre de 1935.

b) Sí inscribible: Es válido el pacto si no se permite el pago par-

cial, por no pactarse nada o por pactarse así expresamente (art. 1.169 del CC), quedando sujeta su eficacia —en todo caso— a lo prevenido por los artículos 123 y 124 de la Ley y 221 de su Reglamento (caso de que se divida la finca hipotecada y pase una de ellas a tercer poseedor, o bien se hipotequen varias fincas).

RAFAEL RIVAS (*op. cit.*, pág. 2011) piensa que su admisibilidad depende de que se haya pactado o no en la escritura de hipoteca que el acreedor queda obligado a recibir pagos parciales, con la salvedad de que la finca se divida y pase a tercer poseedor (arts. 211 RH y 123 y 124 LH). Así lo entienden también CAMY y ROCA (*ops. cit.*): no es válido el pacto si se permite el pago parcial. Por su parte, la Dirección General, en Resolución de 27 de agosto de 1912, admite el pacto de pago parcial con subsistencia íntegra de la garantía hipotecaria.

39. *Aceptación de la hipoteca: ¿Expresa o tácita?*

¿Es necesaria la fórmula sacramental «acepta» la hipoteca el acreedor y el préstamo el deudor, o el contrato garantizado en todos sus términos, o puede admitirse como aceptación la comparecencia del acreedor o deudor o sus representantes y la ratificación del íntegro contenido de la escritura ante el Notario?

CAMY (*op. cit.*, t. VI, pág. 562) destaca la necesidad de la aceptación, aunque la misma se produzca en distintos momentos (STS 7-XII-1966), incluso habla de la aceptación tácita del deudor en algunas hipotecas a favor de los Ayuntamientos o del Estado.

40. *Renuncia al reembolso anticipado del crédito, total o parcial.*

El pacto, en principio, parece lícito e inscribible, ya que el plazo en las obligaciones se entiende, salvo que se exprese otra cosa, establecido a favor del deudor y del acreedor. Hoy día es habitual este pacto en las escrituras del Banco Hipotecario de España (*vid.* art. 1.127 CC).

41. *Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Requisitos: Características: Artículo 153 de la Ley Hipotecaria.*

1.º La cantidad máxima de responsabilidad puede incluir principal, intereses y costas (*vid.* ROCA, *Derecho Hipotecario*, cit., t. IV, vol. 2.º, páginas 791 y 806).

2.º Debe fijarse el tipo de los intereses (CAMY, *op. cit.*, t. IV, página 884), y no cabe la ejecución parcial por intereses no satisfechos (CAMY: esto sólo da lugar a un asiento de cargo en la cuenta corriente de crédito).

3.º Conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, debe constar expresamente si el plazo es o no improrrogable. MIGUEL VAQUER (*BCNR*, número 232, marzo de 1987) interpreta este artículo en el sentido de que el plazo debe entenderse improrrogable si no se pacta lo contrario, es decir, si no se hace constar expresamente la prórroga o si se omite el carácter del plazo.

42. *Hipoteca en garantía de operaciones bancarias.*

Es una hipoteca distinta de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, según advierte la Resolución de 16 de junio de 1936, y goza de la naturaleza de las hipotecas de máximo, a juicio de M. VAQUER (*op. cit.*).

43. *Hipoteca en garantía de varias deudas.*

— No inscribible: Seminario de Cataluña (Circular del CEH número 11, 1988); no puede pactarse una hipoteca en garantía de varios créditos, sin perjuicio de poderse pactar varias hipotecas con simultaneidad de rango, siendo un caso distinto de la hipoteca en garantía de una deuda constituida a favor de varios acreedores. Ya un seminario anterior (*op. cit.*, pág. 1515, marginal 330) destacaba, en este caso, la necesidad de especificar cuando se hipotequen varias fincas, al distribuirse la responsabilidad, por qué cantidad responde de cada crédito.

44. *Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas: validez del pacto que excluya la asunción de deuda.*

— No inscribible: F. RODRÍGUEZ LÓPEZ (*Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Ed Hesperia, Madrid, 1981, págs. 163 a 165, ficha 30) por dos motivos. uno teórico y otro práctico». Si el carácter *propter rem* del cual deriva el efecto asuntivo, es consustancial a la renta vitalicia, de tal modo que constituye un elemento integrante de su propia naturaleza jurídica, fatalmente ha de concluirse la invalidez del convenio que pretenda eliminar aquel esencial elemento...», y además, «... si la asunción de deuda derivada del artículo 157 debe considerarse establecida en beneficio de alguien es el acreedor de la renta; la adherencia de la obligación al inmueble es su mejor garantía.... el convenio no puede prosperar... a menos que el acreedor hipotecario lo consienta...».

* * *

Y con esto damos por concluido el presente estudio, que pretende la adopción en la calificación registral no ya de un uniformismo utópico

y rutinario, por demás empobrecedor del desarrollo jurídico de las instituciones, siquiera de unos principios generales unitarios e informadores de la función calificadoradora.

LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. 2, Ed. Revista de Derecho Privado, ed. 1984, Madrid.
- AMORÓS GUARDIOLA: «El *leasing* inmobiliario. .», en *RCDI*, núm. 569, 1985, páginas 863 a 926.
- AMORÓS GUARDIOLA y PAU PEDRÓN: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia*
- AMORÓS GUARDIOLA y PAU PEDRÓN: *Jurisprudencia Registral*. Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- BONET CORREA: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*. t. III, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- BONILLA ENCINA: Trabajos y Notas de Colaboración (TYNC del BCNR). en *BCNR*, número 58. 1971, pág. 264.
- CHICO y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, Ed. M. Pons, Madrid, 1982
- *Complemento al Derecho Hipotecario*, Ed. Montecorvo, ed. 1974.
- CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS: TYNC del BCNR. t. I, pág. 989.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. VI, Ed. Aranzadi, 1982, ed. 1985.
- DÍEZ-PICAZO: *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. 2, Ed. Tecnos, Madrid, 1975.
- BALLESTEROS ALONSO: «Dos notas sobre intereses. .», en *BCNR*, núm. 229, 1986, página 229.
- FERNÁNDEZ DE ARÉVALO Y DELGADO: *Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*. Ed. CEH del CNR, 1985.
- GARCÍA GARCÍA: *Código de la Legislación Hipotecaria y del Derecho Mercantil*. Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- «Un problema de hipoteca. .», en *RCDI*, núm. 582, 1987, págs. 1463 y ss
- GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, t. XXIII, Ed. Revista de Derecho Privado, ed. 1979-80, págs. 352 y ss. y 466 y ss.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, t. IV, 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1979.
- *Dictámenes jurídicos*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1984.
- ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia Registral*, Ed. Bosch, ed. 1980.
- RIVAS, R.: TYNC del BCNR, págs. 700 y ss.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, ficha 30, Ed. Hesperia, Madrid, 1981, págs. 163 a 165.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I-2, III, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1983.
- SEMINARIO DE ARAGÓN: TYNC del BCNR. años 1966-1985, Ed. CNR, Madrid, págs.
- SEMINARIO DE CATALUÑA: TYNC del BCNR, años 1966-1985, Ed. CNR, Madrid, páginas 1491 y ss.
- SEMINARIO DE VALENCIA: TYNC del BCNR, años 1966-1985, Ed. CNR, Madrid, páginas 686 y ss.
- VAQUER, M.: «Hipoteca en garantía de .», en *BCNR*, núm. 232, marzo de 1987, páginas 441 y ss.
- Textos legales (Código Civil —Cc—, Código de Comercio —Cco—, Ley Hipotecaria —LH—, Reglamento Hipotecario —RH—).
- Boletín Oficial del Colegio Nacional de Registradores (BCNR)*.

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI).

Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado publicados en la *RCDI* (1969-1982), Ed. CEH del CNR, Madrid, 1988, págs. 425 y ss. (Comentarios a la Resolución de 12-IX-1972, por TIRSO CARRETERO).

La publicidad registral y la legislación de cooperativas (*)

La publicidad de los hechos humanos puede conseguirse de muy variadas formas, que pueden ir desde el pregón de aldea, «echado» a golpe de corneta y tamboril, hasta el más complicado sistema de Registro moderno, pasando por los avisos fijados en los tabloneros de Ayuntamientos y Juzgados, los anuncios de prensa o las inserciones en los boletines oficiales correspondientes.

Todos estos sistemas pretenden en el fondo una misma cosa, a saber, que determinados sucesos sean conocidos por los hombres que hayan de tener una posterior relación con ellos. Lo que ocurre es que alguno de tales medios de publicidad pretende algo más, como es que lo que no se pregone, anuncie o registre pudiéndolo haber sido, se considere como si nunca se hubiera producido en la realidad y no pueda perjudicar a los demás, y, al contrario, que lo pregonado, anunciado o registrado se presume conocido por todos, sin que pueda alegarse su ignorancia.

Pues bien, hoy vamos a centrar en el examen de una de estas formas de «hacer publicidad»: la que tiene lugar a través de Registros Públicos, y lo vamos a hacer en relación con el instituto jurídico de las sociedades cooperativas.

Para conseguir este objetivo he dividido la conferencia en tres grandes apartados. En el primero de ellos examino la sucesiva y variada normativa que sobre publicidad de cooperativas ha producido nuestra historia legislativa más reciente en la seguridad de que esa trayectoria, por una parte, ha tenido que influir en la situación actual de la materia y, por otra, me van a permitir una visión global de su evolución, tanto teórica como práctica, y el consiguiente estudio de sus líneas maestras. El segundo apartado lo dedico a estudiar el sistema de publicidad vigente, con especial referencia, por su reciente publicación, a la Ley

(*) Conferencia desarrollada en «Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco», San Sebastián, noviembre 1987.

General de Cooperativas, ponderando los aciertos o desaciertos de dicho sistema y haciendo un examen de su actual problemática. Y, en la tercera parte, retomaremos el tema e intentaremos superar las dificultades actuales proponiendo, al menos dogmáticamente, una nueva solución para el futuro.

PRIMERA PARTE

TRAYECTORIA HISTORICA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS COOPERATIVAS EN LOS DERECHOS PATRIOS

Ya fuera debido al retraso con que el fenómeno del cooperativismo atravesara nuestras fronteras o porque el caldo de cultivo social (presupuesto necesario para la creación de la norma que lo ha de regular), no adquiriera la debida madurez al mismo tiempo que en otros lugares, el hecho es que la legislación sobre cooperativas en nuestra patria es decididamente reciente (1).

Efectivamente, el desarrollo que podríamos llamar con absoluta incorrección (pues nunca el cooperativismo ha tenido, en nuestro suelo, seamos sinceros, el éxito que inicialmente se le auguró), «masivo» de las cooperativas se produce en nuestro país entre los años treinta y los cincuenta, es decir, cuando el carácter marcadamente social de estos entes, debido a su fuerte vinculación con el trabajo, hizo pensar a los representantes de las ideologías en boga (tanto liberales como fascistas) que tales institutos serían válidos competidores de aquellos otros que, en el mismo proceso de producción, representaban al factor capital; me refiero a las sociedades de lucro y, dentro de ellas específicamente, a las sociedades anónimas.

Durante estos cuatro lustros, que acabamos históricamente de acotar, se produjeron, en nuestro país *dos paquetes de normas* sobre cooperativas:

- el promulgado por la Segunda República y compuesto por el Decreto de 4 de julio de 1931 (elevado a la categoría de ley por

(1) La exposición de motivos de la Ley de 1931 explica perfectamente la situación de partida diciendo: «En lo que va de siglo, señaladamente desde la terminación de la Guerra Mundial, la cooperación ha hecho progresos maravillosos en casi todo el mundo. Ni uno solo de los países de tradición cooperativa deja de mostrar avances grandes. Y muchos de los recién incorporados al movimiento desplegaron tal impulso que figuran ya a la cabeza». Y añade: «Con tan brillantes resultados contrastan el retraso y la pequeñez del movimiento cooperativo español. No faltan ejemplos destacados, más meritorios por haberse producido en ambientes poco favorables, pero ni el número ni la importancia de nuestras cooperativas se acercan siquiera a lo que el interés nacional demanda».

la de 8 de septiembre del mismo año), así como su Reglamento de 2 de octubre siguiente, y

- el dictado por el Nuevo Estado Nacional-Sindicalista comprensivo de la Ley de Cooperación de 2 de enero de 1942 (*BOE* del día 12), que permaneció vigente hasta 1978, como normativa reglamentaria de la posterior Ley de cooperativas de 1974 (por efecto de lo dispuesto en su disposición transitoria primera) y del Reglamento de Cooperación de 1943 (11 de noviembre).

A pesar de que sendos bloques de disposiciones respondieran a una ideología diferente (2), ambos llegan, sin embargo, a coincidencias asombrosas en materia de publicidad registral que basan exclusivamente en un registro administrativo, dependiente del Ministerio de Trabajo, cuya eficacia se reduce a lo siguiente:

- a) la inscripción tiene carácter obligatorio;
- b) la eficacia de la inscripción es constitutiva;
- c) la inscripción en el Registro atribuye la personalidad jurídica y subsiguiente capacidad para realizar actos y contratos jurídicos;
- d) la actividad de la cooperativa inscrita sólo puede comenzar después de practicada su inscripción;
- e) la inscripción es gratuita, y
- f) además, y únicamente en la legislación postrepública, con la inscripción en el Registro se suponía que la cooperativa quedaba incorporada a la Obra Sindical de Cooperación.

Resumiendo: la publicidad registral de las sociedades cooperativas se consigue durante este período de nuestra historia a través de un sistema de **REGISTRO UNICO Y PLENAMENTE ADMINISTRATIVO**, lo que significa, en definitiva:

Primero, que no es beligerante con relación a otros posibles registros, permitiendo que éstos cumplan sus cometidos con independencia y de acuerdo con los principios que los conforman (3).

(2) La exposición de motivos de la Ley del 42 ya lo advierte al decir textualmente: «Regidas las sociedades cooperativas por una legislación cuyo carácter social democrático era bien marcado, se dicta ahora una reglamentación de Derecho suficiente que organice y discipline en sentido jerárquico y unitario la acción cooperativa».

(3) Hasta este momento, las referencias legales relativas a la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades cooperativas eran escasísimas, dispersas e inconexas. Pero existían y un legislador previsor hubiera podido sacar de ellas el partido suficiente para elaborar una normativa que, incluida en el Reglamento del Registro Mercantil, hubiera hecho posible la incorporación de las sociedades cooperativas a este Registro.

Tales referencias legales eran: el artículo 124 del Código de Comercio, según

Segundo, que no produce todavía la virtualidad de que lo inscrito en él despliegue su eficacia frente a terceros al modo de los tradicionales registros sustantivos. La eficacia del registro se limita a atribuir la personalidad jurídica y a jugar el papel de los archivos-índice, estadísticos o de control. Ni la legislación del treinta y uno ni la del cuarenta y dos dedican una sola palabra a la consagración y reglamentación de principios de publicidad material.

En el año 1973 (4) se produce una reforma sustancial en materia de publicidad registral. Nos referimos a la reforma del título II del Código de Comercio, o sea, del dedicado a regular el Registro Mercantil.

Según esta reforma, en dicho Registro se podrían inscribir en lo sucesivo, no sólo las sociedades mercantiles (art. 16, núm. 1.º), es decir, las sociedades constituidas al amparo de lo dispuesto en los artículos 116 y siguientes del Código de Comercio; de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino también «cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción de acuerdo con las leyes y reglamentos (art. 16, núm. 5.º). Muchos entendieron entonces que dentro de tales sociedades se contaban las cooperativas.

Esta reforma, que aún subsiste, fue la causante de que la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, sobre sociedades cooperativas, y su Reglamento de 1978, a diferencia de lo que sucediera en la normativa anterior, en la que, como hemos dicho, la publicidad de tales entidades estaba basada en un sistema de Registro único, estableciera un *SISTEMA DE PUBLICIDAD DE DOBLE REGISTRO*: el de cooperativas y el mercantil.

Parece como si el legislador, a la vista de la reforma sufrida por el Código de Comercio, hubiera adoptado una posición transaccional en la lucha mantenida durante tiempo por conseguir el protagonismo histórico entre los dos principios contrapuestos de orientación ideológica en materia de cooperativas, esto es, el laboral, supeditado a intereses sociales y comunitarios, pero, como decía VICENT CHULIÁ en los encuentros del año pasado, históricamente marcado por un «prejuicio antimercantilista», y el empresarial o mercantil, de naturaleza liberal e individualista y

el cual .. «las cooperativas de producción, de crédito o de consumo sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a las mismas» y el artículo 192 del Reglamento del Registro Mercantil que con ocasión de describir el contenido de los datos estadísticos que los Registros Mercantiles deben remitir periódicamente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, se refiere a las Cooperativas de depósito y a las de producción, de crédito y de consumo.

(4) Se prescinde del estudio del Reglamento de Cooperativas de 1971 porque nada nuevo aporta a la publicidad registral de las mismas.

supeditado a la idea de lucro económico. De acuerdo con el primero de estos principios, la publicidad registral de las cooperativas debe encomendarse a un Registro especial, constituido y controlado por la Administración Pública. Por el contrario, el segundo principio prefiere confiar dicha publicidad a los Registros tradicionales de naturaleza jurídico-privada que garanticen una actuación independiente frente a los poderes públicos.

La posición de tregua inicialmente adoptada por el legislador en la reforma que nos ocupa, es, sin embargo, más aparente que real, pues se ve posteriormente negada por dos hechos:

a) El grado de intensidad con que actuaban los dos Registros a la hora de publicar los actos concernientes a las cooperativas era diferente. El Registro Administrativo de Cooperativas soportaba la mayor parte de esta tarea por cuanto que —como decía su propia exposición de motivos— concentraba tanto las funciones estrictamente calificadoras y registrales como las de coordinación, propuesta y recurso con lo que era propiamente en su seno donde tales entidades nacían se desarrollaban y extinguían. Por el contrario, el Registro Mercantil se limitaba a desplegar paralelamente una función de complemento o de publicidad de segundo grado, ya que en él se habría de practicar exclusivamente una toma de razón de los actos que antes se habían inscrito en el de cooperativas.

En otras palabras, la inscripción propiamente dicha de los actos concernientes a las cooperativas se realizaba en el Registro administrativo de siempre y allí adquirían plena eficacia hasta el punto de agotar prácticamente la publicidad de los mismos, debido a la nueva normativa de principios registrales con que fue dotada. Sólo después, los mismos actos, ya inscritos, accedían al mundo de la publicidad mercantil mediante una simple toma de razón.

Este papel secundario del Registro Mercantil, lo anómalo que supone para este tipo de Registro el sistema de toma de razón y la ausencia de una norma sancionadora de la omisión de su práctica, motivaron que, en la realidad, las tomas de razón no fueran buscadas por los interesados y su número resultara escasísimo (5).

b) Para mayor desventaja del Registro Mercantil frente al de Cooperativas, el débil protagonismo atribuido al primero en la tarea de publicar a los entes cooperativos (esa simple toma de razón de la que hablábamos) no se extendía a todo género de cooperativas: se reducía

(5) Entre los años 1978 y 1983, las tomas de razón contabilizadas en el Registro Mercantil de Madrid fueron 26.

a la de aquellas en las que era obligatoria la designación de un órgano de dirección (art. 72 del Reglamento).

Por tanto —si me permite un símil deportivo—, los dos Registros en liza serían, durante esta etapa, compañeros de equipo en la carrera por conseguir la publicidad registral de las cooperativas, pero el Mercantil había recibido la orden de ir «a la rueda» del Administrativo, y éste la de ocupar la cabeza para mandar la carrera.

Volviendo a la Ley de Cooperativas de 1974, su aporte más trascendental a la publicidad de las cooperativas consiste en que el Registro de Cooperativas, que en la legislación anterior no había dejado de ser un Registro de mera eficacia administrativa, alcanza carácter sustantivo y eficacia *erga omnes* al ser dotado de unos principios registrales idénticos a los que establece la legislación hipotecaria para el Registro de la Propiedad.

Efectivamente, el Reglamento de la Ley de Cooperativas, de 16 de noviembre de 1978, dedica, a la regulación del Registro de Cooperativas, el capítulo VIII (arts. 86 al 92, a.i.). A través de lo dispuesto en estos preceptos, se proporciona al citado Registro, un valor jurídico semejante al de los Registros de publicidad material.

Comprobémoslo:

Primero. Por lo que respecta a los principios de orden registral:

a) El principio de exactitud y veracidad se establece en el número 7 del artículo 86 cuando se dispone que «el contenido de los Libros del Registro se presume exacto y válido».

b) El principio de publicidad material en su aspecto positivo se establece en el apartado 3 del mismo artículo al decirse que «se presume que el contenido de los Libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia».

c) El principio de publicidad formal se regula en el apartado 5 del artículo 86, a cuyo tenor «el Registro General de Cooperativas es público». Esta publicidad se hará efectiva mediante la manifestación de los libros y documentos del archivo o de certificación expedida por el encargado del Registro».

d) El principio de legalidad resulta del mismo apartado anterior cuando dice «todos los documentos sujetos a inscripción...» estarán sometidos a calificación a fin de que a los libros accedan los títulos que han cumplido los preceptos legales de carácter imperativo. La calificación se basará en lo que resulte de los documentos presentados y en los correspondientes asientos del Registro. Como resultado de la calificación se procederá a la extensión, suspensión o denegación del asiento solici-

tado, según sean correctos los títulos o adolezcan de faltas subsanables o insubsanables. Si como consecuencia de la calificación, se suspendiera o denegara la inscripción de un título, se extenderá anotación preventiva, en tanto se subsanen los efectos o se resuelva el recurso».

También se regulan los principios registrales de titulación pública y auténtica y de rogación.

Segundo. Por lo que respecta al valor de la inscripción y de sus efectos, el Reglamento de 1978 consagra el valor no sanatorio de la misma (la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos conforme a la Ley); su carácter declarativo (salvo en materia de constitución, modificación de estatutos, fusión, absorción, escisión y disolución de entidades cooperativas donde la inscripción tiene carácter constitutivo); su naturaleza voluntaria pero estimulada (pues no podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en la omisión, ni los acuerdos tomados por los órganos sociales podrán ser aplicados válidamente por la cooperativa en tanto no le sea notificada a ésta la correspondiente inscripción). Por último, los asientos del Registro, si no tienen amparo jurisdiccional, como los que se practican en los de la Propiedad o Mercantiles, al menos la tienen administrativa, y será necesario que se declare su inexactitud o nulidad para que dejen de producir sus efectos y sin que por esto se perjudiquen los derechos adquiridos por terceros de buena fe en el intervalo correspondiente.

¿Qué ha sucedido aquí? ¿Cómo se ha transformado el primitivo y simple Registro del cuarenta y dos en este nuevo Registro dotado de una eficacia semejante a la de los Registros jurídicos clásicos?

EMILIA CASAS BAAMONDE, en la conferencia dada aquí mismo el año pasado, nos advertía del procedimiento que el Derecho cooperativo había seguido para adquirir su independencia legislativa: «Tomar a préstamo técnicas de la legislación mercantil a través del expediente de incorporar a su seno preceptos materialmente mercantiles». Pues bien, esto es precisamente lo hecho por el legislador de 1974-1978. Nadie mejor que los que hemos estudiado y seguimos aplicando la legislación hipotecaria podemos reconocer su letra y su música. Pues bien, las empleadas por el Reglamento de Cooperativas de 1978 para plasmar los principios registrales, nos hace pensar que el plagio también se usa entre legisladores.

SEGUNDA PARTE

PUBLICIDAD REGISTRAL DE COOPERATIVAS:
SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

Llegamos ahora, en nuestro recorrido histórico normativo, a la Constitución de 1978, que, por un lado, permite delegar en las Comunidades Autónomas, a través de los respectivos Estatutos de Autonomía, la regulación de las materias relativas al cooperativismo y, por otro, declara de la competencia exclusiva del Estado central, la ordenación de los Registros Públicos (art. 149, núm. 8, de la CE).

Con estas declaraciones, la problemática tradicional de las cooperativas se acrecienta con dos nuevos problemas: uno de competencia legislativa y organización registral y otro de dispersión y pérdida de unificación normativa.

El primero de estos problemas lo trató en los encuentros del año pasado CASAS BAAMONDE y a su trabajo me remito (6).

Por lo que respecta al segundo diremos ahora que, a causa de la citada delegación constitucional, empiezan a publicarse leyes autonómicas de cooperativas que, como era de esperar, no siempre se inspiran en idénticos principios ni discurren por similares cauces, lo que ha producido, en ocasiones, una diversificación normativa errónea y desorientadora que se ha tratado de corregir mediante disposiciones posteriores de carácter armonizador. Este es el caso de la Orden Ministerial de 5 de septiembre de 1984, por la que se determina la competencia del entonces Registro General de Cooperativas en relación con las que desarrollaban actividades de ámbito supraautonómico.

En este momento existen publicadas las siguientes leyes autonómicas:

1. Ley vasca de cooperativas de 11 de febrero de 1983.
2. Ley catalana de cooperativas de 9 de marzo de 1983.
3. Ley andaluza de cooperativas de 2 de mayo de 1985.
4. Ley valenciana de cooperativas de 25 de octubre de 1986.

Toda esta legislación autonómica coincide en encomendar la publicidad de las cooperativas a un Registro administrativo, guardando un generalizado y significativo silencio (a excepción de la legislación vasca, como luego veremos) en torno a las posibilidades del Registro Mercantil en esta misma misión. Incluso la Comunidad valenciana ha publicado

(6) Regulación jurídica de las cooperativas: distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

un Decreto, el 136/1986, de 11 de noviembre, organizando un Registro autonómico de cooperativas.

Por último, hace poco más de un semestre, se ha promulgado la Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril, aplicable directamente en las autonomías que no tengan legislación sobre cooperativas y, en defecto de norma especial autonómica, en las que dispongan de ella.

Esta Ley, al robustecer, por un lado, la eficacia del Registro de Cooperativas y suprimir, por otro, toda referencia a la posterior toma de razón en el Registro Mercantil, vuelve a restablecer un SISTEMA DE PUBLICIDAD REGISTRAL DE COOPERATIVAS BASADO EN UN REGISTRO UNICO Y ADMINISTRATIVO, pero, ahora, DE EFICACIA MATERIAL.

Analicemos brevemente la naturaleza del actual Registro de Cooperativas.

I. Es un Registro UNICO porque solamente él va a tener protagonismo en la publicidad de las sociedades cooperativas, debido a su propia suficiencia y a la supresión de la toma de razón en el Registro Mercantil.

Efectivamente, que el legislador prescinde de la colaboración del Registro Mercantil en la tarea de publicar a las sociedades cooperativas lo demuestran los dos hechos siguientes:

a) Los artículos que en el anterior Reglamento de Cooperativas prescribían dicha toma de razón (arts. 72. 1 y 2: 83 y 84) han sido sustituidos en la nueva Ley por otros equivalentes (6, 15, 92, *d*), y 114) en los que se ha suprimido precisa y exclusivamente la referencia a dicha toma.

¿Cuáles pueden ser las razones que han inclinado al legislador para prescindir del Registro Mercantil en la tarea de publicar las cooperativas?

Se alegan unas razones y se pueden imaginar otras, pero, a nuestro entender, ninguna de las expresamente invocadas resiste la más ligera crítica.

Por ejemplo, la Ley vasca de cooperativas por medio de su exposición de motivos justifica esta especie de *apartheid* del Registro Mercantil en el doble hecho de que «la calificación del Registrador se reducía a transcribir textos ya calificados por la autoridad laboral» y de que «el Registro Mercantil carecía de libro especial dedicado a las cooperativas».

A lo primero puede contestarse diciendo, por un lado, que lo importante no es cómo consigue la publicidad, sino si se cree en la necesidad de que ésta se lleve o no además por otro Registro distinto del admi-

nistrativo y, por otro, que cuantas veces ha ocurrido y sigue ocurriendo que dos Registros compartan el trabajo de publicar una misma realidad (actualmente, las agencias de viajes, las instituciones de inversión colectiva, las sociedades anónimas laborales, las editoras, las sociedades de vigilancia y seguridad, entre otras). A lo segundo sólo cabe oponer su propia intrascendencia porque la misma Ley podía haber creado directamente el libro echado en falta o haber modificado el Reglamento del Registro Mercantil en el mismo sentido.

También se ha invocado la simplificación de trámites como causa de la exclusión del Registro Mercantil en la función de dar publicidad a las cooperativas. El trámite de la antigua toma de razón no era ni tenía que ser complicado, ni lento ni económicamente gravoso. No nos engañemos, lo que se pone en juego no es una reforma burocrática del tipo que ahora se denomina de «ventanilla única», simplificadora de papeles, colas o pólizas, sino de una reforma sustantiva del régimen legal de publicidad de las cooperativas en el que se involucran razones de muy diverso tipo, más de naturaleza política que jurídica.

Efectivamente, durante las discusiones de la Ley de Cooperativas en la Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de los Diputados (sesión del día 9 de diciembre de 1986), el señor Blanco García (Grupo Socialista) revelaba las razones que, a juicio de su grupo, decidían el no llevar la publicidad de las sociedades cooperativas al Registro Mercantil, diciendo: «Nosotros pensamos que, con independencia de que ya hay una tradición legislativa española que hace que el Registro de Cooperativas se enmarque en el Ministerio de Trabajo, en la Dirección General de Cooperativas, desde la Ley de 1974...» «La vinculación de las cooperativas al Registro Mercantil, además de dificultar la labor de asesoramiento a los promotores...» «En la constitución de las mismas...» «representaría una mayor complejidad en la tramitación y un mayor coste económico para las sociedades cooperativas...». A lo que el señor Ramírez González (Grupo Popular) le contestó que «la tradición, como elemento para mantener el Registro del Ministerio de Trabajo, no es razón fundamental importante de orden jurídico, político, social o económico» y que la complicación administrativa y el costo de la inscripción son problemas que dependerían de la forma en que se montase el servicio. Y añadía «es simplemente el ánimo que subyace de controlar el movimiento cooperativo en un Registro político, en un Registro no independiente».

En esta última observación radica, como se dice en román paladino, la madre del cordero. En mi opinión, el legislador de 1978 y, ahora, con mayor radicalismo, el de 1985, que empieza a darse cuenta de algunas de las ventajas del régimen político anterior, prefirieron elegir de

entre las posibles soluciones alternativas de que disponian, una más política que jurídica y que consiste en concretar todo el esfuerzo de publicidad en un Registro dependiente de la Administración y, por tanto, controlado y subordinado a la misma. Quiso hacerlo, podía hacerlo y lo hizo. Otra cosa es, desde luego, que conviniera hacerlo. Personalmente creo que el legislador podría haberse producido con un mayor rigor, no ya sólo científico (debería haber recapacitado sobre la coincidencia de que, como luego veremos por extenso, no existen tales Registros en el mundo del Derecho comparado europeo) y práctico (debería haber considerado el gasto público que supone establecer un servicio administrativo de nueva planta), sino incluso progresista y moderno (la corriente política actual se orienta hacia una mayor liberalización del intervencionismo estatal en materia económica y un mayor apoyo en lo privado para solucionar los problemas sociales).

b) Determinados actos y hechos concernientes a las cooperativas que vivían en la legislación anterior al socaire exclusivo del Registro Mercantil, dado su carácter universal y su común aplicación a todos los sujetos de Derecho, pasan ahora a publicarse en el Registro de Cooperativas.

Nos referimos a las emisiones de obligaciones y a las resoluciones judiciales de suspensión de pagos y quiebras.

En lo que concierne a las emisiones, el Reglamento de Cooperativas de 1978 decía en su artículo 41, 2, que el régimen de emisión de las obligaciones por parte de las cooperativas, se ajustaría a lo dispuesto en la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, es decir, la que regula las emisiones de obligaciones por sociedades distintas de las anónimas. Como, según esta Ley, son requisitos inexcusables de las emisiones la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, éste tenía necesaria intervención en la válida realización de aquéllas. Ahora, la vigente Ley de Cooperativas ha absorbido esta función, como lo demuestra el artículo 81, 4, cuando, después de reconocer la capacidad de estas entidades para emitir obligaciones, previo acuerdo de la Asamblea general, añade: «debiendo practicarse las oportunas inscripciones en el Registro de Cooperativas».

La consecuencia es importante, pues el régimen hasta hoy vigente sobre publicidad registral de emisiones se modifica por la Ley 2/1985, al crear un privilegio en favor de las cooperativas, las cuales, de ahora en adelante, y a diferencia de lo que tiene que observar cualquier otro sujeto de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico (particulares —sean o no comerciantes— y personas jurídicas —sean o no sociedades—), inscribirán las emisiones de los títulos que representen o creen una deu-

da de ellas para con terceros en su propio Registro y no en el Mercantil.

Por lo que respecta a las resoluciones judiciales de suspensión de pagos y quiebras de cooperativas, el artículo 115 de la nueva Ley mantiene lo que ya sostenía el artículo 41 del Reglamento de 1978, es decir, que a las cooperativas les será aplicable la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras, pero con la diferencia innovadora de que la providencia judicial por cuya virtud se tenga por solicitado alguno de estos estados de insolvencia deberá inscribirse en el Registro de Cooperativas. He aquí otro caso de privilegio de publicidad en favor de las cooperativas, cuya concesión se produce no obstante decirse que quedarán sometidas a la legislación general.

II. Que el Registro de Cooperativas es un Registro ADMINISTRATIVO lo demuestra su adscripción, según los casos, a las Administraciones públicas central o autonómica; su gestión por funcionarios dependientes de las mismas y la utilización de mecanismos y figuras propias del Derecho administrativo como el silencio administrativo. Por todo ello dice el artículo 28 de la Ley que en cuanto a plazos, recursos, personación en el expediente, representación y demás materias no reguladas expresamente se estará a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, cuyas normas regirán con carácter supletorio.

III. A pesar de lo anterior, el Registro de Cooperativas es un Registro de PUBLICIDAD MATERIAL o eficacia *erga omnes*. Ya lo era en la Ley anterior (lo hemos dicho más arriba), pero lo va a ser más —valga la expresión— en la nueva. En ésta se ha refundido, mejorado y completado la materia concerniente a los principios registrales.

Así, por ejemplo: *a*) la nueva Ley declara expresamente que el Registro que estudiamos se regirá por los principios de publicidad material y formal, legalidad y legitimación (art. 18, 2); *b*) incluye a los actos de escisión —fusión y descalificación de cooperativas en la lista de los supuestos de inscripción constitutiva— (art. 19); *c*) aclara lo que debe entenderse por faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los títulos inscribibles (art. 20); *d*) regula las clases de asientos y la forma de extenderlos (art. 21); *e*) especifica la clase de títulos que, en cada caso, se precisan para producir la inscripción según la naturaleza del acto a quedar reflejado en el Registro (arts. 22 v 23); *f*) establece los plazos de presentación de los documentos (art. 25), y *g*) corrige la omisión sufrida en la Ley anterior al no regularse el principio de tracto sucesivo (art. 26), entre otros aspectos que no enumeramos por brevedad.

En fin, el Registro de Cooperativas nada tiene que envidiar a los de

la Propiedad y Mercantiles en organización y posibilidades con que llevar a cabo la publicidad de los actos concernientes a tales entidades.

TERCERA PARTE

INTENTO DE UNA NUEVA CONSTRUCCION DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS COOPERATIVAS

Aunque prive de «suspense» a la conferencia, les adelanto su final. Yo creo en dos cosas: primera, que, en el futuro, las sociedades cooperativas volverán a publicarse exclusivamente en el Registro Mercantil y, segunda, que, en la actualidad, es posible la construcción en nuestro Derecho de un sistema de publicidad de doble registro que utilice a la vez los servicios del de Cooperativas y del Mercantil.

Justificamos a continuación estas convicciones:

Digo que creo en el retorno de las sociedades cooperativas al Registro Mercantil por los cuatro motivos siguientes:

1. España se ha incorporado hace muy poco tiempo al Mercado Común, lo que necesariamente va a llevar aparejado un proceso de adaptación de nuestro futuro comportamiento a una serie de formas de ser y de actuar que durante años se han ido «llevando» en el seno de la Comunidad. Tales formas (no sólo económicas, como pobremente podría pensarse, sino también jurídicas y sociales), tendrán que ser asumidas tarde o temprano por nuestra sociedad. Pues bien, en materia de publicidad de cooperativas, ningún país desarrollado miembro de la Comunidad tiene establecido Registro especial de cooperativas. La publicidad de estos entes se encomienda a los Registros Mercantiles correspondientes (7). Es más, la recomendación de la OIT (organismo internacional que no se debe tener por sospechoso en materia social), la número 127, aconseja establecer Registros especiales de cooperativas úni-

(7) En el debate de la Ley de Cooperativas en la Comisión de Política Social y de Empleo se resumió este Derecho comparado europeo de la siguiente forma: «La Ley alemana de 1898, un texto adaptado y reelaborado posteriormente y que está en vigor en aquel país, establece en su artículo 10 que el Registro de cooperativas se mantiene en el Juzgado competente para el Registro Mercantil correspondiente. La Ley italiana en vigor establece en el artículo 2.519 que el acto de constitución de las cooperativas debe ser depositado en el término de treinta días para su inscripción en el Registro de Empresas. Exactamente igual sucede con la Ley que regula el Código federal suizo en vigor, en donde el artículo 835 dice que la sociedad se inscribirá en el Registro Comercial. La Ley de Luxemburgo y la Ley belga establecen también la inscripción en el Registro Mercantil.

camente en aquellos países del mundo que estén en vías de desarrollo. Es inimaginable, por tanto, que España pretenda permanecer en el mapa jurídico de la Europa comunitaria como el único ejemplo de baluarte de defensa empedernida de un tipo de Registro tercermundista.

2. La publicidad de las sociedades cooperativas, desde 1978, ha sido a todas luces enteca y está llamada a serlo más por causa de las Autonomías. Me explico. Los Registros autonómicos van a resultar eficaces para dar publicidad de las cooperativas que radiquen dentro del territorio de la autonomía, pero prácticamente inútiles para conseguirla a escala nacional. Este tipo de Registro está llamado a ser, cada día que pase —permítaseme la expresión—, más «provinciano» si lo comparamos con el área geográfica (competencia) y la cifra de población de la Comunidad (destinatarios) a los que necesita extenderse. Además sus medios de publicar son en todo caso más pobres y débiles que los del Registro Mercantil, de ámbito y competencia nacionales y conectado con los Registros Mercantiles de otros países comunitarios, a través del que se convertirá en *Boletín Europeo del Registro Mercantil*.

3. Debido a lo dicho en el punto anterior, las cooperativas de cierta envergadura que deseen ser conocidas no sólo en el interior sino en el extranjero y se sientan capacitadas para competir en régimen de libre mercado con otras entidades de la industria o el comercio nacional y comunitario, buscarán la forma de publicar sus objetos, su solvencia y su situación jurídica general a través de un Registro que tenga más posibilidades de llegar a todos los rincones del país y de la Comunidad, debido a su expansión, celebridad, eficacia, medios, etc., como es el Mercantil (8).

4. Por último, el propio Registro Mercantil, si quiere seguir representando en un futuro inmediato el papel que justifica su existencia, deberá transformarse de manera fundamental, perdiendo su carga histórica de antigua matrícula de comerciantes y convirtiéndose en un Registro de empresas y demás personas jurídicas, en que se acoja a toda entidad que prescindiendo de su ánimo de lucro intervenga en actividades no sólo comerciales o industriales, sino culturales, sociales e incluso políticas.

Pero también les anunciaba antes que soy de los que creen que, a la vista del Derecho actual de nuestra patria, se puede mantener la posible existencia de un sistema de publicidad doble para las sociedades cooperativas.

El punto de partida de mi argumentación lo tomo de la doctrina

(8) Tenemos noticia de que algunas cooperativas han consultado ya sobre esta posibilidad a los Registros Mercantiles de Vizcaya y Guipúzcoa.

establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 72/1985, de julio, ratificada por la 44/1984, de 27 de marzo.

En estas dos sentencias el insigne Tribunal sostiene la distinción entre «las actividades y relaciones instrumentales de las sociedades cooperativas con terceros, en las que actúan como cualquier otra persona jurídica privada y las actividades cooperativizadas, que son las relaciones societarias internas de las cooperativas con sus socios y que constituyen las funciones típicas de esta clase de sociedades».

Con esta teoría, el citado Tribunal traslada al terreno constitucional la ya establecida en el Derecho privado acerca de la evidente hipostasis de dos naturalezas distintas en la persona única de las cooperativas: la privada y la social (*vid.* art. 124 C. de C.).

Como es lógico, la Ley recientemente publicada no es ajena a esta doctrina. La disposición final primera habla de «las relaciones de carácter cooperativo interno que resulten definitivas de su objeto social cooperativizado...», «entendiéndose por tales...» «las de las cooperativas con los socios», pero también alude a «las relaciones que se establezcan con terceros». A su vez el artículo 3 regula las operaciones con terceros que no sean socios y la exposición de motivos reconoce que una de las innovaciones de la nueva norma «es la que se refiere a la posibilidad de que las cooperativas puedan realizar operaciones con terceros no socios aun cuando no concurren circunstancias excepcionales.

Lo que ocurre es que la nueva Ley, a pesar de su modernidad, sigue anclada en los principios tradicionales del cooperativismo clásico y ya sea por prurito de purismo, bien por apartar a las cooperativas de toda tentación extrasocial, manteniéndolas puras de una posible contaminación procedente del mundo mercantil o del deseo de lucro o, en último término, por miedo a crear una especie de competencia en el mundo de las empresas, continúa regulando las operaciones con terceros con un criterio de excesiva prudencia.

Volviendo a la doctrina constitucional, dos son las conclusiones que debemos sacar de ella:

1. En las actividades de las cooperativas con terceros no socios, éstas se comportan como una persona jurídica privada más.
2. Las relaciones societarias internas de las cooperativas, es decir, las que éstas mantienen con sus socios, constituyen las típicas de este tipo de sociedades.

Si ponemos en relación dichas premisas con el principio de especialización de los Registros públicos según el cual a cada uno de ellos le corresponde una parcela de la publicidad registral, precisamente aquella

que le corresponde en función de la naturaleza de los actos a publicar, debemos necesariamente concluir que:

Las relaciones cooperativas externas, aquellas que las cooperativas llevan a cabo como cualquier otra persona jurídica y que no tienen otra relación con el cooperativismo que el tener por sujeto activo a una cooperativa deben reservarse a la publicidad de un Registro que podríamos llamar clásico y de entre éstos al Registro Mercantil. En cambio, las relaciones específicas de las cooperativas, aquellas que le son consustanciales, deben publicarse por medio de un registro específico y con carácter especial, o sea, el de Cooperativas.

Este punto de vista es, a mi juicio, el correcto para realizar el intento que se enuncia en el título de esta tercera parte:

- a) porque consiste en un criterio que parte de la naturaleza misma de las cooperativas:
- b) porque parece el más justo al respetar las áreas de publicidad de cada Registro;
- c) porque se puede implantar en nuestro actual ordenamiento con facilidad y sin grandes reformas.

Ambos Registros, al estar dotados de los mismo principios registrales, producirían los mismos efectos de publicidad material respecto de los actos que publicaran. El Administrativo se regiría por la legislación especial de cooperativas; estaría adscrito a los órganos administrativos centrales o autonómicos competentes según las disposiciones en vigor y estaría a cargo de los empleados públicos a quienes se les confiara. A su vez, el Registro Mercantil, con su actual organización territorial y a cargo de los Registradores de la Propiedad en funciones mercantiles bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y sometido al régimen de control del Poder Judicial, se regiría por las leyes generales aplicables a los actos mercantiles o industriales en todo el territorio nacional.

El problema, por tanto, consiste en determinar cuáles son las relaciones que por constituir en unos casos materia ajena y, en otros consustancial de las cooperativas, deben publicarse respectivamente en cada uno de los Registros en juego.

En términos generales el Registro de Cooperativas publicaría los actos que afectasen a la existencia, modificación, desarrollo y extinción de sus entidades respectivas, así como a las relaciones internas o societarias de las mismas con sus socios o asociados. La competencia del Registro Mercantil para publicar actos concernientes a las cooperativas se reduciría a los que encarnasen o representasen relaciones externas que, como hemos visto, son las que realizan como cualquier otra persona privada y que deben someterse al Derecho general.

En términos más concretos, deberían continuar publicándose en el Registro Mercantil, aparte del hecho constitutivo de la cooperativa, que abriría hoja registral, las siguientes materias:

1. Los órganos de representación de las cooperativas porque su conocimiento es básico para los terceros que vayan a contratar con ellas.
2. Los representantes de las cooperativas mediante poder (apoderados), por la misma razón.
3. Las emisiones de obligaciones, para información de los tenedores de los títulos y de otros acreedores.
4. Los estados de suspensión de pagos y quiebra, por su trascendencia respecto de los acreedores sociales.
5. Los embargos trabados y las medidas cautelares tomadas por los órganos jurisdiccionales y recaudadores de impuestos y seguros sociales.
6. Y, como consecuencia de la Directiva del Mercado Común, los balances y las auditorías y demás documentos contables.

El momento y la única ocasión en que el Registro Mercantil abriría sus libros a las cooperativas, entrando en funciones su régimen de publicidad, se produciría cuando la cooperativa en cuestión obtuviera autorización o se viera obligada a entablar relaciones con terceros no socios. Por tanto, las cooperativas que nunca en su vida establecieran relaciones externas se publicarían solamente a través del Registro administrativo.

La matriculación de la correspondiente cooperativa en el Registro Mercantil sería posible al amparo del número 5.º del artículo 16 (en relación con el 127) del Código de Comercio (que se mantiene en vigor desde 1973) y ocurriría precisamente en el momento que acabamos de indicar y mediante certificación del Registro administrativo en la que de forma actualizada se recogieran, de entre los puntos de la lista de material registrable mencionada, los que en la realidad se hubieran producido, con lo que la historia registral de la cooperativa quedaría inmediatamente actualizada. Los actos registrables que la cooperativa realizara desde el momento de la incorporación al Registro se iría practicando sucesivamente en virtud de los títulos que los contengan.

Entendido así el problema, la posible violación de las competencias propias de las autonomías en materia de cooperativas quedarían salvadas con dignidad jurídica.

Pero, mientras esto ocurre, mientras llega la reforma jurídica que lo consagre, ¿qué hacemos con aquellas cooperativas que expresan el deseo de inscribirse en el Registro Mercantil?

En favor de la solución de este problema se apuntan las siguientes

ideas (que no son otra cosa que las mismas conclusiones a las que podríamos llegar resumiendo lo dicho en esta conferencia):

— La vigente Ley de Cooperativas no ha apartado ciertamente al Registro Mercantil de las tareas de publicidad cooperativa de una manera expresa, sino por vía de silencio u olvido.

— Dicha Ley exige que las sociedades cooperativas figuren inscritas en el Registro especial, pero no prohíbe que lo puedan estar en otro Registro público distinto.

— Los artículos 5 y 127 del Código de Comercio siguen en vigor.

— En el actual Registro Mercantil figuran inscritas sociedades cooperativas al amparo de la toma de razón que permitía la legislación anterior. Para ellas la Ley no establece sistema alguno de amortización o caducidad, manteniendo, por tanto, legítimas sus aspiraciones a continuar publicándose por medio de aquella institución.

— La incorporación de las cooperativas a dos Registros (el Mercantil y el especial) no es, como a primera vista pudiera parecer, una duplicidad innecesaria de inscripciones, pues, a pesar de que efectivamente los efectos de éstas serían iguales en lo material, dado que, como acabamos de ver, los principios registrales que los determinan están copiados *ad pedem literam* de un mismo patrón (la legislación hipotecaria), la publicidad en sí misma resultaría más completa y eficaz por cuanto los mundos destinatarios, los medios y las posibilidades de tal publicidad son distintos en ambos Registros.

Si, como reconoce la exposición de motivos de la Ley General de Cooperativas, uno de los problemas fundamentales de la realidad actual de las empresas, con independencia de la persona que sea su titular, es la de alcanzar un volumen de actividad económica como presupuesto para mantener una situación competitiva de mercado, lo que, en el caso de las sociedades cooperativas, obliga a revisar el principio tradicional denominado mutualista, por el que las cooperativas únicamente pueden realizar actividades y prestaciones de servicios a favor de los socios, permitiendo, cada vez en mayor medida, la realización de operaciones con terceros, un mundo de perspectivas ha aparecido delante de ellas y de cuya publicidad material pueden aprovecharse, quizá con diferente extensión, pero con la misma intensidad, el Registro de Cooperativas y el Mercantil.

Aproximación al concepto de la publicidad registral y de su eficacia

SUMARIO: I. DELIMITACION DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: A) Nociones generales sobre publicidad. B) La publicidad legal en sentido estricto y su delimitación con respecto a figuras afines. C) La publicidad y la seguridad jurídica: su incidencia en el tráfico jurídico (seguridad de los derechos y seguridad del tráfico; contraposición entre lo querido y lo declarado). La publicidad registral y la apariencia. D) La publicidad registral y la relación jurídico-registral.— II. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES Y LA SITUACION JURIDICO-REGISTRAL: A) Problemas terminológicos. B) Delimitación del concepto. C) Precisiones en torno a la significación de la relación jurídico-registral. La situación jurídico-registral.

I. DELIMITACION DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

A) NOCIONES GENERALES SOBRE PUBLICIDAD

Noticia, propaganda, publicidad, son términos que hoy se presentan en todos los ámbitos de la actividad humana. Son conceptos entre los que diariamente se mueve nuestro comportamiento y que, independientemente del motivo concreto de este estudio, tan sólo por mera satisfacción intelectual de aprehensión de la realidad, merecerán ser examinados.

La posibilidad de conocimiento, la certidumbre frente a la incertidumbre, lo público y notorio frente a lo clandestino, constituyen la seguridad en su más amplia expresión, son logros históricos en el saber y en el progreso jurídico. La publicidad, se ha dicho, constituye el nexo de unión entre la libertad y el Derecho (1)

(1) ARAUZ DE ROBLES, C.: «Teoría de la publicidad», en *RCDI*, núm. 398-399, julio-agosto 1961, pág. 770.

La idea de publicidad es amplia y se extiende con sentido equívoco sobre muy diversos campos y esferas del comportamiento humano, pero en todos ellos se presenta con un elemento común, y es su oposición a lo oculto y a lo clandestino (2).

La publicidad en este sentido amplio y abarcando el mayor número posible de significaciones, se podría expresar, sin olvidar el carácter relativo de toda definición, así como su historicidad, con la amplia definición sostenida por PUGLIATTI: «Cualquier actividad dirigida al fin de hacer público y notorio un acontecimiento» (3). En este sentido amplio, se abarca tanto la publicidad en su mero sentido social o económico, como en el más estricto sentido jurídico de publicidad legal.

Tres elementos intervienen en la composición de este concepto como elementos constitutivos de la publicidad que luego adquirirán su concreción y particularidad dentro de cada una de sus diversas manifestaciones (4):

a) Un sujeto, que es el que desarrolla la actividad específica para la actuación de la publicidad y que constituye lo que podríamos llamar organización en un sentido muy amplio, a veces casi despersonalizado y sustituido sólo por los medios (jurídicos o de hecho) que posibilitan la cognoscibilidad, así, por ejemplo, la posesión como manifestación del ejercicio de los derechos, con independencia de si se ostenta o no el título legitimador de los mismos (5).

b) Un objeto, que sería el elemento cognoscible, y que puede manifestarse en una variedad de realidades: personas, cosas, hechos, relaciones, etc. Situaciones todas ellas a las que la publicidad puede afectar de muy diferente manera y con diferentes efectos (6).

c) La cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento, no el concreto conocimiento. El conocimiento es un hecho que requiere una actuación individual y concreta, mientras que la publicidad a lo que tiende es a que esa posibilidad exista de forma generalizada. Elemento integra-

(2) HERNÁNDEZ GIL, F.: *Introducción al Derecho Hipotecario*. Madrid, 1970. páginas 6 y ss.

(3) PUGLIATTI, S.: *La Trascrizione*. Milán, 1957. págs. 3 y ss.; SANTAELLA, M.: *Introducción al derecho de la publicidad*, Madrid, 1982, págs. 69 y ss.; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1978. páginas 238 y ss.

(4) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 335 y ss.

(5) POSADA, A.: *El fundamento de la protección posesoria* (Traducción de la obra de IHERING *Über der Grund des Besitzschützes*). Madrid, 1926. págs. 35 y ss.; PELLIZI, G. L.: *Principi di diritto cartolare*. Bologna, 1967, págs. 6 y ss.; FERRI, G.: *I Titoli di credito*. Torino, 1950, págs. 11 y ss.; HUECK, A.: *Recht der Wertpapiere*. Berlín, 1967, págs. 93 y ss.; JACOBI, E.: *Wechsel-und Scheckrecht*, Berlín, 1916, páginas 35 y ss.

(6) HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.*, págs. 7 y ss.

dor suyo es, por tanto, la posibilidad de conocimiento y no el conocimiento efectivo (7), si bien se tiende a forzar la actividad de los sujetos en el sentido de inducirles a desarrollar todo lo posible en orden a procurarse el conocimiento de las realidades publicadas. Y ello hasta el punto de que en algunos instrumentos publicitarios, los Registros, llega a veces a establecerse la presunción del conocimiento de las situaciones publicadas, sin que sea posible alegar ignorancia o desconocimiento de las mismas, ya sancionándolo expresamente o bien mediante deducción por la doctrina del juego de los principios registrales (8); lo cual no quiere decir que el no conocimiento efectivo de los hechos publicados carezca siempre de trascendencia. Y esta cognoscibilidad y, en su caso, conocimiento, pueden ser de muy distinta naturaleza, no sólo en cuanto a su esencia, sino también y muy fundamentalmente en cuanto a sus efectos.

Estos tres elementos fundadores de la publicidad se manifiestan y determinan de diferente manera según la clase concreta de publicidad a la que se haga referencia. Y es en este sentido diferenciador en el que se pronuncian los autores que han tratado el tema del fenómeno publicitario, intentando dar una visión conjunta y sistemática del mismo, cuando aluden al diferente contenido de los elementos estructurales de la publicidad según la manifestación de ésta a la que se haga referencia.

A efectos previos delimitadores de la publicidad registral hay que distinguir dentro del concepto amplio examinado y siguiendo a la doctrina más generalizada, los siguientes conceptos:

— La publicidad en sentido económico y social que es la que facilita la afirmación de un producto o individuo (también noticia) en el medio social, satisfaciendo intereses privados, ya en sentido económico, ya en sentido ético-social (9).

— La publicidad en sentido jurídico, consistente en el conjunto de técnicas dispuestas por el legislador con la finalidad de hacer manifiestas determinadas situaciones de trascendencia jurídica (10). Es la denominada publicidad legal.

(7) CORRADO, R.: *La pubblicità nel diritto privato*, Turín, 1947, pág. 123 y ss.; MESSINEO, F.: *Manuale de Diritto Civile e commerciali (codici e norme complementari)*, t. I, Milán, 1957, pág. 362; FERRI, G.: *Manuale de Diritto Commerciale*, Torino, 1976, págs. 72 y ss.; PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 229 y ss.

(8) ROCA SASTRE, A.: *Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1968, págs. 331 y ss.

(9) CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 43 y ss.; SANTAELLA, M., *ob. cit.*, págs. 151 y ss.

(10) PUGLIATTI, R., *ob. cit.*, págs. 43 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.*, págs. 1 y ss. Reiterándose en la misma línea diferenciadora de publicidad en sentido amplio

Una de sus posibles manifestaciones es la *publicidad en sentido estricto o técnico-jurídico* concebida como la actividad desarrollada por un órgano público que al hacer manifiestas determinadas declaraciones de voluntad o de ciencia, les concede una fisonomía y efectos que las configura como situaciones jurídicas publicadas con entidad autónoma e independiente y es propiamente *la que denominamos publicidad registral*.

La publicidad registral consiste en la exteriorización por medio de un mecanismo legal —los Registros concebidos como sujetos que desarrollan la actividad publicitaria— de determinadas situaciones estimadas por el legislador de interés público o general —objeto del Registro—, a las que concede determinados efectos —efectos registrales— dirigidos a proporcionar en sentido amplio la seguridad del tráfico jurídico. Este concepto tiene también su encuadramiento tanto a través del concepto amplio de publicidad como del más restringido de publicidad legal.

B) LA PUBLICIDAD LEGAL EN SENTIDO ESTRICTO Y SU DELIMITACIÓN CON RESPECTO A LAS FIGURAS AFINES

Los intentos de construir una teoría general de la publicidad han desdibujado probablemente los contornos de la publicidad legal en su sentido más estricto (la técnica jurídica o registral en sus diversas manifestaciones) al atribuirse la denominación de publicidad legal a situaciones que en realidad no lo son, o que sólo con una consideración muy amplia del término podrían enumerarse como tal (11).

Una enumeración de los medios de publicidad legal con un sentido muy amplio y equívoco de la misma (12), puede citarse matizando el alcance exacto de cada uno con relación al concepto de publicidad legal en sentido estricto para fijar su contenido y separarles así de lo que es materia de este estudio:

y publicidad en sentido estricto, HERNÁNDEZ GIL, F., afirma: —Publicidad en sentido amplio es la dirigida a hacer notorio un hecho o acontecimiento. —Publicidad en sentido medio, es la exteriorización de una situación jurídica para producir cognoscibilidad general (declarativa). —Publicidad en sentido estricto, es la exteriorización o divulgación de determinadas situaciones productoras de consecuencias jurídicas «para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico» a través de un mecanismo oficial encaminado a hacer cognoscible a todos. En este sentido diferenciador, DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1978, págs. 238 y ss., habla de: publicidad simple, publicidad cualificada o de segundo grado, publicidad legitimadora y publicidad constitutiva.

(11) HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.*, págs. 5 y ss.

(12) Seguimos en el orden expositivo a CARNELUTTI: *Teoría giuridica della circolazione*, págs. 63 y ss. (recogido por LADARIA CALDENTAY, J.: *Legitimación y apariencia*, Barcelona, 1952, págs. 105 y ss.)

— *La Tradición*. Suele ordinariamente estudiarse este tema al hablar de los diferentes modos de adquirir la propiedad en torno a la teoría del título y modo y en relación con la publicidad registral dentro del clásico y debatido tema, hasta ahora principalmente por los hipotecaristas, de la inscripción y tradición y la subsistencia o supresión de ésta por aquélla dentro del tráfico inmobiliario registral (13).

Pero el tema de la tradición no es un tema de publicidad en el sentido estricto de la misma. No es hoy un medio arbitrado con la finalidad de hacer cognoscible a terceros determinadas situaciones de trascendencia jurídica, sino que su estudio debe ir técnicamente o dentro de la perfección del negocio cuando se trata de negocios de naturaleza real, o como un tema de cumplimiento del negocio en el caso de que el negocio sea meramente de carácter consensual. Es en todo caso la entrega —*traditio*— un elemento negocial que afecta directamente a las partes e indirectamente puede afectar a los terceros en cuanto que el conocimiento de la misma por ellos pudiera de algún modo interferir la buena fe, pero nunca supondrá básicamente un medio de publicidad en su sentido estricto. Cumple fundamentalmente hoy una función *inter partes*, al margen de su posible función orginaria.

— *La Documentación*. Suele ser estudiada desde un doble punto de vista: como forma y como prueba. Rige en nuestro Derecho privado como regla general la libertad de forma para los negocios jurídicos (14), entendida en el sentido de no requerir una forma concreta y específica de manifestación para su perfección frente a la excepción de la forma como requisito esencial del negocio; pero no hay que confundir la forma con el documento ni la forma o documentación con la publicidad. En primer lugar existen naturalmente formas de expresión no documentadas y, lo que es más trascendente, documentos que no constituyen la forma de un negocio (o acto). y, en segundo lugar, hay que separar nítidamente la forma del negocio o acto de su publicidad. Los actos o negocios tienen su forma específica y la publicidad legal en sentido estricto tiene sus propias formas, diferenciadas de la forma exigida para las situaciones que publica.

(13) Sobre las diferentes posturas mantenidas, ver ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, páginas 238 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, págs. 115 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Inscripción y tradición», *RCDI*, núms. 344, 345, 1957, págs. 1 y ss.; RAMOS FOLQUES, R.: «La tradición y el modo» (conferencia comentada por AZPIAZU), *RCDI*, número 274, 1951, págs. 202 y ss.; ENNECERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, H. (traducción PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.): *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, volumen I (3.ª ed. al cuidado de PUIG BRENTON, J.), págs. 223 y ss., y 391 y ss.; GONZÁLEZ, J.: «La teoría del título y el modo», *RCDI*, 1925, págs. 11 y ss.

(14) Ver arts. 1.278 y ss. CC; art. 51 C. de C.

En cuanto a su función probatoria, es preciso deslindar los efectos probatorios de los documentos según cuál sea el carácter y naturaleza de los mismos (15) del efecto probatorio que como una manifestación más podría desarrollar la publicidad legal de los mismos (16). Efectos que muy probablemente serían completamente diferentes en uno y otro supuesto, incluso hasta en el caso de que las situaciones publicadas entren en el mecanismo publicitario a través del mismo documento en el que están documentados. Los efectos probatorios, cualesquiera que fuesen, le vendrían entonces dados no por la naturaleza del documento que se inscribió sino por la mecánica del juego publicitario. Y es asimismo incierto el poder predicar con carácter genérico la cognoscibilidad general como manifestación de la documentación (17).

— La notificación pública ha querido ser identificada con la publicidad legal en el sentido de considerar a aquélla como una manifestación de ésta. Una categoría particularmente englobada por otra más general (18).

Es necesario diferenciar ambas figuras en orden al sujeto destinatario, a la finalidad inmediata, al interés defendido y a la duración de la situación que se desprende de una y otra.

La notificación pública implica una declaración recepticia dirigida a un sujeto concreto o a una pluralidad de sujetos, mientras que la publicidad legal va dirigida a la generalidad; la consideración de la publicidad como declaración recepticia llevaría a la imposibilidad de oponer a los terceros situaciones que no conocieran, aunque estuvieran publicadas, ya que sólo podrían oponerse a los sujetos a los que en su momento fuera destinada, lo cual iría directamente contra la seguridad del tráfico y la finalidad de la publicidad. En segundo lugar, y directamente enlazada con la diferenciación anterior, hay que señalar, como al principio se indicaba, que mientras la notificación tiene como finalidad inmediata el procurar el conocimiento del hecho notificado, la publicidad, como se ha venido señalando, sólo crea una situación de cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento (19). Se diferencian, además,

(15) Ver arts. 1.216 y ss. CC y 596 y ss. LEC.

(16) Ver, por ejemplo, arts. 38 LH y 166 RRM.

(17) Díez PÍCAZO, L., habla de publicidad cualificada o de segundo grado «cuando la constancia de un acto o de una situación jurídica se convierte en el único medio de prueba posible de la misma», *ob. cit.*, pág. 238.

(18) Sobre el problema, ver: DURMA, M.: *La notificación de la volonté rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, París, 1930; BARASSI, L.: *La notificazione necessarie delle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán, 1906; NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 250, 1949, págs. 166 y ss.; CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 59 y ss.

(19) FERRI, G., *ob. cit.*, págs. 72 y ss.; MESSINEO, F., *ob. cit.*, pág. 362; PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 123 y ss.

por la primacía del interés defendido, al ser el fin primariamente atendido por la notificación la satisfacción de intereses privados, mientras que el fin defendido por la publicidad legal es inmediatamente el del interés público y el general del tráfico (20). Por último, hay que distinguirles por la diferente asiduidad de cada una de las figuras, ya que la notificación tiene un carácter temporal y episódico, mientras que la publicidad en su sentido técnico-jurídico o registral tiende a crear una situación general de perdurabilidad (21).

— La publicación se diferencia de la publicidad legal en sentido estricto, por el diferente carácter que reviste el objeto de una y otra, ya que la publicidad tiende fundamentalmente a manifestar situaciones de Derecho privado, mientras que la publicación suele tener básicamente por objeto manifestaciones de Derecho público (22), aunque puedan tener trascendencia en el orden jurídico privado. Problema diferente puede ser el que la publicación se configure además como técnica complementaria de la publicidad registral de forma que la eficacia de esta última pueda quedar en cierto modo supeditada a la publicación de las situaciones inscritas.

Examinados los medios que aun exteriorizando determinadas situaciones no pueden ser englobados bajo la denominación restringida de publicidad legal, a no ser que se tome este término en un sentido muy amplio, falta todavía el deslinde de otra realidad social que bajo la general denominación de publicidad económica o social, es a veces estudiada al lado de la mencionada publicidad legal (23). Debiendo señalarse las diferentes esferas de actuación de una y otra situación que en nada tienen que ver, aunque a veces a efectos pedagógicos ambas se engloban bajo el epígrafe general de publicidad.

La publicidad en sentido económico o social (24), como actividad meramente privada y voluntaria, constituye una de las bases fundamen-

(20) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 218 y ss.

(21) RUBINO, D.: «La publicita come facto permanente». *Rivista di Diritto Commerciale*, año 1957, pág. 10 y ss.

(22) Por ejemplo, las disposiciones legislativas a través de los pertinentes boletines oficiales.

(23) URÍA, R.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976, págs. 89 y ss.; CUESTA RUTE, J. M. DE LA: *Lecciones de derecho de la publicidad* (habla de «publicidad en sentido estricto» para equipararla a la publicidad como el conjunto de normas que regulan el fenómeno publicitario en su doble vertiente de relación de comunicación y de proceso de información), pág. 147 (si bien no sea con la intención de aglutinar la publicidad legal y la comercial), págs. 27 y 1.

(24) Sobre las diferentes acepciones del término: PAVONE LA ROSA, A.: *Il Registro delle imprese*, Milán, 1954, págs. 18 y ss.; PUGLIATTI, S., *ob. cit.* págs. 277 y ss., y 315 y ss. Aunque a veces la terminología no se use correctamente, tema diferente es la *publicidad de hecho*, que debe concebirse como la manifestación de situaciones con relevancia jurídica, a través del mero mecanismo de su presencia como fenómeno social y con independencia, si existieran, de las

tales en el desenvolvimiento de la sociedad industrial. El mayor poder adquisitivo, junto con la ampliación de las posibilidades de elección en el consumo, y el enorme adelanto de las técnicas productivas y la masificación social, hace necesario la coordinación informativa entre consumo y producción en gran escala, a la vez que potencian la función del mensaje publicitario. Ello se lleva a cabo fundamentalmente a través de la publicidad comercial.

La relación entre sus funciones «informativa» y de «sugestión» y su conexión con la quiebra de la relación mecánica oferta y demanda alterando sus términos en posible detrimento del adquirente y en favor de la concesión de la iniciativa al oferente, constituye el marco de tensión en el que hoy se sitúa básicamente la publicidad económica (25) y la

técnicas publicitarias arbitradas para ellas por el ordenamiento de forma específica (ej., sociedades irregulares) o por deducción de preceptos de alcance general.

La publicidad de hecho adquiere relevancia jurídica, aunque de alcance diferente, tanto si se trata de manifestaciones aparentes no concordes con la realidad como si se trata de manifestaciones reales y verídicas. En el primero de los casos se está ante una manifestación de la apariencia, y su consideración por el ordenamiento jurídico suele ir dirigido a la protección de los intereses de aquellos terceros, que confiaron en ella, amparándoles en aras de la rapidez y seguridad del tráfico. En el segundo caso se trata de una manifestación cierta con relevancia jurídica y su consideración por el ordenamiento jurídico debe ponderar tanto la defensa del interés del que creó la manifestación como el interés de los terceros y el general. En este sentido debe de amparar el ordenamiento tanto la legitimación del que creó la publicidad de hecho y su posición en la situación manifestada, como al tercero que la conoció y la tuvo en consideración.

El problema más importante que plantea el tema de la publicidad de hecho es el de sus relaciones con la publicidad legal en sentido estricto o técnico-jurídica en el caso de que a través de ésta se hubiera regulado la publicidad de aquellas situaciones que se manifiestan como una mera publicidad de hecho.

Si el mecanismo publicitario arbitrado por el ordenamiento prescribiera con alcance constitutivo, la publicidad a través de él, de las situaciones que sólo fácticamente se manifiestan, el problema se resolvería en el sentido de considerar inexistentes aquellas situaciones no publicadas, salvo que pudieran ser reconducidas a otros supuestos del que no se pide su publicidad con carácter constitutivo.

En el supuesto de que el mecanismo publicitario no fuere exigido con carácter constitutivo, puede suceder o que sobre la situación fácticamente publicada el mecanismo técnico publicitario no tuviera referencias o que se estableciera una contradicción entre la publicidad de hecho y la publicidad legal. En el primer supuesto estaríamos ante una manifestación de apariencia o bien de manifestación cierta con las consecuencias antes señaladas, mientras que en el segundo las contradicciones deben solventarse partiendo de la primacía de la publicidad registral y del juego de sus efectos.

En este mismo sentido delimitador hay que diferenciar la llamada simple «publicita-notizia», que se limita a posibilitar una mera información de terceros, pero sin añadir ningún efecto propio derivado del mecanismo publicitario. Vid PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 223 y ss.

(25) FAURES, R.: *Le Droit et la publicité*, 1968, págs. 139 y ss.; SORDELLI, L.: *Problemi giuridici della pubblica commerciale*, Milán, 1968, págs. 7 y ss., y 135 y ss.; CHIDINI, G.: *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milán, 1968, páginas 17 y ss. y 54 y ss.; VILLANI, D.: *La pubblicità e i suoi mezzi*, Milán, 1971, páginas 15 y ss.

ampliación de su tratamiento hacia el ámbito del derecho de consumo (26).

No es hacia este sentido de afirmación de un determinado producto, servicio, o incluso persona en el medio social o, como señala el artículo 2.º del Estatuto de la Publicidad: «Toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión acerca de una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de modo inmediato o mediato su contratación» (27), hacia el que se dirige nuestro estudio, sino hacia aquel otro que denominamos «publicidad técnico-jurídica», y que viene constituida por el mecanismo establecido por el ordenamiento positivo a fin de hacer públicos con un cierto grado de certeza determinados hechos o situaciones a los que concede determinada eficacia.

Sin despreciar la conexión existente entre la publicidad legal y comercial en el sentido de que el empresario que es normalmente objeto de la publicidad legal es, por otra parte, el sujeto de la publicidad comercial, pero a fin de excluirla claramente de este estudio hay que señalar una serie de notas que diferencian sustancialmente una y otra acepción.

Tres son las diferencias esenciales que hay que señalar para establecer esta distinción:

— *Respecto a la organización.* Mientras que la publicidad comercial, con independencia de su regulación estatal, se lleva a cabo por medio de la actuación de una actividad privada, la publicidad técnico-jurídica se lleve a cabo mediante una serie de mecanismos de carácter «quasi administrativo» que le dan a veces un marcado carácter de servicio público. Punto este que se ha venido manifestando como relevante a la hora de determinar su naturaleza al hablar de «la publicidad como heteropublicación» (28), y de su concepción dentro de la administración pública de intereses privados.

— *Respecto a la función.* La publicidad comercial tiende fundamentalmente al servicio de los intereses privados y a su satisfacción,

(26) En este sentido se manifiesta la Directiva de 19 de septiembre de 1984, 84/450/CEE (I.O.L., núm. 250, págs. 17 y ss.). Sobre su estudio y la incidencia en nuestro ordenamiento, vid. CUESTA RUTE, J. M. DE LA: *Estudios de consumo*, número 7, abril 1986, págs. 83 y ss.

(27) Sobre el estudio del régimen jurídico de la publicidad comercial en nuestra legislación, vid. SANTAELLA, M., *ob. cit.*: DE LA CUESTA RUTE, J. M.: *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974: págs. 15 y ss.; MARTÍN OVIEDO, J. M.: *Derecho publicitario español*, Madrid, 1968, págs. 9 y ss.; DE LA CUESTA RUTE, J. M.: *Lecciones*, *ob. cit.*, págs. 102 y ss.

Hay que tener presente que en el momento en que este trabajo se realiza en las Cortes un Proyecto de Ley sobre publicidad.

(28) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *ob. cit.*, pág. 13.

y en este sentido deben resolverse las posibles dudas que se suscitaran. La publicidad técnico-jurídica tiende, sin embargo, primordialmente a la satisfacción del interés público, la llamada seguridad del tráfico jurídico, y secundariamente a satisfacer intereses privados en función de esa misma seguridad (29).

— *Respecto a los efectos.* La publicidad comercial tiende de una manera inmediata a la divulgación o exteriorización de situaciones para facilitar su cognoscibilidad, y sus efectos quedan reducidos en lo fundamental a la simple cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento por los terceros, con independencia de la relevancia jurídica que puedan tener los diversos aspectos del proceso publicitario. La publicidad técnico-jurídica conlleva además otras particulares consecuencias dirigidas no sólo a hacer cognoscibles determinados hechos y actos productores de posibles consecuencias jurídicas, sino también a anudar a esa cognoscibilidad determinados efectos que constituyen la base mínima para el seguro desarrollo del tráfico, teniendo su desenvolvimiento más señalado en la publicidad registral a través de los llamados principios registrales que no son confundibles con los principios jurídicos de la publicidad comercial (30).

Una vez delimitadas y deslindadas las diferentes figuras que se agrupan bajo el amplio concepto de publicidad legal y deslindadas de la publicidad en su sentido económico o social, hay que centrar el tema en el examen de la publicidad registral o técnico-jurídica en su sentido estricto.

C) LA PUBLICIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: SU INCIDENCIA EN EL TRÁFICO JURÍDICO (SEGURIDAD DE LOS DERECHOS Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO; CONTRAPOSICIÓN ENTRE LO QUERIDO Y LO DECLARADO). LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA APARIENCIA

Uno de los problemas de política legislativa más debatidos en el que la publicidad se manifiesta es el de intentar equilibrar la seguridad de los derechos subjetivos y la seguridad del tráfico jurídico. «La seguridad de los derechos exige que no se pueda producir una modificación desfavorable de las relaciones patrimoniales del titular de un derecho sin que concurra su voluntad. La seguridad del tráfico, por su parte,

(29) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, pág. 218.

(30) TALLON GARCÍA, J.: «Los principios jurídicos de la publicidad», *Estudios de Información*, núm. 17, pág. 89; SANTAELLA LÓPEZ, M.: «Consideraciones sobre el principio de autenticidad», *Estudios de Información*, núm. 12, 1969; DE LA CUESTA RUTE, J. M.: *Régimen jurídico...*, *ob. cit.*, págs. 164 y ss.

exige que una modificación favorable en las relaciones patrimoniales de una persona no pueda quedar sin efecto para ella por circunstancias que ella misma ignora. Seguridad del tráfico y seguridad jurídica son, por consiguiente, hasta un cierto grado, conceptos contrapuestos, de modo que cada uno de ellos sólo puede ser alcanzado a costa del otro, y cada caso en que entran en colisión supone para el legislador un grave problema» (31).

Cabría todavía observar, como afirma LACRUZ, siguiendo a VALLET, «que dentro del concepto de seguridad del tráfico se contienen dos intereses fundamentales: el del comercio y el del crédito, el del que entra en el tráfico para adquirir y el del que entra en el tráfico para ser acreedor; el primero teniendo que confiar en la titularidad de las personas de quien adquiere y el segundo deseando obtener en el patrimonio del deudor las garantías más fuertes que permitan confiar en la solvencia del mismo» (32).

Parece claro que en nuestro sistema legislativo domina la idea de la construcción sistemática del ordenamiento en torno a la defensa de la

(31) La idea construida por EHREMBERG, V. (*Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, *Jherings Jahrb.* 1.904, Bd.47.2, pág. 273), ha sido reiteradamente utilizada. Un desarrollo de la misma se puede ver en DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, págs. 257 y 22.; PAZ-ARES, C.: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico». *RDM*, número 175-176, año 1985, págs. 7 y ss. PAZ-ARES, C., plantea con un nuevo enfoque desde el punto de vista del análisis económico del Derecho la contraposición entre seguridad del tráfico y seguridad jurídica.

Su tesis puede formularse resumidamente en la no existencia de contraposición entre ambos supuestos, sino más bien en la existencia de un función complementaria en la que la seguridad del tráfico no haría en última instancia sino amparar el interés de los titulares de derechos subjetivos sin contraponerlos al interés de los terceros adquirentes. Aunque supone un gran acierto la valoración de los mecanismos de seguridad del tráfico en función de su justificación por suponer un menor coste de las transacciones que provendría de la exigencia informativa de no existir aquéllos, no queda tan claro la no existencia de contraposición inmediata de intereses del titular del Derecho y el tercero adquirente. De un lado opone sólo un mecanismo defensor de la seguridad del tráfico, el instituto de la apariencia, frente a la seguridad de los derechos, prescindiendo del análisis profundo del mecanismo de la publicidad registral y de otro yuxtapone el interés general del derecho subjetivo del titular abstracto como sujeto económico en el mercado al interés del tráfico, pero no el interés concreto del titular individualmente desprotegido para amparar al interés general del tráfico.

Todo ello se posibilita al prescindir del conflicto en concreto y del conflicto entre dos titulares específicos, pudiendo mantener así la inexistencia de contradicción entre las categorías generales de seguridad jurídica o del titular de derechos y seguridad del tráfico o del tercero adquirente. Lo cual no siempre es deducible en aras de sostener como absoluta y definitiva lo que el propio autor tampoco quiere hacer, sino como vía indicativa, la tesis por él mantenida.

(32) LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *ob. cit.* ed. de 1968, página 10.

titularidad del derecho subjetivo frente a la seguridad del tráfico (33). La consideración y el examen del derecho subjetivo, tanto en su aspecto interno —posibilidad de ejercicio y conjunto de facultades— como en aspecto externo —posibilidad de exigir a otro el respeto a la integridad del mismo— pone de relieve el condicionamiento histórico que refleja en nuestra legislación la visión individualista que sobre la construcción del derecho subjetivo y la configuración del negocio jurídico en torno a la autonomía de la voluntad como máximo exponente de la libertad individual legó la transformación liberal e individualista de finales del siglo XVIII y cuyas posibilidades de modificación por causa ajenas a sus titulares están en consecuencia claramente limitadas (34).

Aunque realmente las mismas construcciones del derecho subjetivo, como poder de voluntad, la *Willenstheorie*, llevaban ya en la misma exposición que de ellas hicieron sus representantes ciertas limitaciones a la misma, lo cierto es que con indiferencia de lo equívoco del lenguaje, incluso en los autores que admiten en cierta manera la subordinación al derecho objetivo, estas afirmaciones van unidas a las definiciones del Derecho como poder de voluntad (35).

El cambio de las circunstancias socioeconómicas, y fundamentalmente el advenimiento del sistema capitalista de producción y la presión cada vez más fuerte de las corrientes socializantes van a tener como consecuencia que la concepción dominante del derecho subjetivo se vea modificada en un doble frente: Por un lado, las corrientes socializantes van a presionar en una concepción social del Derecho, que en el derecho subjetivo va a manifestarse en los límites impuestos al ejercicio

(33) Con acierto señala PUGLIATTI, S., que no en todo caso puede hablarse de que la función de la publicidad es dar seguridad al tráfico, en cuanto que esta tesis no cubriría todo el campo de la publicidad (piénsese, por ejemplo, en los Registros Civiles), salvo de forma muy remota. PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 234 y siguientes.

No se trata aquí de mantener esta justificación de la publicidad registral, con la que tampoco se es coincidente de forma absoluta ni siquiera con respecto a la publicidad de los Registros con contenido patrimonial. Se trata sólo de resaltar la existencia de este problema en determinados sectores del tráfico jurídico, contribuyendo a su solución mediante su adecuado tratamiento sistemático dentro de la estructura de la publicidad.

(34) CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, págs. 11 y ss.; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1975, págs. 246 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil*, *ob. cit.*, vol. I, Madrid, 1970, págs. 42 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1974, págs. 194 y ss. y 211 y ss. Ver. arts. 7. 1.091, 1.254, 1.255, etc., del CC.

(35) Expresiones de SAVIGNY (*Traité de droit romain*, trad. de GUNEOUX, t. I, página 7) y de WINDSCHEID (*Pandektenrecht*, t. I, págs. 130 y 131) recogidas por DABIN, J.: *El Derecho subjetivo* (traducción de OSSET, F.), Madrid, 1955, pág. 73; LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (traducción de GIMBERNAT, F.), Barcelona, 1966, págs. 42 y ss.

del mismo, y la plasmación de esta presión va a tener expresión en las teorías del abuso del Derecho y del derecho subjetivo como función social (36). Por otro lado, el advenimiento del sistema capitalista lleva consigo la participación generalizada de todos los ciudadanos en un tráfico económico patrimonial y con unos elementos hasta ahora casi privativos de una categoría social que constituían los comerciantes. Y sin entrar en el tema polémico sobre si el Derecho Mercantil no ha llegado a ser otra cosa que el nuevo sistema de normas adecuado a la organización capitalista que va presionando por la construcción de un Derecho general privado en el campo del Derecho patrimonial (37), lo que sí es lícito afirmar es que el tráfico en masa de todo tipo de bienes impuesto por el sistema capitalista de producción, y el auge de la función del crédito y la necesidad de su aseguramiento, han producido el fenómeno de qué técnicas y principios propios del Derecho mercantil afecten en su aplicación a todo el ámbito social. Es el fenómeno conocido por «generalización» del Derecho mercantil, y uno de sus efectos ha consistido en realizar un trasvase de principios hasta ahora jurídico-mercantiles a otros sectores del Derecho privado, produciendo una «comercialización» del Derecho privado general tendente fundamentalmente a dar «seguridad al tráfico jurídico». La extensión de la función de la apariencia como elemento trascendental para la seguridad del tráfico será una de sus manifestaciones.

La autonomía y el poder de la voluntad en torno a los derechos subjetivos van a seguir subsistiendo, pero ya no como una simple expresión de respeto a la libertad individual, sino como un eficaz instrumento al servicio de la comercialización del Derecho (38). El fundamento del derecho subjetivo pasará «del poder de la voluntad» al «interés», pero no al interés concebido de un modo egoísta e individual, sino al interés que en cuanto protegido por el Derecho como norma coactiva al servicio de un fin social, es un interés no desligado de esa finalidad común a la que el Derecho tiende. Es, en definitiva, la posición adoptada por IHERING tras su abandono de la jurisprudencia de conceptos

(36) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ob. cit.*, págs. 194 y ss.; CASTÁN TORRENAS, J.: *Derecho Civil*, t. I, vol. II, Madrid, 1971, págs. 45 y ss.; DABIN, J., *ob. cit.*, páginas 276 y ss. y 53 y ss.; FERRI, G., *ob. cit.*, págs. 19 y ss., Barcelona, P. *Diritto privato e processo economico* Napoli, 1973, págs. 200 y ss. Ver art. 7 CC y art. 54 de la Constitución.

(37) En este sentido, ver: CONDE, F. J.: «La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo», *RDM*, núm. 11, 1947, págs. 167 y ss.; RUBIO, J.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, págs. 197 y ss.; CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, parte general, I, Madrid, 1955, págs. 136 y ss.; GALGANO, F.: *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, págs. 95 y ss.

(38) CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, *ob. cit.*, pág. 15.

que culmina con su teoría sobre el «utilitarismo social» (39) y que hoy tiene su expresión a través del Derecho-función.

La pugna entre la seguridad de los derechos subjetivos y la seguridad del tráfico jurídico-patrimonial inclina así poco a poco la balanza hacia la defensa del segundo de los términos. Pero no siempre la protección del tráfico tiene como antítesis el derecho subjetivo, a veces son simples declaraciones de hecho, por lo cual quizá sería correcto hablar también de antítesis entre protección del declarante y del destinatario de la declaración. Aunque es cierta la protección cada vez mayor concedida al tráfico, no es menos cierto que los pilares básicos de nuestro sistema jurídico siguen siendo, con todas las limitaciones que se quieran, la autonomía de la voluntad y el derecho subjetivo. Quizá sólo dentro del ámbito del Derecho Registral y de la publicidad técnico-jurídica cabría hablar de un claro predominio de la seguridad del tráfico sobre la del derecho subjetivo o del destinatario de la declaración frente a la voluntad del declarante, con más o menos protección, según los diferentes sistemas registrales. Y ello sin olvidar que, incluso dentro del Derecho Registral algunas clases de inscripciones, por ejemplo, la constitutiva, tienden tanto a la protección del derecho subjetivo que nace, como a la protección del tráfico, al exigir para la producción del cambio jurídico no sólo el acto jurídico, normalmente un negocio, sino la integración del mismo con un medio instrumental, la inscripción, que haga aparente frente a terceros el cambio operado o al menos produzca la posibilidad de que llegue a su conocimiento, otorgándole así todos los efectos propios de la publicidad registral.

Sin entrar en la polémica de las diferentes escuelas sobre la protección de la voluntad del declarante o, por el contrario, la defensa del tráfico mediante la anudación de efectos a lo declarado, con independencia de la voluntad del que hace la manifestación externa, sino tan sólo señalando la superación doctrinal de las meras teorías voluntaristas (SAVINGY, ZITELMANN) y declaraciones (KÖHLER, THON) por las teorías modernas de «la responsabilidad negocial», «quien actúa socialmente ha de hacerlo responsablemente, responsabilizándose de su conducta» (40) y la matización de la misma por la consideración a la buena fe de aquellos que se ven afectados (41), se puede sostener que las reglas de nuestro Derecho privado se ven imbuídas fundamentalmente por la defensa de la autonomía de la voluntad y del derecho subjetivo mediante la consagración del principio de la primacía de lo querido frente a lo de-

(39) LARENZ, K., *ob. cit.*, págs. 59 y ss.

(40) CASTRO, F.: *Negocios jurídicos*, *ob. cit.*, págs. 58 y ss.; BARCELONA, P.: *ob. cit.*, págs. 307 y ss.

(41) DE LOS MOZOS, J.: *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, pág. 67 y siguientes.

clarado o incluso frente a las presunciones de las llamadas declaraciones tácitas (42). Sólo en el Código de Comercio, por su finalidad más inmediata de regulación del tráfico económico comercial, encontramos con más asiduidad preceptos que van directamente encaminados a dar una mayor seguridad al tráfico jurídico tomando en consideración, por tanto, para la producción de efectos jurídicos las realidades aparentes frente a las que los terceros se encuentran (43).

El principio del respeto a la voluntad, tanto en la formación de actos jurídicos como en la modificación de los mismos, que constituye, como hemos visto, el eje central de nuestro sistema de Derecho privado, encuentra, sin embargo, una gran excepción en su aplicación: Es el caso de la protección por el ordenamiento jurídico de las situaciones de apariencia, el llamado por la doctrina «*principio de la apariencia jurídica*», que, como mecanismo de protección de la seguridad del tráfico, desarrolla su función incluso dentro de los Registros públicos y, naturalmente, dentro del Registro Mercantil.

El tema de la apariencia jurídica se centra en arbitrar una solución que tienda a agilizar el tráfico jurídico, dando seguridad sobre la certeza de las realizadas que en dicho tráfico «se aparecen» (44), evitando su entorpecimiento al suprimir la necesidad continua de investigar la exactitud del hecho, la coincidencia de la declaración con la voluntad del declarante, o la veracidad de la titularidad del derecho subjetivo, para que el tercero no actúe bajo el engaño de una falsa apariencia en la que no podría ampararse (45). La teoría de la apariencia satisface, pues, la rapidez del tráfico mediante la protección de la seguridad en la certeza y exactitud de las situaciones aparentes frente a los terceros que se relacionan con ellas (46). Protege a los terceros que se confían en las situaciones aparentes mediante el convencimiento de que lo que se manifiesta se corresponde con lo que es, que la apariencia corresponde a la legítima situación jurídica (47). La apariencia lleva consigo la no correlación de las legítimas situaciones jurídicas con las que se nos aparecen (48), ya que si no estaríamos en el campo de la legitimación.

La apariencia hay que contemplarla desde el punto de vista de aquel

(42) Ver, por ejemplo, arts. 1.282 y 1.289, 2.º, del CC.

(43) Ver, por ejemplo, arts. 5, 85, 126 y 286 del C. de C.

(44) BOLLAFFI, R.: «Le teorie dell'apparenza giuridica», *Rev. Dir. Comm.*, vol. XXXII, 1954, págs. 131 y ss.

(45) CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 58 y ss.

(46) CALAIS, J.: *Essai sur la notion d'apparence en Droit Commercial*. París, 1959, págs. 17 y ss.

(47) BOLLAFFI, R., *ob. cit.*, págs. 132 y ss.; STOFFI, G.: *L'apparenza del Diritto*, Modena, 1934, págs. 13 y ss.; SOTGIA, S.: «Apariencia jurídica e dichiarazione alla generalita». *Rev. Dto. Priv.*, 1936, I, págs. 121 y ss.

(48) LADARIA CALDENTY, J., *ob. cit.*, págs. 127 y ss.

tercero que se enfrenta con la realidad aparente y al cual hay que proteger, la finalidad de la apariencia es la protección del tráfico mediante la concesión de seguridad al tercero con respecto a las situaciones con las que se enfrenta. Si se contemplara no como situación objetiva de amparo al tercero, sino desde el punto estático de la posición del que creó la situación, se caería en el defecto de obtener que la protección dirigida al mantenimiento de la situación favoreciese a este último, lo cual llevaría al error de un tratamiento conjunto de la legitimación aparente englobada en la construcción general de la apariencia (49). La posibilidad de intentar construir el fenómeno de la «legitimación aparente» sobre el fundamento de la protección de las situaciones aparentes llevaría a exceder su contenido, en cuanto que la presunción de exactitud y veracidad emanadas de aquél sólo pueden ser en pura lógica «salvo prueba en contrario» (50) y el apartarse de esta limitación conduciría a atribuir una protección casi absoluta derivada de la apariencia que en el espíritu del principio sólo está encaminado a la defensa de los terceros de buena fe.

La protección del tráfico mediante el instituto de la apariencia no significa la protección indiscriminada de todo tercero, se le debe proteger en cuanto confía en la apariencia, en cuanto ignora la verdadera situación (51). Es la protección derivada de la ignorancia de lo no aparente o del error de confiar en la apariencia no verdadera, según se mire desde uno u otro ángulo. La distinción efectuada por algunos autores de ambas especies, error e ignorancia no tiene mayor relevancia en cuanto que ambas están equiparadas en sus efectos (52). Es, en definitiva, el tema de la necesidad de la buena fe del tercero entendida como desconocimiento de la discordancia entre ambas situaciones (53). Se trata de la contemplación de la buena fe considerada no como elemento integrador de la norma en el sentido de comportamiento recto en relación con las normas éticas o de Derecho positivo (54), sino en el sentido subjetivo de creencia o ignorancia de no hacer daño a intereses de terceros. Es una protección a la buena fe, sin más límites que el externo del orden público y, en su caso, el interno de la ignorancia culpable.

Ha sido corriente el venir afirmando que la publicidad registral es

(49) CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 15 y ss.

(50) ROCA, R., *ob. cit.*, vol. I, págs. 351 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *ob. cit.*, págs. 165 y ss.

(51) CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 19 y ss.

(52) CASTÁN, J., *ob. cit.*, tomo I, vol. II, pág. 650.

(53) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 254 y ss.; LADARIA, J., *ob. cit.*, págs. 145 y ss.

(54) DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, *ob. cit.*, págs. 29 y ss.

uno de los medios de amparo de la apariencia (55), cayendo en una confusión que proviene de un doble error: Por una parte, el equiparar «lo que se nos aparece» con el «concepto técnico de apariencia», conceptos que a veces puede que coincidan, pero que no son idénticos; la concepción técnica de la apariencia parte ya de la divergencia de dos situaciones, como antes se indicó, la verdadera y la aparente, mientras que «lo que se nos aparece» puede coincidir o no con la situación verdadera. Por otra parte, la confusión y equiparación de dos instituciones, apariencia y publicidad, al creer que la identidad *prima facie* entre la finalidad de las instituciones, en este caso la defensa del tráfico jurídico, llevaría a una similitud de los conceptos mismos. Si bien es cierto que tanto la publicidad lega en sentido estricto, como la apariencia tienden a la protección del tráfico, fundamentalmente mediante el otorgamiento de confianza a los terceros con respecto a las situaciones con las que se enfrentan (recordando que esta defensa del tráfico jurídico no excluye sino que mediatamente lleva consigo la defensa de intereses particulares tendiendo la mayoría de las veces a resolver conflictos entre intereses de carácter meramente privado) (56), no hay que olvidar que la publicidad técnico-jurídica o registral tiende normalmente, como consecuencia de su técnica instrumental, a la certeza de las situaciones de relevancia jurídica de las que posibilita su cognoscibilidad, sin que el conflicto entre seguridad de los derechos y seguridad del tráfico se produzca siempre (57).

La exacta coincidencia de la realidad publicada con la situación real será más o menos perfecta, según el instrumento técnico registral, y dentro de ellos en dependencia de la regulación que cada ordenamiento positivo le haya otorgado. Cuanto más amplio y perfecto sea el sistema de publicidad técnico-jurídica, tanto más innecesaria será la tutela proporcionada por la apariencia (58). Lo que sucede es que el mecanismo de la apariencia se interfiere en el de la publicidad desde que, por defecto del mecanismo técnico publicitario, la realidad publicada no coincide con la verdadera realidad. Con el agravante de que, además, el mecanismo publicitario es el que ha truncado la fe depositada en él por el tercero, ya que su finalidad era posibilitar la cognoscibilidad de determinadas realidades consideradas de interés para los terceros y para el tráfico en general. Es, quizá, en este sentido en el que cabría hablar

(55) CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 38 y 39; LACRUZ BERDEJO, J., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *ob. cit.*, págs. 252 y ss.

(56) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 218 y ss.

(57) Recordar la posición de PAZ-ARES, C., sobre la no oposición entre la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico. *RDM*, *ob. cit.*, núm. 175-176.

(58) HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.*, págs. 14 y ss.; PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, páginas 252 y ss. En este sentido diferenciador se manifiesta el anterior y PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 264 y ss.

del principio de «fe pública» como una manifestación de la apariencia dentro del campo de la publicidad legal.

La publicidad, en su sentido técnico-jurídico, entendida como el conjunto de medios jurídicos dispuestos por el legislador con la finalidad de manifestar determinadas situaciones jurídicas, posibilitando su cognoscibilidad, se diferencia y distingue del instituto de la apariencia, aunque en determinados momentos sus campos de actuación se interfieran. Pero no es exacto hablar sin más de la publicidad registral como el medio fundamental de protección técnico-jurídica de la apariencia.

D) LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA RELACIÓN JURÍDICO-REGISTRAL

En un plano de construcción meramente lógico, la publicidad técnico-jurídica puede ser realizada por toda clase de medios que sean aptos para proporcionar a los terceros la posibilidad de un conocimiento sobre aquellas situaciones de relevancia jurídica y con una cierta garantía de certeza de las situaciones publicadas tanto frente al tercero como con frecuencia frente al mismo titular de la situación inscrita, anudándoles en definitiva una determinada eficacia publicitaria (por ejemplo, a las Cámaras de comercio).

Tradicionalmente la función que desarrolla la publicidad técnico-jurídica ha venido siendo encomendada directa o indirectamente a órganos de naturaleza pública. Y ello en base a dos causas derivadas de su propia esencia: Su finalidad inmediata que afecta al interés público, en cuanto que va dirigida a proporcionar un cierto grado de seguridad en las relaciones jurídicas y de una manera fundamental en las relevantes para el desarrollo del tráfico jurídico-patrimonial, con su natural incidencia en la economía nacional. Y la consideración a que dicha finalidad parece que sólo tendría sentido a través del carácter imperativo y público del órgano a través del cual se actuara. Tiene así una fundamentación lógica el hecho de que dicha finalidad venga desarrollada por medio de órganos de un marcado carácter público.

En nuestro ordenamiento jurídico esta situación se lleva a cabo por medio de los Registros u oficinas públicas, que dependen de la Administración, pero que varían en cuanto a su organización, objeto y fines. Se produce así una perfecta identificación entre publicidad técnico-jurídica y publicidad registral. Todas las demás situaciones de publicidad en el sentido amplio de manifestación externa de situaciones, caerán fuera del ámbito de la publicidad, si la queremos utilizar en su sentido estrictamente técnico-jurídico que la equipara a la publicidad registral.

De los diversos Registros existentes en nuestra legislación hay, entre

otros, dos que intervienen de una manera fundamental en el tráfico jurídico-patrimonial: El Registro de la Propiedad y el Mercantil. Y ambos adquieren para este estudio una relevancia particular, ya que sobre ellos se han constituido los llamados «principios registrales», alrededor de los cuales intenta configurarse con sus diversas peculiaridades la eficacia de la publicidad registral.

La eficacia de la publicidad registral a través del estudio de los principios registrales es lo que constituye ahora el objeto de nuestro análisis.

Para el estudio de la eficacia de la publicidad registral hay que partir de una triple base si se quiere llegar a un estudio coherente del tema que se propone:

1. En primer lugar, la validez de la aplicación a la publicidad registral de la consideración y de la estructura que para la publicidad en un sentido genérico se han venido indicando. A la vista de los elementos que componen dicha estructura se delimitará cuál es la relación que entre los mismos existe y la posición que los efectos publicitarios ocupa dentro de aquélla.

Se prescinde de un examen aislado del sujeto que desarrolla la publicidad, en este caso de la organización del Registro y de su naturaleza, en cuanto que su estudio aislado y sin conexión con los demás elementos componentes de la publicidad, conduciría a un análisis estático del aparato formal del Registro Mercantil ajeno al objetivo que aquí se persigue. El Registro en cuanto organización merecerá la atención en cuanto que constituye el elemento estructural que delimita y califica el contenido de lo que llamaremos la relación jurídico-registral y en cuanto que su función trasciende en la construcción de los efectos publicitarios.

Se prescinde igualmente de un estudio separado del objeto de la publicidad registral o situaciones inscribibles, en cuanto que ello suponga la consideración del mismo de una manera aislada y no conexas con la relación jurídico-registral.

Se examinan, pues, sustancialmente «los principios de la publicidad registral», cuya concreción viene dada por los efectos registrales, y cuyo examen sólo adquiere su verdadero sentido en conexión con el conjunto de la relación jurídico-registral.

2. En segundo lugar hay que tener en consideración que la pluralidad de Registros existentes, en cuanto a su contenido, e incluso el heterogéneo contenido de un mismo Registro, así como la diferente preponderancia que en su regulación adquieren unos u otros efectos, no debe llevar, a pesar de sus dificultades, a desesperar de construir una teoría

unitaria de la publicidad registral que se centre en torno a la relación jurídico-registral, aunque con independencia de su concreción con respecto del Registro específico que se considere. En lo posible debe de intentarse, dentro de lo que sea posible, en función de la finalidad de cada Registro, la configuración de unos mismos efectos publicitarios para los diferentes Registros, y a evitar en todo caso la construcción de los mismos principios con diferente alcance (lo que sería un error de construcción lógica) (59).

3. No hay que olvidar que la actual configuración técnico-jurídica de la publicidad registral, como una de las bases fundamentales para la seguridad del tráfico jurídico-patrimonial, no es sino el punto culminante de un proceso evolutivo. Y sólo a través de su examen se podrá dar un juicio ponderado del contenido, fines y funciones de la misma en el Derecho actual. Este examen histórico encuentra su complemento necesario en el estudio de las concretas plasmaciones que en las diferentes legislaciones tiene hoy la construcción de la publicidad registral. El examen histórico y la visión actual en el Derecho comparado, de la eficacia publicitaria ayudarán sin duda a una más clara comprensión y análisis de nuestra eficacia publicitaria.

El estudio de la publicidad registral deberá, en consecuencia, partir de la relación jurídico-registral, entendida «como toda relación jurídica que ha tenido acceso al Registro, sea cualquiera el contenido y naturaleza de la misma» (60) y a la que se anudan por ello determinados efectos (61). Y, al partir del concepto de «relación jurídica», se toma por tal la configuración dada a la misma por aquel sector de la doctrina que la construye de una manera totalizadora, englobando tanto su aspecto sustancial (situaciones fácticas a las que el Derecho acota), como su aspecto formal (consecuencia que el Derecho les une), superando las concepciones que han intentado centrar el concepto de la relación jurídica en uno de sus elementos, las consecuencias jurídicas, con olvido del otro (62).

(59) En sentido unificador, si bien señalando sus dificultades, y en la línea de la doctrina italiana, *vid.* AMORÓS, M.: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, págs. 65 y ss. Con una posición disgregadora, *vid.* GARRIGUES, J.: «El Registro Mercantil», *RCDI*, núm. 69, 1930, y polémica con ABEJÓN: *RCDI*, núm. 73, 1931, págs. 19 y ss.

(60) La idea de la «relación jurídica registral» como soporte para una construcción unitaria de la publicidad registral mercantil parte de MARÍN PÉREZ: «Introducción al Derecho Registral», *Rev. Dr. Priv.*, págs. 7 y ss., y es retomada por AMORÓS, M.: *Apuntes de Doctorado*. Curso 1970 y del mismo autor: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral*, *ob. cit.*, pág. 54.

(61) Sobre la inadecuación del término «relación» aplicado al Registro Mercantil, ver en este trabajo más adelante las páginas 45 y ss.

(62) Sobre los conceptos en torno a la relación jurídica, *vid.* ESPÍN, D.: *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1974, págs. 190 y ss.; Díez PÍCAZO, L., y

Para el estudio de la eficacia de la publicidad registral en torno a la relación jurídico-registral hay que incidir fundamentalmente en el aspecto formal de la relación jurídico-registral, o consecuencias jurídicas de la misma, que se derivan de su inscripción. Su aspecto sustancial, situaciones a las que el Derecho acota como inscribible, viene configurado por otra relación jurídica que es la relación jurídica que se registra y el examen de ésta no conduce al campo de los efectos publicitarios que se desenvuelven y desarrollan en el plano formal de la relación jurídico-registral, si bien es cierta la íntima conexión entre ambos aspectos (63).

II. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES Y LA SITUACION JURIDICO-REGISTRAL

La exposición de la publicidad registral lleva necesariamente al examen de los que tradicionalmente se han venido llamando «principios registrales», a través de los cuales se formulan las directrices en las que se patentizan los efectos de la publicidad registral.

A su vez, el intento de dar una explicación de los efectos publicitarios como expresión concreta de los principios registrales, lleva consigo la necesidad de precisar cuál sea su concepto, y la de situarles dentro del sector de la dogmática jurídica que les corresponda. Solamente después de estar suficientemente expuestos una y otra cuestión se estará en condiciones de examinarles de manera particularizada.

A) PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS

La denominación de los principios registrales es traída del campo del Derecho Hipotecario, que, de manera sistematizadora, construyó sobre ellos el funcionamiento de la publicidad registral inmobiliaria y que tiene su concreta manifestación a través de los llamados «principios

GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, ob. cit., págs. 175 y ss.; GUASP, J.: *Derecho Civil de España*, vol. I, Madrid, 1953, págs. 616 y ss.; CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, vol. I, ob. cit., pág. 616 y ss.; LEHMAN, H.: *Tratado de Derecho Civil alemán*, vol. I, Madrid, 1953-1958 (traducción de J. M. NAVASI, págs. 215 y ss.; VON THUR, A.: *Teoría general de Derecho Civil alemán* (traducción de T. RAVÁ), Buenos Aires, 1946, págs. 155 y ss.; ENNECCERUS, L., ob. cit., parte general (13.ª edición), pág. 279; MESSINEO, F., ob. cit., vol. I, página 123; CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit., t. I, vol. II, págs. 1 y ss.

(63) AMORÓS, M., ob. cit., habla de relación jurídica material y relación jurídica registral y efectúa un pormenorizado análisis de sus diferencias, págs. 56 y siguientes.

hipotecarios» que han servido a la doctrina clásica, fundamentalmente alemana y española (64), para la exposición y elaboración del sistema publicitario registral inmobiliario. Sin embargo, no sólo la denominación, sino también su validez y su eficacia han sido tradicionalmente objeto de dudas y precisiones (65), y ello fundamentalmente por no existir una concreción rigurosa de lo que el término «principio» manifiesta. Todo lo cual produce una confusión en torno al contenido material de lo que este concepto equívoco significa; confusión que ha tenido a veces como consecuencia incluso la substitución terminológica de los mismos por parte de la doctrina (66).

Lo cierto es que, pese a las divergencias de significación atribuidas a este concepto o incluso frente a las dudas sobre su utilidad, su denominación ha sido seguida y utilizada por la casi generalidad de la doctrina tradicional (67) y no sólo hipotecaria, que ha venido estudiando el fenómeno de la publicidad registral en sus diferentes manifestaciones: siendo incluso a veces recogida por la misma redacción de los textos legales (68).

La publicidad registral mercantil no es una excepción, y en la exposición que de ella hacen los estudiosos, así como en la exposición de motivos de sus textos el concepto de «principio registral» suele ser una constante (69). Aunque a veces el término «efectos», fundamentalmente en la doctrina mercantilista francesa e italiana, viene a desplazar el término formal de principio por el contenido sustantivo de efecto (70). Y ello posiblemente no sólo por la preocupación de que unos términos acuñados en el campo de otro Derecho Registral puedan ser trasvasados a un terreno jurídico con un objeto diferente, de manera que la termi-

(64) GONZÁLEZ-MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1948, págs. 289 y ss.; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 103 y ss.; NUSSBAUM, A.: *Tratado de Derecho Hipotecario alemán* (trad. ROCES, W.), Madrid, 1929, págs. 25 y ss.

(65) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1946, vol. I, págs. 231 y ss. Para una exposición sintética, *vid.* CHICO y ORTIZ, J. M., y BONILLA, J. A.: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, t. I, Madrid, 1967, págs. 155 y ss.; MARÍN PÉREZ, P., *ob. cit.*, págs. 198 y ss.

(66) DE CASSO, I., habla de «presupuestos registrales». *Derecho Hipotecario del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, págs. 138 y ss.; MARÍN PÉREZ, P., *ob. cit.*, no tiene inconveniente en hablar de principios o de presupuestos, pág. 206.

(67) ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, t. I, págs. 204 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.*, páginas 127 y ss.; TRIAY SANCHO, J.: «Los principios registrales y la legislación registral». *RCDI*, 1947, págs. 81 y ss.

(68) Exposición de motivos de la Ley de 1861: parte expositiva de la Ley de reforma de 30 de diciembre de 1940.

(69) GARCÍA GIMÉNEZ, C.: «Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil». *RDN*, núms. 17 y 18, 1957, págs. 213 y ss.; ver exposición de motivos *RRM*, 1956.

(70) PAVONE LA ROSA, A.: *Il Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 101 y ss.; RIPERT, G.: *Traité de Droit Commercial*, París, 1968, págs. 124 y ss.

nología pudiera hacer olvidar su peculiar contenido, al ser aplicados en otro sector del ordenamiento, como en cierta manera ha sucedido en nuestra legislación, sino también por una más justa adecuación entre la formulación y el contenido de la misma.

Estas dudas y confusiones quedarían con mucha probabilidad atenuadas, si no eliminadas, si se procediera con un adecuado lenguaje jurídico. En este punto, como en otros tantos de la materia jurídica, el problema muchas veces no es otro que un problema de adecuación terminológica.

El tema de la delimitación de «los principios registrales» exige por ello, en primer lugar, señalar el problema terminológico del término (71) y, a partir de él, delimitar su alcance.

Aplicando las ya clásicas acepciones de lenguaje y habla o de código y decir (72) al término «principio», aparece clara la diversidad de contenidos —significados— que con un mismo significante actúan en el decir jurídico. Diversidad y confusión que provienen de la distinta posición subjetiva que frente al término mantienen los individuos que los utilizan, cargando con valoraciones internas diversas un mismo contenido ante la inexistencia de moldes terminológicos suficientes en los que verter sus concepciones.

El término «principio general» oscila desde una posición iusnaturalista que en su visión más clásica identifica los principios del Derecho con las normas del Derecho natural, hasta una dirección positivista que identifica los principios del Derecho con el valor normativo del Derecho positivo (73). Esta diversidad de posiciones tiene naturalmente su reflejo en el campo registral desde el momento en que el término «principio», con su calificación de «registral», adquiere carta de naturaleza dentro de la doctrina y la legislación. Así desde la posición de JERÓNIMO GONZÁLEZ, que mantiene para el término «principio» una visión casi absoluta (74), hasta LACRUZ, que sostiene que el término «principio registral» no tiene más significación que la de «normas» abreviadas para poner de relieve determinadas regulaciones (75).

La realidad es que si el término de «principio» era ya equívoco en su significación primaria, su traslación al campo registral ha venido a complicar más aún la determinación de su contenido.

(71) RAMOS FOLQUES, R.: «Lexicografía Hipotecaria: su necesidad. Los principios .», *RCDI*, 1947, págs. 137 y ss.

(72) WARAT, L.: *Semiótica y Derecho* (recogiendo a SAUSSUREI, págs. 35 y ss.)

(73) Sobre los diferentes sentidos en torno a lo que por principios generales del Derecho puede entenderse, *vid.* DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, 1973, págs. 204 y ss.; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, tomo I, parte general, Madrid, 1955, págs. 448 y ss.

(74) GONZÁLEZ, I., *ob. cit.*, págs. 289 y ss.

(75) LACRUZ BERDEJO, J., *ob. cit.*, págs. 60 y ss.

B) DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

La explicación de lo que con terminología usual viene denominándose «principios registrales» necesita partir de dos consideraciones previas:

a) *Los principios registrales no son principios generales*

Los principios registrales no vienen en ningún momento configurados apriorísticamente con respecto a los sistemas legislativos ni en el sentido de su consideración de normas de Derecho natural inmanente y ahistórico con respecto a los concretos sistemas positivos, ni en el más racionalista de considerarles abstracciones últimas de todo ordenamiento jurídico. Su función dista mucho de ser la que podría atribuirse a unos principios generales del Derecho con su finalidad última de ser no sólo integradores del sistema normativo, sino también Derecho supletorio. Los principios registrales son expresión de una técnica concreta establecida formalmente por el legislador para una mejor defensa de la seguridad jurídica. De ahí que se pueda encontrar, según cuál sea el ordenamiento jurídico o incluso el sector del mismo que se contemple, un mayor o menor número de éstos o el predominio de unos sobre otros; diferencias cuantitativas y cualitativas que en ningún momento deben conducir a un desprecio de «los principios» por no obedecer a la idea que previamente se tuviera de los mismos como directrices esenciales del ordenamiento jurídico, ya que esta idea no se correspondería con lo que en la realidad del Derecho se aparece, y habría que reducirla a sus justos límites. Los principios registrales son términos instrumentales que ponen de manifiesto una técnica jurídica utilizada por el legislador. Son reglas de Derecho en el sentido kelseniano de proposiciones jurídicas mediante las que la ciencia del Derecho descubre su objeto (76), no en el sentido de máximas jurídicas que expresen de forma breve el valor jurídico de determinadas normas, instituciones o conjunto de ellas.

(76) KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria Buenos Aires, Buenos Aires, 1971, traducción de NILVE, M.

«Entendemos por reglas de Derecho las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto» (pág. 46).

«La regla del Derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la Ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del Derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de Derecho es un acto de conocimientos en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad» (pág. 47).

«Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de Derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas» (pág. 48).

ni tampoco en el de principios con efectividad, independientemente de la Ley, que, como afirma ESSER, se justifican por la naturaleza de las cosas o la institución en cuestión, si bien requirieran de la jurisprudencia para su efectiva positivación (77).

b) *Los principios registrales no son tampoco normas*

No es válida tampoco la configuración de los principios registrales como normas, a pesar de que la enunciación que de ellos suele hacerse se manifieste externamente bajo una estructura análoga a la de la norma completa, es decir, una situación de hecho a la que se anuda una consecuencia jurídica (78).

Pero los principios no son normas jurídicas, sino que son construcciones racionales a las que es necesario contrastar en su desarrollo normativo y es en este terreno donde se manifestará la eficacia sancionadora; los principios registrales en sí mismos carecen de eficacia jurídica, la traen indirectamente de las normas que le dan soporte.

Los principios registrales, sin embargo, no se deducen exclusivamente de las normas registrales, sino que más bien ellos sirven como pauta para la construcción, modificación o perfeccionamiento de un sistema registral y las normas que le desarrollan no son sino la expresión jurídica de una construcción racional.

La función de los principios registrales estriba en que ellos dan una representación intelectual sistematizada del instrumento publicitario registral como técnica arbitrada para la seguridad del tráfico, y más concretamente de la eficacia publicitaria. Pero no pasan de ser eso, una construcción racional para un orden legal. Por eso el hecho de que la doctrina muchas veces no se ponga de acuerdo no sólo en la denominación de los principios, sino tampoco en el número de los mismos, considerando a algunos absorbibles por otros, carece frecuentemente de importancia, ya que lo realmente trascendente va a ser la regulación concreta, la existencia de unas determinadas normas en las cuales se desprende la eficacia.

c) *¿Principios registrales o efectos publicitarios?*

Es conveniente, pues, reducir los principios a sus justos términos y empezar a hablar con más fuerza de «los efectos de la publicidad» como manifestación concreta de la eficacia de la publicidad que se des-

(77) ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, págs. 52 y ss. (recogido por LARENZ, K., *ob. cit.*, págs. 143 y ss.).

(78) LARENZ, K., *ob. cit.*, págs. 159 y ss.; DíEZ PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 201.

envuelve a través del desarrollo de las normas de naturaleza registral; sin ignorar, naturalmente, la función que «los principios» han venido teniendo en el esclarecimiento y exposición sistemática de la publicidad registral.

Hablar de los efectos de la publicidad registral supone el poner de relieve la modificación de las situaciones extrarregistrales al entrar en el mundo del Registro, e intentar hacer explícito «el plus» de eficacia que las normas registrales añaden a la situación registrable al ingresar en el Registro. Es el tema de la posible construcción y valor de la relación jurídico-registral (79).

C) PRECISIONES EN TORNO A LA SIGNIFICACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-REGISTRAL. LA SITUACIÓN JURÍDICO-REGISTRAL

Al construir los efectos de la publicidad registral en torno a la llamada relación jurídico-registral se ha venido utilizando este último concepto de una manera reiterada, aunque sin llegar a realizar en ningún momento el análisis del mismo, por ser éste el lugar que sistemáticamente le correspondía.

El concepto de relación jurídico-registral está construido sobre una doble base: la teoría general del Derecho civil, de donde procede el concepto de relación jurídica (80) y el campo del Derecho Hipotecario, de donde procede la determinación adjetiva registral. Es fundándose en estos dos pilares como se ha construido y expresado el concepto de relación jurídico-registral, entendiéndose por tal «toda relación jurídica que ha tenido acceso al Registro, sea cualquiera el contenido de la misma (81) y a la que por ello se anudan determinados efectos.

Al hablar de la relación jurídica ha de hacerse, como en páginas anteriores se afirmaba, según la construcción que atiende a su doble vertiente de supuestos o situaciones a los que el ordenamiento jurídico quiere atribuirles determinados efectos, y a estos mismos efectos o consecuencias derivados de la norma (82). Uno y otro aspecto son los elementos de la relación, sin que por tal deba entender sólo uno de ellos.

En la relación jurídico-registral «la situación» vendría dada por la

(79) MARÍN PÉREZ, P.: «Los principios de la relación jurídico-registral», *RDP*, 1947, págs. 658 y ss.; del mismo autor, *Introducción...*, ob. cit., págs. 198 y ss.

(80) Sobre el origen de su construcción, teorías y concepto, *vid.* CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, t. I, ob. cit., págs. 616 y ss.

(81) AMORÓS, M., ob. cit., págs. 55 y ss.

(82) VON THUR, A., ob. cit., págs. 155 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D., ob. cit. págs. 190 y ss.; GUASP, J., ob. cit., págs. 86 y ss.; DE CASTRO, F., ob. cit. Parte general, vol. I, págs. 616 y ss.; MESSINEO, F., ob. cit., vol. I, págs. 122 y ss.

relación jurídica que ha ingresado en el Registro (relación que a la vez vendría compuesta por una situación y unos efectos), y «las consecuencias jurídicas» serían los efectos derivados de las normas registrales que añadirían «un plus» de eficacia a los efectos de la relación jurídica que ingresa en el Registro. La relación jurídica inscribible, una vez inscrita se convierte así en relación jurídico-registral. Y es sobre el plano de la eficacia de las normas registrales sobre el que se debe insistir fundamentalmente al intentar construir los efectos de la publicidad registral.

La insistencia en este aspecto no significa el menosprecio hacia lo que hemos llamado «situación» (83), puesto que indudablemente muchas veces ella es centro polémico en la determinación de los efectos de la publicidad y así se manifiesta, por ejemplo, en torno a la relevancia de los efectos sobre las declaraciones de ciencia y las declaraciones de voluntad y la posible diferencia de significación con respecto a los efectos registrales, según caigan éstos sobre una u otra.

La traslación del término «relación jurídica» al campo registral ha sido obra fundamentalmente, como antes se indicó, de escritores hipotecaristas, al intentar acuñar un término más amplio que el del Derecho subjetivo en el que poder englobar no sólo los derechos reales (creación, modificación, limitación y extinción), que a primera vista podrían deducirse como objeto único de la publicidad registral inmobiliaria (no entramos en el tema de si se inscriben títulos o derechos) y a los que únicamente afectarían los efectos de la misma, sino también al más amplio objeto del Registro, como resoluciones judiciales, pretensiones, e incluso derechos personales, a los que de una u otra manera también afecta la eficacia publicitaria del Registro (84). Pero en el fondo de la elección del concepto de «relación jurídica», y a pesar de intentar superarlo, pesaba de una manera considerable el hecho de que el núcleo fundamental del objeto de la publicidad registral venía dado por las relaciones jurídico-reales (85).

(83) AMORÓS, M., *ob. cit.*, la denominada «relación jurídico-material», pág. 56.

(84) Ver y comparar los arts. 1, 2 LH y 4, 7, 9, RH; *vid.* AMORÓS, M., *ob. cit.*, página 55.

(85) En este sentido es evidente el intento de la utilización del concepto de relación jurídico-registral que hace MARÍN PÉREZ, como concepto superador de la división de cosas muebles e inmuebles, para englobar toda relación jurídico-real susceptible de publicidad formal o registral frente a aquellas relaciones jurídico-reales no registrables con independencia del carácter mobiliario o no de las mismas. *Introducción al Derecho Registral*, *ob. cit.*, págs. 44 y ss. No obstante, al dar un concepto del Derecho Registral no lo hace en base a «cosas», sino, como él mismo señala, en base a bienes en sentido amplio, de forma que le induce a plantearse «el problema de si dentro de esta construcción unitaria del concepto del Derecho Registral es factible, dogmáticamente, incluir lo relativo al Registro de personas o Registro Civil» (pág. 189).

Pero ¿es aplicable sin problemas el concepto de relación jurídica a la publicidad registral?

La respuesta definitiva en última instancia no sería otra que la que diera como resultado un estudio sobre el objeto del concreto Registro que se examinara, y éste es tema que varía de acuerdo con la legislación frente a la que nos encontremos. Es un problema de examen de cada Derecho positivo, y dentro de él de los diferentes Registros existentes, aunque, sin embargo, para ayudar a resolver el problema conviene hacer las siguientes precisiones de carácter general:

a) No siempre es válido el esquema de la relación jurídica registral que se construye mediante el aditamento de un «plus» de eficacia sobre la relación registrable cuando ésta se inscribe, pero que ya estaba produciendo sus propios efectos con anterioridad a su inscripción. Y no es válido porque muchas veces la función de la inscripción registral va más allá en su campo de aplicación, de forma que la aparente autonomía que la construcción de la relación jurídica registral parece indicar que existe entre el mundo registral y el extrarregistral no siempre se produce. La idea misma de la eficacia de la situación no registrada limitada a las partes, mientras que el tercero quedaba a salvo de ella mediante la protección de la buena fe que sólo podía ser eliminada por el conocimiento de la situación o por su publicación registral, va a desaparecer en aquellos casos en los que las consecuencias jurídicas de una determinada realidad social, incluso para la eficacia *inter partes*, sólo pueda ser producida a través del Registro. Es el amplio campo de acción de la inscripción constitutiva (86). Y no puede pasar inadvertido el inmenso campo de aplicación que ésta ha ido adquiriendo en todos los campos registrales.

No parece por eso adecuado el término relación jurídico-registral como exponente de la realidad registrada frente a la no registrada, pero con vida independiente. Parece más conveniente hablar de «situación jurídica registral», entendiendo como tal todo aquello que es objeto de inscripción en el Registro, pero no con referencia a una relación jurídica anterior, sino con referencia a un hecho jurídico en general, incluso aunque todavía el Derecho objetivo no haya empezado a atri-

(86) Un tema diferente, aunque conexo, es la posibilidad de reconducir las situaciones no inscritas y para las que la inscripción era un elemento constitutivo de su existencia jurídica a otros supuestos con eficacia jurídica, aunque diferentes de los queridos por las partes (ejemplo, sociedades irregulares), para los que la inscripción no es necesaria.

La protección del tráfico jurídico va así más allá de la mera protección registral del tercero, y el problema mismo de la autonomía de la voluntad es el que parece estar en cuestión frente a la intervención cada vez mayor de los poderes públicos.

buirle efectos por no darse todos «los elementos de hecho o supuestos de hecho» para que la norma sea aplicable (87). Tal es normalmente «el objeto» de una inscripción constitutiva cuando todavía no ha sido inscrito.

b) Otro punto que conviene precisar en torno a un mejor entendimiento de los límites para la aplicación del concepto de la relación jurídica registral, es el referente al objeto de la publicidad registral, que no siempre está constituido por relaciones jurídicas.

No siempre las relaciones jurídicas son el objeto único de la inscripción, sino que con gran frecuencia también el objeto puede venir constituido por hechos y actos con sus correspondientes efectos, que no tienen por qué ser relaciones jurídicas, salvo que éstas se entiendan en un sentido muy amplio. Es por ello más correcto hablar de situación jurídico-registral y no de relación jurídico-registral en aras de una construcción de un concepto más amplio que pueda abarcar la totalidad del objeto (88) de la inscripción.

Hacer un análisis concreto de cuál sea el objeto registrable es un punto que compete en última instancia al estudio de cada sistema registral, pero cosa diferente es el intento de trazar un planteamiento sobre las distintas alternativas que pueden ofrecer y sobre la posible relevancia de los efectos publicitarios, según cuál sea la que se presente (89).

Siguiendo un orden lógico sobre las controversias existentes en torno a la heterogeneidad del objeto de la publicidad registral, parece que en primer lugar se debe hacer referencia a la determinación de cuál sea el contenido inmediato de la misma: ¿la declaración o el contenido de la declaración? Disyuntiva que se traduciría a efectos prácticos en la aplicación de los efectos publicitarios registrales, fundamentalmente los efectos presuntivos de exactitud y de veracidad, sobre una u otra de aquéllas. La aplicación de los efectos sobre la declaración supondría que las presunciones sobre la exactitud y la veracidad no tendrían aplicación sobre el contenido de la misma, de manera tal que no podría presumirse que lo que consta en el Registro sea exacto y verdadero, sino que todo lo más podría suponerse que la declaración tuvo lugar y fue

(87) RUBINO, D.: *La Fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milán, 1939. páginas 3 y ss y 43 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *ob. cit.*, t. I, vol. II, págs. 596 y ss.

(88) AMORÓS, M., en contra por la excesiva laxitud del término. *Vid. Sobre el Derecho Inmobiliario ...*, *ob. cit.*, pág. 55.

(89) Es de señalar la modificación que para el actual contenido de las situaciones inscribibles en nuestro Registro Mercantil (art. 16 C. de C.) puede suponer la aprobación del «Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea» (BOC. serie A, núm. 80, 22 de abril de 1988), que limita su contenido a empresarios individuales, sociedades mercantiles, aquellas que permita la Ley y los actos y contratos que establezca la Ley.

ajustada a Derecho, pero ni mucho menos podría extenderse la calificación registral más allá.

La construcción de los efectos publicitarios sobre la declaración proviene fundamentalmente de la doctrina alemana más antigua, HOENIGER, MEYER, STREBE, etc. (90), que, al estar constreñidos legalmente por una legislación sobre la publicidad registral mercantil que no iba mucho más allá de la inoponibilidad de lo no inscrito, intentaron la ampliación de la eficacia registral mercantil mediante una equiparación con la del Registro Inmobiliario, fundamentalmente en lo que a la fe pública se refiere. Y así, sobre la construcción en torno a la declaración y la práctica de los Tribunales, se construyó el denominado «principio de fidelidad a la declaración» (*Rechtsgrundsatz der Erklärungsstreue*), cuya construcción, tomada de EHREMBERG (91), se configura como «una declaración pública que, dirigida a la generalidad, tiene una concreta importancia jurídica, y quien la da a la manera usual en el comercio debe permitir que todo tercero tenga el contenido de la misma por exacto. De ahí que el tercero pueda también, bajo determinados presupuestos, tener por cierto un hecho inexactamente inscrito en el Registro». No corresponde aquí el análisis de este principio y sólo a título de reforzar la importancia que la mera declaración puede tener a efectos publicitarios se ha traído a colación.

La posición actual de la casi totalidad de la doctrina mantiene, por el contrario, que los efectos publicitarios se extienden al contenido de la declaración, y en él hay que fijarse para poder construir una exacta teoría de los efectos publicitarios (92). Como posición intermedia y conciliadora cabría citar la posición de cierto sector de la doctrina italiana, que, enfocando el problema desde el contenido de la declaración dirigida al Registro, sostiene que hay que diferenciar, según sea el contenido de la misma, una declaración de ciencia o una declaración de voluntad, y así, mientras en la primera la eficacia del Registro versaría sobre la declaración que se hace del hecho mismo, en la segunda se referiría a la validez del hecho registrado. «ya que los hechos jurídicos, en cuanto que transcurren en el tiempo y se desarrollan fuera del Registro, no pueden ser objeto inmediato del mismo y se requiere una declaración de ciencia, salvo en los casos de los negocios en los que la inscripción sigue reproduciendo el contenido de los mismos» (93).

En último término el problema ha de resolverse a la vista de cada sistema registral, lo cual no es óbice para la señalización del tema.

(90) Recogidos por PAVONE LA ROSA, A., *ob. cit.*, pág. 78.

(91) EHREMBERG, V.: *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, Leipzig, 1915, página 645.

(92) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, pág. 535.

(93) PAVONE LA ROSA, A., *ob. cit.*, págs. 79 y ss.

El problema y significación en torno al objeto y a la eficacia de la publicidad registral no quedaría totalmente planteado si no se hablara, junto al posible contenido inmediato de la publicidad registral (declaración o contenido de la declaración), del contenido mediato de la inscripción, es decir, de la naturaleza del contenido de la declaración. ¿Se inscriben hechos, en el sentido utilizado por CORRADO «de sucesos o situaciones que sean idóneos por sí mismos para ser causa de mutaciones jurídicas» (94), o se inscriben los efectos jurídicos?

La trascendencia práctica del problema se plantea de forma más acuciante en torno a los Registros Inmobiliarios, en los cuales, según cuál fuere el sistema al que estamos adscritos [por ejemplo, el francés: con su sistema de transcripción y de folio personal, en el que lo que se publica son los negocios jurídicos reales, pero no las titularidades; el alemán: donde la inscripción en el Registro es solamente necesario para los cambios reales por negocios *inter vivos* (95)], sería de considerar una u otra toma de postura (96). Esta dualidad de sistemas tuvo especial polémica en la interpretación del sistema registral inmobiliario español, donde la influencia de ambas concepciones fue notoria. Las diferentes tomas de postura de la doctrina (97) tuvieron reflejo en múltiples aspectos de gran importancia práctica, de los que el más sobresaliente es el que se plantea en torno a la tradición y el Registro de la Propiedad, puesto que al girar nuestro Derecho sobre la necesidad de la tradición para la adquisición de la propiedad mediante contrato (art. 609 CC), si se inscribían titularidades dominicales era necesaria la previa tradición. no así si lo que se inscribían eran sólo los negocios traslativos (98). Es, en definitiva, el tema de la posible quiebra de la teoría del título y el modo (arts. 609, 2; 1.095 y 1.462 CC) al entrar en juego la publicidad registral.

Aunque en último término también el problema deba de ser resuelto bajo la contemplación de cada Derecho positivo en concreto, no supone esto el que no se pueda hacer una exposición de las posibles consecuen-

(94) CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 108 y ss.; ECHÁVARRI afirmaba: «Se inscriben hechos y no relaciones jurídicas». *Comentario al Código Civil*, t. I. Valladolid, 1924, pág. 112.

(95) No procede aquí el examen de la eficacia registral de ambos sistemas, ni el del principio del consentimiento del Derecho alemán, aunque ambas cosas van directamente ligadas a los sistemas que se consideran.

(96) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario*. Madrid, 1924, págs. 131 y ss. y 197 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU, E.: «La reforma del sistema inmobiliario francés», *RCDJ*, 1949, págs. 321 y ss.; ROCA SASTRE, R., *ob. cit.* t. I. páginas 145 y ss. y 159 y ss.

(97) HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.* págs. 119 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J., *ob. cit.*, páginas 92 y ss.

(98) ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, t. I, págs. 238 y ss.

cias que la adopción de una u otra solución pueda traer al terreno de la publicidad registral mercantil.

La adopción de una toma de postura en torno al problema de la inscripción de «hechos» [tomando como tal la acepción dada por CORRADO, y antes señalada, de sucesos o situaciones que sean idóneos por sí mismos para ser causa de mutaciones jurídicas (99)] o de «efectos jurídicos» en el Registro, puede conducir a consecuencias de muy diferente carácter. La admisión de que el objeto de la publicidad registral lo constituyen «los hechos» y no «los efectos» (100) llevaría a despreciar la realidad de que el «hecho» y el «efecto jurídico» son dos aspectos de un mismo fenómeno, y sería verdaderamente absurdo desconocer la íntima relación existente entre ambos en las relaciones jurídicas. Por otra parte, la determinación de que los «hechos» y no los «efectos» fueran el objeto de la publicidad registral mercantil tendría como consecuencia la constante dependencia «de los efectos jurídicos» de las vicisitudes que «los hechos» pudieran sufrir, a no ser que se estableciera por la inscripción la convalidación de los mismos. La consideración de los efectos jurídicos como objeto de la publicidad llevaría, por el contrario, a una cierta independencia con respecto a los hechos que les determinaron. La importancia adquirida por la consideración a este problema ha venido determinada quizá en gran manera por la dificultad existente para separar nítidamente «el hecho» de «la consecuencia jurídica» cuando se trata de declaraciones de ciencia y no de voluntad, es decir, en aquellos casos en que las situaciones que se registran derivan de hechos naturales o de actos que no tienen un carácter negocial y que por su complejidad, naturaleza o rápido suceder no pueden tener un acceso completo al Registro de que se trate, haciéndose necesario dar una idea representativa del hecho (101).

La reacción contra esta concepción parcial en torno al objeto de la publicidad registral mercantil se puso de manifiesto con respecto a los Registros Mercantiles tanto por la misma doctrina italiana como por la alemana, manteniendo que son objeto de la publicidad registral mercantil tanto los «hechos» como las «consecuencias jurídicas» (102). Esta

(99) CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 108 y 109.

(100) CORRADO, R., *ob. cit.*, pág. 108: «il nostro sistema legislativo, pone como oggetto delle pubblicità i fatti e i non mutamenti giuridici»: COVIELLO, L.: *Della trascrizione*, t. I (2.^a ed.), Napoli-Torino, 1914, pág. 70.

(101) PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 54.

(102) En este sentido las afirmaciones de O. PRUSANITZ: «Son objeto de la inscripción, no sólo los hechos, sino también sus resultados jurídicos», y la afirmación igualmente de PAVONE, A., cuando sostiene que «muchas veces el suceso que se quiere señalar a los terceros está constituido por una situación jurídica, la cual trae origen de una declaración negocial. En tales casos el medio más idóneo para traer a conocimiento de los terceros la situación jurídica consiste en hacer público

concepción (103), que nació como oposición a la visión parcial que anudaba los efectos publicitarios sólo a «los hechos» y no a sus consecuencias, fue finalmente configurada a través de lo que en Derecho italiano ha venido denominándose «la nozione integrale dell'oggetto».

La mutua interrelación entre el hecho y la consecuencia jurídica no puede ser ignorada dentro del campo de la publicidad registral. La publicidad registral afecta conjuntamente a los hechos y a sus consecuencias, si bien es cierto que hay que matizar si el alcance de los efectos publicitarios afecta tanto a unos como a otros, es decir, a los hechos como a sus efectos. La publicidad, como afirma PUGLIATTI (104), «tiene de hacer cognoscible el hecho o el acto (el término «hecho» en el sentido antes señalado por CORRADO abarcaría a ambos supuestos), pero no rehúye el resultado del hecho o del acto, es decir, el efecto jurídico». Y así podría hablarse de un objeto inmediato de la publicidad registral mercantil y de un objeto mediato, según contempláramos uno u otro aspecto. Es decir, que el contenido de la inscripción en el Registro no estaría constituido por hechos o consecuencias jurídicas, sino por el sentido integral de la declaración (105).

Lo que sucede es que en la situación jurídico-registral el hecho lo constituye tanto el hecho como los efectos que configuran la situación jurídica que ingresa en el Registro, y las consecuencias de la inscripción vendrían a ser los efectos derivados de las normas registrales que añadirían «un plus de eficacia» a los efectos de la situación jurídica que ha ingresado en el Registro de que se trate.

La construcción, pues, de la publicidad en torno a la situación jurídico-registral conduce a afirmar que el objeto de la inscripción sería tanto los hechos como sus consecuencias jurídicas, mientras que los efectos de las normas registrales actúan normalmente sobre las consecuencias jurídicas.

Se inscriben hechos o actos y se publican sus consecuencias. Los primeros, sean declaraciones de ciencia o declaraciones de voluntad,

el negocio del que deriva la situación. Pero en otros casos la situación, al no derivar de un negocio, no puede hacerse derivar de hechos que puedan traerse a la publicidad (imposibilidad derivada de sus especiales características), haciéndose relevante la situación producida». PRAUSSNITZ, O.: *Rechtschein und Rechtswirklichkeit Zeitschrift für Handelsrecht*, Bd. 96. BURIO, D., *ob. cit.* pág. 43; PAVONE LA ROSA, A., *ob. cit.*, págs. 54 y ss.

(103) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 624 y ss.

(104) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 395 y ss.

(105) WEGHMANN, A.: *Der Streit um den positiven öffentlichen Glauben des Handelsregisters*, Ostern, 1934, págs. 20 y ss.

constituirían el antecedente de la consecuencia jurídica que sería el verdadero objeto de la publicidad registral y sobre la que se anudarían los efectos de la misma.

ADOLFO J. SEQUEIRA MARTÍN
Profesor Titular de Derecho Mercantil,
Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense

DICTAMENES Y NOTAS

JUNTAS ORDINARIAS

Artículos 40, 50 y 51 de la Ley de Sociedades Anonimas

I

El artículo 49 de la Ley contiene dos disposiciones: Una, admitiendo dos clases de Juntas generales: las ordinarias y las extraordinarias, a las que habría que añadir las universales, reguladas por el artículo 55. Y la otra, ordenando que las convocatorias sean hechas por los administradores.

Dentro de la Junta general ordinaria habría que distinguir dos especies de ellas: la legal y las estatutarias, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley.

II

Prescindiendo en este trabajo de las Juntas generales extraordinarias y de las universales, vamos a limitarnos a hacer algunas consideraciones sobre las ordinarias, legal y estatutarias, como se desprende del enunciado que lo encabeza.

Parece que toda la doctrina está de acuerdo en aceptar que la Junta general ordinaria admite no sólo la legal a que se refiere el artículo 50, sino también otras Juntas generales ordinarias que habría que denominar estatutarias, por venir impuestas por los Estatutos y para diferenciarlas de la que hemos denominado legal.

Verdaderamente, la Ley no es muy precisa en este como en tantos otros puntos. Pero, pese al singular que utiliza el artículo 52 y a la redacción del artículo 50, que tanto puede interpretarse en esa dirección

como en la de que sólo se establece y regula una Junta ordinaria, la legal, encomendando a los Estatutos lo relativo a ella y limitándose a ordenar que tenga lugar forzosamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, es decir, cuando aquéllos lo dispongan, pero necesariamente dentro de ese plazo, es lo cierto que otros preceptos dan por supuesto lo contrario, o sea, que, al lado de la ordinaria legal, los Estatutos pueden ordenar y regular otra u otras Juntas ordinarias con contenido distinto al de la legal. Tal ocurre, por ejemplo, en el artículo 58 de la Ley o el 102, letra *i*), del Reglamento del Registro Mercantil.

III

Las Juntas ordinarias y extraordinarias se diferencian fundamentalmente por las circunstancias o extremos siguientes:

— Las primeras son periódicas, es decir, han de reunirse precisamente cuando lo dispongan los Estatutos; las segundas son eventuales, o sea, han de reunirse cuando lo estimen conveniente los administradores o cuando lo solicite un número de socios que representen al menos la décima parte del capital desembolsado (art. 56 de la Ley). Estas últimas sólo pueden ser extraordinarias y, viceversa, sólo son extraordinarias estas mismas últimas.

— Las cuestiones enunciadas por el artículo 50 sólo pueden ser tratadas en la Junta ordinaria legal; las demás, en cualquier tipo de Junta, ordinaria estatutaria o extraordinaria.

— Si la Junta ordinaria, legal o estatutaria, no fuere convocada dentro del plazo (pese a la deficiente redacción del art. 57), cualquier accionista puede instar su convocatoria judicial; en cambio, la petición de convocatoria judicial de la Junta extraordinaria ha de ser hecha por el número de socios antes expresado.

Naturalmente, en los dos primeros puntos dejamos a salvo lo dispuesto por el artículo 55.

IV

En principio, pues, las Juntas ordinarias se caracterizan por su periodicidad. Tanto la legal como las estatutarias han de reunirse precisamente cuando lo dispongan los Estatutos, aunque aquélla necesariamente dentro del plazo máximo que marca el artículo 50.

Se diferencian entre sí netamente por razón de su diverso contenido,

ya que la legal ha de tener por objeto la censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas y balances y la adopción de acuerdos acerca de la distribución de beneficios, todo ello referido al ejercicio social, íntegro, ya consumado. Por el contrario, puede ser objeto de las estatutarias cualquier asunto distinto de los anteriores.

Lo importante, a nuestro juicio, en estas últimas, Juntas ordinarias estatutarias, es que los Estatutos han de prever:

- época de celebración: por ejemplo, durante el mes de julio o del de diciembre, etc., e incluso el día concreto;
- y asuntos a tratar en ellas: por ejemplo, conveniencia, o no, de distribuir dividendos a cuenta y cuantía del mismo, o bien renovación de cargos, etc.;
- pueden prever también, como luego veremos, los requisitos de convocatoria.

V

Pues bien, a salvo las universales, todas ellas, ordinarias o extraordinarias, han de ser convocadas por los administradores. Por tanto, precisan serlo por el administrador único, por cualquiera de los administradores solidarios o mediante acuerdo al efecto adoptado por el Consejo de Administración; si hubiese dos administradores mancomunados, aceptados, como sabemos, por la Dirección General, habrán de convocarla ambos administradores; y si se diere la coexistencia a que se refiere el último párrafo de la letra *h*) del artículo 102 del Reglamento (Consejo y administradores singulares), habrá que atenerse a las facultades atribuidas por los Estatutos a uno y otros.

No debe olvidarse, sin embargo, que es facultad que el Consejo puede delegar, salvo que lo prohíban los Estatutos expresamente (art. 77 de la Ley), pero entendemos que no es susceptible de poder, dados los términos del artículo 49.

Por esto último, no deben admitirse a inscripción las fórmulas que se observan en algunos Estatutos permitiendo a los administradores conferir poderes con todas las facultades a ellos correspondientes y exceptuando tan sólo las indelegables, pues, como veremos, hay facultades delegables que, no obstante, no pueden integrar el contenido de un poder. No se trata sólo de un problema puramente semántico o de defectuosa expresión, sino que, de hecho, puede tener significativa trascendencia.

VI

Volviendo a las diferencias que separan a la Junta ordinaria legal de las estatutarias, un examen detenido del artículo 51 de la Ley en sus dos párrafos nos obliga a sentar una afirmación que no hemos tenido ocasión de ver ni en la doctrina ni en la jurisprudencia que hemos podido estudiar: A la Junta general ordinaria y legal se refiere su primer párrafo, y a la Junta general ordinaria y estatutaria, el segundo párrafo.

Como consecuencia de ello, entendemos que el quórum de asistencia que fija el párrafo primero del citado artículo 51 es intocable, es decir, no cabe ni reducirlo ni reforzarlo. Así se deduce:

1.º Del artículo 152 de la Ley, párrafo 2.º, que, de no admitir tal interpretación, carecería de sentido en cuanto invoca «las mayorías ordinarias» para la adopción de acuerdos relativos a la disolución de la sociedad por las causas números dos, tres y seis del artículo 150 de la Ley: conclusión de la empresa o imposibilidad de realizar el fin social, pérdidas que aminoren el patrimonio dejándolo por debajo de la tercera parte del capital social, salvo que éste se reintegre o reduzca, y cualesquiera otras causas previstas por los Estatutos, respectivamente.

2.º Porque el artículo 11, en su número 5.º, es cierto que da algún margen a la autonomía de la voluntad, pero también establece los límites adecuados, pues exige no sólo que los pactos correspondientes sean lícitos, sino, además, «que no se opongan a lo dispuesto en la Ley». Y no puede negarse que los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas son en su inmensa mayoría de Derecho necesario. Sólo se excluyen aquellos que implícita o explícitamente admiten disposiciones estatutarias distintas. De ahí el carácter imperativo de la mayor parte de sus normas; y sólo cuando quieren dejar entrada a esa autonomía de la voluntad utilizan términos permisivos, tales como: «salvo disposición contraria de los Estatutos» (arts. 41, 42 y 60), «expresamente impuestas por los Estatutos» (art. 46), «los Estatutos podrán» (art. 51), «cuando lo dispongan los Estatutos» (art. 50), «los Estatutos podrán facultar» (artículo 59), etc., etc. En todos los demás casos, todo obliga a entender que tales normas son imperativas y no toleran la introducción de ninguna disposición estatutaria contraria o modificadora de las mismas, cual ocurre también con la Ley de Sociedades Limitadas.

3.º Sería demasiado simplista entender, por ejemplo, que el párrafo 2.º del artículo 51 lo único que autoriza, en cuanto a la convocatoria, es que se refuercen o añadan requisitos, como cartas certificadas, telegramas, etc., a los que establece el artículo 53.

4.º La Junta general ordinaria legal ha de celebrarse inexcusablemente: no se comprende un ejercicio social sin que tenga lugar aquélla para resolver sobre los asuntos que expresa el artículo 50.

La censura de la gestión social, la resolución sobre distribución de beneficios o sobre el modo de enjugar las pérdidas, y sobre todo, la aprobación de las cuentas y el balance del ejercicio recién terminado, son el soporte de la marcha siguiente de la sociedad.

5.º Tanto es así, que el artículo 57 de la Ley, como ya vimos, otorga a cualquier accionista la facultad de exigir su convocatoria cuando ésta no se hubiere hecho en el plazo legal.

6.º El sentido de la Ley está claro cuando en segunda convocatoria consiente su válida constitución cualquiera que sea el número de socios concurrentes a la misma, y, por tanto, cualquiera que sea el capital en ella representado. Un ejercicio social, insistimos, sin Junta ordinaria legal es inconcebible: toda la actividad del ejercicio que ha de seguir al enjuiciado se apoya sobre el resultado de aquella Junta.

7.º Un reforzamiento del quórum de asistencia podrá suponer la paralización de la sociedad, impidiendo a los socios que verdaderamente tengan interés en su feliz marcha, acordar lo oportuno al efecto, por no poderse constituir válidamente la Junta correspondiente. Y es que la Junta que tratamos ha de celebrarse *necesariamente*, como dice el artículo 50 de la Ley. El principio de conservación de la empresa debe prevalecer sobre cualquier otra consideración.

VII

Como consecuencia de todo lo anterior, podríamos plantearnos esta pregunta: ¿Pueden tratarse en la ordinaria legal otros asuntos distintos de los que enumera el artículo 50 de la Ley?

Evidentemente, sí: la Junta general ordinaria y legal no es un coto cerrado: en ella, por tanto, pueden tratarse otros asuntos además de los comprendidos en el precepto citado.

Pero hay un límite: el quórum de asistencia. Es decir, en ella no pueden tratarse los asuntos del artículo 58 de la Ley. La razón es muy sencilla: con ello se elevaría el quórum preciso para su válida constitución de manera indirecta, pues, como unánimemente reconocen la doctrina y la jurisprudencia, no puede celebrarse ninguna Junta, ordinaria o extraordinaria, y, en consecuencia, no quedaría válidamente constituida, si no es con la asistencia del quórum mayor exigido por la Ley y los Estatutos de entre los que serían aplicables por razón de los asuntos a tratar. O sea, si en el orden del día de la Junta ordinaria legal

se incluye uno de los asuntos previstos por el citado artículo 58, el quórum preciso para la válida constitución de ella sería el exigido por este último, de modo que si este quórum no se alcanza no podría celebrarse, lo cual, naturalmente, será o podrá ser una manera de burlar la necesidad de aquella Junta, pues podría devenir imposible o inviable tanto en primera como en segunda convocatoria.

Realmente llegados a este punto, no podemos ocultar que pensamos que tal vez lo deseable sería completar el temario posible (nombramiento de censores y de administradores) y no permitir que en ella se trataran cuestiones distintas, que quedarían reservadas para las demás clases de Juntas, exceptuando, naturalmente, el caso de que se celebrara por la vía del artículo 55 (Junta universal).

VIII

Decíamos antes que el párrafo 1.º del artículo 51 de la Ley se refiere exclusivamente a la Junta general ordinaria y legal; y que, en cambio, su párrafo 2.º se refería a las Juntas generales, ordinarias también, pero estatutarias. Si bien, lógicamente, si los Estatutos no hacen uso de la posibilidad que se les brinda, hay que entender que rigen los quórums del párrafo 1.º, que sería supletorio.

En este apartado vamos a estudiar ese párrafo 2.º, proponiendo soluciones a los problemas derivados del laconismo de la Ley, para llegar a su correcta interpretación y que son al mismo tiempo razones a tener en cuenta también, junto a las que exponíamos en el apartado VI al estudiar el primer párrafo, pero cuyo encaje es más propio de este otro, en el que vamos a tratar específicamente de las Juntas ordinarias que hemos llamado estatutarias, simplemente para diferenciarlas de la legal, y porque, como decíamos antes, han de venir impuestas por los Estatutos, permitiéndonos recordar al respecto que entendemos que son precisas dos condiciones mínimas: 1.ª, época, al menos relativamente determinada, de su celebración, y 2.ª, asuntos a tratar en las mismas, mediante su exposición no menos concreta: renovación de cargos, dividiendo a cuenta, nombramiento de administrador único o su reelección, etcétera, etc.

Pues bien, el repetido párrafo 2.º dispone que «los estatutos podrán establecer y fijar los requisitos especiales de convocatoria y quórum, sin que puedan éstos ser inferiores a los que se establecen en el párrafo anterior.

Llamamos la atención sobre dos palabras que aparecen en él: «Especiales» y «éstos».

Especial es lo singular o particular, es decir, lo que es *diferente de lo común o general*.

No nos parece correcto, como decíamos anteriormente, deducir de él que se trata tan sólo de que la Ley tolera que a los requisitos exigidos por el artículo 53 se añadan otros, aunque sin permitir eliminar ninguno de los que expresa. Esto no hubiera merecido un segundo párrafo en el artículo 51 y ni siquiera hubiera sido necesario, pues, respetando el artículo 53, qué duda cabe de que se pueden añadir otros requisitos, tales como avisos por carta, telégrafo, etc. Piénsese, por ejemplo, en el caso de accionista extranjero no residente. Lo importante es que no se haga inviable la celebración de las Juntas.

Por tanto, dados los términos del artículo 53, que, indudablemente, se refiere a la Junta ordinaria legal y seguramente también (tampoco lo dudamos) a la Junta extraordinaria, a pesar de la supresión de un párrafo en que así se disponía en el Anteproyecto de la Ley, no queda más remedio que entender que el párrafo 2.º que comentamos se refiere exclusivamente a las Juntas ordinarias ordenadas por los Estatutos.

Quedarían así estas Juntas como «especiales» frente a legal y a las extraordinarias y, por consiguiente, no sería aplicable a ellas el artículo 53 y habría de atenderse a lo que dispusieran los Estatutos, que podrían señalar un día concreto o una época (un mes cualquiera, por ejemplo) dentro de la cual los administradores habrían de convocar la Junta estatutaria por los medios que se indiquen (verbigracia, carta certificada con acuse de recibo) y para un día comprendido en aquélla, con la antelación, asimismo, prevista por los Estatutos, etc., etc.; todas las mil y una combinaciones que la mente pueda imaginar, siempre que tengan las necesarias claridad y viabilidad y no encubran posibilidades de sorpresa para nadie, queremos decir que no puedan ser un vehículo para celebrar Juntas sin conocimiento suficiente y anticipado por todos los socios de lo que ha de tratarse en ellas.

Se trataría, por consiguiente, de Juntas para las que no regiría ni el quórum del párrafo 1.º del artículo 51 ni el medio o sistema de convocatoria del artículo 53, sin perjuicio. claro es, de que se pudiera estatutariamente imponer así y de su vigencia, con carácter supletorio, para el caso de que nada se disponga al efecto.

Aquél tendría el límite que el propio precepto señala: no puede ser el quórum inferior al que se contiene en el mismo precepto para la Junta ordinaria legal, pero sí puede ser superior. El sistema de convocatoria, en cambio, no tendría más límites que los que se derivan de cuanto antes decíamos.

Ahora bien: ¿cuál es el tope de aquel reforzamiento? La Ley nada dice al respecto. La doctrina y la jurisprudencia están conformes en que

no se puede exigir un quórum de asistencia total; tampoco cabe condicionarla al cumplimiento de lo que expresa el artículo 55: Junta universal; porque sería, en ambos casos, tanto como hacerla inviable.

Puestos, en consecuencia, en el trance de señalar ese límite, no es posible sino, o remitirse a cada caso concreto, lo que es tanto como soslayar la cuestión, o buscar algún medio para determinarlo, medio que no puede ser sino legal.

Esto así, la única respuesta, si hay que buscarla en la Ley, no puede hallarse sino en el artículo 58. Los requisitos de asistencia que establece este precepto son el límite máximo permitido, a nuestro juicio, porque de no entenderlo así nos acercaríamos peligrosamente a una universalidad o unanimidad, que, si espontánea, siempre es deseable, pero impuesta, vedaría o limitaría peligrosamente las posibilidades de su celebración, máxime si se tiene en cuenta, como indicábamos en un comentario que hicimos en otra oportunidad acerca de aquel precepto, que el legislador a través de él ha creído encontrar, seguramente, el deseable equilibrio para poder defender simultáneamente tanto a la mayoría como a la minoría. Una mayoría que no debe ser obstaculizada innecesaria y abusivamente por una minoría incordiante; y una minoría que, a su vez, en ningún caso debe ser arrollada por aquélla. Muchos son los mecanismos de defensa que ésta, frente a la mayoría, recibe de la Ley, y la mayoría, por su parte (hay que reconocerlo) tampoco debe quedar indefensa ante los posibles abusos de la minoría, por cuanto, no lo olvidemos, la sociedad anónima no puede dejar de ser democrática y supondría su desnaturalización una contemplación excesiva de tales minorías discordantes, que tanto pueden abusar si las mayorías de votación se elevan como si lo que se refuerzan son los quórums de asistencia, en este caso mediante un absentismo sistemático, que imposibilitaría su celebración, con lo que las previsiones estatutarias, y aun las legales, quedarían burladas.

No creemos, por otro lado, necesario insistir sobre qué invoca la palabra «éstos» que utiliza el precepto en cuestión y a que aludíamos al principio de este apartado, pues está claro, y así se desprende de cuanto llevamos dicho, que se está refiriendo a los quórums de asistencia, entre otras razones porque en él no se contienen requisito alguno de convocatoria, como se desprende de su simple lectura.

IX

Falta por estudiar qué efectos producirá el incumplimiento por los administradores de su obligación de convocar las Juntas estatutarias.

No nos cabe duda de que es aplicable al respecto el artículo 57 de la Ley en su primera previsión, es decir, que cualquier accionista, si aquella convocatoria no se produce en la época que establezcan los Estatutos, puede instar la convocatoria judicial de la misma. La razón es clara: No puede exigirse que la petición la haga un número de socios que representen la décima parte del capital desembolsado, puesto que esta disposición queda reservada para la Junta extraordinaria. En consecuencia, no queda más solución que equiparar a tales efectos la Junta estatutaria a la Junta legal; equiparación que acepta el propio artículo 50 de la Ley, por lo que, pese a la redacción literal del artículo 57 de la misma, es necesario reconocer, si se aceptan los planteamientos anteriores, que en ese caso es aplicable el párrafo primero de este último precepto.

X

No ignoramos, como no podía ser menos, que todo cuanto antecede, así como los comentarios que en otras ocasiones hemos hecho sobre los artículos 12 y 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, o sobre los artículos 32, 58 y 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, son un tanto *revolucionarios*, pero la verdad es: 1.º, que resuelven muchos problemas y explican no pocas lagunas, y 2.º, que, al menos, ha de reconocérseles que ofrecen razones no pocas veces aceptables frente a posturas, interpretaciones o afirmaciones comúnmente aceptadas, quizá porque nadie, debido a su unanimidad, se ha planteado el cuestionarlas, pero que tal vez sea preciso revisar.

XI

Quizá, como apuntábamos hace un momento, sea posible, con la interpretación que ofrecemos, conseguir sin gran violencia llenar las lagunas y corregir las imperfecciones que la Ley contiene.

Por no señalar más que algunas, pues es fácil darse cuenta de ellas, expondremos algunas de las más significativas.

El artículo 49 olvida las Juntas universales, siquiera sea debido a que no son incompatibles ni con las ordinarias ni con las extraordinarias, aunque su campo propio sea el de estas últimas por la especial naturaleza, al menos, de la ordinaria legal (documentación, informe de los censores, derecho de información y examen de los socios). Sin embargo, una buena sistematización hubiera requerido alguna referencia a ellas en dicho precepto.

El artículo 50 distingue la ordinaria legal de la estatutaria, pero no vuelve a ocuparse de ésta, salvo que se acepte la interpretación que hemos hecho del artículo 51 y, aun en este caso, de manera defectuosa u oscura, porque debió expresarse claramente en ese sentido.

Aquel propio artículo 50, para evitar dudas, bien pudo intercalar entre la conjunción copulativa «y» y el adverbio «necesariamente» este otro adverbio: «además», con lo cual su alcance sería absolutamente preciso.

También el artículo 51 pudo tener una redacción más afortunada y más completa. Lo primero, estableciendo los quórums de asistencia sobre la base de distinguir según las acciones fueran nominativas o al portador, como hace el artículo 58, pues la referencia al número de accionistas carece de razón de ser si las acciones son al portador. Y lo segundo, fijando unos límites al reforzamiento que permite, bien de manera expresa y directa o bien por vía de remisión al propio artículo 58.

El artículo 53 se refiere literalmente a la Junta ordinaria, sin especificar o aclarar, aunque ese parece ser su sentido, que comprende tan sólo la legal. Bajo esa literalidad queda también excluida la extraordinaria, si bien la jurisprudencia ha llenado esa laguna, declarándolo aplicable a ésta. No se comprende de todos modos que de dicho artículo 53 haya desaparecido el párrafo que se contenía en el Anteproyecto que le sirvió de base y que lo extendía también a la Junta extraordinaria.

Tampoco es muy correcto el artículo 58 al aludir a la Junta ordinaria, por todo cuanto exponíamos anteriormente acerca de la posibilidad de que no fuera factible su válida constitución por no alcanzarse el quórum preciso, haciendo inviables las previsiones legales sobre la necesidad estricta de su celebración, a no ser que se circunscriba su aplicación a las Juntas ordinarias estatutarias y, aun en este caso, sólo si los quórums exigidos por los Estatutos no son inferiores a los requeridos por el artículo 58, pues, si lo fueren, tampoco sería admisible, porque podría ser el medio fraudulento a utilizar para evitar su válida celebración y constitución. Que asistan a la Junta todos los socios que lo deseen: es su derecho, también su deber. Que asistan, pues, a ser posible, todos ellos: eso sería lo ideal. Pero no puede de ningún modo admitirse que la inasistencia de algunos se pueda utilizar como vehículo obstaculizador ni que se pueda volver contra los demás, dispuestos a cumplir aquel deber y a ejercitar aquel derecho. Por eso son las leyes las que prudentemente deben establecer las barreras precisas y necesarias para evitar abusos de unos u otros. Y esas barreras sólo pueden estar en unos quórums adecuados, equilibrados e intocables, tanto de asistencia como de votación, por más que se permita una cierta libertad de movimientos, pero sobre la base de unos toques máximos y mínimos fijados por la

propia Ley en cuanto a los de asistencia, únicos en los que se puede o debe dar entrada a la autonomía de la voluntad en materia de sociedades anónimas, esencialmente capitalistas y democráticas.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE
Registrador Mercantil de Sevilla

Usufructo de acciones según el proyecto de Ley de S. A.

A don Angel Olavarria Téllez, Notario jubilado de Sevilla, con un abrazo y mi reconocimiento a su ejemplar trayectoria.

Del usufructo de acciones tratan los artículos 39 (Reglas generales), 40 (Acciones no liberadas), 41 (Ejercicio del derecho de suscripción preferente) y 42 (Pago de compensaciones).

ARTICULO 39

I. SIENTA DOS REGLAS GENERALES:

1.^a *¿Quién está legitimado frente a la sociedad?:*

a) En cuanto a los *dividendos acordados* durante el usufructo esa legitimación corresponde al *usufructuario*.

b) En cuanto al ejercicio de los demás derechos de socio, está legitimado:

- quien disponga *los Estatutos*;
- en su defecto, *el nudo propietario*.

c) Sin embargo, la *calidad de socio* reside *siempre* en el *nudo propietario*, cualquiera que sea el legitimado ante la sociedad.

II. *¿Y CUÁLES SON ESTAS NORMAS?:*

En el artículo 39, número 2, se recoge tan sólo una:

Que los *beneficios propios de la explotación*, en que se den tres requisitos,

- 1.º que se hayan obtenido durante el usufructo,
- 2.º que se hayan incluido en cualquier tipo de reserva expresa,
- 3.º y si tal reserva o reservas subsisten al extinguirse el usufructo,

PERTENECEN AL USUFRUCTUARIO. Su importe ha de fijarse por acuerdo entre las partes (usufructuario o sus herederos y nudo propietario o sus herederos) y, en su defecto,

— a petición de cualquiera de esas partes,
 — pero a costa de ambas,
 por los AUDITORES DE CUENTAS de la sociedad.

EL NUDO PROPIETARIO puede satisfacer su importe bien en metálico bien en acciones de la misma clase de las usufructuadas, como veremos después de estudiar el artículo 42.

III. DIFERENCIAS CON EL ACTUAL ARTÍCULO 41

El artículo 41 atribuye la cualidad de socio al nudo propietario, a quien corresponde también el ejercicio de los derechos de socio, con la salvedad que veremos, si los Estatutos no disponen otra cosa. Es decir, en estos puntos son coincidentes.

Las diferencias se encuentran en el tratamiento de los dividendos, pues el artículo 41 atribuye las ganancias sociales al usufructuario siempre que se den dos condiciones:

- 1.ª Que se obtengan dentro del período del usufructo.
- 2.ª Y que se repartan dentro de él.

En cambio, el artículo 39 del Proyecto distingue, por un lado, los dividendos acordados en cada ejercicio y, por otro, los beneficios no repartidos por quedar integrados en las reservas (legales, estatutarias o voluntarias).

A) En cuanto a los primeros, atribuye al usufructuario *en todo caso el derecho a los dividendos acordados durante el usufructo*.

Pese a su forma de expresión, el artículo 39 no puede ser interpretado literalmente. Este artículo sólo pretende resolver un problema de legitimación, de modo que debe ser entendido en el sentido de que: *el usufructuario* (o sus herederos) *es el único legitimado* frente a la sociedad para percibir los dividendos que se acuerde repartir durante la vigencia

del usufructo, aunque al hacerlas efectivas ya se haya extinguido. El único requisito que debe tener en cuenta la sociedad es el de que el acuerdo determinando los mismos haya tenido lugar durante el usufructo.

La norma del artículo 39 me parece más racional que la del artículo 41 de la Ley vigente, conforme al cual había que atender a dos momentos:

- que las ganancias hubieran sido obtenidas durante la vigencia del usufructo
- y que se repartieran dentro de esa vigencia,

lo cual obligaba a la sociedad a una comprobación excesiva.

Conforme al Proyecto, en tanto subsista el usufructo, todos los dividendos acordados han de ser abonados al usufructuario.

Pero eso *no quiere decir que sean del usufructuario*: para saber a quién pertenecen hay que atender al título constitutivo, y, si éste nada dispone al respecto, a la regulación que se contiene en el Código Civil, según establece su artículo 470, ya citado, que se remite para este caso a las normas que después se recogen en dicho cuerpo legal.

En suma: En este último caso, como los dividendos tienen la consideración de frutos civiles (art. 475), han de repartirse entre usufructuario y nudo propietario, en proporción a la duración de aquel usufructo, al entenderse percibidos día por día (art. 474).

B) Consecuentemente, el artículo 39 se considera en la obligación de regular el régimen de los beneficios no distribuidos, por haber quedado integrados en las reservas expresas que figuren en el balance.

De este modo, *a salvo lo que disponga el título constitutivo*, esos beneficios transformados en reservas, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas, pertenecen al usufructuario:

- en su integridad, si se obtuvieron durante la vigencia del usufructo;
- en la proporción correspondiente, en otro caso.

Para ello es necesario que subsistan al extinguirse el usufructo, que es el momento en que se hace exigible la obligación del nudo propietario. De ahí que, a falta de acuerdo, haya de acudir al dictamen de los auditores de cuentas de la sociedad para fijar su importe.

ARTICULO 40

Recoge el contenido del párrafo 2.º del artículo 41 vigente, pero modifica aquél y añade una nueva norma.

A) El artículo 41 impone al usufructuario la obligación de satisfacer los dividendos pasivos, si el usufructo recae sobre acciones no liberadas totalmente, para conservar su derecho a los dividendos activos, autorizando al nudo propietario a hacerlo si aquél no los satisface.

Con arreglo a las disposiciones del Código Civil, especialmente de sus artículos 502, 505 y 510, parece que la normativa aplicable es la siguiente:

- 1.ª Si los abona el usufructuario, podrá reintegrarse de ellos al término del usufructo.
- 2.ª Si el nudo propietario, tendrá derecho a obtener del usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ello.

Pues bien, a diferencia del artículo 41 de la Ley vigente, el artículo 40 del Proyecto impone esa obligación al nudo propietario. Pero, obsérvese bien, *frente a la sociedad*.

De ello se deduce:

- 1.º Que si no los satisface, la sociedad podrá dirigirse contra él por cualquiera de los medios que a la sociedad le ofrece el artículo 47, e), del propio Proyecto.
- 2.º Que, pese a ello, sigue vigente la doctrina antes expuesta, es decir, que tiene derecho a que el usufructuario le abone el interés legal de la cantidad anticipada.

B) Sin embargo, si el nudo propietario no cumple esa obligación cinco días antes del vencimiento del plazo fijado al efecto, puede hacerlo el usufructuario, quien puede repetir contra aquél por el importe que desembolse.

No dice el artículo 40 que ha de esperar al término del usufructo, tal vez porque no lo considera necesario, pues entendemos que sigue vigente la normativa antes expuesta, es decir, que el usufructuario no podrá repetir antes de la extinción del usufructo.

ARTICULO 41

Regula los efectos que se derivan de la existencia de un usufructo de acciones en orden al ejercicio del derecho de suscripción preferente.

1. Pues bien, conforme a dicho precepto, cuando se dé ese derecho como consecuencia de un aumento de capital, su ejercicio:

- bien directo, es decir, la suscripción de las acciones,
- bien indirecto, o sea, la enajenación de aquel derecho,

CORRESPONDE AL NUDO PROPIETARIO.

Mas si éste no lo ha hecho diez días antes de la expiración del plazo señalado, podrá hacer lo uno o lo otro *el usufructuario*.

- 1.º Si se enajenan los derechos de suscripción, el usufructo se extiende al importe obtenido o a los bienes en que se invirtió (por ejemplo, en el caso del artículo 494 del Código Civil, párrafo 1.º, con las consecuencias del párrafo 2.º, o, en su caso, del párrafo 3.º).
- 2.º Si la suscripción se lleva a efecto, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, las acciones *PERTENECEN EN PLENO DOMINIO* a quien hubiere desembolsado su importe, *SALVO* aquéllas cuyo desembolso *total* hubiera podido realizarse con el valor de los derechos de suscripción correspondientes, que *PERTENECERAN EN USUFRUCTO* al titular de éste y *EN NUDA PROPIEDAD* a su titular, es decir, al nudo propietario; de tal modo, por tanto, que a esas acciones sí se extiende el usufructo.

¿Y cómo se determina ese valor?

El artículo 41 se preocupa de dictar normas para la valoración de los derechos de suscripción, que será:

- el precio medio de cotización
- y, si no se cotizan en Bolsa, su valor teórico.

Una vez determinado ese valor, el usufructo se extiende al número de acciones que con él se hubieran podido desembolsar totalmente.

Todo esto no es sino una aplicación de lo dispuesto por el artículo 479 del Código Civil.

II. Ahora bien, si la ampliación de capital se lleva a cabo con car-

go a los beneficios o reservas constituidas durante el usufructo, los títulos en que se concrete corresponderán al nudo propietario, extendiéndose a ellos el usufructo, pero aquél deberá abonar a éste el valor nominal de las nuevas acciones o el mayor valor de las existentes *AL EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO*.

ARTICULO 42

Ya antes nos hemos referido a él.

Dispone este precepto que cuanto haya de pagarse por efecto de lo dispuesto por los tres artículos anteriores, o sea,

- los beneficios integrados en las reservas durante el usufructo (art. 39),
- los dividendos pasivos satisfechos por el usufructuario (art. 40),
- el valor de las acciones emitidas en los aumentos de capital con cargo a beneficios o reservas (art. 41),

puede hacerse:

- bien en metálico
- bien en acciones de igual clase a las usufructuadas.

En este segundo caso, a tales efectos se valorarán las acciones en cuestión:

- por cotización media del trimestre anterior,
- y, si no se cotizan en Bolsa, por el que les corresponda, conforme al último balance aprobado.

CONCLUSIONES

Podemos, pues, sentar las siguientes:

1.ª *FRENTE A LA SOCIEDAD:*

a) *El usufructuario* está legitimado para hacer efectivos los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo.

b) *También lo está* para abonar los dividendos pasivos, si no lo hubiere hecho el nudo propietario cinco días antes del término fijado para ello, con derecho a resarcirse de éste al extinguirse el usufructo.

c) *Igualmente está legitimado* para ejercitar o enajenar el derecho

de suscripción preferente si diez días antes de expirar el plazo concedido para ello no lo hubiere hecho el nudo propietario, perteneciéndole el usufructo de aquellas acciones suscritas por él que se correspondan con el valor de los derechos de suscripción y en pleno dominio las restantes. Extinguido el usufructo, podrá reclamar el usufructuario del nudo propietario lo satisfecho por aquéllas. Si las hubiere satisfecho éste, podrá, a su vez, reclamar de aquél el interés legal en cuanto a las que sean objeto de usufructo.

d) Por su parte, *el nudo propietario*, salvo disposición contraria de los Estatutos (no del título constitutivo), es el único legitimado para el ejercicio de los derechos de socio que no consistan en la percepción de los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo.

2.^a *LAS RELACIONES INTERNAS ENTRE AMBOS* se rigen por el título constitutivo del usufructo, y, en cuanto éste no disponga, por el Código Civil, especialmente, por los preceptos estudiados.

3.^a Por ello mismo, *el obligado frente a la sociedad* es siempre *el nudo propietario*, contra el que se puede dirigir aquélla por cualquiera de los medios que establece el artículo 47, e). del Proyecto. La sociedad siempre ha de tratar con el nudo propietario, con la salvedad de lo relativo al pago de dividendos activos.

4.^a Siempre que *usufructuario o nudo propietario* hagan efectiva *alguna cantidad a la sociedad* por razón de las acciones usufructuadas o de aquéllas a que se extienda el usufructo:

- a) Si la inversión la realiza el usufructuario, puede reclamarla del nudo propietario al término del usufructo.
- b) Si el nudo propietario, puede exigir al usufructuario el interés legal de su importe hasta la extinción del usufructo.
- c) Si un aumento de capital se lleva a efecto con cargo a reservas o a beneficios, al extinguirse el usufructo, el nudo propietario ha de abonar al usufructuario el valor correspondiente a las nuevas acciones emitidas o el mayor valor atribuido a las en circulación: en ambos casos se entiende por valor, el nominal. Y aquí cabe preguntarse ¿cómo la Ley no prevé la actualización de ese valor y de las demás cantidades que, en su caso, haya de entregar el nudo propietario al usufructuario al término del usufructo?...

5.^a *EXAMEN ESPECIAL DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DISOLUCION Y DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD:*

I. FRENTE A LA SOCIEDAD no cabe duda de que el legitimado para reclamar la cuota de liquidación es el nudo propietario, salvo que los Estatutos dispongan otra cosa.

II. *El problema surge en cuanto al destino de esa cuota:*

A) Si el título constitutivo prevé el caso, habrá de estarse a lo que aquél disponga.

B) Pero ¿y si no lo prevé? ¿Cómo resolver el supuesto?

Dos parecen ser las soluciones que pueden ofrecerse:

a) Considerar aplicable el artículo 519 del Código Civil, asimilándolo al caso de la expropiación, y, por tanto, el nudo propietario puede:

- subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones,
- o satisfacer al usufructuario el interés legal de la cuota.

b) Entender que es el artículo 507 el que ha de contemplarse, y, en consecuencia, podrá reclamar la cuota al nudo propietario y:

- si tuviera duda o diese fianza, darle el destino que tenga por conveniente
- y, en otro caso, con las garantías necesarias, poner la cuota a interés de acuerdo con el nudo propietario y, en defecto de éste, con autorización judicial.

Pues bien, pese a la sugestión que pueda producir el artículo 519 del Código Civil, creemos aplicable la normativa del 507 por las siguientes razones:

- a) Que no puede haber duda alguna de que aquí opera la subrogación real.
- b) Que, esto así, tampoco puede haberla de que, liquidada la sociedad, la cuota correspondiente es ya un crédito líquido y exigible, y, por tanto, por dicha vía de la subrogación real, entramos de lleno en el artículo 507 del Código Civil.
- c) Que si la cuota no se paga en dinero, por aplicación del mismo principio de subrogación real, el usufructo se extiende a los bienes adjudicados según su naturaleza.

6.^a *En cuanto a los demás casos que puedan plantearse* (por ejemplo, amortización de acciones) ha de aplicarse, por analogía, cuanto ha quedado expuesto (*mutatis mutandi*).

A) El derecho de voto será ejercitado por aquel a quien se lo confieran los Estatutos y, en su defecto, por el nudo propietario.

B) Reducido el capital y amortizadas, en todo o en parte, las acciones usufructuadas, deben tenerse presentes las normas antes expuestas sobre la cuota de liquidación, por no ser, en el fondo, la reducción de capital, si hay devolución de aportaciones, sino una disolución parcial, por lo que cabe el criterio analógico.

C) Más grave y difícil de resolver es el relativo al ejercicio del derecho de adquisición preferente, cuando desemboca, existiendo limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, en la adquisición correspondiente, pero sólo en cuanto a la titularidad de las mismas, pues el ejercicio del derecho no plantea problemas: estará legitimado para él, frente a la sociedad, quien diga los Estatutos, y, en su defecto, el nudo propietario.

Pero ¿a quién corresponden esas acciones?

No hay duda tampoco de que, regulándose las relaciones entre usufructuario y nudo propietario por el título constitutivo, hay que atender a lo que éste disponga al respecto.

Pero ¿y si nada dice?: tampoco hay duda de que esas relaciones se rigen por lo dispuesto por el Código Civil, conforme determina su artículo 470. Mas el Código Civil guarda también silencio. Por tanto, ¿cómo resolver tan importante cuestión?

Según el artículo 471, el usufructuario tiene derecho a todos los frutos de los bienes usufructuados, cualquiera que sea su naturaleza: naturales, industriales o civiles.

Por supuesto, ese derecho no puede ser considerado ni fruto natural ni fruto industrial, pero ¿habrá de serlo como fruto civil? Entendemos que también la respuesta ha de ser negativa: no puede el derecho de adquisición preferente ser considerado fruto civil, porque no encaja ni en el artículo 355 del Código Civil ni en el 475 del propio cuerpo legal. Pero ¿podrá encuadrarse en el 479 del propio Código?; es decir, ¿puede estimarse como aumento que por accesión recibe la cosa usufructuada y al que, por tanto, se extiende el derecho de usufructo?

Creemos que no: el derecho de usufructo supone la percepción por el usufructuario de todos los beneficios que se deriven de la acción, es decir,

- positivamente, percibir cuantos provengan de la actividad social;
- negativamente, no ver aminorado su derecho.

Esto último es lo que justifica cuanto dispone el artículo 41 como lo primero, a su vez, justifica las previsiones del número 2 del artículo 39, ambos del Proyecto.

Sin embargo, en virtud del ejercicio del derecho de adquisición preferente, ni puede hablarse de beneficios que debieran corresponder al usufructuario ni tampoco tal hecho aminora el contenido económico del usufructo, puesto que no disminuye la participación de aquél en los beneficios de la sociedad, *a diferencia de lo que ocurre en los aumentos de capital*.

Por tanto, la respuesta ha de ser negativa, salvo que el título de constitución del usufructo disponga otra cosa.

Ahora bien, si el nudo propietario no hace uso de él, ¿podrá hacerlo el usufructuario? Por las mismas razones apuntadas nos inclinamos por la solución negativa: ese derecho es personalísimo del socio y la cualidad de socio, cualquiera que sea el legitimado frente a la sociedad, reside siempre en el nudo propietario, tanto según el artículo 41 de la vigente Ley como según el artículo 39, número 1, del Proyecto.

D) Ejercitado por el socio el derecho de separación, por ejemplo, del artículo 85 de la Ley y del número 4 del artículo 85 del Proyecto, puesto que, en el fondo, como en el caso de la reducción de capital, estudiado en la letra B), no es sino una disolución parcial, absolutamente voluntaria para el socio, la situación creada ha de asimilarse, por analogía, a cuanto ya expusimos sobre la cuota de liquidación en el caso de disolución de la sociedad.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE
Registrador Mercantil de Sevilla

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Convenio sobre Seguridad Social.*—En el *Boletín Oficial del Estado* del día 6 de octubre se publica el Instrumento de ratificación de este Convenio relativo a la Norma mínima de la Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952.

Se incluye el texto íntegro del convenio, aceptándose como partes obligatorias las disposiciones generales y comunes, el cálculo de los pagos periódicos y la igualdad de trato a los residentes no nacionales y como partes optativas la asistencia médica y las prestaciones de enfermedad, desempleo y accidentes del trabajo o enfermedades profesionales.

2. *Convenio sobre explotaciones ganaderas.*—El Instrumento de ratificación del Convenio europeo de protección de animales en explotaciones ganaderas, hecho en Estrasburgo el 10 de marzo de 1976 se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del día 28 de octubre.

Según su artículo 1.º el convenio se aplicará al mantenimiento, cuidado y alojamiento de los animales, especialmente en los sistemas modernos de explotación ganadera intensiva. Y según el artículo 3.º se proporcionará a todos los animales alojamiento, alimentación, agua y cuidados que estén en consonancia con sus necesidades fisiológicas y etológicas, conforme a la experiencia adquirida y los conocimientos científicos pertinentes.

3. *Prestación de servicios por los Abogados.*—En el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de septiembre se publica Real Decreto 1062/1988, de 16 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, que desarrollaba la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los Abogados. La experiencia obtenida en su aplicación, y el acatamiento a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 25 de febrero de 1988, aconsejaban la modificación parcial del citado Real Decreto en lo concerniente al ámbito de

la concertación y a ciertos aspectos prácticos del ejercicio de la actividad profesional.

Por ello se dispone:

Artículo 1.º El artículo 6.º del Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, quedará redactado así:

1. Cuando sea preceptiva la intervención de Abogado para las actuaciones ante Juzgados o Tribunales o ante Organismos públicos relacionados con el ámbito de la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional, así como para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos, el Abogado visitante deberá concertarse con un Abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar.

2. También será necesaria la concertación cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado, pero la Ley vigente exigiere que si el interesado no interviene por sí mismo, no pueda hacerlo otra persona que no sea Abogado.

3. El Abogado inscrito, con el que existiese la concertación, responderá ante los órganos jurisdiccionales u Organismos públicos.

Art. 2.º Queda derogado el párrafo 2 del artículo 9.º del Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo.

4. *Mejora de estructuras agrarias.*—Por el Reglamento (CEE) 797/1985, del Consejo, sobre mejora de la eficacia de las estructuras agrarias, se estableció la acción común encaminada a dicho fin, permitiendo y regulando, al mismo tiempo, las ayudas nacionales que los Estados miembros pueden otorgar para dicho objetivo.

El Real Decreto 808/1987, de 19 de junio, vino a concretar para España la normativa comunitaria precisando aquellos aspectos que requerían desarrollo u opción entre diversas alternativas posibles.

Por Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 1 de octubre de 1988 (*BOE* del día 5 octubre) se desarrolla este último Real Decreto estableciendo el ámbito y definiciones, y cuantía de las ayudas. Se hace especial hincapié en la instalación de los agricultores jóvenes y las ayudas de que pueden ser beneficiarios. Un capítulo se dedica a las ayudas nacionales, y se contemplan, asimismo, las ayudas para introducción de la contabilidad en las explotaciones agrarias, las dirigidas a las agrupaciones de agricultores y las complementarias para zonas de montaña, desfavorecidas, sensibles y forestales. Por último se regulan las ayudas para la formación profesional agraria y para experimentación.

En la gestión de las ayudas se reconoce explícitamente la compe-

tencia de las Comunidades Autónomas para resolver la concesión de dichas ayudas, cuyos únicos límites vendrán determinados por las disponibilidades presupuestarias y la opción porcentual superior para las ayudas cofinanciables.

La información y el pago quedan reservados al Estado. En cuanto al pago se justifica por las actuaciones que se tratan de fomentar, así como por la limitación en la cuantía de los fondos que pueden ser destinados al sector unido a la necesidad de asegurar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de los titulares de explotaciones agrarias que estén en condiciones de beneficiarse de estas subvenciones y ayudas, y en definitiva para asegurar su plena efectividad, dentro de la ordenación básica del sector para la consecución de los objetivos de política económica general cuya dirección compete al Estado.

La orientación de la política comunitaria y nacional en materia de estructuras agrarias, tiene como centro la propia explotación, con independencia de su orientación productiva y sin perjuicio de desalentar aquellas inversiones encaminadas a productos que carezcan de salidas normales al mercado y del establecimiento de criterios técnicos y económicos a que deban ajustarse determinadas opciones sectoriales si desean ser acreedoras a las ayudas que se regulan.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley General Presupuestaria*.—En el *Boletín Oficial del Estado* del día 29 de septiembre se publica el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria.

En la Ley de Presupuestos para 1988 se prorroga para todo el ejercicio la autorización que se había concedido al Gobierno en la de 1987, para regularizar, actualizar y armonizar las disposiciones sobre el particular y ahora se hace uso de estas autorizaciones y se publica el texto refundido.

Destacamos los siguientes preceptos:

Artículo 1.º 1. La administración y contabilidad de la Hacienda Pública se regula por la presente Ley, por las Leyes especiales en la materia y por los preceptos que contenga la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio y durante su vigencia.

2. Tendrán carácter supletorio las demás normas del Derecho Administrativo y, a falta de éstas, las del Derecho Común.

Art. 2.º La Hacienda Pública, a los efectos de esta Ley, está constituida por el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido eco-

nómico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus Organismos autónomos.

Art. 3.º La administración de la Hacienda Pública cumplirá las obligaciones económicas del Estado y de sus Organismos autónomos, mediante la gestión y aplicación de su haber conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico y, además, promoverá el más adecuado funcionamiento de los sistemas financiero y monetario, según las medidas de política económica que se establezcan.

Art. 4.º 1. Los Organismos autónomos del Estado se clasifican a los efectos de esta Ley en la forma siguiente:

a) Organismos autónomos de carácter administrativo y *b)* Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos.

2. Los Organismos autónomos del Estado se regirán por las disposiciones de esta Ley, según la anterior clasificación, y por las demás que les sean de aplicación en las materias no reguladas por la misma.

Art. 6.º 1. Son Sociedades estatales a efectos de esta Ley:

a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público.

b) Las Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

2. Las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho Mercantil, Civil o Laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley.

3. La creación de las Sociedades a que se refiere la letra *a)* del número uno anterior y los actos de adquisición y pérdida de la posición mayoritaria del Estado o de sus Organismos autónomos y Entidades de Derecho público en las mismas, se acordarán por el Consejo de Ministros.

4. La gestión de las Sociedades estatales se coordinará con la Administración de la Hacienda Pública en los términos previstos por esta Ley.

5. El resto de Entes del sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores, se regirá por su normativa específica.

En todo caso se aplicarán a los citados Entes las disposiciones de la

presente Ley que expresamente se refieran a los mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. *Andalucía*.—Ley de 17 de octubre de 1988, regula la iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos y se publica en el *Boletín de Andalucía* del día 25 de octubre.

El ejercicio de este derecho se regula de este modo:

Artículo 1.º Podrán ejercer la iniciativa legislativa prevista en el artículo 33, 2, del Estatuto de Autonomía para Andalucía, conforme a lo dispuesto en la presente Ley:

1. Los ciudadanos que gozando de la condición política de andaluces, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, 1, del Estatuto de Autonomía, sean mayores de edad y se encuentren inscritos en el Censo Electoral.

2. Los Ayuntamientos comprendidos en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 2.º La Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos se ejercerá mediante la presentación ante la Mesa del Parlamento de una Proposición de Ley suscrita:

a) Por las firmas de al menos 75.000 ciudadanos, que reúnan los requisitos prescritos en el artículo anterior y que se encuentren inscritos en el Censo Electoral vigente el día de presentación de la iniciativa ante la Mesa del Parlamento.

b) Por acuerdo, adoptado por mayoría absoluta, de los Plenos de treinta y cinco Ayuntamientos de nuestra Comunidad o de diez cuando éstos representen al menos y globalmente, a 75.000 electores de acuerdo con el censo autonómico andaluz, vigente el día de presentación de la iniciativa ante la Mesa del Parlamento.

2. *Castilla y León*.—En el *Boletín* de dicha Comunidad del día 25 de julio y en el *Oficial del Estado* del 25 de octubre se publica el Texto refundido de la *Ley del Gobierno y de la Administración de Castilla y León*, de acuerdo con las modificaciones que se introdujeron por la Ley regional de 5 de julio pasado sobre determinadas materias de dicha norma.

3. *Madrid*.—En el *Boletín* de esta Comunidad del 19 de octubre se

publica la Ley del día 13 anterior para regular la gestión del medio ambiente. En su exposición de motivos se dice que la Comunidad de Madrid cuenta con una elevada densidad de población, concentrada básicamente en el municipio de Madrid y su área metropolitana, y que ejerce una gran presión sobre las áreas periféricas rurales, por lo que es necesario adoptar medidas especiales para conjugar el adecuado uso y disfrute de todo el medio físico con la conservación y potenciación del mismo. Similarmente, en las áreas urbanas se producen fuertes perturbaciones medioambientales, que es preciso abordar para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Asimismo, la Comunidad de Madrid es el soporte de la segunda zona más industrializada de España, lo que contribuye a degradar aún más su entorno y demanda acciones tendentes a corregir los desequilibrios producidos.

Mediante dicha Ley se regula la gestión del medio ambiente de la Comunidad de Madrid, y se crea una Agencia de Medio Ambiente, adscrita a la Consejería competente, con objeto de unificar y armonizar todas las acciones tendentes a garantizar el recto uso del medio físico.

4. *Murcia*.—Recientemente han aparecido dos disposiciones de esta Región, que reseñamos:

a) Ley de 25 de agosto de 1988, de *Régimen Local*. Según su artículo 1, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se organiza territorialmente en Municipios y Comarcas como sus entidades básicas, que constituyen los cauces inmediatos de participación ciudadana y vecinal.

Tendrán también la condición de Entidades Locales las Áreas Metropolitanas, las Mancomunidades de Municipios y las Entidades Locales Menores.

Y en el artículo 2 se establece que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia asume, conforme a su Estatuto y en virtud de su carácter uniprovincial, las competencias, medios y recursos que, de acuerdo con la legislación del Estado, corresponden a las Diputaciones Provinciales y aquellos otros que en el futuro le sean atribuidos.

b) Ley de 6 de octubre de 1988, de *Organos Rectores de las Cajas de Ahorro de la Región de Murcia*, que tiene por objeto desarrollar la legislación básica del Estado en esta materia y se aplica solamente a las Cajas de Ahorro que tengan su domicilio social en la Región de Murcia.

La primera de las leyes aparece publicada en el *Boletín* regional el día 3 de septiembre y la otra el día 7 de octubre.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Congreso Mundial de Derecho Familiar.*—Se ha celebrado en la Universidad Autónoma de Chiapas, México, en la última quincena de septiembre. Su temática ha sido la siguiente:

I. *Derecho Familiar:*

- a) Autonomía del Derecho de Familia.
- b) Matrimonio y divorcio.
- c) Filiación. Igualdad de los hijos ante la Ley. Patria potestad. Defensa de los menores y su protección.
- d) Regulación jurídica de las uniones concubinarias.
- e) Personalidad jurídica de la familia y el patrimonio familiar.
- f) Genética humana y sus efectos en el Derecho Familiar.

II. *Derecho Procesal Familiar:*

- a) Requisitos para ser Juez familiar.
- b) Especialización de los órganos judiciales.
- c) Juicio oral para asuntos y controversias de orden familiar.
- d) Juicios de alimentos y protección jurídica de la familia.
- e) Recursos que operan en materia familiar.
- f) El Consejo de Familia como órgano auxiliar de la administración de justicia en materia familiar.

2. *Curso sobre la propiedad en el urbanismo.*—Dentro de los Cursos sobre Urbanismo que organiza la *Revista de Derecho Urbanístico*, ha tenido lugar el antes reseñado, en Madrid, durante los días 3 a 7 del mes de octubre. Los temas desarrollados han sido los siguientes:

- Configuración de la propiedad inmobiliaria en la Constitución y en la legislación urbanística.
- Política del suelo y vivienda. Contenido y alcance de los traspaños de funciones a los entes autonómicos.
- Patrimonio histórico-artístico.
- Examen legislativo sobre la promoción de viviendas.
- La propiedad horizontal. Fase de promoción.
- Deberes y derechos de la propiedad inmobiliaria, contemplada desde el aspecto urbanístico.
- La propiedad horizontal. Fase de postdivisión.

- Régimen de financiación para la creación de viviendas.
- Creación y transmisión de suelo edificable y de viviendas. Aspectos notariales.
- Los límites de la propiedad urbana.
- Creación y transmisión de suelo edificable y de viviendas. Aspectos registrales.
- Los arrendamientos de la propiedad inmobiliaria.
- La responsabilidad civil y la propiedad urbana.
- Transmisiones patrimoniales y Actos jurídicos documentados. La autoliquidación. El IVA en los arrendamientos de locales de negocios.
- La imposición municipal. Contribución urbana, arbitrios, tasas y contribuciones especiales.
- La imposición sobre la Plus Valía.

3. *Conferencias en el Colegio de Registradores.*—Como continuación a la información que dimos en el número de julio-agosto reseñamos que han proseguido las conferencias del Curso 1988, organizado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con motivo del centenario de la Ley de Bases del Código Civil y sus relaciones con la legislación hipotecaria.

Durante el mes de octubre se han celebrado tres conferencias, en los días 10, 17 y 24, todas ellas a cargo de Registradores de la Propiedad, desarrollándose los temas siguientes:

- «El principio de inoponibilidad (art. 606)», por don Juan Luis Gimeno Gómez-Lafuente.
- «La publicidad registral (art. 607)», por don Plácido Prada Alvarez-Buylla.
- «Remisión a la legislación hipotecaria (art. 608)», por don Luis Manuel Selva Sánchez.

Este curso continuará en meses sucesivos, de lo que informaremos oportunamente.

4. *Ponencias sobre Urbanismo y Publicidad Registral.*—Organizadas por la Delegación Territorial y Centro de Estudios Hipotecarios de Valladolid, en colaboración con el Ayuntamiento de dicha ciudad se han desarrollado, durante los días 17 a 21 de octubre, las siguientes ponencias:

I. *Acceso al Registro de las determinaciones de los Planes de Ordenación*

- «Aportaciones hipotecarias al proceso urbanístico». Ponente: J. Luis Laso Martínez, Registrador de la Propiedad.
- «Coordinación de los Planes Urbanísticos con el Registro de la Propiedad. Problemas de publicidad». Ponente: Jorge Requejo Liberal, Registrador de la Propiedad. Puigcerdá (Gerona).
- «Acceso al Registro de la Propiedad del Urbanismo». Ponente: Segundo Velasco Fernández, Asesor Jurídico de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valladolid.
- «Algunos aspectos de las urbanizaciones particulares». Ponente: César Otero Villoria, Secretario de Administración Local.

II. *Ejecución de los Planes urbanísticos y el Registro de la Propiedad*

- «Ejecución de los Planes de Ordenación y la publicidad registral». Ponente: Rafael Arnáiz Eguren, Registrador de la Propiedad número 1 de Gerona.
- «Sistemas de compensación». Ponente: Ramón Sastre Legido, Asesor Jurídico del Ayuntamiento de Valladolid. Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística.
- «El suelo rústico bajo el prisma de la legislación urbanística». Ponente: Albino López Torrecilla. Jefe del Servicio Territorial de Fomento de la Delegación Territorial Unica. Junta de Castilla y León.

III. *Parcelaciones y reparcelaciones*

- «Los principios de subrogación real y tracto sucesivo en la reparcelación urbanística». Ponente: César García Arango, Registrador de la Propiedad número 5 de Oviedo.
- «Urbanizaciones ilegales de segunda residencia». Ponente: Santiago Calvo Alonso-Cortés, Arquitecto del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Valladolid.
- «Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad». Ponente: Martín Marcos Jiménez, Registrador de la Propiedad número 5 de Alicante.

5. *Conferencias sobre la Constitución.*—Bajo el título «Balance de diez años de vida constitucional» ha organizado la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia un ciclo de conferencias que se han desarrollado en Madrid del 24 al 28 de octubre, con el siguiente programa:

- «El Estado español de partidos». Profesor doctor don Antonio Torres del Moral, catedrático de Derecho Constitucional.
- «La Constitución Española de 1978 y la Función Pública». Profesor doctor don José Ramón Parada Vázquez, catedrático de Derecho Administrativo.
- «El impacto de la Constitución en el Derecho Procesal». Profesor doctor don José Almagro Nosete, catedrático de Derecho Procesal.
- «La actuación del Tribunal Constitucional». Profesor doctor don Luis Aguiar de Luque, catedrático de Derecho Constitucional.
- «La reforma fiscal: análisis y valoración». Profesor doctor don Carlos Palao Taboada, catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
- «El proceso de vertebración del Estado de las Autonomías: Balance y perspectivas». Profesor doctor don Eliseo Aja, catedrático de Derecho Constitucional.
- «La adaptación del Ordenamiento mercantil a las exigencias de la integración europea». Profesor doctor don Jesús Blanco Campaña, catedrático de Derecho Mercantil.
- «Las relaciones industriales». Profesor doctor don Jaime Montalvo Correa, catedrático de Derecho del Trabajo.
- «Diez años de reformas penales». Profesor doctor don José María Stampa Braun, catedrático de Derecho Penal.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

A) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Sentencia de 12 de julio de 1988.*—IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES.—Es inconstitucional el artículo 57, 1, de la Ley de este Impuesto en cuanto que manda la inadmisión por los Tribunales de los documentos no liquidados.—Suplemento del *BOE* del día 8 de agosto.

Hechos.—El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid plantea la cuestión de supuesta inconstitucionalidad del artículo 57, 1, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, en cuanto que establece la inadmisión e ineficacia ante los Tribunales de Justicia de los documentos no liquidados que contengan actos o contratos sujetos, lo que podría significar un obstáculo de carácter fiscal que impide la obtención de la protección jurisdiccional, en oposición al derecho reconocido por el artículo 24 de la Constitución.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido «declarar que *es inconstitucional* y, en consecuencia, nula la inclusión del vocablo *Tribunal* en el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre».

Fundamentos jurídicos.—1. Según se desprende de los escritos por los que el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid plantea las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 865/1984 y 41/1985, el objeto de los respectivos procesos es «el artículo 57, 1, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, que recoge lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 32/1980, de 21 de junio».

El referido artículo 57, 1, establece que «ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este Impuesto se admitirá y surtirá efecto en Tribunal, Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción de aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria». Este precepto es una reproducción del primer apartado del artículo 42 de la Ley 32/1980, pero no recoge el apartado segundo, por lo

que es preciso entender que la referencia se hace en todo caso al artículo 42, 1, de dicha Ley.

Conviene, sin embargo, precisar que aun cuando dichos escritos hacen referencia a ambos preceptos, a los que, por otra parte, se alude indistintamente en los testimonios remitidos, ha de entenderse que las cuestiones planteadas se circunscriben al artículo 57, 1.

En efecto, este precepto figura en un Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3050/1980, que fue dictado en virtud de la disposición final tercera de la Ley 32/1980, por la que se ordenaba al Gobierno elaborar y aprobar, en el plazo máximo de seis meses a partir de su entrada en vigor, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto. Se trata, pues, de un caso de delegación legislativa otorgada por una Ley ordinaria con el fin de refundir varios textos legales en uno solo (art. 82, 1 y 2, CE), y dado el rango de Ley y el carácter único del texto aprobado, que en ocasiones supone incluso la regularización, aclaración y armonización de los textos legales refundidos (art. 82, 1 y 5, CE), deben estimarse derogados los preceptos de los anteriores cuerpos legales que contienen una regulación idéntica a la del Texto Refundido, aun cuando, en puridad, no les afecte la cláusula derogatoria expresa contenida en la disposición final primera, que se refiere tan sólo a los preceptos anteriores que contradigan el texto.

En consecuencia, debe excluirse el artículo 42, 1, de la Ley 32/1980 del objeto del presente proceso constitucional, toda vez que el artículo 35 de la LOTC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 de la CE, exige que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona sea «aplicable al caso».

2. Antes de entrar en el examen de la constitucionalidad del artículo 57, 1, del Texto Refundido es preciso determinar si se cumplen las condiciones procesales exigidas por los artículos 35 y 36 de la LOTC para la admisión de las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad, pues tanto el Ministerio Fiscal como el Letrado del Estado manifiestan algunos reparos al respecto y, según ha declarado este Tribunal, la falta de condiciones procesales puede ser apreciada no sólo en el trámite de admisión previsto en el artículo 37, 1, de la LOTC, sino también en la sentencia.

En la cuestión de inconstitucionalidad 865/84, el Fiscal General del Estado alega la existencia de los siguientes defectos formales que, a su juicio, suponen la falta de las condiciones procesales exigidas: *a)* La cuestión se plantea sin estar concluso el procedimiento. *b)* En las actuaciones remitidas no figura el documento de cesión de derecho sobre el que se asienta la cuestión. *c)* No consta el texto de la providencia por la que se acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes.

La primera objeción puede entenderse desvirtuada por el auto del Magistrado-Juez sobre el planteamiento de la cuestión, pues en su tercer resultando se afirma que el trámite de audiencia se inició «dentro del plazo para dictar sentencia» y no existe elemento alguno que demuestre lo contrario.

En cuanto a la segunda objeción, es preciso recordar que no todo defecto formal entraña la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, sino tan sólo los que impidan la comprobación de los presupuestos procesales o la debida acotación de aquélla. Y, en el presente caso, el hecho de que el documento no estuviera liquidado, así como el contenido esencial del mismo, se infieren de las referencias que a él hacen las partes y el propio Juzgado en los escritos y documentos contenidos en el testi-

monio de las actuaciones remitido, al menos en grado suficiente para poder apreciar la relevancia del documento en relación con el objeto del proceso y valorar la calificación del mismo efectuada por el órgano judicial desde el punto de vista fiscal, a efectos de la aplicación del precepto cuestionado.

Del mismo modo resultaría salvada la tercera objeción si, aun cuando no figurase en el testimonio de actuaciones remitido la providencia por la que se acordó oír a las partes sobre el planteamiento de la cuestión, de los demás elementos documentales incorporados al propio testimonio pudiera razonablemente inferirse que la citada providencia no contuvo ninguna irregularidad. El Ministerio Fiscal —según consta en el informe testimoniado— afirmó ante el Juzgado que en ella no se había concretado el precepto constitucional presuntamente infringido. Sin embargo, lo cierto es que un precepto legal que ordena inadmitir documentos presentados por las partes ante los Juzgados y Tribunales, afecta sin duda al ejercicio de los derechos constitucionales de aquéllas en el proceso, por lo que no cabe pretender que, por el hecho de no citar expresamente el artículo 24 de la Constitución, la referida providencia haya dificultado al Ministerio Fiscal alegar sobre la procedencia o improcedencia del planteamiento de la cuestión.

3. En la cuestión de inconstitucionalidad 41/85, el Fiscal General alega también, en primer término, que el órgano judicial no planteó la cuestión dentro del plazo para dictar sentencia, sino tan pronto como recibió las actuaciones del Juez *a quo* sin oír a las partes en la vista prescrita en el artículo 1.586 de la LEC, en la que han de exponer sus razonamientos. Todo indica, sin embargo, pese al carácter incompleto del testimonio de las actuaciones remitido, que la cuestión se planteó después de la vista. En efecto, en el Auto de 28 de diciembre de 1984 (resultando segundo) se afirma que «se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, la que insistió en sus anteriores argumentos», y, en el mismo sentido, en el escrito por el que evacuó el trámite previsto en el artículo 35, 2, de la LOTC, dicha parte precisa que «al formular sus alegaciones invocó el número 1 del artículo 24 de la Constitución». Cabe entender que estos argumentos y estas alegaciones se formularon en el acto de la vista.

El Fiscal General añade a la objeción anterior el que estando pendiente otra cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo precepto, debió aguardarse al resultado de ésta; pero desde el punto de vista inconstitucional, nada impide que el juzgador plantee una nueva cuestión ante el Tribunal Constitucional sobre una materia objeto de una cuestión anterior en distinto proceso, si se ve compelido a ello por la imposibilidad de aplicar una norma de rango legal sobre cuya constitucionalidad duda y, al mismo tiempo, de suspender el proceso si la Ley no le autoriza para ello.

4. Por su parte, el Letrado del Estado considera discutible que la norma controvertida sea efectivamente aplicable al proceso civil que ha originado la cuestión 865/84. En su opinión, si los documentos cuya admisión se cuestiona se considerasen sujetos al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas —lo que sería procedente si, a lo que parece, los actos que reflejan han sido realizados en el ámbito de una actividad empresarial organizada—, no quedarían sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Texto Refundido, y, por consiguiente, resultaría inaplicable el artículo 57, 1, del mismo. Ello le lleva a solicitar de este Tribunal la práctica de prueba consistente en el correspondiente informe de la Inspección de Hacienda.

Ahora bien, como el propio Letrado del Estado reconoce, la calificación definitiva de los documentos en cuestión a efectos fiscales no puede hacerse con seguridad mediante un simple examen externo de los mismos, único posible al órgano judicial en el ejercicio de la función calificadora que, limitada en cuanto a su finalidad y efectos, le atribuye el artículo 57, 1, del Texto Refundido. La calificación que al Juez corresponde efectuar tiene un mero carácter indiciario y provisional, dado el contexto en que se desarrolla, que es procesal y no de gestión tributaria. Y, por otra parte, en el presente caso, sin prejuzgar su efectiva corrección, no aparece como irrazonable la calificación de «no sujeto al Impuesto de Tráfico de las Empresas» referida a unos actos, de uno de los cuales, al menos (el de cesión del teleimpresor), puede fundadamente dudarse, a través de los datos de que se dispone, de que forme parte de los actos de giro o tráfico ordinario.

De todo lo anterior se deduce la improcedencia de la petición de prueba formulada por el Letrado del Estado, con la que implícitamente se pretende que el juicio sobre la aplicabilidad de la norma cuestionada se realice por este Tribunal con más elementos de juicio de los que pudo disponer el Juez *a quo* (a quien, obviamente, no puede exigirse que abra un trámite probatorio para desarrollar su labor de calificación del documento), subvirtiendo con ello la función que en este punto ha de desempeñar y que es la de mera comprobación de la corrección externa del juicio de aplicabilidad efectuado por dicho Juez.

5. En el mismo sentido, el Fiscal General opone en la cuestión 865/84 algunas objeciones que, aunque entrelazadas con argumentos de fondo, traducen su opinión de que la inconstitucionalidad de la norma cuestionada resulta irrelevante para el fallo que en el proceso *a quo* ha de dictarse.

Insiste, en primer término, en que la cuestión planteada tiene un carácter condicional o hipotético y, al mismo tiempo, abstracto o genérico. Funda el carácter hipotético de la cuestión en el hecho de que, en el escrito por el que remite las actuaciones, el Juez afirma que el tiempo invertido en el cumplimiento de los requisitos fiscales puede suponer la imposibilidad de obtener la tutela judicial. Debe observarse, sin embargo, que el Juez efectúa esta afirmación no para justificar la relevancia del precepto en el proceso en cuestión, sino para fundamentar, en abstracto, su inconstitucionalidad. En relación con el proceso, el Juez *a quo* afirma no hipotética, sino apodícticamente, que de aplicarse el precepto controvertido, habrá de rechazarse el documento en que la parte actora funda su derecho, desestimándose la demanda. Así, pues, una cosa es la cuestión de fondo, que exige dilucidar si el precepto cuestionado supone un obstáculo justificado o no, fácil o difícilmente salvable, al ejercicio del derecho a la tutela judicial, y otra, la apreciación que el Juez hace con carácter definitivo de que, en el proceso de que conoce, la existencia de ese obstáculo no ha sido evitada, aunque pudiera serlo y, por tanto, resulta relevante para el fallo.

El Fiscal General entiende que, asimismo, se pone de manifiesto el carácter abstracto y genérico de la cuestión, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1.537 de la LEC, el Juez venía obligado a suspender *ad limine* la admisión de la demanda, devolviendo el documento a los interesados para que subsanasen el defecto y que, por tanto, la influencia sobre el fallo sólo se produciría realmente en el caso de que la parte no subsanase el defecto dentro del plazo acordado, único momento en que el

Juez podría plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Pero lo cierto es que, aun cuando se admitiera que el Juez debió suspender el procedimiento a fin de que pudiera subsanarse el defecto —lo que tropieza con el inconveniente de que el Texto Refundido vigente no contiene un precepto similar al contenido en el artículo 114, 2, del anterior Texto Refundido, aprobado por Decreto 1018/67, de 6 de abril, resultaría igualmente relevante la constitucionalidad del precepto cuestionado. En efecto, como ha declarado este Tribunal, «el vocablo fallo en el artículo 163 de la Constitución equivale a resolución judicial decisiva o imperativa, ya se trate de materia de fondo o de materia procesal», y en el presente caso el Juez tenía que dictar una resolución de trascendencia procesal que comprometía el desenlace definitivo del proceso y, de modo inmediato, suponía, al menos, la imposición a la parte de una carga de significación económica y el aplazamiento del fallo. Y puesto que la resolución que el Juez había de adoptar se apoya en el precepto cuestionado, resulta asimismo justificado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Aduce, finalmente, que la inadmisión por falta de liquidación del documento sujeto al impuesto no supondría ningún daño irreparable para el interesado, que siempre podría ejercitar su acción en un declarativo independiente, pues, según el artículo 1.533 de la LEC, la inadmisión de la demanda de tercería por haberse presentado después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante, deja «a salvo el derecho del tercero para deducirlo contra quien y como corresponda».

Pero tampoco puede compartirse esta argumentación en cuanto con ella pretenda justificarse la falta de relevancia del precepto impugnado. En primer término, las expectativas procesales de una demanda de tercería no son las mismas que las que corresponden a una acción dirigida posteriormente contra el adquirente, que puede haber adquirido el bien de buena fe o en subasta pública, o tener inscrito su derecho y estar por ello protegido frente a la acción reivindicatoria. Por otra parte, el fallo del proceso de tercería produce, con efectos de cosa juzgada general, la libertad o la afectación definitiva de los bienes al proceso de ejecución, No cabe, pues, negar la relevancia de la cuestión planteada en relación con la decisión que ha de adoptarse, fundándose en la «irrelevancia» del proceso en que aquélla se plantea.

De acuerdo con las consideraciones anteriores procede, por consiguiente, entrar a examinar el problema de fondo que se debate en los presentes procesos acumulados.

6. Como señalamos anteriormente, el artículo 57, 1, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece que ningún documento que contenga actos o contratos sujetos al referido impuesto se admitirá ni surtirá efecto en los Tribunales sin que se justifique el correspondiente pago, exención o no sujeción. La limitación que dicho precepto introduce respecto a la aportación de documentos al proceso consiste, pues, en subordinar la admisibilidad y eficacia de los mismos a la declaración o pago del impuesto correspondiente, y tiende a asegurar la contribución de todos los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos, finalidad que aparece vinculada al deber fundamental establecido en el artículo 31, 1, de la Constitución.

Es de destacar la generalidad del precepto controvertido, que va dirigi-

do a todos los Tribunales, así como el carácter rígido del mismo, que no se adapta a las modalidades y particularidades de los distintos procesos, por lo que su aplicación puede originar consecuencias de diverso alcance, aspecto que no ha sido tenido en cuenta por el legislador.

La consideración de los distintos supuestos resulta, sin embargo, relevante para el enjuiciamiento de la constitucionalidad del precepto en cuestión. En ciertos casos, la Ley Procesal subordina la admisión de la demanda a la presentación del documento en que la parte funda su derecho, mientras que en otros el documento constituye únicamente un material probatorio que puede, a su vez, ser decisivo para la resolución de la cuestión debatida o tener un carácter meramente accesorio o susceptible de ser fácilmente suplido por otro tipo de pruebas. Por ello en unos casos la inadmisión de los documentos en el proceso podrá afectar al derecho a la tutela judicial sin que se produzca indefensión, garantizado en el artículo 24, 1, CE, mientras que en otros lo que resultará afectado es el derecho a un proceso con todas las garantías en el que el interesado pueda utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, reconocido en el artículo 24, 2, de la Norma fundamental.

7. Desde la perspectiva del artículo 24, 1, CE, la prohibición de que los Tribunales admitan ciertos documentos puede afectar al derecho a la acción, bien directamente, haciendo imposible su ejercicio cuando la admisión de la demanda se condiciona a la presentación del documento, bien indirectamente, al impedir de hecho la presentación de una demanda condenada al fracaso o impedir a la parte la defensa de sus posiciones mediante la aportación de una prueba documental sustancial. En estos casos, aunque formalmente la norma cuestionada afecte únicamente a la disponibilidad de los medios probatorios o a los requisitos de los actos procesales, obstaculiza asimismo el derecho a la acción.

El Letrado del Estado alega, en apoyo de la constitucionalidad del precepto, que es lógico que se establezcan medidas aparentemente limitadoras de la eficacia de los derechos como instrumento para lograr un objetivo general, siempre que la restricción no sea arbitraria o injustificada, sino que, como en el presente caso, responda a una finalidad constitucionalmente legítima, y aduce, en favor de sus tesis, la existencia en el ordenamiento jurídico de limitaciones o modulaciones al ejercicio del derecho a la acción, pues al ser el ordenamiento uno e indivisible —señala— son muchos los ejemplos de normas imperativas que, teniendo justificación en un sector del mismo, proyectan su significación en otros. Pero los ejemplos aducidos, cualquiera que sea el juicio sobre su constitucionalidad, no pueden esgrimirse como término de comparación. En ellos, las limitaciones obedecen a finalidades ligadas a la configuración de los derechos sustantivos (litisconsorcio, citación del vendedor en la evicción) o la de garantizar unos principios de orden registral en función de la seguridad jurídica en el ejercicio de esos mismos derechos (preceptos de la Ley Hipotecaria); constituyen cargas que persiguen algún fin vinculado al mismo proceso o tendente a evitar disfunciones que éste puede originar (consignaciones arrendaticias o laborales); son tasas por la prestación de la Administración de Justicia como servicio público (tasas judiciales) o responden a supuestos en que la forma del título condiciona de antemano su eficacia ejecutiva (letra de cambio). En todos, la limitación está en función de la propia realidad o finalidad del proceso, o en conexión con las relaciones jurídicas

sustantivas que constituyen el objeto del mismo o con la seguridad del tráfico. Nada de lo cual sucede en el precepto examinado.

Por ello tampoco es de aplicación al presente caso la doctrina contenida en sentencias de este Tribunal en las que se justifica la exigencia de determinadas consignaciones arrendaticias o laborales —a las que también se refiere el Letrado del Estado— o se justifican las peculiaridades de los preceptos de ejecución hipotecaria (en los que se limita extraordinariamente la contradicción procesal) basándose, entre otros argumentos, en que el constituyente de la hipoteca ha consentido la fuerza ejecutiva del título y en que su posición deriva de un negocio jurídico (STC 41/1981, de 18 de diciembre).

Las características específicas que concurren en el caso que nos ocupa llevan a concluir que la limitación que el artículo 57, 1, del Texto Refundido impone a la eficacia de los documentos ante los Tribunales es contraria al artículo 24, 1, de la Constitución. Por una parte, a diferencia de lo que sucede en los antedichos supuestos, las limitaciones derivadas del precepto cuestionado no guardan relación alguna con el objeto y la finalidad del proceso —se trata de un tributo cuyo hecho imponible es ajeno a la función jurisdiccional— e introducen una quiebra evidente entre el mundo sustantivo y el procesal, pues mientras que no se niega validez al documento en el mundo de las relaciones sustantivas ajenas al proceso, se impide en la práctica el ejercicio de la correspondiente acción. Ello incide en el derecho a la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, que obliga a una configuración del derecho a accionar ante los Tribunales que garantice una correspondencia entre el mundo de las relaciones sustantivas y el mundo procesal. Como señaló la STC 3/1983, el Derecho sustantivo y el procesal son dos realidades inescindibles, apareciendo así las formas procesales estrictamente conectadas con las pretensiones materiales deducidas en el juicio (fundamento jurídico 3.º). No obstante, la presunta irregularidad fiscal rompe dicha correspondencia y suspende la garantía jurisdiccional, que es complemento obligado de toda norma de Derecho sustantivo.

De otra parte, no basta, como pretende el Letrado del Estado, con que el fin perseguido sea constitucionalmente lícito. De la doctrina de este Tribunal cabe deducir que las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo han de responder a una finalidad constitucionalmente legítima, sino que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar al contenido esencial del derecho. Pues bien, en el caso considerado existe, sin duda, una falta de proporcionalidad entre el objetivo que se persigue —la recaudación del impuesto— y el modo en que se opera. Aquél podría lograrse por otros medios, entre los que cabría incluir la simple obligación por parte del Juez de comunicar a la Administración tributaria la existencia del documento sin liquidar y, sin embargo, se establece una medida que por de pronto interfiere en el ejercicio del derecho fundamental, obstaculizando el derecho a la acción que forma parte del contenido esencial del mismo, y que implica una evidente reduplicación de los medios ejecutivos de la Administración —para cuyo ejercicio basta el conocimiento del hecho y las circunstancias de la omisión del pago del tributo— que desnaturaliza el ejercicio de la función jurisdiccional, haciendo tomar parte activa al órgano judicial en la gestión de la obligación tributaria pendiente y atribuyendo a dicha gestión un carácter preferente.

8. Existen, de otro lado, supuestos en los que la aplicación del precepto cuestionado no impide el ejercicio de la acción, pero niega fuerza probatoria a determinados documentos. En estos casos, el referido precepto limita las posibilidades de prueba de la parte a la que interesa la presentación de los mismos frente a la contraparte, que se ve injustamente beneficiada por el obstáculo que la carga fiscal significa para el acceso del documento al proceso. Y, en todo caso, el incumplimiento de la carga fiscal, sea imputable a la parte o no lo sea, falsea el resultado del proceso, haciéndolo depender de la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones fiscales de una de las partes, con la consiguiente quiebra de los principios que tratan de establecer un equilibrio entre las mismas en orden a la formulación de alegaciones y aportación de medios de prueba, con el fin de asegurar la justicia material de la decisión. El artículo 57, 1, del Texto Refundido incide así en el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los derechos e intereses legítimos, limitación esta última que puede colocar a la parte en una verdadera situación de indefensión cuando el documento resulta decisivo para la defensa de sus pretensiones.

Es cierto que las consecuencias que de la aplicación de dicho precepto se derivan para el interesado en ciertos supuestos —especialmente cuando la prueba documental puede ser sustituida por otros medios probatorios— no son tan graves como las que se originan cuando de hecho queda obstaculizado el ejercicio del derecho a la acción, pero, en cualquier caso, se trata de una limitación innecesaria al ejercicio de derechos reconocidos en el artículo 24, 2, de la Constitución, pues, como hemos señalado, la finalidad de la medida puede conseguirse sin afectar a los mencionados derechos.

El Ministerio Público considera que el obstáculo fiscal no resulta de especial trascendencia, pues, en todo caso, la falta de pago del impuesto puede subsanarse, pero dado que el fin perseguido puede lograrse mediante una simple comunicación a la Administración tributaria, tampoco encuentra justificación el que una vez realizada ésta, se paralice el proceso hasta que dicho efecto sea subsanado, originando así una dilación en el mismo que, al no responder a finalidad alguna, puede calificarse de indebida.

9. Finalmente, la rigidez del precepto puede agravar las anteriores conclusiones. Por una parte, en él no se contiene la reserva de algunos de sus antecedentes históricos, en el sentido de prever que la parte a quien interesa la presentación del documento pueda ser la no obligada fiscalmente al pago, en cuyo supuesto, a la perturbación de su actuación procesal, se suma la necesidad de hacer frente al pago de una deuda tributaria que no le corresponde. De otra, el precepto se aplica a todo caso de incumplimiento fiscal, sea imputable a la parte o no lo sea, como ocurriría si no se creyese obligada al pago o no se hallase en situación económica de poder hacerlo, y no salva los supuestos en que exista discrepancia en cuanto a los elementos determinantes de la deuda tributaria y el acto de liquidación no haya ganado firmeza al estar recurrido y pendiente, por tanto, de resolución definitiva. El artículo 57, 1, obliga en todo caso a justificar el pago, o bien la exención o la no sujeción, situaciones jurídicas declaradas o negadas unilateralmente por la Administración. Consecuencia de ello es que el interesado, para evitar el efecto obstativo del mencionado precepto, tiene forzosamente que pagar la cantidad que la Administración le señale y si, pese a ello, quiere promover reclamación económico-admi-

nistrativa y utilizar las vías de recurso contra dicha liquidación puede sin duda hacerlo, pero al tener que satisfacer en todo caso la deuda tributaria que discute, se le está aplicando, en definitiva —indirectamente—, la regla *solve et repete*; todo lo cual supone también, en relación con la liquidación impositiva realizada por la Administración, una agravación de la limitación de la tutela judicial efectiva, en el sentido de obstáculo reduplicado para acceder a los Tribunales y defender ante ellos los propios derechos e intereses.

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que resulta inconstitucional la limitación de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución que el precepto cuestionado encierra, en cuanto prohíbe que sean admitidos o surtan efecto en los Tribunales documentos sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, respecto de los cuales no se haya satisfecho dicha obligación tributaria. Ello conduce a declarar nula la inclusión del vocablo «Tribunal» en el artículo 57, 1, del Texto Refundido de la Ley del mencionado impuesto, entendiéndose incluidos dentro de él las Oficinas y Registros judiciales.

Esta declaración de nulidad no afecta, como es obvio, al mantenimiento del deber de colaboración de las autoridades judiciales, al que genéricamente se refiere el último párrafo del artículo 55 del Texto Refundido, con remisión a la Ley General Tributaria, y que se concreta en el párrafo primero del mismo; deber que deriva implícitamente del general sometimiento de los poderes públicos a la Ley y de la unidad de los fines del Estado. Aunque el artículo 117, 4, de la Constitución establece que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho», esta exclusividad no impide que, en virtud del deber de colaboración entre todos los poderes del Estado puedan imponerse al Juez obligaciones encaminadas al logro de otras finalidades públicas, entre las cuales puede figurar la de comunicar la existencia de un documento respecto al cual no se ha hecho efectivo el pago de un tributo.

2. *Sentencia de 14 de julio de 1988.*—PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.—Nulidad de lo actuado por no notificar a uno de los adquirentes de los pisos hipotecados.—Sala Segunda.—Ponente: Sr. De la Vega Benayas.

Hechos.—1.º Se iniciaron éstos por un proceso de ejecución judicial sumario regulado por el artículo 131 LH, promovido por la Caja de Pensiones X, para la realización del préstamo hipotecario concedido a la Sociedad Anónima «T», y referido aquel proceso, por lo que al caso afecta, a una de las viviendas construidas por esa Sociedad Anónima en la calle Miguel y Badía, de Barcelona. En la escritura de préstamo e hipoteca se señaló como domicilio del deudor para requerimientos y notificaciones la propia finca hipotecada (un bloque de viviendas), y para los titulares adquirentes, en su caso, la de sus respectivos departamentos.

Uno de estos «departamentos» o vivienda fue o había sido adquirido por la aquí recurrente, en virtud de documento privado de fecha 28 de junio de 1978, es decir, seis años antes de la iniciación del proceso, señalado como piso tercero, primera, de la finca de la citada calle, bien que

sin elevarlo a escritura pública ni, por tanto, practicando asiento o inscripción en el Registro de la Propiedad.

No habiéndose hecho el previo requerimiento notarial al deudor, se solicitó por la Caja ejecutante el judicial, practicándose, sin resultado, en el señalado en la escritura, calle Miguel y Badía, domicilio del representante de la Sociedad Anónima constructora, y luego otra diligencia, días más tarde, en el mismo número y calle, entendiéndose con un vecino, sin que la actora ejecutante señalara otro, pese a la providencia en la que se ordenó que se le diera traslado y conocimiento de la primera diligencia —negativa— de requerimiento, y no obstante, contar, tanto en el documento privado aludido, como en la escritura de préstamo hipotecario, que la finca en cuestión no podría ser más que el piso tercero, puerta primera, del bloque 2, aunque estuviera sin precisar el número de policía de la calle, que más tarde se fijó como 6. Importa también reseñar que documentalmente consta, y así lo hace también el Juez en el auto que acordó la nulidad de esas diligencias, teniéndolo como probado, que la Caja ejecutante conocía la adquisición del piso, percibiendo, a través del marido de la compradora que lo abonaba en la Caja, las mensualidades correspondientes al préstamo hipotecario.

2.º Seguido el proceso de ejecución sin conocimiento y audiencia de la adquirente (tercer poseedor en la terminología legal), y aquí actora, por ésta se insta del Juez ejecutor la nulidad de actuaciones, ante la posibilidad de verse desposeída de la vivienda mediante el requerimiento judicial instado por el adjudicatario en subasta del piso.

El Juez, fundado en la falta de requerimiento de pago (art. 131, 3 y 5, Ley Hipotecaria), y al amparo de las normas contenidas en los artículos 7, 3, y 240 LOPJ, y en el artículo 24, 1, CE, acuerda practicar nuevo requerimiento en el domicilio real y, tras consignarse la cantidad debida, decreta la nulidad de todas las actuaciones a partir de la diligencia fallida de 17 de diciembre de 1984 (AA. de 27 de febrero y 17 de marzo de 1986). Este último auto, que mantenía el anterior, es apelado y revocado, dejándolo sin efecto, por el Auto de 14 de mayo de 1987 de la Sala 3.ª de la AT.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido estimar el amparo solicitado por doña Yal Marga, y en su virtud:

1.º Declarar la nulidad del Auto de 14 de mayo de 1987, dictado en grado de apelación por la Sala 3.ª de lo Civil de la AT de Barcelona en el proceso judicial sumario de la LH número 1738/1984-3.ª, seguido en el JPI Barcelona número 9.

2.º Reconocer a la recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva, entendiéndose ya restablecido el mismo con la eficacia de los AA. de 27 de febrero y 17 de marzo de 1986, dictados en aquel proceso por el JPI aludido.

Este fallo se ha dado en atención a los siguientes

Fundamentos jurídicos.—3.º La razón decisiva de esa revocación en la instancia reside en que el artículo 240 LOPJ permite la anulación de los actos procesales nulos de pleno Derecho, de oficio, oídas las partes, pero siempre y en tanto no hubiera recaído sentencia definitiva, y como el auto de aprobación del remate (y consiguiente adjudicación al mejor postor) tiene ese carácter por su analogía con la sentencia, ya que pone fin al proceso y transfiere la finca a tercero de buena fe, es claro para dicha Sala que no procedía la declaración de nulidad. «Si es cierto —dice en su resolución la Sala— que el auto de aprobación del remate que, en el pro-

ceso de ejecución hipotecaria, regula el artículo 17, 3, no es equiparable a una resolución de tal naturaleza» (la sentencia definitiva), «existe, sin embargo, entre ellas, a estos efectos, una cierta analogía» ..

Este argumento, decimos, es el decisivo, ya que la propia Sala acepta los hechos base del auto que revoca —ya descritos—, así como la necesidad de los acuerdos de nulidad en los supuestos de vicios o defectos sólo subsanables con ese remedio, ante el absurdo de continuar un trámite a sabiendas de la existencia de un defecto que vicie el proceso y evitar así el despido de un juicio declarativo, según palabras del auto de dicha Sala.

Se ha dicho ya que el auto revocado del JPI se basó para decretar la nulidad de actuaciones a partir del requerimiento fallido, en la circunstancia de no haberse practicado el requerimiento de pago en la forma establecida en el artículo 131, 3 y 5, LH, y para «evitar la situación injusta de desposeer sin audiencia alguna a los actuales ocupantes (la recurrente y su esposo), adquirentes del piso», otorgándoles así, pues, la tutela judicial efectiva, sin indefensión, que se hubiera claramente producido al ser desposeídos sin haber sido citada la adquirente, privada de la posibilidad de su defensa en el juicio o proceso de ejecución.

4.º No se exploya el auto o autos citados en más razonamientos de legalidad, relativa a las normas hipotecarias que rigen ese peculiar procedimiento, teniendo sin discusión a la recurrente en el concepto de tercer poseedor a que alude el artículo 131 LH para imponer, bien a la parte previamente (regla 3, 3), bien al Juez (regla 5), la necesidad de requerirlo para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca». Ciertamente es que dicha recurrente o tercer poseedor era dueña por documento privado, sin constancia en el Registro, y mal podía, pues, el Juez acordar su requerimiento no constando su existencia en la certificación registral que el Juez ha de reclamar al Registro (regla 4); pero también lo es que ese requerimiento previo era carga de la Entidad ejecutante, conforme se infiere de la regla 3, 3, cuando se refiere «al tercer poseedor de las fincas en el caso que éste hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble», circunstancia concurrente en el caso, es decir, el conocimiento por la Caja ejecutante de la asunción hipotecaria o sustitución en la deuda —adquisición en compraventa— por la recurrente, quien abonaba, por sí y por su marido, las cuotas mensuales a dicha Caja.

Desaparece así, por tanto, el argumento básico, que ahora en este recurso, y antes, adujera el matrimonio adjudicatario del piso, relativo a la ineficacia del título adquisitivo de la recurrente —documento privado—, que al no constar en el Registro, no podía perjudicar su derecho. Y también, preciso es añadirlo, justificándose así la correcta anulación de actuaciones acordadas por el JPI, en cuanto con ello salvaguardó el derecho de la interesada a defenderse en juicio, del que fue privada al no ser notificada de la existencia del proceso ni requerida de pago en el domicilio perfectamente identificable, si la Caja ejecutante hubiera procedido de buena fe, ya que era manifiesta la condición de interesada y de posible parte de aquélla.

Estas consideraciones son, por lo demás, implícitamente aceptadas por el auto de la Audiencia, que revoca el del Juez. Y en este sentido, por tanto, es innecesario estudiar con más detalle —y decidir al respecto— el tema que propone la recurrente en torno de la vulneración del derecho

a la tutela judicial efectiva, causada por la falta de citación y requerimiento, en cuanto que en la instancia se produjo la restauración de ese derecho, en principio violado, violación que, en su caso, sólo podría producirla el subsiguiente auto de la Audiencia.

Hay que atenerse, por consiguiente, al otro elemento de la demanda que solicita el amparo, es decir, a la valoración constitucional del auto revocatorio de la Audiencia, que constituye en realidad el verdadero nudo de la cuestión, porque es, en la aplicación de la legalidad, con su metodología, el que viene a establecer una situación que sería la causante de la denunciada vulneración del derecho constitucional en juego.

5.º Dicho auto impugnado del Tribunal *ad quem*, como se ha visto, se funda, para revocar el del Juez, en la limitación de los poderes de éste para decretar *ex officio* la nulidad de actuaciones (art. 240, 2, LOPJ); límite que este precepto establece referido al tiempo, es decir, a la posibilidad de hacerlo, pero sólo «antes que hubiera recaído sentencia definitiva», dejando a las partes la facultad de instar la nulidad por omisión de requisitos esenciales por medio o por la vía de los recursos establecidos en la Ley (art. 240, 1).

No se trata ahora, en este proceso constitucional, de resolver el delicado y complejo problema que ese tope temporal y procesal establece, sobre todo teniendo en cuenta que esa restricción de la LOPJ se funda en el respeto a la cosa juzgada que nace con la sentencia definitiva y, por tanto, y también, al principio de seguridad jurídica (art. 9, 3, CE).

Lo que está en juego es si la aplicación de ese precepto (art. 240 LOPJ), operada por el auto de la Audiencia en cuestión, cumple o no el presupuesto siempre exigible del respeto al derecho constitucional reconocido en el artículo 24, 1, CE, es decir, si con ese acuerdo judicial se ha impedido o no el acceso de la interesada recurrente al proceso en curso y a defenderse en el mismo, derecho que, como se ha visto, le correspondía como parte e interesada en concepto de tercer poseedor de una finca hipotecada y adjudicada a tercero, sin conocimiento e intervención de aquélla, por no haber sido citada ni requerida de pago, como legalmente correspondía.

Desde ese enfoque, pues, hay que precisar que lo que el auto impugnado hace es una aplicación analógica de la norma restrictiva. No aplica sin más el artículo 240, 2, de la Ley, sino que extiende su eficacia o vigor a un supuesto de hecho que el de la norma no prevé, supuesto semejante que es el fundamento de la analogía, cuya aplicación autoriza el artículo 4, 1, del Código Civil cuando haya «identidad de razón». Considera así como supuesto semejante al de la sentencia definitiva el auto de aprobación del remate y consiguiente adjudicación del bien al tercero y mejor postor, porque ello pone fin al proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria, con el mismo efecto de una sentencia. Cierto es que la propia Sala de la Audiencia no afirma esto de modo tajante, sino hablando de «una cierta analogía», después de admitir que no es equiparable el auto de aprobación del remate a una sentencia, pero lo es más que en ello se funda para revocar el auto del Juez, es decir, porque ese auto finaliza el proceso y la declaración de nulidad no cabe.

Si la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues, en definitiva, no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo. Esto es aún más claro y evidente cuando se está en presencia de derechos

constitucionales y cuando la integración por analogía puede repercutir en su ejercicio y reconocimiento en la realidad. No se trata de revisar esa aplicación judicial del Derecho, sino de hacer que ésta cumpla también los fines que la CE consagra, entre ellos, el de la tutela efectiva sin indefensión, que pide y exige que todas las normas han de ser interpretadas y aplicadas en el sentido más favorable para el ejercicio de esos derechos, sin hacer uso de interpretaciones restrictivas que lo disminuyan o menoscaben. A este respecto es constante y reiterada la doctrina de este TC, que por conocida hace excusable su cita pormenorizada.

En el caso que ahora se resuelve aparece manifiesto, implícitamente, que la propia Sala nota la debilidad de su argumento al hablar de «cierta analogía». Pues bien, esa mínima convicción o convencimiento que funda su juicio debió ser correctamente valorada y anulada en su eficacia ante la prevalencia y superior entidad del derecho de acceso al proceso —a ser oído en juicio y a defenderse— que constitucionaliza el artículo 24, 1, CE, justamente citado por el JPI en sus resoluciones de nulidad, y que la propia Sala tampoco desconoce en el fondo, como se ha indicado. Lo que hace, sin embargo, es aplicar por analogía una norma mediante una interpretación asimilativa del supuesto de hecho de modo excesivo, con un resultado restrictivo del derecho fundamental en juego hasta el punto de anularlo y vulnerando así el artículo 24, 1, CE, al que se refiere, por lo demás, el artículo 7 LOPJ, en cuanto encomienda a los Jueces y Tribunales la garantía y el reconocimiento de los derechos fundamentales de conformidad con su sentido constitucional «sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

Es este auto, pues, de la Sala de Audiencia el que para restablecer en su derecho a la recurrente [art. 55, 1, c), LOTC], debe ser dejado sin efecto, bastando con esta medida, ya que al recobrar su vigor los autos del Juez, podrán ser ejercitados los derechos procesales que éstos le reconocen ya a la actora, sin perjuicio, no es ocioso añadirlo, de los que pueda hacer uso la parte a la que en el proceso anulado se adjudicó la vivienda hipotecada.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por IGNACIO DEL RÍO Y GARCÍA DE SOLA y
JOSÉ MARÍA QUINTANA

RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1987 («BOE» DE 16 DE DICIEMBRE).

Objeto.—Adjudicación en virtud de procedimiento judicial sumario: Notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral no aceptada; cumplimiento del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Partes —Caja de Ahorros de Valencia y Registrador de la Propiedad de Valencia número 12.

Acuerdo.—Desestimar el recurso interpuesto.

Disposiciones legales examinadas.—Artículos 1.459, 1.489, 1.636 y 1.640 del Código Civil, 131, 5.º, y 141 de la Ley Hipotecaria; 55, 33, 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; 225 y 237 del Reglamento Hipotecario; 1.514 y siguientes y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Real Decreto de 30 de abril de 1985, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971 y 31 de octubre de 1986.

Doctrina.—No procede la inscripción de testimonio de auto de adjudicación dictado en procedimiento judicial sumario sin que conste la notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral, inscrita con anterioridad a la nota de expedición de certificación de cargas, ni la consiguiente cancelación de la misma en virtud del correspondiente mandamiento.

Debe expresarse en el testimonio o manifestarse por el propio adquirente ante Notario o en instancia firmada y ratificada por el Registrador que la finca adjudicada no está arrendada, a efecto de cumplir lo ordenado en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, constituyendo su inobservancia defecto subsanable.

Hechos—Instado por la Caja de Ahorros de Valencia procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, fue presentado a inscripción testimonio del auto de adjudicación dictado y mandamiento para la cancelación de cargas, calificándose por el Registrador de la Propiedad con la siguiente nota:

«Denegada la inscripción del precedente testimonio por adolecer de los siguientes defectos, el primero de naturaleza insubsanable: Primero: No

haberse practicado la notificación ordenada en la regla quinta, párrafo segundo, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a los acreedores de la hipoteca unilateral inscrita el 14 de marzo de 1984, inscripción cuarta de la finca 1.241, antes 41.551, al folio 50 vuelto del tomo 1.256, libro 8 de la sección cuarta de Ruzafa, que se comprendió en la certificación expedida el 21 de agosto de 1984, conforme a lo preceptuado en la regla cuarta del citado precepto legal, que fue reclamada en su día por el Juzgado que ha conocido el procedimiento. Segundo: No hacerse constar por alguno de los medios admitidos en Derecho, si la finca adjudicada está o no arrendada, a los efectos de lo previsto en el artículo 55 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Tercero: No determinarse, respecto de la anotación preventiva que se ordena cancelar, letra A, practicada a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, el tomo y folio donde consta anotado el embargo, como exige el artículo 233 del Reglamento Hipotecario. Valencia, 30 de junio de 1986.—El Registrador de la Propiedad.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, el Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la nota del Registrador, fundándose principalmente en que lo que los acreedores de la hipoteca unilateral constituida por el deudor que consta expresamente en la certificación expedida por el señor Registrador, debieron tenerse en cuenta a los efectos de ser notificados del procedimiento judicial, en virtud del principio de retroacción del artículo 141 de la Ley Hipotecaria y los artículos 225 y 228 de su Reglamento; que la omisión de las notificaciones podría frustrar la efectividad de sus respectivos derechos, ya que la nota marginal no puede suplir aquéllas, y que, por último, en un procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, debe notificarse, aunque sólo sea *ad cautelam*, a todos a quienes aparecen en la certificación registral, cuya finalidad y alcance consiste en informar al Juez de aquellos titulares de derechos a quienes pueda afectar el procedimiento; no hacerlo así incide en un defecto insubsanable, porque se debieron tener en cuenta a dichos efectos y no se hizo.

La Dirección General dictó la siguiente resolución:

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.459, 1.489, 1.493, 1.636 y 1.640 del Código Civil; 131, 5.º, y 141 de la Ley Hipotecaria; 55, 33, 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; 225 y 237 del Reglamento Hipotecario; 1.514 y siguientes y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971 y 31 de octubre de 1986.

1. La primera cuestión que plantea el recurso consiste en conocer si procede practicar el asiento de cancelación de una hipoteca unilateral, ordenado en el auto recaído en un procedimiento judicial sumario entablado para dar ejecución a una hipoteca anterior, y la consiguiente inscripción del testimonio cuando consta: a) que la hipoteca unilateral fue comprendida en la certificación de cargas, si bien entonces aún no había sido aceptada; b) del mandamiento resulta que no se realizó la notificación expresada en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a las personas en cuyo favor fue constituida la hipoteca unilateral.

2. Conforme al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, la notificación prevenida en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa, sino, además y entre otros,

a los anotantes posteriores a la inscripción de la hipoteca del actor e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que por su rango deban declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad. Este precepto reglamentario evidencia la amplitud con que debe entenderse el círculo de los interesados que deben ser especialmente notificados: No es necesario que del Registro resulte que el derecho real del interesado existe ya perfecto (lo que, por ejemplo, no resulta de un asiento de anotación), basta que del Registro resulte a favor del interesado un asiento que, como la anotación, confiera una situación registral que asegure, al posible derecho, cierta eficacia a partir del asiento (reserva de rango). Además, a falta de reglas especiales, la cancelación de la hipoteca unilateral se regirá por las reglas ordinarias (que exigen, como hemos dicho, la notificación cuestionada), sin otras excepciones que las específicamente señaladas en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento.

3. La segunda cuestión se plantea en relación con el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Registrador suspende la inscripción del testimonio del auto en el que se aprueba el remate de la finca hipotecada, una vivienda, porque no se hace constar, por alguno de los medios admitidos en Derecho, que la finca no está arrendada.

El defecto observado plantea distintos problemas. En primer lugar, si esta transmisión judicial forzosa producida en un procedimiento de ejecución está o no sujeta a retracto. En nuestro sistema positivo este tipo de transmisión está comprendido en el concepto de venta. Se trata de una venta pública (cfr. art 464 del Código Civil) o en subasta pública o judicial (cfr., entre otros, los arts. 1.459, 1.489 y 1.493 del Código Civil, y 1.514 y siguientes y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Establecido el derecho de tanteo o retracto para el supuesto de ventas judiciales (cfr. artículos 1.636 y 1.640 del Código Civil). La misma Ley de Arrendamientos confirma esta doctrina en relación con los derechos de tanteo y retracto que la Ley establece en favor del arrendador en los supuestos de traspaso o cesión mediante precio (cfr. arts. 33, 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). El Tribunal Supremo expresamente ha declarado, en relación con la adjudicación en que termina el procedimiento judicial sumario a que se refiere el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que, en tal supuesto, procede el retracto arrendaticio porque no existe razón tanto de orden legal como lógico para excluirlo y porque la inclusión es conforme a la finalidad de la Ley de dar acceso al dominio al inquilino cuando haya cambio dominical por negocio jurídico mediante precio (Sentencia de 2 de marzo de 1959; cfr. también Sentencia de 23 de enero de 1971).

Resuelto el primer problema, hay otro, también de carácter sustantivo, de especial gravedad: el de decidir si también el arrendatario, cuyo arrendamiento es posterior a la hipoteca, persiste tras la ejecución hipotecaria y si incluso tiene el derecho de adquisición preferente o si sólo ocurre así con el arrendamiento que estuviese constituido con anterioridad a la hipoteca. De aceptar la primera solución, se admitirá que el dueño de la finca hipotecada que, en principio, no puede constituir cargas que menoscaben la efectividad ordinaria de la hipoteca, por ejemplo, un tanteo o retracto convencional, podría haber conseguido este menoscabo constituyendo un arrendamiento, y si no se hacen excepciones, incluso un arren-

damiento de los que legalmente admiten la renuncia, por el arrendatario, de los beneficios que la Ley concede, salvo el de prórroga. En relación con este problema parece hoy prevalecer en la jurisprudencia la doctrina de que la ejecución de la hipoteca comporte la purga de los arrendamientos posteriores (cfr. Sentencia de 31 de octubre de 1986). Esta es, sin duda, la solución más adecuada, al menos, para los arrendamientos que se concierten después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, puesto que ya no se impone a los contratantes que el arrendamiento haya de gozar de prórroga forzosa. De resolverse, en caso de ejecución de la hipoteca, los arrendamientos posteriores a su constitución, bastaría para hacer constar, a efectos del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que la finca no está arrendada, que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiere expresado así por el hipotecante.

Queda, finalmente, el problema formal de determinar si puede suspenderse la inscripción del testimonio del auto de remate o adjudicación porque falte la declaración del transmitente, en documento público, de que la finca no está arrendada. Dadas las peculiaridades de la adquisición en virtud de ejecución forzosa, no debe exigirse estrictamente que sea el transmitente el que haga esa declaración. Hay que tener en cuenta que la adquisición no se verifica por un acto de voluntad del que hasta entonces era propietario de la finca, sino por un acto de autoridad, y en el procedimiento no hay trámites especialmente previstos para que la autoridad pueda llegar a hacer, en sustitución del propietario, esta afirmación. En cambio, el nuevo propietario, que por el auto de remate o adjudicación pasa a tener la posesión de la finca, está ya en condiciones de averiguar si el piso adquirido está o no ocupado por arrendatario. Por todo ello, en estos supuestos debe bastar la declaración de que el piso no está arrendado realizada por el nuevo propietario, bien en las actuaciones judiciales, bien ante Notario, bien en instancia firmada o ratificada ante el Registrador.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 20 de noviembre de 1987.—El Director general, *Mariano Martín Rosado*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia.

COMENTARIO.—La Dirección General resuelve dos cuestiones planteadas en este recurso gubernativo:

1. *La necesidad de notificación a los acreedores garantizados con hipoteca unilateral no aceptada.*

El recurso gubernativo se plantea al no constar la notificación a una pluralidad de acreedores a favor de los cuales consta inscrita hipoteca unilateral y resultando practicadas dos notas marginales de aceptación por veintidós de las veinticinco entidades acreedoras, posteriores las expresadas notas a la expedición de cargas.

El problema se centra en la disparidad de criterios que mantienen las partes en orden a la naturaleza del derecho que otorga la hipoteca unila-

teral y al momento en que se produce la adquisición del derecho real por el aceptante.

La posibilidad de la hipoteca unilateral se encuentra en el artículo 138 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual serán «hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes hipotecados».

El artículo 197 del Reglamento Hipotecario de 1915 establece la inscribibilidad de las hipotecas unilaterales a favor del Estado o de corporaciones civiles, declarando que la aceptación, hecha constar por nota marginal, produciría efectos desde la fecha de la inscripción a que se refiera.

La regulación en la Ley Hipotecaria, artículo 154, de hipotecas en garantía de títulos a la orden o al portador constituía otra manifestación de su reconocimiento.

Señala ROCA SASTRE que la circunstancia decisiva de su desenvolvimiento fue la divulgación del Código Civil italiano de 1942, cuyo artículo 2.821 dispuso que «la hipoteca puede ser constituida mediante declaración unilateral. La constitución debe hacerse por acto público o por escritura privada, bajo pena de nulidad».

En definitiva, la Ley Hipotecaria de 1944-46 dispuso en su artículo 141 que «a las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma.

Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

La doctrina ha explicado desde distintas teorías el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca unilateral y la posición jurídica que otorga al acreedor desde la inscripción de la hipoteca hasta su aceptación.

Todas las teorías incurrir en el defecto de «fijar la imagen» de la constitución de la hipoteca unilateral y, en consecuencia, dan una explicación parcial.

La teoría del consentimiento formal, defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ, de inspiración germánica, entiende que el titular registral consistente de la práctica de un asiento de hipoteca en el Registro, consentimiento registral que precede al concurso de consentimientos civiles.

No se puede desconocer que el consentimiento formal aporta una adecuada explicación a la registración de un derecho real limitativo del dominio, que nace en el propio Registro sin titular que pueda ejercitarlo.

El principio del consentimiento formal supone una manifestación de la sustantividad que el Registro de la Propiedad tiene en determinados supuestos. El artículo 82 de la Ley Hipotecaria establece la cancelación de inscripciones y anotaciones en virtud de escritura o documento auténtico, en el que preste su consentimiento «la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos».

En contra de esta teoría se ha argumentado que existe un auténtico consentimiento dispositivo que determina un acto material inscribible, al amparo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, como expondré, el consentimiento formal es el único

fundamento para obtener la registración de un derecho real en proceso de constitución.

Una segunda teoría, denominada de la reserva de rango, defendida por PÉREZ Y ALGUFR y ALBALADEJO, mantiene que la hipoteca nace y se adquiere simultáneamente cuando se hace constar la aceptación, y mientras tanto su registración sólo sirve para anunciar que si llega a aceptarse se tendrá por establecida a partir de la fecha de la inscripción.

Otro sector de la doctrina configura la hipoteca unilateral como una hipoteca sujeta a la condición suspensiva de su aceptación por el acreedor.

En contra de ella se argumenta que la aceptación del acreedor no es una condición suspensiva, una determinación accesoria del negocio jurídico, sino una *conditio iuris*, presupuesto o elemento estructural del mismo.

Una última explicación, denominada teoría del negocio dispositivo unilateral, entiende que la declaración unipersonal del dueño de la finca provoca una modificación jurídica de trascendencia real en su propio patrimonio. ROCA SASTRE destaca que en el Registro no se inscriben los derechos reales, sino los actos y contratos relativos a los mismos, siendo evidente que la declaración unilateral de voluntad dirigida a la constitución de hipoteca es un acto de esta clase.

Como he mantenido, todas las teorías incurren en el defecto de explicar parcialmente la registración de la constitución unilateral de la hipoteca. Observando los principios de nuestros ordenamientos civil e hipotecario, se puede establecer el siguiente razonamiento:

1.º En nuestro Derecho rige el principio de que «nadie adquiere derechos sin su consentimiento».

2.º La unilateralidad o bilateralidad de los negocios dispositivos deriva de que el desplazamiento patrimonial se produzca por la existencia de una única declaración de voluntad o por la concurrencia de dos o más de ellas.

3.º Como consecuencia del principio señalado en primer lugar, los negocios dispositivos unilaterales sólo son posibles en nuestro ordenamiento cuando el desplazamiento patrimonial no requiere otra declaración de voluntad para provocar la mutación jurídica real. Así sucede en la renuncia de los derechos reales limitativos del dominio, supuestos que pueden acceder al Registro bien como negocios dispositivos unilaterales o bien sin expresión de causa, bajo la fórmula del consentimiento formal del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

4.º El contrato de hipoteca (art. 1.857 del Código Civil), sustrato del derecho real (art. 1.875, párr. 1.º, del Código Civil), exige, como todo contrato, el consentimiento, el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (art. 1.262 del Código Civil).

5.º Nuestro Derecho permite que el *iter* constitutivo no se produzca, necesariamente, en unidad de acto.

6.º En el Registro de la Propiedad se inscriben derechos reales constituidos, en virtud de que los principios del sistema, legitimación (art. 38 de la Ley Hipotecaria, «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo») y fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), exigen modificaciones jurídico-reales efectivamente producidas.

7.º En la hipoteca unilateral, el artículo 141 de la Ley posibilita el

reflejo registral de un contrato de hipoteca en vías de constitución, en virtud de consentimiento formal que el titular del bien hipotecado dirige al Registrador para la práctica de un asiento en su folio registral, otorgándole la Ley una reserva de rango para que, manifestada la aceptación, sus efectos se retrotraigan a la fecha de su registración.

El acreedor ostenta, por tanto, una posición jurídica similar a la de un titular de un *ius ad rem*, protegida por los pronunciamientos registrales.

El artículo 138 de la Ley, base legal para los defensores de la tesis del negocio dispositivo unilateral, defendida por el Registrador que extendió la nota que motivó la resolución, no es ningún obstáculo para el criterio que he mantenido. Obsérvese que se habla de hipotecas «*convenidas* entre partes o *impuestas por disposición* del dueño». Articular una teoría en base a la expresión «disposición» es desconocer que toda mutación jurídico real supone una declaración de contenido dispositivo y de realización unilateral, contemplada desde la perspectiva del transmitente.

Una vez intentado el objetivo de explicar racionalmente la hipoteca unilateral procede examinar el objeto inmediato del recurso: la necesidad de notificación al acreedor que aún no ha aceptado.

La Dirección parte de un puro dato fáctico: la hipoteca unilateral fue comprendida en la certificación de cargas. Y lo fue, conforme al artículo 225 del Reglamento Hipotecario, porque «no es necesario que del Registro resulte que el derecho real del interesado existe ya perfecto», bastando que «confiera una situación registral que asegure, al posible derecho, cierta eficacia a partir del asiento (reserva de rango)». Concluye recordando la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley.

La notificación exigida «a los acreedores de cargas o derechos reales», incluso a los «que hubieren pospuesto, unas u otras, a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que por su rango deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca» (art. 225 del Reglamento Hipotecario), lo es a efectos de «intervenir en la subasta o satisfacer antes de remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca» (art. 131, regla 5.ª).

En el procedimiento ejecutivo hipotecario, el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige únicamente la notificación a los titulares de segundas o posteriores hipotecas «para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniere».

La razón de la limitación en el círculo de los notificables que se observa en el ejecutivo hipotecario con relación al judicial sumario deriva de su condición de acreedores personales, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1934. Sin embargo, no cabe desconocer que si se exigiese la notificación también a los anotantes posteriores podrían obtenerse tres objetivos deseables: *a)* la economía del procedimiento; *b)* la máxima eficiencia del mismo, y *c)* la obtención de garantías por todos los acreedores de un mismo deudor. No se olvide que el artículo 175, 2.ª del Reglamento Hipotecario dispone que la cancelación de «las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor, a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho», se practicará en virtud de «mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá ex-

presarse que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores».

La posible eliminación del proceso por los acreedores posteriores mediante el pago del precio asignado como valor de tasación de la finca, no existe en el ejecutivo hipotecario, en el cual sus derechos están limitados «a nombrar, a su costa, un perito» y ser notificados de «la providencia en que se fije el día para el remate».

Apuntadas las consecuencias de la notificación de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley, no procede extenderse en otras consideraciones dentro del limitado objeto de este comentario. Estudiemos, por tanto, la otra cuestión planteada.

2. La necesidad de notificación al arrendatario en los procedimientos hipotecarios y la purga o liberación del arrendamiento.

Esta segunda cuestión realmente se desdobra en las dos que he enunciado.

A. La situación de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca en orden a su purga o liberación en los procedimientos ejecutivos y de ejecución debe ser una consecuencia de los principios generales de los sistemas hipotecario y procesal, sin que influyan otras consideraciones. El problema tiene una fácil solución en el supuesto que el arrendamiento haya tenido acceso al Registro, conforme al artículo 2, número 5.º, de la Ley Hipotecaria, puesto que el Registrador habrá incluido tal derecho en la certificación de cargas, conforme a los artículos 1.489 de la LEC y 225 del Reglamento Hipotecario, sin que sea el momento de reproducir las diversas teorías acerca de la posible modificación de la naturaleza del arrendamiento inscrito. Sí debo señalar que, desde el punto de vista del Código Civil y la Ley Hipotecaria, no se manifiesta ninguna intención de modificar su naturaleza. En efecto, el artículo 2º de la Ley Hipotecaria admite su inscripción, como derecho personal que crea una situación posesoria del inmueble protegible por la publicidad registral en el limitado efecto de su oponibilidad a terceros. El Código Civil dispone en el artículo 1.549 que «con relación a terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». Y el artículo 1.571 limita la causa de extensión del arrendamiento en la transmisión de la finca por título de compra en el caso de que hubiese sido registrado.

Así el estado de las cosas, se plantea en la jurisprudencia el problema de su purga o liberación en los arrendamientos protegidos por la legislación especial, que por sus poderosos efectos ha desmotivado la inscripción de estos contratos en el Registro de la Propiedad.

En los arrendamientos urbanos y conforme al Texto Refundido de 1964, los derechos del inquilino se asientan sobre tres pilares:

1.º Derecho a la prórroga forzosa, «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones» (art. 57).

2.º Derechos de tanteo y retracto (arts. 47, 48 y 55).

3.º Acción de impugnación cuando el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual al 3 ó 4,5 por 100, que enerva la denegación de prórroga por causa de necesidad (art. 53).

Sin embargo, el examen del efecto de la purga o liberación no puede plantearse desde la perspectiva de la relación arrendaticia, sino desde las necesarias consecuencias de los procedimientos ejecutivos y de ejecución hipotecaria. Ambos tienen como finalidad actuar el valor de realización de la finca hipotecada, que se dinamiza, a efectos de garantía, desde la constitución de la hipoteca. Así, los artículos 1.518 de la LEC y 131, regla 17.ª, de la LH y 233 del RH disponen el efecto de proporcionar al adquirente o adjudicatario una propiedad sin cargas.

¿Cómo cohonestar este efecto con los derechos del inquilino reconocidos en la LAU? La solución está en declarar que se produce el efecto de purga o liberación y que procede el derecho de retracto a favor del inquilino, no siendo, en consecuencia, aplicables los artículos 57 y 53 de la LAU. Ello independientemente de la publicación del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, que suprimió la prórroga forzosa. Así lo demuestra la Sentencia de 31 de octubre de 1986, citada en la resolución. Se examinó el siguiente supuesto: escritura de constitución de hipoteca, arrendamiento de local de negocio o industria e inscripción de la hipoteca posterior a la celebración del mismo. Se declaró que «el recurrente, cuando constituyó el arrendamiento con su fallecido padre sabía que la finca estaba hipotecada y podía suponer que tenía limitadas sus facultades como tal arrendatario si llegaba a resolver el derecho del arrendador, como así ocurrió al ser ejecutada la hipoteca y quedar extinguido el arriendo, según se deduce de la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 22 de diciembre de 1945 y 22 de mayo de 1963». Añadiendo que «la misma conclusión cabe deducir de una interpretación lógica de la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en relación con la regla 8.ª, en cuanto que los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor, pero no los posteriores, que no se mencionan».

Del considerando de la sentencia, parcialmente transcrito, no existe ninguna base para mantener, como lo hace la Dirección General, una pretendida distinción entre arrendamientos anteriores y posteriores al Real Decreto-ley de 1985. La modificación introducida, la supresión de la prórroga forzosa para los arrendamientos concertados a partir de su entrada en vigor, no ha supuesto alteración en la naturaleza del derecho, sino simplemente en su contenido. Obsérvese que el arrendamiento que se purga, aun posterior al Real Decreto-ley de 1985, pudo haber sido concertado por un plazo de larga duración y ejecutarse la hipoteca al comienzo del mismo. No entiendo por qué se va a primar una situación de prórroga forzosa, en la que se encuentra el derecho una vez agotada su propia potencialidad, la pactada, frente al período de duración voluntario, en el que el contrato está desarrollando sus efectos.

La única distinción que hay que sostener es la relativa al momento de celebración del contrato de arrendamiento respecto al otorgamiento de la escritura pública para la constitución de hipoteca. El principio de prioridad actúa sobre un derecho personal que normalmente vive al margen del Registro e incluso deberá ser ejercitado judicialmente. Estamos, por tanto, ante el principio de prioridad de carácter civil que resuelve los supuestos de colisión entre distintos derechos incompatibles, como lo son la hipoteca, en su desenvolvimiento, y el arrendamiento, ya que ambos tienen un mismo objeto de concurrencia: la situación posesoria como integrantes del dominio que proporciona la ejecución de hipoteca y como sustrato del derecho del arrendatario, necesario para el uso y disfrute.

La sentencia referida parte, para justificar la extinción del arrendamiento, del principio *resolutum iure concedentis, resolvitur, ius concessuum*. No hay incompatibilidad entre ambas fundamentaciones. Mientras que la que he expuesto bilateraliza el problema entre ejecutante y arrendatario, el Tribunal Supremo lo hace entre arrendador y arrendatario. Además, el principio de prioridad es el criterio básico de depuración, cuando proceda, de situaciones jurídicas coexistentes, que se fundamentan entre partes en el principio de que «nadie pueda dar más derechos de los que él mismo tiene» y, por tanto, con las limitaciones con que los ostenta. Frente a lo expuesto, el artículo 219, número 2.º, del Reglamento Hipotecario, al desarrollar el artículo 117 de la Ley, que regula la acción de devastación, establece que «el valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arrienda el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, concubra la responsabilidad total asegurada».

La Exposición de Motivos del Decreto de 17 de marzo de 1959, que introdujo este precepto, dice que «ante el interés del acreedor hipotecario y el del arrendatario de finca hipotecada, con frecuencia encontrados, se da un amplio arbitrio al Juez a fin de evitar actuaciones de mala fe».

La legislación hipotecaria parte de una solución diversa a la mantenida por el Tribunal Supremo: La ejecución de la hipoteca no resuelve el arrendamiento constituido con posterioridad. Establece garantías para el acreedor hipotecario: «declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquiera otra medida que estime procedente». No se contempla, sin embargo, la resolución del arrendamiento, que haría innecesarias las medidas referidas.

Por el contrario, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 establece, en su artículo 78, que «la resolución del derecho del arrendador sobre la finca arrendada facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento».

Nos encontramos, por tanto, ante soluciones legales y jurisprudenciales diferentes, sin otra aparente justificación, para las que se inclinan por la subsistencia de la relación arrendaticia, que la defensa de unos principios proteccionistas del inquilinato que han empezado, ser rechazados por el Real Decreto-ley de 1985.

B La segunda subcuestión planteada, dentro de la correspondiente al arrendamiento de este recurso, se centra en decidir el nacimiento de los derechos de tanteo y retracto en los procedimientos ejecutivos hipotecario y judicial sumario y extrajudicial, y en caso de contestar afirmativamente el modo de cumplir las exigencias del artículo 55 de la LAU y del artículo 91 de la LAR.

Las dudas sobre la procedencia de los derechos de tanteo y retracto en los procedimientos para la efectividad de la hipoteca parecen derivar de la dificultad de encajar dichos derechos en los trámites procesales. Las declaraciones legales son, sin embargo, concluyentes: el artículo 55 de la LAU habla de «documentos de adquisición de fincas urbanas», mientras que el artículo 91 de la LAR utiliza, en su número 3, la expresión

«títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas *inter vivos*», cubriendo con ello las vacilaciones que se manifiestan para encuadrar dentro de los supuestos los casos de ventas forzosas.

La Resolución de la Dirección General confunde el problema de la resolución del arrendamiento posterior con el de la procedencia de los derechos mencionados. Nos dice que «de resolverse, en caso de ejecución de la hipoteca, los arrendamientos posteriores a su constitución, bastaría para hacer constar, a efectos del artículo 55 de la LAU, que la finca no está arrendada, que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiere expresado así por el hipotecante». No creo que tenga nada que ver una cosa con la otra. El derecho de tanteo y retracto es independiente del efecto resolutorio del arrendamiento por ejecución de la hipoteca. Y lo es porque en nada afecta a la realización del valor de la finca. Cuestión distinta es la de decidir si proceden ambos derechos, tanteo y retracto, o solamente el último de ellos. La LHMPD de 16 de diciembre de 1954 se inclina por la única procedencia del derecho de retracto al regular la ejecución de hipoteca sobre el establecimiento mercantil instalado en local arrendado, en su artículo 89. Se proporciona, además, una regulación de las notificaciones, que prevén los artículos 35 y 36 de la LAU, que establecen los derechos de tanteo y retracto del arrendador en caso de traspaso del local de negocio.

La colisión del derecho de tanteo con los derechos de los acreedores posteriores, interesados en la máxima realización de la finca hipotecada, me hace inclinarme a entender que sólo procede el derecho de retracto. El carácter imperativo y de orden público de los trámites procesales impiden que una relación inter-partes frustre la efectividad del proceso, que tiende, inexcusablemente, a satisfacer la pretensión que lo motiva.

Es cierto que no existe un trámite procesal específico dentro de los procedimientos para la averiguación del estado arrendaticio de la finca. Ello, sin embargo, no puede ser un obstáculo para el ejercicio de los derechos. Así, el acreedor ejecutante, como mediata o inmediatamente interesado en la adquisición de la finca, debe solicitar la declaración del ejecutado sobre si la finca se encuentra o no arrendada.

En el procedimiento ejecutivo hipotecario, el momento más adecuado creo que es el requerimiento al deudor para que presente los títulos de propiedad de las fincas (art. 1.489, 2.º, de la LEC). En los procedimientos judicial sumario y extrajudicial, a falta de trámite similar, entiendo que debe solicitarse la declaración sobre el estado arrendaticio en el requerimiento de pago. Si no se cumplimenta la solicitud del acreedor caben dos soluciones: o se solicita del Juez que determine el estado arrendaticio de la finca, a través de una actuación fedatada por el Secretario, o se insta por el propio rematante un acta de notoriedad que determine que la finca no se encuentra poseída por nadie, y que si lo estuviere, no lo es a título de arrendamiento. La resolución es más amplia y prevé incluso la declaración del adquirente, realizada judicialmente, notarialmente o en instancia firmada y ratificada ante el Registrador. La solución es práctica y resuelve un pequeño problema que demoraba la inscripción de escrituras de ventas judiciales y testimonios de autos de adjudicación en aras de cumplimentar los artículos 55 de la LAU y 91 de la LAR.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—EL RECURSO GUBERNATIVO PUEDE INTERPONERSE POR PERSONA QUE OSTENTE NOTORIAMENTE O ACREDITE LA REPRESENTACION DEL INTERESADO; EN ESTE CASO, EL REPRESENTANTE ES UN VOCAL DEL COLEGIO DE ARQUITECTOS DE CATALUÑA, CUYA REPRESENTACION ORGANICA NO CONSTA Y CUYA REPRESENTACION VOLUNTARIA, CONFERIDA EN ESCRITURA DE PODER, ES INSUFICIENTE, PORQUE SE LIMITA A UN DETERMINADO RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y AL OTORGAMIENTO DE PODERES A TAL EFECTO, SIN QUE PUEDA ESTA SEGUNDA PARTE (OTORGAMIENTO DE PODERES) INDEPENDIZARSE DE LA PRIMERA (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) (RESOLUCIÓN DE 26 DE ENERO DE 1988. «BOE» DE 9 DE FEBRERO DE 1988).

A) *Antecedentes de hecho.*—En la ejecución de sentencia dictada en los autos de juicio ordinario de menor cuantía ante el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona, promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, se libró exhorto al Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal para que mediante mandamiento al Registrador de la Propiedad de dicha localidad se practicara la anotación preventiva de embargo acordado sobre una finca edificable, perteneciente al demandado don Martín Pla Rovira y a su esposa, por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia.

Presentado dicho mandamiento judicial en el Registro, fue calificado con la siguiente nota:

«Suspendida la anotación preventiva de embargo que se interesa en el precedente mandamiento por observarse en el mismo los defectos subsanales siguientes:

1) No constar las circunstancias personales del demandado, conforme al artículo 51, regla novena, del Reglamento Hipotecario.

2) No constar haberse dirigido el procedimiento contra la esposa del demandado, que adquirió con él la finca referenciada con pacto de sobrevivencia y, por tanto, interesada en el «problema, ya que un día puede ser propietaria única y, por tanto, le afectarán las declaraciones interesadas de adverso sin haber sido parte en el procedimiento, y podría haber sido vencida sin ser oída», como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1972 (1), de acuerdo con los artículos 61 y 62 de la Compilación vigente del Derecho catalán. Y en su lugar, conforme a lo solicitado en la adjunta instancia, se ha tomado anotación preventiva de suspensión —de la anotación de embargo—, por término de sesenta días, en el tomo 2.295 del archivo, libro 36, de Cruilles, folio 239, finca número 1.384, anotación letra A; pero tan sólo sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado don Martín Pla Rovira, con sujeción a los efectos que pudieran derivarse del citado pacto de sobrevivencia, denegándose tal anotación sobre la restante mitad indivisa por constar inscrita a favor de doña Amalia Matés López, persona distinta del demandado, conforme a lo dispuesto en los artículos 20, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, y 140, regla primera, de su Reglamento.

La Bisbal, 17 de abril de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible.»

(1) Debe decir 23 de febrero de 1971

El Procurador don Jorge Solá Serra interpuso recurso gubernativo, en representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, contra la suspensión de la anotación preventiva de embargo de la mitad indivisa de la finca, perteneciente al demandado, considerando procedente la denegación de la anotación de la restante mitad indivisa, perteneciente a su esposa; dicha representación la ostentaba en virtud del poder general para pleitos conferido en nombre del Colegio, por don Enrique Xutglà Ruiz, en escritura otorgada ante el Notario de Gerona don Antonio Palos el día 30 de mayo de 1980, facultado para el otorgamiento en virtud de los acuerdos de dicho Colegio, que según certificación librada con fecha 27 de mayo de 1980, por el Secretario del mismo, don Miguel Donada Gaja, con el visto bueno de su Presidente, don Jorge Vilardaga Roig, son los siguientes: Primero: Que en la reunión de la Junta de Gobierno de este Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña se acordó lo siguiente: Se acuerda imponer recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Olot de 4 de febrero de 1980, por el que se concedió licencia de obras para una nave industrial sobre base de proyecto técnico suscrito por Perito industrial, y facultar al Vocal de la Junta de Gobierno del COAC y Presidente de la Delegación de Gerona, don Enrique Xutglà Ruiz, para que, en nombre y representación de este Colegio, otorgue poderes notariales para pleitos en favor de los Procuradores de los Tribunales de Barcelona y Madrid que estime oportunos. Segundo: Que celebradas elecciones para proveer cargos de la Junta de Gobierno de la Delegación de Gerona de este Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, las cuales tuvieron lugar el día 15 de mayo de 1980, el Arquitecto don Enrique Xutglà Ruiz fue elegido y proclamado para el cargo de Presidente de dicha Delegación, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de los citados Estatutos de los Colegios de Arquitectos, cargo que ejerce en el día de la fecha. Y alegó:

Primero.—En cuanto al primer motivo de la suspensión: Que los requisitos de la regla novena del artículo 51 del Reglamento Hipotecario se exigen para las inscripciones extensas, a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y no para las anotaciones preventivas; por otro lado, se puede observar que la citada regla está redactada pensando en inscripciones de transmisión de dominio, al aludir a las personas de las que proceden los bienes y a los adquirentes. Que para las anotaciones preventivas rige el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, jerárquicamente superior al Reglamento, y más concretamente, tratándose de anotaciones preventivas de embargo, el párrafo segundo del citado artículo indica cuáles son las circunstancias a cumplir, que se han cumplido plenamente en el mandamiento para la anotación de embargo, a cuyo respecto parte de la doctrina considera esta regla poco feliz, ya que concede cierta laxitud formal al asiento de anotación, que puede carecer de alguna de las circunstancias requeridas para la inscripción, si tales circunstancias no se contienen en el título generador de la anotación.

Segundo.—En cuanto al segundo motivo de la suspensión: Que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1972, que exactamente es del año 1971, no es aplicable a este caso, ya que el actor no pretendió declaraciones que afectaran a todos los propietarios de la finca, sino solamente respecto al demandado. Que no es obstáculo a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil el que exista pacto de sobrevivencia y, en consecuencia, tal pacto no debe ser

tampoco obstáculo a la anotación de embargo en el Registro sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado, aunque no se haya demandado a la esposa, la cual no es responsable de las deudas del marido, de acuerdo con el citado artículo 1.911 y el artículo 7 de la Compilación catalana al regular el régimen económico conyugal de separación de bienes, y ésta es la interpretación recogida en la Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona, de fecha 5 de abril de 1974, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 29 de diciembre de 1977.

El Registrador de la Propiedad de La Bisbal, en defensa de su nota, alegó:

Que el poder otorgado por don Enrique Xutglà Ruiz, en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña, lo fue para interponer solamente recurso contencioso-administrativo contra un acuerdo del Ayuntamiento de Olot, según se deduce de la certificación que se acompaña del citado Colegio Oficial, debiendo, en consecuencia, ser desestimado el Procurador nombrado por falta de legitimación.

Que la interpretación dada por el recurrente al artículo 72 de la Ley Hipotecaria no es la correcta, como se deduce de los artículos 73, 74 y 75 de la citada Ley.

Que la cita doctrinal transcrita por el recurrente en apoyo de su argumentación no es completa ni exacto el sentido dado, ya que la misma doctrina dice que tratándose de anotaciones de origen judicial es mayor el grado de tolerancia legal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Hipotecaria; pero en el artículo 74 de la misma Ley se evita el que los documentos que ordenen la anotación se presenten desprovistos de los más esenciales requisitos, pues al Registrador no se le puede obligar a extender asientos nulos, y si aquellos requisitos se omiten, deberá suspender o denegar, según los casos, la anotación, y los interesados subsanar la omisión mediante escrito presentado al Juzgado, al que corresponde la definitiva resolución.

Que el mandamiento ordena el embargo de la totalidad de la finca, y aun habiéndose pretendido la anotación de sólo la mitad perteneciente al marido deudor, tenía que haberse dirigido el procedimiento también contra la esposa del demandado, en virtud de pacto de sobrevivencia, según doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 1971, y, en todo caso, haberle sido notificado, como declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 29 de diciembre de 1977.

El ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gerona informó que no se pueden considerar defectos los observados por el señor Registrador, y debió de haberse practicado la anotación preventiva suspendida sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente al demandado, y en apoyo de su postura citó el artículo 72 de la Ley Hipotecaria; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 1912 y de 26 de marzo de 1909; los artículos 7, 61 y 62 de la Compilación catalana, y los artículos 1.440 y 1.911 del Código Civil.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la nota del Registrador y ordenó la anotación preventiva suspendida, en base a ra-

zones análogas a las aducidas por el recurrente, considerando suficiente y bastante el poder con el que comparece el Procurador instante del recurso.

Apelado el auto presidencial por el Registrador de la Propiedad de La Bisbal e insistiendo éste en la falta de legitimación del Procurador, así como en sus argumentos reflejados en el escrito de defensa de la nota, y después de aducir a mayor abundamiento las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero y 19 de mayo de 1917, de 24 de abril de 1918, de 5 de mayo de 1932 y de 29 de diciembre de 1977, la Dirección General acordó revocar el auto apelado y declarar inadmisibile el recurso interpuesto por falta de legitimación del recurrente, sin entrar en el fondo del asunto debatido.

B) COMENTARIO.—Aun cuando la resolución recaída sólo aborda el problema de la legitimación del Procurador recurrente, cuestión ésa que se considera previa y, por tanto, determinante de la procedencia del recurso, y única en realidad sobre la que la Dirección General acaba pronunciándose, el recurso planteado aborda cuestiones diversas que deberán ser objeto de nuestro comentario, aun a riesgo de no tener el soporte que implica un pronunciamiento sobre las mismas por parte del Centro Directivo. Tales cuestiones son, básicamente, las siguientes:

1.º Respecto del embargo de la finca adquirida con pacto de sobrevivencia:

a) Si el hecho de no haberse dirigido la demanda contra el cónyuge del demandado (y titular según el Registro de una mitad de la finca) es causa suficiente para denegar la anotación ordenada sobre dicha mitad.

b) Si el hecho de haber adquirido cada uno de los cónyuges (el demandado y su consorte) una finca con pacto de sobrevivencia implica, para poder practicarse una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de aquél, que se haya dirigido también la demanda contra su consorte, que simplemente se haya notificado al cónyuge del demandado la existencia del procedimiento o si, por el contrario, la anotación puede practicarse sin necesidad de que se demande o, en su caso, notifique el procedimiento al cónyuge del demandado.

2.º Respecto de los requisitos que debe contener el mandamiento: si el hecho de no constar en el mismo las circunstancias personales del demandado es causa para suspender la práctica de la anotación de embargo que se ordena.

3.º Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso, cuál deba ser la vinculación entre representante y representado para que aquél pueda interponer el recurso en nombre de éste.

Vcamos todas estas cuestiones:

1.º *Posibilidad de embargo de una finca adquirida por los cónyuges con pacto de sobrevivencia.*

Cualquier comentario que verse sobre la problemática que presenta la institución catalana de la compraventa con pacto de sobrevivencia suele

destacar la limitación de los estudios sobre dicha institución, regulada hoy en los artículos 61 y 62 de la Compilación (2), a pesar de la raigambre que ésta tiene en Cataluña (3).

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más vidriosos que presenta la regulación legal de la institución que nos ocupa es el que hace referencia a las cuestiones de responsabilidad que puedan afectar a la cosa comprada por deudas contraídas por uno de los cónyuges (sean éstas privativas o familiares —que también las hay en el régimen de separación de bienes—) y, por consiguiente, a las cuestiones derivadas de una posible actuación judicial contra dicho bien. Cabe, por tanto, preguntarse varias cosas: ¿Debe ordenarse el embargo sobre toda la finca o sólo sobre la porción indivisa del deudor? ¿Debe dirigirse la demanda contra el deudor solamente, contra éste notificándose el procedimiento a su consorte o, por contra, debe dirigirse contra ambos? Porque si no hay duda respecto de la prohibición que afecta a ambos cónyuges de enajenar o gravar unilate-

(2) La bibliografía es bastante extensa al respecto. Además de las obras generales de Derecho catalán, como bibliografía específica más importante puede citarse la siguiente

- CARRERA HERNANDEZ «El contrato de compraventa con pacto de sobrevivencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, págs 37 y sigs.
- CALVO SURIANO «Adquisiciones con pacto de sobrevivencia», en *Revista de Derecho Privado*, 1952, págs. 361 a 392.
- CARRIQUERO GARCÍA «Comentario a la Resolución de 29 de diciembre de 1977», en *Comentarios a las Resoluciones de la DGRN publicados en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» durante los años 1969 a 1982*, Madrid, 1987, págs 937 y sigs
- «Encuesta sobre el llamado pacto o cláusula de sobrevivencia», en *La Notaría*, 1967, págs 11 y 12, y «Resultado de una encuesta», en la misma revista, 1968, págs 1 a 10.
- LALINDE AHADIA «Regímenes comunitarios en la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, pág 347
- O'CALLAGHAN MUÑOZ «La compraventa con pacto de sobrevivencia», en *Revista Jurídica de Cataluña*, págs 155 y sigs, y «De las compras con pacto de sobrevivencia», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXVII, vol 2
- PORCIOLES COLOMER «Régim económic-familiar al Baix Urgell i Segrià», en *Conferències sobre varietats del Dret civil català*, Barcelona, 1934
- PUIG FERRIOL «Cómputo de la legítima», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1971, págs. 535 y sigs
- VALLET DE GOYTISOLO «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs 708 a 727; «Teología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia», en *La Notaría*, 1946, págs 362 a 393, y «Las compraventas con pacto de sobrevivencia en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1955, págs 291 a 314.
- VIRGILI SORRIBES «Compraventa con pacto de supervivencia cuando existe asociación de compras y mejoras entre los cónyuges compradores», en *La Notaría*, LXXX, pág 333

(3) Esta institución catalana ha sido calificada de viva y frecuente por la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de ella, básicamente en el Ampurdán, y, en general, en la provincia de Gerona, según se dedujo de una encuesta publicada en la revista *La Notaría* (cfr bibliografía publicada en la nota 1) Más recientemente, con motivo del «Simposi de Dret Civil de Catalunya», celebrado en 1985 al cumplirse el veinticinco aniversario de la Compilación (cfr los trabajos publicados por la Conselleria de Justícia, Barcelona, 1985), el Colegio de Abogados de Barcelona emitió un informe según el cual el pacto de sobrevivencia «es una de las instituciones más vivas de la Compilación», que en algunas comarcas —como Osona— «se ha convertido en una cláusula habitual de las compraventas», constatándose que se usa «especialmente por los miembros de las capas sociales con pocos recursos». En opinión de algunos letrados —según constata el informe—, dicha figura debería tener una más extensa regulación, siendo conveniente que se extendiera a la mayor parte de las comarcas de bienes familiares: así, el automóvil, las obras de arte, el domicilio de la familia, etc. Constatan, además, los abogados la necesidad de regular más exhaustivamente algunas cuestiones, como la posibilidad de embargo de los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia (tema éste objeto de la resolución que nos ocupa), así como la renuncia del pacto en vida de los otorgantes, de la misma manera que convendría clarificar la incidencia de los pactos de sobrevivencia sobre la herencia.

En el informe emitido por los Registradores de la Propiedad de Cataluña sobre dicha institución puede constatarse una vigencia nítida de este tipo de compras con pacto de sobrevivencia, por más que el 55,2 por 100 de los encuestados las considera como poco frecuentes (así se pronunciaron básicamente los Registradores con ejercicio en Barcelona, Mataró, Manresa, Cerdanyola del Vallés, Montblanc, Sant Feliu del Llobregat, Sort i Terrassa), frente a un 39,6 por 100 que las consideran frecuentes, llegando a afirmar algunos que en ciertas comarcas ésta es la manera más frecuente de adquirir los cónyuges, si bien unos y otros reconocen que se trata de una «institución viva y aceptada, de impulso generalmente notarial». El 5,2 por 100 no contestaron la pregunta y ninguno constató que tales compras fueran desconocidas.

ralmente su derecho (art. 62, 1.º), mucho más dudoso es que tal prohibición se extienda a las ventas forzosas, ya que, sin duda, no habrá querido el legislador que dicha institución implique un seguro refugio para las actuaciones en fraude de acreedores.

La compraventa con pacto de sobrevivencia es un contrato de compraventa por el cual los compradores, pagando por mitad, adquieren un bien conjuntamente, pactando que a la muerte de uno de ellos quede en propiedad exclusiva del sobreviviente (O'Callaghan). Dicha institución sólo puede darse entre cónyuges que estén casados en régimen de separación de bienes, que no hayan otorgado heredamiento a favor de los contratantes o heredamiento puro a favor de sus hijos nacedores, y ha de practicarse en el propio título de adquisición (art. 61).

Quizá nos sea imprescindible para encontrar una solución a los problemas presentados observar primero cuál sea la naturaleza jurídica de dicha institución catalana. Frente a ciertas opiniones que la configuraban como una donación *mortis causa* (SAGUER y OLIVERT), una donación entre esposos (PORCIOLES), un supuesto de sucesión contractual (LALINDE) o un pacto capitular (CALVO SORIANO), VALLET DE GOYTISOLO llegó a la conclusión de que estábamos ante un negocio inescindible y único a través del cual los compradores adquieren una *propietas at tempus* sometida a una condición de juego a la vez suspensivo y resolutorio: cada uno de los cónyuges adquiere una mitad indivisa bajo la condición resolutoria de premorir y la otra mitad pendiente de condición suspensiva de sobrevivir. La Resolución de 29 de diciembre de 1977, en el considerando segundo, alude a esta tesis, si bien cita también muchas otras, básicamente la que ve en dicho pacto una institución sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado tan sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, o las que lo conceptúan como donación, aduciendo el tratamiento que, como tal, tiene en la legislación fiscal entonces (y ahora) vigente.

O'CALLAGHAN entiende que estamos ante dos negocios jurídicos independientes que dan lugar a una comunidad, única en nuestro Derecho, con especialísimos efectos jurídicos. Para dicho autor, la naturaleza del pacto de sobrevivencia que —como negocio independiente— se adjunta al de la compraventa, es la de un negocio jurídico oneroso (puesto que las declaraciones de ambos cónyuges implican una evidente contraprestación entre sí) y aleatorio (puesto que el riesgo de morir o de sobrevivir es bilateral), que da lugar a una comunidad especial respecto del bien adquirido entre los cónyuges. Dicha comunidad la califica de germánica en mano común (*zur gesamnte Hand*), puesto que, sin perjuicio de que el bien se adquiere por mitades («por cuotas iguales» —dice el art. 61—), en realidad dicha cuota no se corresponde exactamente a la romana, ya que más que una cuota propiamente dicha, lo que cada cónyuge adquiere es una participación igual en la propiedad. Cierto es que a pesar de la terminología ordinariamente empleada en el pacto (la más común es la que se refiere a la adquisición «por mitades indivisas y para el sobreviviente de los dos a solas»), lo cierto es que ninguno de los cónyuges puede por sí solo y por separado disponer del bien (art. 62, 1), ni de su cuota (art. 62, 2), ni pedir la división (art. 62, 3), ni renunciar a los derechos (párrafo final), sino, en todo caso, conjuntamente, en mano común, los dos cónyuges.

A partir de ahí parece claro que al fallecimiento de uno de los cónyuges su propiedad no se transmite en realidad al otro, sino que —como apunta O'CALLAGHAN—, «por razón del pacto de sobrevivencia, la titularidad com-

partida del derecho de propiedad se convierte en titularidad exclusiva». El cónyuge sobreviviente simplemente amplía su titularidad —hasta entonces compartida— para hacerla exclusiva.

Un solo problema —aunque grave— parece afectar a esta tesis: el derivado del último párrafo del artículo 61, que afecta los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia a la herencia del premuerto para el pago de las legítimas. En efecto, la tesis sostenida por VALLET señalando que la parte del precio pagada por el cónyuge premuerto había de ser tomada en cuenta para computar la legítima que afectara a su herencia, fue recogida por el texto de la Compilación al objeto de que dicho pacto no burlase el juego de la Ley *Hac edictali* o que se perjudicaran los derechos legitimarios de los hijos (CONDOMINES I FAUS). A pesar de ello, la doctrina actual se muestra muy en contra de esa decisión del legislador de afectar tales bienes al pago de legítimas. Así, PUIG FERRIOL ha señalado que la decisión de computar la adquisición del premuerto en su herencia para los efectos del cálculo de legítima no constituye acierto alguno. Para el citado profesor catalán, tal afectación ha desnaturalizado una institución que —ligada indisolublemente al sistema de separación de bienes— «debía de configurarse como un beneficio vidual derivado de la organización económica de la familia catalana», adquisición que «no debe asimilarse sin más a las donaciones porque en aquellas adquisiciones no aparece clara la causa gratuita», y según el artículo 129, 1, de la Compilación, sólo han de computarse para el cálculo en la legítima las donaciones otorgadas por el causante. Y concluye indicando PUIG FERRIOL que «el designio tan claramente expresado en el artículo 61, 1, de mitigar con este pacto las consecuencias del régimen de separación de bienes debería ser argumento suficiente para excluir la participación del premuerto de toda computación de su herencia para el cálculo de la legítima, puesto que tal participación en ningún momento llega a formar parte del *relictum* si por el solo hecho de abrirse la sucesión tal participación la adquiere automáticamente el sobreviviente; ni, por otra parte, existe base alguna para sostener que haya de agregarse al *relictum* como si se tratara de una donación, pues lo que habría, en todo caso, es una adquisición derivada del régimen económico conyugal de separación de bienes o un beneficio proveniente de un contrato aleatorio en el que ambas partes habían corrido parecido riesgo y por ello con una causa asimilada a la onerosa».

A pesar de tales opiniones —suficientes para mantener la vigencia de la tesis antes defendida respecto de la naturaleza jurídica de la institución, lo cierto es que de *lege data*, el párrafo final del artículo 61 es claro y hay que afectar los bienes a la legítima como formando parte del *donatum*, ya que —aun cuando ello repugna jurídicamente— a estos efectos debe conceptuarse como donación. Donación que, en su caso, podrá reducirse por inoficiosa (4).

Pues bien, aun aceptando que los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia quedan afectados al pago de las legítimas, entendemos que tales bienes se adquieren por ambos cónyuges en el momento de la com-

(4) Una de las cuestiones que se proponían en la encuesta a los Registradores catalanes era la de si en la práctica registral se afectaba o no a los derechos legitimarios del cónyuge viudo la mitad del bien adquirido como consecuencia del pacto de sobrevivencia. El 36 por 100 de los encuestados consideró que sí debía afectarse registralmente la adquisición de la indicada mitad indivisa a los derechos legitimarios de los hijos, pero un 19 por 100 entendió que ello no era procedente, ya que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria se refiere tan sólo a los bienes hereditarios, y estos bienes adquiridos por pacto no lo son, sino que deben considerarse como parte del *donatum*. Un 19 por 100 no contestó a la pregunta formulada.

pravaenta seguida de la tradición, real o ficticia, del bien, determinando tan sólo el pacto una comunidad especial entre ellos que debe configurarse como germánica, puesto que si bien se habla de cuotas (y en la práctica se inscribe «por mitades indivisas»), la cláusula del pacto («... y para el sobreviviente de los dos a solas» u otra parecida) desnaturaliza lo que podría ser una comunidad romana, ya que no hay en realidad una adquisición posterior de la otra mitad por el sobreviviente, sino una simple ampliación de su utularidad anterior y, además, cada uno de los cónyuges en vida del otro estará desprovisto de todo lo que configura el núcleo de facultades inherentes a la copropiedad romana: en efecto, no podrá ejercitar la *actio communi dividundo*, ni tendrá tampoco la facultad de disponer libremente de su propia mitad, ni tan sólo de renunciar al pacto (5).

Así las cosas, cabe abordar ya las dos cuestiones que afectan a la problemática suscitada (y no resuelta) en el recurso acerca de las resoluciones judiciales que ordenen la anotación preventiva de embargo sobre un bien adquirido con pacto de sobrevivencia, y básicamente las dos siguientes:

1.ª Si el hecho de no haberse dirigido la demanda contra el cónyuge del demandado (y titular según el registro de una mitad de la finca adquirida con dicho pacto) es causa suficiente para denegar la anotación ordenada sobre dicha mitad.

2.ª Si el hecho de haber adquirido cada uno de los cónyuges (el demandado y su consorte) una finca con pacto de sobrevivencia implica, para poder practicar una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de aquél, que se haya dirigido la demanda contra su consorte, que simplemente se le haya notificado la existencia del procedimiento, o si, por el contrario, la anotación puede practicarse sin necesidad de que se demande ni, en su caso, notifique el procedimiento al cónyuge del demandado.

La respuesta a la primera cuestión parece no ofrecer duda alguna. El principio de tracto sucesivo, recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ordena, en efecto, a los Registradores, con carácter general, denegar la inscripción de aquellos títulos en los que resulte inscrito el derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, y en el mismo sentido se muestra el artículo 38 de la Ley, al recoger uno de los aspectos del principio de legitimación en sus dos primeros apartados y establecer en el tercero el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio sobre aquellos bienes que consten inscritos a favor de persona distinta de la que se decretó el embargo, salvo que se hubiere dirigido la acción contra ella en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro, concretando el artículo 140, 1, del Reglamento Hipotecario la actuación denegatoria o suspensiva del Registrador en el supuesto

(5) La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971, tratando este problema dejó claro que «los bienes así adquiridos no pueden ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos cónyuges y ninguno de ellos podrá transmitir a tercera persona su derecho sobre la cosa comprada y deberá mantener necesariamente la indivisión de lo adquirido, aparte lo establecido en el párrafo final de dicho artículo 62 sobre la renuncia». Concreta dicho párrafo final que la renuncia a los derechos que sobre la cosa comprada puedan corresponder al sobreviviente sólo será eficaz si hubiera sido convenida por ambos cónyuges recíprocamente o cuando, premuerto uno de ellos, renuncie el que sobrevive.

concreto de que el asiento solicitado sea una anotación preventiva de embargo.

Dicha doctrina, reiteradamente expuesta por la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., entre otras, las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981), no ofrece dudas y así fue entendido por el recurrente en el caso que nos ocupa, el cual, en la interposición del recurso gubernativo, consideró procedente la denegación de la anotación sobre la mitad indivisa perteneciente a la esposa del demandado, denegación que sería procedente tanto si consideráramos que el cónyuge del demandado carece de derecho alguno sobre la mitad de su consorte en vida de éste (postura extrema que no creemos defienda nadie), como en el caso más radicalmente contrario (el que ve en la compraventa con pacto de sobrevivencia una dualidad de negocios que configuran una comunidad germánica o en mano común), ya que siendo cada cónyuge, en este caso, cotitular de una participación igual a la de su consorte (*quotenteilung*), ésta no puede serle embargada sin que el procedimiento se dirija también contra él.

Pero el problema surge cuando se trata de dilucidar si la cuota del cónyuge deudor puede ser embargada sin dirigir el procedimiento también contra su consorte, titular de la otra mitad de la finca.

Parece claro que dada la especial naturaleza de comunidad que, desde el momento de la adquisición del bien, se produce entre ambos cónyuges, prescindir en absoluto del no deudor y, por tanto, no demandarle o no notificarle, como mínimo, la existencia del procedimiento produciría una indefensión que no puede aceptarse, máxime cuando adjudicada la finca a un tercero, el pacto va a desaparecer y, por tanto, la expectativa de adquirir (o consumir la adquisición de) la otra mitad de la finca.

En la Resolución de 29 de diciembre de 1977, la Dirección, dando por supuesto el silencio de la Compilación y la insuficiencia de la doctrina y la jurisprudencia para enfocar el caso, y dando también por supuesto que la Compilación no ha podido querer sustraer las fincas compradas con pacto de sobrevivencia a la acción de los acreedores impagados, encontró una solución adecuada en la dada por la jurisprudencia registral al supuesto de la ejecución de los bienes gananciales, considerando que en estos supuestos «se produce una situación paralela a la existente en la sociedad de gananciales, en donde tal cuestión suscitó numerosas polémicas, dio lugar a una copiosa jurisprudencia, que terminó por aclarar que el artículo 1.413 del Código Civil se refería sólo a las enajenaciones voluntarias, y que en las forzosas como consecuencia de obligaciones contraídas por el cónyuge administrador en uso de sus facultades legales, bastaba la notificación del procedimiento al otro en base a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, solución que es la más adecuada, y que tiene todavía un mayor fundamento si cabe en esta institución típicamente catalana, dado el carácter privativo de los bienes adquiridos, en el que cada titular tiene el disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios» (6).

Es evidente, pues, que no puede despreciarse en modo alguno la tesis

(6) En la encuesta a que nos hemos referido, se preguntaba a los Registradores catalanes si se admitía y de qué manera el embargo de la mitad de la finca adquirida con pacto de sobrevivencia por deudas de un solo consorte. La cuestión es, por lo visto, difícil porque un 25 por 100 de los encuestados deja de responderla, y frente a un 5,9 por 100 que manifestaban oponerse a la práctica de tales anotaciones, el 67,2 por 100 declaran practicarlas afirmando que, como norma general, exigen, de acuerdo con la jurisprudencia, la notificación del procedimiento al otro consorte.

de que el pacto no sustrae los bienes así adquiridos a la acción de los acreedores y que, por tanto. 1.º La mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de sobrevivencia entre esposos puede ser objeto de embargo y, en su caso, de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario. 2.º Que, caso de consumarse la adquisición, se extingue el pacto de sobrevivencia, como establece la Resolución de 29 de diciembre de 1977.

Pero ello no es todo. Una resolución mucho más antigua, la de 24 de diciembre de 1918, versó sobre un caso de interés para el tema que nos ocupa. Dos cónyuges compraron entonces una casa en Figueras por mitad y *pro indiviso* entre ellos y para el sobreviviente de los dos por entero. El marido había sido anteriormente declarado insolvente a efecto de las responsabilidades pecuniarias dimanantes de un procedimiento penal en el que resultó procesado. Llegada la compra a conocimiento de la Audiencia de Gerona, ésta remitió al Juzgado de Instrucción de Figueras, ramo de responsabilidades pecuniarias dimanantes de aquel procedimiento, para que trabase embargo sobre «todos los derechos que tuviese sobre la finca comprada» el procesado, más tarde marido comprador. El Registrador denegó la anotación del embargo porque estando inscrita la finca a nombre del embargado y de su mujer con la condición de que pertenezca totalmente y, en definitiva, al sobreviviente, no puede, hasta la muerte de cualquiera de ellos, afirmarse a cuál de los dos pertenece ni por mitad ni por entero.

La Dirección, en tres Considerandos, resolvió entonces en favor de la práctica de la anotación solicitada sobre la mitad indivisa perteneciente al marido en la actualidad, «aunque sujeta a la condición resolutoria resultante del pacto y sobre la mitad correspondiente a su mujer en cuanto la misma condición funciona como suspensiva a favor del ejecutado», porque los derechos pertenecientes al marido sobre ambas mitades de la finca, cualquiera que sean las limitaciones y ampliaciones producidas por la existencia de la condición resolutoria, forman parte del patrimonio del ejecutado y están afectas al pago de sus obligaciones particulares, pudiendo en consecuencia embargarse.

Dicha Resolución deja clara, pues, no sólo la posibilidad de trabar embargo sobre la mitad indivisa del cónyuge deudor, sino también la manera de configurarse éste. Pero nos queda sin resolver si la demanda debe dirigirse contra ambos cónyuges (aun cuando lo que se pretende sea embargar la mitad indivisa de la mitad de la finca perteneciente al demandado).

TIRSO CARRETERO criticó ya con dureza la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado que justificaba la práctica de la anotación cuando se hubiese notificado el procedimiento al cónyuge del demandado por cuanto daba la sensación de sentar una doctrina unitaria y general aplicable a todos los supuestos de ejecución judicial contra bienes comprados por cónyuges catalanes conjuntamente y con pacto de sobrevivencia. Y es que, en efecto, las deudas pueden implicar situaciones muy diversas: «Unas veces —decía TIRSO CARRETERO— el acreedor será anterior a la compra y otras posterior, unas veces reclamará deudas familiares o conyugales, que también existen en el régimen de separación, otras privativas; unas veces puede interesarle ocasionar la ruptura del pacto de sobrevivencia para ejecutar la mitad indivisa ordinaria o incondicionada, y otras, dadas las circunstancias de edad o salud de los cón-

yuges, puede encontrar más beneficioso el embargo y ejecución de los derechos condicionales del cónyuge deudor, probable supérstite».

Hemos visto, en efecto, que sería absurdo pretender que, amparándose en el pacto, se burlaran derechos de acreedores, pero podría muy bien darse la situación contraria, a saber, la del cónyuge que, fraudulentamente, quiere resolver el pacto y, confabulándose con un tercero, se allana a una demanda efectuada por éste en base a una deuda en realidad inexistente. Y es que, como señalara ya TIRSO CARRETERO, el cónyuge beneficiario del derecho de acrecer por sobrevivencia, acaso no deba ser de peor condición que la otorgada al hereditario frente a los actos de disposición del heredante en fraude del heredamiento conforme al último apartado del artículo 75 de la Compilación, y no es seguro que la notificación del embargo sea solución oportuna y no ya demasiado tardía.

Creemos, por ello, que la solución adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 29 de diciembre de 1977 no puede generalizarse como definitiva, ya que el pacto de sobrevivencia representa muy posiblemente uno de los claros supuestos de litis consorcio pasivo necesario entre los dos cónyuges. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971 (invocada por el Registrador en el Dictamen emitido en defensa de su nota) nos parece decisiva al respecto. Dicha sentencia versó sobre un caso de demanda contra dos hermanos entablada por otro en petición de rendición de cuentas de un negocio y de rentas de un piso. Uno de los hermanos demandados lo era como titular de una mitad del piso y del negocio, pero dándose además la circunstancia de que el mismo había adquirido por compra con pacto de sobrevivencia con su esposa la totalidad del inmueble en el que estaba el negocio y el piso. El Juzgado estimó excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda; la Audiencia revocó la Sentencia de Primera Instancia, estimando en parte la demanda; pero el Tribunal Supremo advirtió la infracción de litis consorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la esposa, que un día puede llegar a ser propietaria única, afirmando que los artículos 61 y 62 de la Compilación deben tener una más rigurosa defensa procesal en favor de la mujer que dentro del Derecho común, cual se deduce del segundo de ellos, que está indicando la necesidad de una defensa autónoma en el proceso por parte de los cónyuges.

Por ello concluimos, con O'CALLAGHAN, que «la comunidad germana que ambos cónyuges tienen sobre el bien, en virtud de la cual han de actuar jurídicamente en común, hace necesario que un proceso que a ella se refiere (es decir, a la comunidad al bien, o a efectos jurídicos de uno y otro) debe tener como partes a ambos cónyuges, y si bien en casos de comunidad (incluso la de coherederos que también se considera germana) el Tribunal Supremo admite que uno solo de los comuneros ejercite acciones favorables a la comunidad, lo cual se refiere al litis consorcio activo, en cuanto a la parte demandada (litis consorcio pasivo) es absolutamente necesario que toda acción dirigida contra la comunidad, sobre el bien adquirido por compraventa con pacto de sobrevivencia o sobre alguno de los aspectos jurídicos de la misma, sea formulada contra todos los miembros de la comunidad, es decir, contra los dos cónyuges, pues cualquier resolución que recayera en el proceso afectaría a ambos por la naturaleza de dicha comunidad, y no cabe pensar

en esta comunidad germana en una resolución que afectara a uno sin alcanzar al otro de los cónyuges» (7).

2.ª Requisitos que debe contener el mandamiento: ¿Cabe suspender la práctica del asiento de anotación preventiva de embargo por no constar en el mandamiento las circunstancias personales del demandado?

El artículo 30 de la Ley Hipotecaria declara nulas las inscripciones de los títulos inscribibles si en ellas se omite o se expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9, sin perjuicio de lo establecido en la Ley sobre la rectificación de errores. Y el artículo 51, 9.º, del Reglamento Hipotecario exige hacer constar en la inscripción la persona «de quien procedan los bienes y derechos que se inscriban», especificando «su nombre y apellidos, estado civil y lugar de que sea vecino, así como su mayoría de edad o el número de años, si no hubiera alcanzado aquélla». Ello con carácter obligatorio, puesto que el mentado artículo 51, 9.º, añade que «también se hará constar la profesión, domicilio y número del documento nacional de identidad, si constaren del título », artículo que debe su redacción actual a la reforma efectuada mediante el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, el cual —cuando menos en el artículo que nos ocupa— ha venido a reforzar los «detalles personales» que las inscripciones deben contener. Ocorre no obstante que el artículo 72 de la Ley Hipotecaria, después de exigir que las anotaciones preventivas contengan las circunstancias que se exigen para las inscripciones, añade que ello será «en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados», lo que parece dar cierta laxitud formal al asiento de anotación, laxitud que corroboran algunas Resoluciones: así la de 26 de marzo de 1909, según la cual «no constituye defecto hipotecario la falta de expresión de la vecindad de las personas a quienes haya de afectar la anotación»; o la de 8 de enero de 1912, en la que se declara anotable un mandamiento de embargo por débitos de contribuciones, aunque no se exprese en aquél el estado civil del deudor. La Resolución de 28 de marzo de 1969, en cuyo considerando sexto se aduce precisamente esta flexibilidad que comentamos, concluye que carece de trascendencia la no constancia de la profesión del demandado en el mandamiento, así como tampoco de su estado civil, que ya aparecían en los libros registrales, tesis que sustenta igualmente la de 13 de julio de 1971, por más que en el supuesto considerado por esta última advierte la Dirección General que la demanda se había dirigido contra la única persona legitimada para ser demandado, lo que atenúa considerablemente el alcance de la tesis de la flexibilidad y el objetivo que, con la constancia de las circunstancias personales, persiguen la Ley y el Reglamento Hipotecarios.

Aún así, es dudoso que el Registrador no pueda suspender la práctica de la anotación por defecto subsanable cuando a su juicio no consten en el mandamiento las circunstancias personales que permitan identificar al demandado, e incluso aquellas otras que, aun cuando no sean esenciales para su identificación, coadyuvan a perfilar la identidad de su persona y que puedan ser de utilidad en algún momento. Y ello por varias razones: 1.ª) Porque la última reforma del Reglamento Hipotecario ha tendido a reforzar —como ya se ha dicho— el conjunto de

circunstancias que, respecto de la persona del titular del derecho inscrito, han de hacerse constar en el asiento correspondiente. Y 2.º) Por cuanto, si bien es cierto que para las anotaciones de tipo judicial, el grado de tolerancia legal es mayor, no puede obligarse al Registrador a extender asientos sobre los que pueda pender un posible vicio de nulidad y el artículo 75 de la Ley deja claro que la anotación preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca, del derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de éste», arbitrándose en el artículo 74 un procedimiento sencillo para que se consignen las circunstancias esenciales para provocar la validez de la anotación cuando éstas no estén recogidas en el título destinado a provocarla. Corresponde, pues, al Registrador, en el ejercicio de su función calificadora, señalar si el mandamiento contiene o no todas las circunstancias personales necesarias para la futura validez del asiento (que son, en principio, las del artículo 9 de la Ley y del artículo 51, 9.º, del Reglamento Hipotecario), debiendo suspender la práctica del mismo para su subsanación cuando falten algunas de ellas, si se consideran esenciales para la identificación del demandado, subsanación que es lo suficientemente sencilla como para poderse practicar dentro de la vigencia del asiento de presentación sin que el título presentado pierda su rango registral.

3.ª *Requisitos de legitimación para interponer el recurso gubernativo: ¿Basta para legitimar la actuación del representante la existencia de un poder otorgado para la interposición de otro recurso (en este caso un recurso contencioso-administrativo) que nada tiene que ver con el asunto que ha provocado posteriormente la decisión de recurrir gubernativamente contra la calificación del Registrador?*

La última cuestión que debe señalarse en el comentario a esta Resolución, y única en realidad abordada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, es la que afecta a la legitimación activa para interponer el recurso gubernativo, cuestión esta que, al ser previa a todas las demás, impide entrar en el fondo del asunto (art. 119 RH). La Resolución comentada alude al artículo 112 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual el recurso gubernativo puede ser interpuesto, además de por el Fiscal y el Notario en los casos respectivos, por la persona individual o jurídica interesada en el asiento, si bien cuando se actúa a través de representante es preciso que éste ostente notoriamente o acredite «en forma auténtica la representación legal o voluntaria» para este objeto. Tratándose de Corporaciones públicas, el recurso debe ser interpuesto por sus correspondientes órganos o representantes, que deberán, en este último caso, tener poder especial al efecto.

En el caso que provocó el recurso que comentamos, el Procurador recurrente actuaba con poderes otorgados por el Vocal de la Junta de Gobierno del COAC y Presidente de la Delegación de Gerona que, a su vez, los había otorgado como consecuencia de haber acordado la Junta del COAC interponer un recurso contencioso-administrativo contra una determinada licencia municipal que nada tenía que ver con el asunto que, posteriormente, provocó el recurso gubernativo. Ciertamente es que en el citado poder se comprendía la facultad de interponer, en su caso, recursos gu-

bernativos, pero la Dirección General ha apreciado con acierto que dicho poder se había otorgado para un caso concreto (la interposición del recurso contencioso-administrativo) y, por tanto, en este caso la representación voluntaria que acreditaba el Procurador recurrente no era suficiente en modo alguno, ya que se limitaba a un determinado recurso contencioso-administrativo y al otorgamiento de poderes a tal efecto, sin que pueda esta segunda parte (otorgamiento de poderes) independizarse de la primera (recurso contencioso-administrativo)

JOSÉ MARÍA QUINTANA

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

REQUISITOS PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Constituye doctrina reiterada por esta Sala: A) Que el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados. B) La interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho. C) El plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*. D) La maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de ardis, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal eficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial, y ha de resultar de hechos ajenos al pleito, pero no de los alegados y discutidos en él.

J. Q. S.

REQUISITOS PARA APLICAR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS LA CONSTITUCION NO DEROGO EL ARTICULO 20 DE LA ANTERIOR COMPILACION DE CATALUÑA (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia—En orden al alcance de la doctrina de los actos propios, tiene declarado esta Sala que los actos propios contra los que no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla; y que los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos. En el supuesto que nos ocupa, no puede entenderse que el actor, al demandar a su esposa solicitando que se declare judicialmente nula la donación de un yate, vaya contra sus propios actos, representados por la afirmación hecha en un juicio celebrado en la Magistratura de Trabajo, de que el yate pertenecía a su esposa, ya que este último acto, realizado con el indudable propósito de hacer fracasar una reclamación laboral formulada por un empleado que atendía el yate en cuestión, y sin que proceda aquí subrayar el juicio de valor que tal conducta pudiera merecer desde el punto de vista ético, es indudable que ni tenía como finalidad crear, modificar o extinguir los derechos dominicales del actor sobre el repetido yate, ni tampoco, al no dirigirse contra la hoy recurrida, sino contra una tercera persona, causaba estado ni definía inalterablemente una situación jurídica que no podía ser alterada unilateralmente por el autor.

Si bien es cierto que la disposición derogatoria de la Constitución, en su párrafo 3.º, deja sin valor legal alguno cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma, así como también lo es que la Ley 13/1984, de 20 de marzo, de la Generalidad de Cataluña, publicó una nueva Compilación de Derecho Civil, en la que se modifica el contenido del artículo 20 de la anterior, también lo es que no puede entenderse en modo alguno que el contenido del mismo en su anterior redacción, y menos aún en cuanto admite la posibilidad, en ciertos supuestos, de las donaciones entre cónyuges, así como la validez de la revocación de las donaciones, respetando con ello el principio de la autonomía de la voluntad, e impidiendo la posibilidad de discriminación por razón del matrimonio de los actos jurídicos de los esposos, pueda resultar contraria a ninguno de los preceptos de la Constitución, por lo que no puede concluirse su derogación por la Carta Constitucional.

J. Q. S.

LA OPCION NO TIENE NATURALEZA REAL, SINO PERSONAL (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—El derecho de opción ha sido definido como un contrato en el que una de las partes atribuye a otra un derecho que le permite decidir, dentro del término preestablecido y unilateralmente, la celebración de determinado contrato.

En esta línea, la jurisprudencia más constante y acorde ha venido entendiendo la opción de compra como un contrato en virtud del cual una persona se compromete a vender a otra, bien para sí o para un tercero, una determinada cosa, siendo, en realidad, el optatario el que queda unilateralmente vinculado hasta tanto decida el optante (Sentencia de 23 de marzo de 1945, 10 de junio de 1946, entre otras).

Con estos precedentes, y a la vista del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, la naturaleza predicable de esta figura jurídica es la de un contrato y no la de un derecho real, tratándose, en puridad de doctrina, de un derecho personal que puede tener efectos frente a tercero mediante la inscripción, pero sin que esta inscripción tenga la virtud de tramsutar la naturaleza de los derechos, convirtiendo a los personales en reales, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ello lo suministra el propio artículo 14 citado, pues si fuera un derecho real sería inscribible sin necesidad de requisitos complementarios.

CONGRUENCIA: EL JUZGADOR NO PUEDE ALTERAR LA CAUSA DE PEDIR (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala la de que las sentencias, por respeto a los principios de rogación, audiencia y contradicción imperantes en el ordenamiento jurídico procesal, han de ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, sin que sea lícito al juzgador el modificarlas, alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se contravendría la doctrina establecida por los principios generales del derecho *quod non est in actis non est in mundo* y *sententia debet esse conformis libello*, pudiendo quedar uno o varios de los litigantes sin la posibilidad de debatir esos problemas, con la indefensión que eso llevaría consigo, carciendo en consecuencia el órgano judicial de facultades para proceder a acoger pretensiones que las partes no han sometido adecuadamente y en el momento procesal oportuno a su discusión.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: NO PUEDE APRECIARSE EN ELLA LA SITUACION DE LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Es sobradamente conocida la doctrina jurisprudencial que viene predicando la tesis acerca de que el actor, para

el logro de sus pretensiones, no puede elegir libremente a los demandados, sino que deberá dirigir su acción frente a todos los que tengan un evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan resultar afectados por la decisión jurisdiccional que se pronuncie, porque de otra forma quedaría mal constituida la relación jurídica procesal y procederá, incluso de oficio, estimar la falta de litis consorcio pasivo necesario, al no ser lícito a los Tribunales hacer declaraciones sobre negocios que se contrajeron por quienes están ausentes del procedimiento, a pesar de que a ellos puedan extenderse los efectos de la cosa juzgada, que de prosperar podrían ser mermados los derechos que previamente habían adquirido.

Pero esta doctrina encuentra una notable excepción en los supuestos de culpa extracontractual, de una parte por la especial naturaleza de la coautoría (seguramente una de las más debatidas en el ámbito jurídico), y por el principio de conservación de los actos procesales, toda vez que es doctrina jurisprudencial matizando la anterior generalizada, la que viene entendiendo que la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por el acto ilícito culposo, con pluralidad de sujetos activos y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según ha previsto el artículo 1.144 del Código Civil, descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litis consorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual.

La más progresiva y actual doctrina jurisprudencial reconduce la responsabilidad por los cauces de una objetivación de la obligación nacida de acto ilícito, con fundamento último en la responsabilidad por riesgo y que no admite más prueba que la ruptura o inexistencia del nexo causal.

LOS EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES NO ABARCAN A LOS DATOS FÍSICOS DE LAS FINCAS (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La determinación de los linderos de las fincas se hace usualmente por el nombre del propietario de las colindantes, pero sin que ello establezca circunstancias físicas concretas y sólo sirven en suma para la identificación (arts. 9, circunstancia 1, LH, y 51 RH). Como recuerda la Sentencia de esta Sala de 24 de Julio de 1987, los efectos de las inscripciones no alcanzan a los datos físicos de las fincas y operan tan sólo en cuanto atañe a los derechos que en ellas se consignan, asegurando la existencia y contenido de los derechos reales inscritos, pero sin garantizar la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.

HAY FALTA DE ENTREGA, Y NO ENTREGA CON VICIOS OCULTOS, CUANDO SE PRODUCE LA TOTAL INSATISFACCION DEL COMPRADOR (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1987).

Hechos.—Inmobiliaria Urbis reclama la resolución de la venta de un piso por falta de pago del precio. El comprador alega que el piso tiene humedades y otros defectos de construcción.

No prosperó la demanda de la inmobiliaria.

Doctrina de la Sentencia.—Se estará en la hipótesis de falta de entrega o entrega de cosa distinta y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada, cuyo evento permite acudir a la protección de los artículos 1.101, 1.108 y 1.124 del Código Civil, que dispensan al perjudicado por el incumplimiento, lo que no puede ser confundido con el de la prestación defectuosa, y por ello esa excepción a la que se acoge el comprador *exceptio non rite adimpleti contractus* sólo prescribe a los quince años, y, por consiguiente, no está sujeta al plazo de caducidad establecido en el artículo 1.490 del mismo Cuerpo legal (Sentencias de 25 de abril de 1973 y 22 de octubre de 1984) y no se olvide que conforme a esa misma doctrina no cabe separar ni aislar en su eficacia jurídica los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, puesto que no se eluden entre sí, sino que se complementan cuando se trata de venta de bienes inmuebles, por lo que apreciando que la vendedora que hizo el requerimiento notarial no había cumplido por su parte la obligación a que venía constreñida, cual era la de entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad racionalmente confortables, el comprador venía legitimado para suspender el cumplimiento de la suya de pago, a pesar de instrumentarse por la contraparte la facultad que le viene reconocida en el artículo 1.504 del mismo texto legal.

EL CONCEPTO DE RUINA SE EXTIENDE A LOS DEFECTOS QUE EXCEDEN DE LAS IMPERFECCIONES CORRIENTES (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—El concepto de ruina a los fines de aplicación de la responsabilidad decenal prevista en el artículo 1.591 del Código, no es tan absoluto que lleve implícito en su planteamiento la debilidad o inconsistencia del inmueble, pues viene siendo doctrina constante de esta Sala, en su propósito de perfilar el concepto de ruina, abundar en la idea de no identificarle con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad a la que está destinado, así como aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio.

La circunstancia de que el Tribunal concediese una indemnización por defecto estético debe enjuiciarse desde la doble perspectiva de ser sustitutiva ante la imposibilidad de reparación del defecto y de ser calificado éste como constructivo, y en cuanto tal encuadrado entre los restantes apreciados, sin que su característica antiestética permita desvincularse de su naturaleza de verdadero defecto de la construcción. Lo que antecede lleva a concluir que la pretensión dirigida a obtener la reparación o subsanación de los vicios y defectos en la construcción, dentro del marco de la responsabilidad instituida en el artículo 1.591 del Código, no deviene incompatible con el resultado de una indemnización sustitutoria

para aquéllos de difícil o imposible recomposición, ni exige el ejercicio de otra acción distinta y derivada del incumplimiento contractual.

EXISTE SUMISION TACITA A UN TRIBUNAL POR EL MERO HECHO DE PEDIR PRORROGA PARA CONTESTAR LA DEMANDA (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Sabido es que las normas sobre competencia, por ser de orden público, no admiten interpretaciones extensivas (Sentencia de 19 de mayo de 1941) y que, para la determinación de la competencia territorial, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil establece una dicotomía entre los fueros llamados legales y aquellos otros que denomina convencionales. Entre los segundos, la Ley regula, a su vez, dos distintos supuestos: uno, en que los litigantes se someten expresamente a un Juzgado o Tribunal (art. 57), y otro en que, atendiendo a determinados hechos procesales de indudable trascendencia, la ley los valora como constitutivos de supuestos de sumisión tácita, como ocurre para el demandado por el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria.

No puede estimarse la competencia propuesta por inhibitoria o declinatoria cuando el litigante se hubiere sometido previamente al Tribunal expresa o tácitamente, habiendo entendido la doctrina jurisprudencial que existe gestión por parte del litigante por el mero hecho de solicitar prórroga para contestar a la demanda.

LA IRREVOCABILIDAD DEL MANDATO DEVIENE CUANDO AQUEL RESPONDE A EXIGENCIAS DEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1987).

Doctrina de la Sala.—Según se deduce de la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 22 de mayo de 1942, 1 de diciembre de 1944 y 20 de abril de 1981), la irrevocabilidad del mandato deviene, no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral, en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza, o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente, bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados.

LA POSESION DEL ESTADO DE FILIACION ES UNA CUESTION DE HECHO (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Doctrina de la Sentencia.—La posesión de estado es una cuestión de hecho (Sentencias de 22 de marzo de 1919, 7 de noviembre de 1961 y 22 de mayo de 1969, entre otras) de libre apreciación del Tribunal de Instancia y que se basa, cuando la situación registral la contradice, en el tratamiento entre hijo y padres, manutención y notoriedad, tal como exige el artículo 270 del Código Civil italiano de 1942 y la Ley francesa de 16 de noviembre de 1912 y se refleja en nuestra jurisprudencia civil que, según las circunstancias de cada caso y las concretas posibilidades de exteriorización, se fijan en los mismos datos (Sentencias de 26 de junio de 1903, 3 de julio de 1945, 29 de noviembre de 1958 y 19 de noviembre de 1985, entre otras).

EL PRECEPTO CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE LA IGUALDAD DE TODOS LOS HIJOS NO SE APLICA A LAS SITUACIONES YA CONSUMADAS (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—El principio de igualdad ante la Ley sin discriminación por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de la Constitución, rige desde la entrada en vigor de la misma el 29 de diciembre de 1978, y, por tanto, los preceptos del Código Civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la disposición derogatoria tercera, y el carácter de Ley posterior de la Constitución da lugar a la derogación de las leyes y disposiciones opuestas a la misma, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, es decir, la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida afecta a la norma común y, por tanto, en lo sucesivo no puede desplegar su virtualidad respecto a los efectos posteriores de situaciones jurídicas en ella contempladas, pero en modo alguno destruye los efectos ya consumados o agotados cuando estaba en vigor, pues ello, por una parte, sería proclamar una retroactividad absoluta de la Constitución que su texto no contiene, quebrantando el principio de seguridad jurídica que también es un valor constitucional, y, por otra parte, produciría una verdadera revolución jurídica respecto a situaciones ya superadas, creando el problema de los límites de tal retroactividad destructora de situaciones consolidadas.

En el caso de litis, falleció el testador el 23 de abril de 1972 bajo un determinado testamento, por lo que es manifiesto que los derechos a su sucesión se transmitieron desde el mismo momento de su muerte y que los herederos testamentarios sucedieron al difunto desde dicho momento en todos sus derechos y obligaciones, consolidando y agotando una relación jurídica que la Constitución no puede modificar al proscribir la discriminación de los hijos por razón de nacimiento, pues la desaparición con la Constitución de dicha discriminación no implica que los actores, antes hijos ilegítimos no naturales del causante, fueran hered-

ros forzosos cuando se abrió la sucesión en 1972 y cuando se consolidaron los derechos a la herencia de los entonces herederos.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD NO RESPONDE DE LA EXACTITUD DE LOS DATOS Y CIRCUNSTANCIAS DE PURO HECHO (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—El Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente, ya que reposa sobre las simples declaraciones de los otorgantes, y así caen fuera de la garantía que presta cuantos datos registrales se correspondan con hechos materiales, tanto a los efectos de la fe pública como de la legitimación registral, sin que la institución responda de los datos y circunstancias de puro hecho, ni, por consiguiente, de los datos descriptivos de las fincas y ni siquiera de la existencia de las mismas; así lo recuerdan las Sentencias de 24 de julio y 23 de octubre de 1987. Actualmente son los Tribunales de Justicia quienes han de decidir sobre cuantas cuestiones litigiosas se refieran a la identidad y circunstancias físicas de las fincas y el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no extenderá las presunciones que establece, sino a compás de la coordinación con el Catastro, a que se refiere el Decreto 1030/1980, con eco en la Resolución de 31 de agosto de 1987 sobre informatización de los Registros de la Propiedad e implantación de una base gráfica de los mismos.

J. Q. S.

2. DERECHO PROCESAL

POR RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. NO ES SUMISION EL SIMPLE PERSONAMIENTO EN JUICIO (SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Resultan de los Fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—Acreditado en autos que la entrega de la mercancía se efectuó en Valladolid y que no ha existido en el caso discutido sumisión expresa a Tribunales, la sumisión tácita nacería de que el demandado, después de haber propuesto la inhibitoria en 15 de abril de 1983, se personó ante el Juzgado número 20 de Madrid, en 23 de abril de 1983. Sin embargo, el solo hecho de personarse en juicio no equivale a sumisión tácita si después de personado el demandado no hace o realiza «cualquier gestión que no sea la de proponer en forma de declinatoria» (art. 58, núm. 2, LEC); proposición que no fue hecha por el demandado porque además de suspenderse el curso del pleito por providencia de 4 de mayo aquél había promovido ya la inhibitoria, razón por la cual no podía legalmente hacerlo según dispone taxativamente el artículo 77 de la Ley Procesal, a cuyo tenor «el que hubiere optado por uno de los medios señalados en el artículo 72 (inhibitoria o declinatoria), no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplear ambos simultánea o sucesivamente, debiendo pasar por el resultado de aquel a que hubiese dado la preferencia», lo que comporta la imposibilidad de entender que en el caso presente hubo desistimiento o abandono de la inhibitoria por parte del demandado por el hecho de su personación con Procuradores y Letrados distintos en los Juzgados de Valladolid y de Madrid.

Por consiguiente, no mediando sumisión por el solo hecho de personarse en juicio (art. 58, núm. 2, LEC), ni siendo admisible el abandono de la inhibitoria ya propuesta (art. 77 de la misma Ley), la conducta del demandado ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid, es, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, «procesalmente inocua».

De todo lo anteriormente expuesto resulta que la cuestión planteada en el presente litigio debe resolverse prescindiendo del hecho de esa personación ante el Juzgado de Madrid, con aplicación en cambio del artículo 1.500 del Código Civil y regla primera del artículo 62 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil, lo que conduce a la declaración de competencia, por razón del territorio, del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Valladolid, que deberá conocer de la demanda formulada por la «Sociedad Española X.»

RICARDO DE ANGEL

EJECUCION DE SENTENCIA: CARACTERES DEL RECURSO DE CASACION CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN EJECUCION DE SENTENCIA, DESPUES DE LA REFORMA DE 1984. CUESTIONES NO PLANTEADAS EN EL JUICIO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar el recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doctrina de la Sala.—Es doctrina reiterada por esta Sala, tanto respecto a la normativa procesal anterior (art. 1.695) como a la modificación realizada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en el artículo 1.687, número 2.º, que el recurso de casación que puede deducirse contra las resoluciones recaídas en fase de ejecución de sentencia tiene carácter excepcional, por sus límites taxativos, dado que sólo procede cuando se hayan resuelto puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o que contradigan lo ejecutoriado, con evidente exceso en las actividades realizadas en el cumplimiento, bien entendido que no se incurrirá en extralimitación cuando se decida sobre extremos que aun no contemplados concretamente en la resolución a ejecutar son consecuencia natural e ineludible de la situación jurídica contemplada en el litigio (Sentencias de 17 de junio de 1986, que cita la de 15 de marzo del propio año, y las de 28 de abril de 1981, 28 de mayo de 1982, 28 de mayo de 1984 y 8 de noviembre de 1985), y si el recurso no se acomoda a tales infracciones tendrá que ser desestimado, concretando la Sentencia de 8 de julio de 1985 que en este recurso no cabe involucrar problemas fácticos ni jurídicos o de valoración de pruebas, por infracción de Ley o de doctrina legal, sólo articulables con apoyo en el artículo 1.692 de la Ley Procesal, ratificándose así la doctrina ya sentada en Sentencias como la de 27 de enero de 1983, entre muchas otras, en el sentido de que todas las cuestiones que pudieran tener un encaje en el artículo 1.692 escapan a la censura de la casación contra las resoluciones dictadas en fase de ejecución de sentencia; así, la Sentencia de 28 de junio de 1985 establece que el limitado recurso que consagra el artículo 1.695 (1.687, 2.º, redacción actual) no guarda conexión alguna con el que disciplina el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en aquél no se trata, como en el caso normal, de someter a este Tribunal una sentencia todavía no ejecutoria para determinar su acomodo o no a la Ley o doctrina legal, sino de ver si, ateniéndose a la parte dispositiva de la que ya goza de firmeza, los pronunciamientos de instancia ordenados a su ejecución desbordan el contenido de lo mandado de cualquiera de las dos maneras, resolviendo puntos sustanciales no controvertidos ni decididos o proveyendo en contra de lo ejecutoriado; Sentencias como las de 28 de mayo de 1984, 8 de noviembre de 1985 y 21

de junio de 1986 acusan la ilicitud de volver sobre pedimentos que no han tenido reflejo en la parte dispositiva de la decisión de que se trata; y, en fin, la de 4 de diciembre de 1985 denuncia que sería suficiente para la desestimación del recurso intentado el desenfoque general que implica apoyarse en el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no en el 1.687, 2.º, cuando dimana de ejecución de sentencia firme.

La sentencia firme, de cuya ejecución se trata, dictada en 8 de mayo de 1979, confirmó la del Juzgado y, consiguientemente, declaró, entre otros extremos, la obligación del demandado, hoy recurrente, don Augusto R. O., de entregar a los actores «la totalidad de la planta baja destinada a locales comerciales del edificio construido en la calle . . . , número 9, de . . . , sin exclusión de ningún local». En incidente para la ejecución se fijó como indemnización, por no entrega del local de la planta baja destinado a bar, la cantidad de 4.400.000 pesetas.

El primer motivo del recurso, al amparo del número 4.º del artículo 1.692, acusa error en la apreciación de la prueba y, en definitiva, pretende que la cuantía asignada al aludido bar sea de 2.200.000 pesetas, pues que, dice, se atribuyó un precio de 40.000 pesetas al metro cuadrado y la superficie del local es de 55 metros, siendo así que se valoró sobre 110 metros, al tomarse en cuenta una entreplanta de igual superficie que la base, pero que había construido el actual propietario y no el señor R. O. Cita en apoyo de su tesis: la escritura de permuta, base del pleito; escritura de compraventa del local; certificación de la Alcaldía de . . . ; proyecto de obras para la construcción del edificio; plano y memoria, y una serie de requerimientos notariales realizados por el recurrente a los señores M. V. para que procedieran al otorgamiento de escritura de transmisión del dominio de las partes del edificio entregadas o puestas a su disposición, pretendiendo impugnar con esto último la afirmación contenida en el auto de apelación dictado por la Audiencia, en el incidente liquidatorio de ejecución de sentencia, de que «era cuestión no discutida en la primera instancia de dicho incidente e impropia de él». Cuanto se lleva expuesto obliga a la desestimación del motivo, no sólo por lo razonado en el primer fundamento jurídico de esta resolución, sino también porque la sentencia que se ejecuta señaló claramente que la entrega había de realizarse sin «exclusión de ningún local», punto sustancial controvertido en el pleito, sin que se demostrase en el mismo que la construcción de la entreplanta se llevase a cabo por los actuales propietarios y no por el señor R. O. en unidad con el resto del edificio; se mezclan, en detrimento de la exigible claridad, creando confusiónismo, hechos diversos, problemas de apreciación y de valoración, cuando todos ellos tenían que formularse por separado, y, en fin, es cierto que la petición del otorgamiento de las escrituras era ajeno al incidente liquidatorio de perjuicios prevenido en los artículos 928 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no se discutió en la primera instancia el mismo, con independencia de que pueda solicitarse directamente del Juzgado, en cumplimiento preciso de lo ejecutoriado.

El segundo motivo se formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692, y en su desarrollo alega: infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender el recurrente que el auto dictado en ejecución de la sentencia concedió más que lo otorgado por ésta, omitiendo, en cambio, algo sobre lo que dicha sentencia se pronunciaba,

cual el otorgamiento de las escrituras; infracción del artículo 360, también de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por fijarse en el auto recurrido unas bases para la liquidación de perjuicios no coincidentes con la cuestión fáctica (se refiere a los 110 metros del local-bar, en lugar de los 55 metros que pretende); infracción de los artículos 1.091, 1.256, 1.254, 1.101, 1.279 y 1.281, todos del Código Civil, refiriéndose a la indemnización por la entreplanta y al otorgamiento de las escrituras. El percimiento se produce por idénticas razones que el anterior: se refiere a problemas planteados en el pleito principal y no en la ejecutoria, lo que no es materia del recurso que nos ocupa; la formulación es inadecuada; no hubo fijación de bases para la ejecución, sino aplicación correcta de lo dispuesto en los artículos 926 y 928 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se mezclan materias objeto de diferentes motivos, con confusio-nismo y falta de claridad; el otorgamiento de las escrituras no era objeto del incidente liquidatorio, y, en fin, la interpretación literal o espiritua-lista del contrato de permuta, base del pleito principal, constituye pro-blema del mismo y no de su ejecutoria, que se plegó al mandato de que se entregase «la totalidad de la planta baja destinada a locales comer-ciales, sin exclusión de ningún local».

El tercer motivo —ahora sí— se formula al amparo del número 2 del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, copia el precepto y dice que el auto recurrido, dictado en el incidente de ejecución, es susceptible del recurso «en cuanto en él se denuncia la triple posibilidad. al resolver puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia y que contradicen lo ejecutoriado», para después, en el des-arrollo, recoger que dicho auto, en su segundo considerando, expresa que «los daños y perjuicios sufridos por los actores y contemplados por la sentencia son los siguientes: 1.º Por la no entrega de la parte baja del edificio actualmente destinado a bar, 4.400.000 pesetas». El percimiento del motivo, aparte de no expresar en cuál de los dos supuestos del pre-cepto se incardina, se produce porque es cierto cuanto dice el conside-rando y lo incorrecto sería que, en lugar de hablar de «la parte baja del edificio destinado a bar», dijese «la planta baja del local destinada a bar» o emplease expresión similar. La sentencia condenó a la entrega de la totalidad de la planta baja destinada a locales comerciales, sin exclusión de ningún local y, al no poderse hacer tal entrega, se resolvió con la de su valor, pero afirmar que la entreplanta se construyó por los actuales propietarios es hacer supuesto de la cuestión y pretender lo que ni se ha demostrado ni la sentencia dice.

RICARDO DE ANGEL.

EJECUCION DE SENTENCIA: EXTREMOS QUE SON CONSECUENCIA NATURAL DE LA SITUACION EXAMINADA LA REPARACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS ES DEUDA DE VALOR (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doctrina de la Sala.—Respecto a los recursos planteados contra los autos dictados en ejecución de sentencia, es reiterada la doctrina de esta Sala al señalar que el limitado recurso que consagraba el artículo 1.695, redacción anterior, correspondiente al actual 1.687, 2.º, no guarda conexión alguna con el que disciplina el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en aquél no se trata, como en el caso normal, de someter a este Tribunal una sentencia todavía no ejecutoria para determinar su acomodo o no a la Ley o doctrina legal, sino de ver si, atendidos a la parte dispositiva de la que ya goza de firmeza, los pronunciamientos de instancia ordenados a su ejecución desbordan el contenido de lo mandado de cualquiera de las dos maneras, resolviendo puntos sustanciales no controvertidos ni decididos o proveyendo en contra de lo ejecutoriado (Sentencia de 28 de junio de 1985), sin involucrar problemas fácticos o jurídicos articulables al amparo del artículo 1.692 de la Ley Procesal (Sentencias de 4 de diciembre de 1985, 17 y 21 de junio de 1986 y 26 de septiembre del propio año), pero no se incide en contradicción cuando, con respecto del contenido de la sentencia que se ejecuta, se fijan sus consecuencias naturales, lógicas e ineludibles con la situación jurídica examinada (Sentencias de 28 de abril de 1981, 28 de mayo de 1982, 28 de mayo de 1984, 8 de noviembre de 1985 y 17 de junio de 1986). Es por todo ello que el recurso que nos ocupa se ajusta formalmente a lo prevenido en la Ley a la doctrina de esta Sala.

La sentencia firme en trámite de ejecución estableció que el ejecutado satisfaría a los ejecutantes, en concepto de daños y perjuicios, «el importe de las rentas mensuales a ellos asignada (se refiere a los pisos) en la cédula de calificación definitiva, desde el mes de diciembre de 1977 hasta su entrega». El auto del Juzgado obtuvo las cantidades multiplicando por ochenta y cinco meses (diciembre de 1977 a diciembre de 1984) las rentas establecidas en la cédula de calificación definitiva y vigentes en la fecha de ésta, para los pisos 2.º-B y 2.º-E, ascendentes, respectivamente, a 11.970 pesetas y a 10.979 pesetas. Recurrieron los ejecutantes ante la Audiencia y sostuvieron que debían computarse los incrementos oficiales de renta producidos con posterioridad a la fecha de la cédula de calificación definitiva, a lo que accedió la Sala de Instancia en su Auto de 15 de enero de 1986, contra el que se interpone el singular recurso que nos ocupa.

El único motivo planteado se funda «en la última proposición del párrafo segundo del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que el auto recurrido —dice— provee en contradicción con lo ejecutoriado al integrar la suma indemnizatoria con partidas no comprendidas en la base con arreglo a la que había que liquidar el perjuicio», pues que —sigue diciendo— no aludía a los incrementos que pudieron experimentar en el transcurso del tiempo entre la obligación de entregar y la entrega efectiva, siendo así que el factor tiempo no podía pasar inadvertido y de haberse querido integrar el perjuicio con los incrementos de las rentas así se hubiera expresado. El pericimimiento de tales alegatos se produce: A) Por lo acertado de los razonamientos de la Sala de Instancia cuando afirma que «la determinación de la indemnización en función de la renta fijada en la cédula de calificación definitiva, según se establece en la sentencia, no excluye sino que incluso fundamenta la computación de los incrementos de renta: en la propia cédula se afirma que «las rentas expresadas podrán ser incrementadas por las causas y

en la forma que determinan los artículos 122 y 123 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial»; en consecuencia, la remisión de la sentencia a las rentas asignadas (a las viviendas) en la cédula de calificación definitiva «incluye los incrementos de renta —puesto que los prevé la propia cédula— si es llegado el caso de su aplicación por mor del tiempo transcurrido, siendo coherente tal conclusión con el propio concepto indemnizatorio que inspira el pronunciamiento de la sentencia, pues la aplicación de tales incrementos funda la permanencia o estabilidad del 'valor' de la indemnización a través del transcurso del tiempo». B) Según tiene declarado este Tribunal, la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene el carácter de deuda de valor y su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a la en que se liquidó su importe en el período de ejecución de sentencia, con mayor razón si el perjuicio es continuado o permanente en el tiempo, pero sin que exceda, por respeto al principio de congruencia, a lo que el demandante haya fijado en su suplico, pues lo contrario significaría insistir en el perjuicio al dañado, minorando su patrimonio con inadecuada desproporción entre prestación y contraprestación, dañando la economía del contrato y privándole de lo que la Ley le otorga, siendo así que la obligación de entrega corresponde a la parte contraria. Y C) Ya se ha dicho en el fundamento primero que, según la jurisprudencia allí acotada, no se incurrirá en extralimitación respecto a lo que se ejecuta cuando se decida sobre extremos que aun no contemplados concretamente en la resolución a ejecutar son consecuencia natural e ineludible con la situación jurídica examinada en el litigio.

RICARDO DE ANGEL

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CUESTIONES NO SOMETIDAS A LA DECISION DEL ARBITRO (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—El laudo de equidad dictado el 25 de septiembre de 1985 es impugnado en el presente recurso de nulidad, al amparo del número 3.º del artículo 1.733 de la Ley Procesal, por entender que el árbitro ha resuelto puntos no sometidos a su decisión, puntos que concreta: a) En compeler a cada una de las partes para que en término de quince días otorguen, recíprocamente, las correspondientes escrituras de compraventa del piso, participación en el solar y, en su caso, plaza de aparcamiento o cuarto trastero; b) en declarar que las partes compelidas a semejante otorgamiento son, de un lado, las personas físicas que enumera y, de otro, «I. B.» o «I. S.», y c) en introducir en la parte dispositiva del laudo una circunstancia que se pretende enlazar con el otorgamiento de la escritura, cual es un «reconocimiento de deuda y forma de pago de la misma, y sin superar sumando dicho reconocimiento de deuda y la correspondiente imputación de pago la cantidad de 3.500.000 pesetas».

Para la correcta decisión de dichas cuestiones se ha de partir, como

presupuestos insoslayables: Primero: que los únicos compromitentes fueron, de un lado, los comuneros del edificio de la calle ... y, de otro, «I. B.», sin que de la escritura de compromiso se desprenda que actuara como parte «I. S.»; segundo: que las cuestiones sometidas a la decisión del árbitro fueron en síntesis. *a)* si entre los partícipes de la comunidad del citado edificio se pactó que el precio máximo a que ascendería lo adjudicado a cada uno de los comuneros intervinientes, por valor de solar, coste de obra, honorarios profesionales, licencias, tasas, etc., y el 10 por 100 de gastos de gerencia y administración, sería de 3.500.000 pesetas; *b)* si «I. B.», a la vista del contrato de ejecución de obra y de los contratos individuales suscritos con cada comunero, puede cobrar a éstos alguna o algunas otras cantidades como no incluidas en el llamado precio de garantía de 3.500.000 pesetas y en su caso cuáles son los conceptos y los importes; *c)* si, sumadas las cantidades pagadas por los comuneros y la subrogación inmediata en el préstamo hipotecario, aquéllos deben alguna cantidad a «I. B.» y, en su caso, cuál sea ésta, y *d)* cualesquiera otras cuestiones que relacionadas con las anteriores propongan las partes en legal forma en la tramitación del procedimiento arbitral.

Con independencia de que, como tiene declarado esta Sala, aunque los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están constreñidos por una exégesis literalista y restrictiva apartándose de la misión amistosa que se les confió, pudiendo, en consecuencia, resolver no sólo las cuestiones consignadas en el compromiso, sino, también, las que deban reputarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado (Sentencias de 4 y 16 de mayo de 1962, 23 de mayo de 1967, 9 de octubre de 1984, 13 de junio de 1985, etc.), sin embargo, de la simple confrontación de lo sometido a la decisión arbitral con el contenido del laudo se desprende, sin género de dudas, que el referido árbitro incurrió en el exceso que se denuncia por el recurrente, pues: *a)* ni en el compromiso se somete al juicio arbitral el compeler a las partes a otorgar las correspondientes escrituras de compraventa, ni puede entenderse que tal pronunciamiento sea consecuencia obligada o derivada o bien presupuesto de las demás cuestiones sometidas al fallo arbitral; *b)* «I. S.» no aparece como parte en la escritura de compromiso, ni consta que se haya subrogado en los derechos y obligaciones de la entidad compromitente «I. B.», por lo que el laudo que le compele alternativamente con ésta a otorgar las referidas escrituras de compraventa, ha cometido en este punto el exceso denunciado, y *c)* la decisión que se solicita del árbitro es puramente declarativa, consistente en decidir si lo convenido entre las partes fue que el precio máximo de lo adjudicado a cada uno de los comuneros sería de 3.500.000 pesetas por todos los conceptos, o bien se podían exigir, además, otras cantidades, por lo que el particular del fallo que compele al oportuno reconocimiento de deuda y a establecer la forma de pago en tales escrituras, excede de las potestades arbitrales, en cuanto, como se acaba de decir, existe exceso al compeler al otorgamiento de escrituras de compraventa.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CUESTIONES NO SOMETIDAS AL ARBITRIO (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos. Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Carretero Pérez.

Doctrina de la Sala.—El motivo único de este recurso contra laudo dictado en arbitraje de equidad se basa en el quebrantamiento del principio de congruencia proclamado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo reflejo, en la materia, es el artículo 1.733, 3.º, de la citada Ley. Entiende el recurrente que el árbitro se ha pronunciado, en su punto primero, de modo confuso, al no precisar la cuantía de los honorarios que, por sus trabajos profesionales, devengó el arquitecto a quien se encomendó la ordenación urbanística de una manzana y el proyecto y dirección de la obra de construcción de un edificio, ni la persona que había de sufragarlos (heredero o legatarios de quien le encomendó el trabajo) y, al haber introducido, en el fallo del laudo, un pronunciamiento sobre interés, no comprendido en el compromiso.

El laudo, en su parte dispositiva, sigue, al pie de la letra, las cuestiones sometidas a decisión y así comienza indicando quién es la persona que debe satisfacer de las sumas reclamadas y que se estiman adecuadas, señalando, como deudor, al heredero de la persona que encomendó los trabajos (en este caso, la persona jurídica heredera es una fundación). A continuación concreta las cantidades que han de ser satisfechas al arquitecto, persona que realizó el encargo, aunque motiva que, una parte de esta cantidad, debe ser pagada por éste a los distintos profesionales que colaboraron con él en las gestiones encomendadas, cuyas minutas son partidas que presenta el arquitecto, para formar el total del importe de la amplia y compleja gestión realizada, matización que no desvirtúa la decisión sometida al arbitraje, que era la cantidad que el heredero o los legatarios, debían satisfacer. Finalmente, el árbitro decide que no se pronuncia sobre el pago de interés de la cantidad devengada, por no haberse comprendido tal cuestión en el objeto del arbitraje. De modo que, con respecto a la entidad recurrente (fundación heredera de quien encomendó los trabajos), no existe ningún pronunciamiento que exceda de los puntos sometidos al arbitraje, que son, en esencia, cuanto se debe pagar y quién debe pagar. Por todo ello ha de desestimarse el motivo único del recurso.

RICARDO DE ANGEL.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. NULIDAD DEL COMPROMISO: POR FALTA DE PODER Y NO SEÑALARSE LUGAR PARA DESARROLLO DEL ARBITRAJE (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—Se interpuso en estas actuaciones recurso de

nulidad contra un laudo dictado en arbitraje de equidad, siendo el primero de los motivos fundamentado al amparo del número 1 del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por nulidad de compromiso». Añade el recurrente que deriva tal nulidad «de la escritura de compromiso de 4 de julio de 1985 de la falta absoluta de legitimidad o personalidad, en quien compareció a nombre de 'Construcciones G., S. L.', don José Ramón I. E. para otorgar y firmar la mencionada escritura de compromiso»; carece del poder especial requerido por el artículo 1.713 del Código Civil y la Ley de 22 de diciembre de 1953. En nuestro ordenamiento jurídico se regula como uno de los negocios jurídicos sometidos a forma *ad substantiam*, es decir, necesaria para la existencia del acto, el contrato de compromiso (art. 16 de la citada Ley especial), y el artículo 1.713 del Código Civil exige, por otro lado, en su párrafo 2 que «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso». El mismo artículo, reforzando la especificidad del mandato para comprometer, establece que «la facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores». De todo ello se deriva que es imprescindible para que una persona pueda nombrar árbitros a nombre de otra y otorgar escritura de compromiso la previa existencia de un mandato o poder inequívoco, que por escrito y de una forma directa y literal autorice para comprometer en árbitros e intervenir como mandatario en el otorgamiento de la escritura de compromiso, sin que pueda eludirse la imperatividad legislativa mediante otras fórmulas generales como las expresadas en la escritura de compromiso base del laudo impugnado otorgada el 4 de julio de 1935. En efecto, no puede admitirse que don José Ramón I. E. tuviese el poder expreso que para comprometer en árbitros exige la Ley, pues no puede deducirse la autorización de la frase que se utiliza para testimoniar lo que resulta de la escritura de constitución de la sociedad 'Construcciones G., S. L.', de 9 de diciembre de 1974, inscrita en el Registro Mercantil de Navarra, frase que indica facultad para conferir poderes generales para pleitos, mercantiles» o «los especiales que sean necesarios en cada caso»; pues la intervención en el nombramiento de árbitro y conferimiento de facultad por otorgar contrato de compromiso ha de ser, como ya se deja dicho expresa e inequívoca, cualidades que no reúne la autorización que resulta de lo actuado a favor del representante administrador de la entidad recurrida. En definitiva, conforme al artículo 6, párrafo 3, del Código Civil, el acto del otorgamiento de un compromiso sin poder expreso previo es nulo de pleno derecho, sin que la Ley en este caso establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

A virtud de lo expuesto es procedente la estimación del primero de los motivos del recurso de nulidad; conclusión que también se deduce del motivo segundo, que asimismo ha de ser estimado. Se fundamenta este motivo en el mismo número 1 del artículo 1.733 de la Ley Procesal civil, por nulidad del compromiso, ahora basada en no expresar la escritura mencionada «el lugar en que habrá de desarrollarse el arbitraje», como exige en términos imperativos el artículo 17, número 5.º, de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953. La falta de este requisito da lugar igualmente a la nulidad del arbitraje y del laudo consiguiente, sin que pueda estimarse la mención exigida por la Ley en

modo alguno superflua, toda vez que este requisito equivale a un señalamiento de fuero para atribuir la competencia judicial en función del auxilio que puede corresponder prestar a los Jueces, bien para la práctica de pruebas, para la ejecución del laudo o para evitar dudas y conflictos que pueden originarse si los árbitros y los compromitentes tienen distinto domicilio.

RICARDO DE ANGEI.

EJECUCION DE SENTENCIA: CONTRADICCION CON LO EJECUTORIADO (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Matías Malpica y González-Elipe.

Doctrina de la Sala.—En el Juzgado de Primera Instancia número 13 de esta capital se siguieron autos de mayor cuantía número 1079/76 a instancia de don Francisco R. contra don Andrés G., que concluyó con Sentencia de 17 de octubre de 1977, que decía en su fallo: «Que estimando en parte la demanda debo declarar y declaro el derecho del actor a que se divida la finca común, adjudicándose al demandante el 30 por 100 de la superficie edificable, condenando al demandado don Andrés G. E... a que otorgue la oportuna escritura pública a su favor; absolviendo al demandado del resto de las peticiones no expresamente acogidas en el pronunciamiento que precede y sin que se haga expresa declaración sobre las costas del proceso». La finca a que se refería el proceso de referencia tenía la siguiente descripción: «Solar sito en ..., al sitio denominado . . . », y se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de ... y corresponde a la finca número 20 del Plano Catastral obrante en autos.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó íntegramente la Sentencia del Juzgado por otro de 25 de mayo de 1979, cuyo fallo mantuvo esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de septiembre de 1981.

Se instó la ejecución de la sentencia por el actor por escrito de 10 de febrero de 1982, dándose el plazo de tres meses por el Juzgado al demandado para la ejecución solicitada, presentándose escrito del demandado el 17 de mayo siguiente pretextando no poder dar cumplimiento a lo ordenado por hallarse, al parecer, en trámite un procedimiento contra el señor R. solicitando la esposa del señor G., doña Teresa, R. P., la nulidad del contrato de compraventa de 17 de diciembre de 1974 —que es la base jurídica del procedimiento cuya sentencia firme se pretende ejecutar—, en razón a tratarse de bien ganancial. Seguidamente se instó nuevamente por el señor R. la ejecución en fecha 24 de junio de 1982, en que sorprendentemente se cita a la Sentencia del Juzgado de 14 de julio de 1976 en el Suplico, no obstante aludir como procedía más correctamente en el preámbulo, a la de 17 de octubre de 1977 y señalando con sus respectivos números las parcelas, sin edificar ni vender a terceros que habían de adjudicársele, así como las edificaciones de uso común que evaluaba en el porcentaje del 30 por 100, más el oportuno otorgamiento de escritura, a lo que se opuso el demandado, formalizándose

incidente en el que recayó auto del Juzgado de 21 de enero de 1983, que dice: «No ha lugar a otorgar la escritura pública que se postula en trámite de ejecución de sentencia, hasta que no recaiga sentencia firme en el pleito seguido ante el Juzgado número 11 de los de esta capital. Se imponen las costas del presente incidente de ejecución a la parte demandada». Pero tal resolución fue recurrida en apelación por el demandado señor G. por el pronunciamiento sobre costas y en trámite posterior y adecuado se adhirió al recurso el actor, dictándose nuevo auto por la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid que decía, en fecha 26 de mayo de 1984: «Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador .. en nombre de don Francisco R. M., debemos revocar y revocamos el Auto de 21 enero que acordó no haber lugar a otorgar escritura en ejecución de sentencia hasta que recaiga sentencia firme en el presente juicio, y estimando la demanda se tiene por solicitada la ejecución de la sentencia firme dictada por el Juzgado con fecha 14 de julio de 1976 en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos contra don Andrés G. E. y su esposa, doña María Teresa R. P., otorgándose escritura pública de las fincas que se describen en el escrito fechado el día 24 de junio de 1982, sin perjuicio que puedan afectar a dichas escrituras las posteriores acciones de anulabilidad que pudieran corresponder, sin hacer expresa condena de costas». Y esta es la resolución que ante esta Sala ha sido objeto del recurso extraordinario con base en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del que tan sólo ha sido admitido por auto de esta Sala de fecha 20 de noviembre de 1985 el motivo quinto del escrito de su formalización.

Como se infiere de lo expuesto, ha de ser acogido el único motivo objeto de nuestro análisis, por cuanto la resolución recurrida —aparte del error material en que incide al señalar la fecha de la sentencia a ejecutar, que, como se dijo, es de 17 de octubre de 1977, y no de 14 de julio de 1976—, incurre también en contradicción con la referida sentencia y resuelve puntos sustanciales no controvertidos ni decididos en ella, toda vez que se ordena en el auto la escrituración de la finca según el escrito de 24 de junio de 1982, en el que se hace una descripción de parcelas a adjudicar al actor independientes y porcentajes en zona edificada de servicios comunes, en función de las construcciones realizadas por el demandado, siendo así que la ejecutoria se refiere clara y contundentemente a la superficie edificable del solar, hasta el extremo de que en uno de sus considerandos se repele todo pronunciamiento atinente a la división solicitada que entrañe discriminación en punto a las edificaciones efectuadas por el demandado, ya que ello comportaría problemas indemnizatorios conforme a los artículos 453, 454, 361 y 362, sobre cuyo contenido y previsiones no se han practicado pruebas para establecer los valores correspondientes, con lo que se está en presencia del supuesto casacional denunciado conforme tiene establecido la doctrina de esta Sala, según la cual este recurso, al amparo del citado artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la Ley de 6 de agosto de 1984, que es la de aplicación a este supuesto) es de carácter excepcional y nada tiene que ver con el regulado en el artículo 1.692, pues mientras en éste la cuestión se plantea entre la Ley y la sentencia, en aquél, por el contrario, los términos comparativos se producen entre el fallo firme y las actuaciones practicadas en su ejecución, lo que deli-

mita su ámbito a los dos únicos supuestos que el precepto contempla, es decir, cuando en la resolución en fase de ejecución se haya resuelto alguna cuestión no controvertida en el pleito ni decidida en la sentencia firme recaída o cuando se provea en contradicción con lo ejecutoriado (Sentencias de 14 de julio de 1984, 8 de noviembre de 1985 y 17 de junio de 1986).

RICARDO DE ANGEL

ARBITRAJE DE EQUIDAD: LIMITES A LA FACULTAD DE EXEGESIS PROPIA DE LOS ARBITRIOS (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

El laudo de equidad dictado el 25 de septiembre de 1985 es impugnado en el presente recurso de nulidad, al amparo del número 3.º del artículo 1.733 de la Ley Procesal, por entender que el árbitro ha resuelto puntos no sometidos a su decisión; puntos que concreta: *a)* En compelir a cada una de las partes para que en término de quince días otorguen, recíprocamente, las correspondientes escrituras de compraventa del piso, participación en el solar y, en su caso, plaza de aparcamiento o cuarto trastero; *b)* en declarar que las partes compelidas a semejante otorgamiento son, de un lado, las personas físicas que enumera y, de otro, «Inmobiliaria B., S. L.» o «Inmobiliaria T. S., S. L.», y *c)* en introducir en la parte dispositiva del laudo una circunstancia que se pretende enlazar con el otorgamiento de la escritura, cual es un «reconocimiento de deuda y forma de pago de la misma, y sin superar sumando dicho reconocimiento de deuda y la correspondiente imputación de pago la cantidad de 3.500.000 pesetas».

Doctrina de la Sala.—Para la correcta decisión de dichas cuestiones se ha de partir, como presupuestos insoslayables: Primero: que los únicos comprometidos fueron, de un lado, los comuneros del edificio de la calle Escultor Benlliure, número ., de ., y, de otro, «Inmobiliaria B., Sociedad Limitada», sin que de la escritura de compomiso se desprenda que actuara como parte «Inmobiliaria T. S., S. L.»; segundo: que las cuestiones sometidas a la decisión del árbitro fueron en síntesis: *a)* si entre los partícipes de la comunidad del citado edificio se pactó que el precio máximo a que ascendería lo adjudicado a cada uno de los comuneros intervinientes, por valor de solar, coste de obra, honorarios profesionales, licencias, tasas, etc., y el 10 por 100 de gastos de gerencia y administración, sería de 3.500.000 pesetas; *b)* si «Inmobiliaria B.», a la vista del contrato de ejecución de obra y de los contratos individuales suscritos con cada comunero, puede cobrar a éstos alguna o algunas otras cantidades como no incluidas en el llamado precio de garantía de 3.500.000 pesetas y en su caso cuáles son los conceptos y los importes; *c)* si, sumadas las cantidades pagadas por los comuneros y la subrogación inmediata en el préstamo hipotecario, aquéllos deben alguna cantidad a «Inmobiliaria B., S. L.», y, en su caso, cuál sea ésta, y *d)* cualesquiera otras

cuestiones que relacionadas con las anteriores propongan las partes en legal forma en la tramitación del procedimiento arbitral.

Con independencia de que, como tiene declarado esta Sala, aunque los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están constreñidos por una exégesis literalista y restrictiva, apartándose de la misión amistosa que se les confió, pudiendo, en consecuencia, resolver no sólo las cuestiones consignadas en el compromiso, sino también las que deban reputarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado (Sentencias de 4 y 16 de mayo de 1962, 23 de mayo de 1967, 9 de octubre de 1984, 13 de junio de 1985, etc.), sin embargo, de la simple confrontación de lo sometido a la decisión arbitral con el contenido del laudo se desprende, sin género de dudas, que el referido árbitro incurrió en el exceso que se denuncia por el recurrente, pues: a) ni en el compromiso se somete al juicio arbitral el compeler a las partes a otorgar las correspondientes escrituras de compraventa, ni puede entenderse que tal pronunciamiento sea consecuencia obligada o derivada o bien presupuesto de las demás cuestiones sometidas al fallo arbitral; b) «Inmobiliaria T. S., S. L.», no aparece como parte en la escritura de compromiso, ni consta que se haya subrogado en los derechos y obligaciones de la entidad comprometida «Inmobiliaria B., S. L.», por lo que el laudo que le compele alternativamente con ésta a otorgar las referidas escrituras de compraventa, ha cometido en este punto el exceso denunciado, y c) la decisión que se solicita del árbitro es puramente declarativa, consistente en decidir si lo convenido entre las partes fue que el precio máximo de lo adjudicado a cada uno de los comuneros sería de 3.500.000 pesetas por todos los conceptos, o bien se podían exigir, además, otras cantidades, por lo que el particular del fallo que compele al oportuno reconocimiento de deuda y a establecer la forma de pago en tales escrituras excede de las potestades arbitrales, en cuanto, como se acaba de decir, existe exceso al compeler al otorgamiento de escrituras de compraventa.

RICARDO DE ANGEL

CUESTIÓN DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: EN LETRA DE CAMBIO. ES COMPETENTE EL JUZGADO DEL DOMICILIO DEL LIBRADO. LOS ACTOS REALIZADOS POR EL JUZGADO INCOMPETENTE SON INEFICACES (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Resultan de los Fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la Sala.—Es doctrina reiterada de esta Sala, que por conocida hace innecesaria la cita de las sentencias en que se contiene, la de que en los juicios ejecutivos sobre el pago de letras de cambio, la competencia para su conocimiento corresponde al Juzgado dentro de cuya demarcación radica el lugar señalado como domicilio del librado y, por ende, donde han de ser hechas efectivas por el mismo, lo que impone decidir, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la presente cuestión de competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia nú-

mico 2 de los de Motril, al no ser óbice para ello que, con posterioridad al planteamiento de la inhibitoria y antes de recibir el requerimiento de inhibición, el Juzgado de Primera Instancia número 26 de los de Madrid dictara sentencia de remate, pues, como también ha sancionado con reiteración esta Sala, las actuaciones practicadas por el Juzgado incompetente con posterioridad a la presentación ante el que resultó competente del escrito planteando la inhibitoria, devienen inoperantes.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE CASACION: NO CABE EN EL JUICIO EJECUTIVO (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la Sala.—A tenor de lo preceptuado en la regla segunda del artículo 1.710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es admisible el recurso de casación en que se haya inobservado lo dispuesto en su artículo 1.697 en orden a la concurrencia de los requisitos que autorizan a la Sala de Audiencia a tenerlo por preparado, destacando de entre tales requisitos el que la sentencia o resolución sea susceptible de recurso «conforme a lo dispuesto en los artículos 1.687, 1.688 y 1.689».

El artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puntualiza en los cinco apartados que contiene las sentencias y resoluciones que son susceptibles de recurso de casación y entre ellas hace mención en su número primero a las «sentencias definitivas» dictadas por las Audiencias en los juicios «declarativos ordinarios», de mayor cuantía y en los de «menor cuantía a que se refiere el número segundo del artículo 484 o en los que la cuantía exceda de 3.000.000 de pesetas», sin que sea admisible, como entendió la parte aquí recurrente en su escrito de preparación del recurso y adujo al interponerlo en el que señala como apartado V de los «Requisitos legales», que las sentencias recaídas en los juicios ejecutivos estén comprendidas entre aquellas a que el meritado número primero se contrae, al ser claro, de una parte, que la norma se concreta sólo «a los juicios declarativos ordinarios» y, de otra, que las sentencias recaídas en los juicios ejecutivos no tienen el carácter de definitivas, ya que por imperio de lo preceptuado en el artículo 1.479 de la repetida Ley Procesal, no producen la excepción de cosa juzgada y queda a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.

En su consecuencia, por la naturaleza del procedimiento en que recayó, la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, en los autos de juicio ejecutivo origen de las presentes actuaciones, tenía vedado por imperativo legal su acceso a la casación, causa de inadmisión del recurso interpuesto por la actora en dicho procedimiento, que lo es de desestimación en este trámite procesal.

RICARDO DE ANGEL

INDEFENSIÓN: FALTA DE CITACIÓN PARA EL ACTO DE LA VISTA EN APELACIÓN (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1987)

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—El motivo ha de prevalecer, necesariamente, toda vez que de los datos que aparecen en los autos de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Valencia, aparece: *a)* diligencia de constancia de 10 de febrero de 1986, que entre otros extremos dice que emplazadas las partes el 2 de diciembre de 1985 para comparecer ante dicha Audiencia en el plazo de diez días que concluía el 13 de diciembre de 1985, únicamente se personó en tiempo y forma el Procurador de la parte demandada-apelante; *b)* Providencia de fecha 14 de febrero de 1986, teniendo por comparecido a referida parte en tiempo y forma, y no habiéndolo hecho los demandados-apelados, se señalan los estrados del Tribunal para realizar los actos de comunicación procesal *hasta la efectiva personación* en segunda instancia de los mismos. Dicha resolución se notifica en estrados; *c)* por providencia de 22 de abril de 1986, se señala la vista de la apelación para el día 13 de junio de 1986, fecha en que efectivamente tuvo la misma lugar, con asistencia del Letrado de la parte demandada-apelante y sin la de los demandados-apelados. Referida providencia fue también notificada en estrados; *d)* dictada sentencia el 20 de junio de 1986, y publicada la misma en el *Boletín Oficial de la Provincia*, la parte hoy recurrente presenta escrito poniendo de relieve que ya en su momento se había personado en forma, lo que efectivamente aparece comprobado por la Secretaría de Gobierno de la Audiencia Territorial, escrito que si bien lleva fecha de 10 de enero de 1986, parece fue presentado en referida Secretaría en 11 del mismo mes y, por tanto, antes de la providencia a que se ha hecho mención en el apartado *b)* y, consiguientemente, de la de señalamiento de la vista, a que se refiere el apartado *c)*.

De todo cuanto queda expuesto aparece la indefensión de los aquí recurrentes, dado que se les privó, por una omisión de la que no son culpables, de su asistencia a un acto de la importancia de la vista de apelación, no pudiendo, en consecuencia, oponer a los razonamientos de la parte apelante los que estimaren pertinentes para la mejor tutela de sus derechos y pretensiones. El artículo 843. párrafo segundo, de la Ley Procesal, en cuanto declara que al apelado «se le tendrá por parte y se entenderán con él o con su Procurador las diligencias sucesivas...», autorizaba a los ahora recurrentes a haber intervenido en todos los actos procesales de la segunda instancia a partir de la presentación del referido escrito, esto es, desde el 11 de enero de 1986, y, por tanto, a actuar en el acto de la vista.

RICARDO DE ANGEL

ARBITRAJE DE EQUIDAD. MATERIAS QUE PUEDEN SOMETERSE AL MISMO: COMPLEMENTOS DE LA PENSION DE SEGURIDAD SOCIAL (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El motivo único del recurso, con amparo procesal en el número 3 del actual artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado según Ley de 6 de agosto de 1984, sostiene la nulidad del laudo por entender que la materia sobre la que resolvió el árbitro «no puede ser objeto de arbitraje privado, por los trámites de la Ley especial de 22 de diciembre de 1953», todo ello en relación con el artículo 1.º de dicha Ley y artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo número 1568/1980, de 13 de junio, en relación con el artículo 1.º de la Ley de 10 de marzo de 1980 y artículo 81 de la Ley General de la Seguridad Social, según texto refundido del Decreto 2065/1974 y artículo 1.º de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966. El motivo ha de ser desestimado, ya que las cuestiones sometidas a arbitraje por ambas partes, con intervención activa y puntual de cada una de éstas en procedimiento sobre formalización judicial de arbitraje de equidad, han de calificarse de «materia disponible» en terminología del artículo 14, 2, de la Ley de Arbitraje de 1953 y, en consecuencia, susceptibles tales cuestiones de sometimiento y resolución por el árbitro designado, pues no se trata en las mismas de pactar, negociar o cuantificar las pensiones que legalmente le corresponden al señor V. O., sino de asegurarle a éste o a sus familiares, por encima de aquéllas, una mejor y más desahogada situación económica en los casos de fallecimiento, jubilación, invalidez o cambio de titulares de las cuatro Empresas que se relacionan en el arbitraje, pertenecientes a los hermanos N. V. (la otra parte en el procedimiento) en las que aquél trabajó durante años. Se trata, en definitiva, de pactos libremente convenidos a los que no cabe calificar, como las recurrentes pretenden, de materia indisolublemente unida al contrato de trabajo, pues aquellas cantidades son, en realidad, independientes de la pensión propiamente dicha cuya referencia ha servido sólo a efectos de fijación del *quantum* de aquéllas, las cuales responden precisamente al deseo de recompensar más generosamente por parte de la empresa los servicios prestados durante años por el señor V., pero sin que las repetidas cantidades, convenidas por las partes como un *plus* y sin nexo alguno con cotizaciones a la Seguridad Social, tengan un origen o exigibilidad *ex lege*, razón por la cual tales cuestiones se sitúan dentro del ámbito de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, cuya delimitación se contiene en los artículos 1.º, 2.º y 3.º de dicha Ley. Todo lo cual comporta, como queda dicho, el rechazo del motivo único del presente recurso en el que los recurrentes incurrían, desde luego, en manifiesta contradicción con su decidida y activa participación en el arbitraje ahora impugnado por ellos mismos y en el que el árbitro hubo de pronunciarse sobre los temas y cuestiones señaladas tanto por don Manuel V. O. como por los hermanos N. V. en escrito presentado por éstos, quienes con su proceder contradictorio y de efectos dilatorios

intentan no someterse al arbitraje acordado, concebido siempre como procedimiento decisorio de conflictos en forma extrajudicial.

RICARDO DE ANGEL

PRUEBA: APRECIACION DE LOS DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo y Fernández.

Doctrina de la Sala.—Los dos primeros motivos del recurso tienen su sede procesal en el ordinal 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de su reforma, y en ellos se denuncia: el error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial, con violación por inaplicación del artículo 1.233 en relación con el 1.234 del Código Civil (motivación primera); y el mismo error, con violación también por inaplicación del artículo 632 de la misma Ley rituaría, que según el recurrente exige la apreciación lógica o con sana crítica de los informes periciales (segundo motivo).

Ninguna de dichas motivaciones puede prosperar. La primera, porque no se han vulnerado los preceptos que en la misma indica el recurrente, en cuanto las posiciones absueltas por el demandado-recurrido que sirven de fundamento al motivo han sido tenidas en cuenta, juntamente con el resto de las mismas y de la prueba practicada, incluida la documental, por el Tribunal *a quo*, y así, al margen de que en la sentencia impugnada no se contenga referencia alguna a la estimación de los considerandos de la apelada, lo cierto es que en su primer fundamento se dice: «resultando plenamente probado en los autos —confesión del propio actor—. », lo cual implica se ha tenido en cuenta dicha prueba en su totalidad; y sigue diciéndose: «la inexistencia de relaciones de amistad entre los hoy litigantes, lo que deja sin soporte el alegato de que determinadas cambiales fueron aceptadas de favor por el señor B. C., y queda patente, por el conjunto de elementos probatorios existentes en las actuaciones, que la aceptación de las dos letras de cambio aludidas en los hechos quinto y sexto de la demanda tuvo lugar con la finalidad de hacer efectivo parte del precio correspondiente a la obra llevada a cabo por don Manuel G. Q.». Pero es que además de que la confesión a que el motivo se refiere ha sido valorada en su integridad, olvida el recurrente que es doctrina de esta Sala el que la misma pueda dividirse cuando se refiera a hechos diferentes o cuando una parte de la misma esté probada por otros medios, como aquí acontece.

Por lo que a la segunda motivación se refiere, su rechazo se produce por cuanto cual queda indicado en el precedente fundamento, la Sala sentenciadora tuvo en cuenta «el conjunto de elementos probatorios existentes en las actuaciones»; además, la prueba a que el motivo se refiere, o sea, la pericial, y más concretamente el artículo 1.243 del Código Civil, que se cita como violado por inaplicación, no asigna a este medio probatorio una virtualidad superior a las restantes, en cuanto se limita a pro-

yectar su valoración sobre las reglas de la sana crítica, que han sido aplicadas con acierto por el Tribunal *a quo*.

En la motivación tercera, lo imputado a la sentencia recurrida es la aplicación indebida de los artículos 1.091 y 1.254 del Código Civil, al dar por establecido un convenio entre los litigantes sobre el valor de los incrementos de obra realizados. Su estimación resulta imposible, dado que cual se declara en la resolución impugnada «lo que por el actor se pretende no es otra cosa que un intento de desvincularse de las obligaciones derivadas del contrato celebrado por el señor G. Q., lo que no puede ser protegido a través de una sentencia estimatoria de la demanda, pues ello implicaría clara y patente infracción de lo dispuesto en los artículos 1.091 y 1.254 y siguientes del Código Civil, pues si el señor B. C. se comprometió a pagar un precio ascendente a la cantidad de 1.817.000 pesetas, viene en el deber jurídico de cumplir íntegramente la obligación asumida...».

La misma consecuencia desestimatoria corresponde al motivo quinto, en el cual se imputa a la resolución del Tribunal de apelación la «inaplicación del artículo 1.822 del Código Civil, al contrato de fianza que existió entre las partes del pleito, respecto a la aceptación por mi mandante al señor G. Q. de dos letras de cambio...». El pericimimiento se produce porque todo el montaje y construcción de la motivación se lleva a cabo con base en unos presupuestos tanto fácticos como jurídicos completamente distintos a los sentados por la Sala sentenciadora, en cuanto para el juzgador de instancia y como se declara en el segundo considerando de su resolución: «en el acto de la vista del recurso, la dirección jurídica de quien lo entabló afirma la existencia de una abrumadora prueba que indica la procedencia de que se revoque la sentencia de Primera Instancia, lo que carece del más mínimo respaldo...», lo que, unido a lo que se ha dejado indicado en el precedente fundamento de que la finalidad de las cambiales a que el motivo se refiere tenían por objeto hacer efectivo parte del precio de la obra, producen el decaimiento de la motivación.

El motivo quinto tiene como razón de ser la infracción en que incide el Tribunal *a quo* de inaplicar el artículo 1.598 en relación con el 1.593 del Código Civil, toda vez que el señor B. contrató la obra cuestionada por el precio que se indica y con el detalle que se menciona, obra sobre la que se produjeron incrementos cuyo valor no se precisó, por lo cual debe prevalecer el criterio pericial sobre la reclamación abusiva del contratista. El motivo sucumbe, además de porque cual ha quedado ya expuesto el juzgador de apelación tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas practicadas, incluida la presentada por el recurrente con el escrito de demanda, porque al igual que acontecía en el motivo precedente se están presentando unos presupuestos fácticos que si bien mantenidos por el actor-recurrente desde su escrito de demanda, son opuestos a los declarados probados por el juzgador después de su extenso, detenido y adecuado examen de las alegaciones de ambas partes y de las pruebas practicadas, las cuales resultan aquí invulnerables, al perecer los dos primeros motivos y no haberse atacado la sentencia por el error de hecho.

LA PRUEBA: SU VALORACION. LA RELACION DE CAUSALIDAD ES UNA CUESTION DE HECHO (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación reproducimos.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso lo articula la parte recurrente ajustándose al nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber formalizado aquél estando ya vigente la Ley de 6 de agosto de 1984, que entró en vigor el 1 de septiembre siguiente, si bien el escrito anunciando e interponiendo el recurso se formuló y presentó antes de dicha fecha, razón por la cual, al ser el momento de la interposición el determinante de la Ley aplicable, debería haberse hecho con arreglo al texto anterior, extremo que, en todo caso, carece de trascendencia y obliga, en consecuencia, al estudio y consideración de los distintos motivos en que el presente recurso se articula.

En el primero de ellos, formulado al amparo del actual número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de incidir en «error en la apreciación de la prueba basada en documentos que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos». Dicho motivo no puede ser acogido porque frente a las alegaciones de las recurrentes en las que quieren dejar fijadas sus propias conclusiones, es lo cierto que la Sentencia de la Audiencia de La Coruña dedica los dos primeros motivos a ponderar y valorar puntualmente las pruebas practicadas que figuran en autos, consagrando el primero de aquéllos al examen y consideración de una serie de testimonios de cuya valoración «conforme a las reglas de una sana crítica se deduce —dice la sentencia de apelación— que el incendio se inició en la casa propiedad de las demandadas (hoy recurrentes) a los pocos minutos de haber salido éstas de la misma y que, desde ella, después se propagó a la casa contigua de los actores (ahora recurridos), que quedaron totalmente destruidas»; y sentadas las anteriores premisas fácticas la propia sentencia recurrida continúa en el segundo considerando el examen ponderado de las circunstancias concretas del supuesto litigioso destacando una serie de hechos que declara probados y que le llevan a afirmar «que no existe siquiera el más leve indicio de que el incendio de la casa de las demandadas se iniciara por una causa exterior a la misma, sino que todas las pruebas practicadas inducen a dos conclusiones: o que se produjo por fuego dejado por ellas al salir de la misma, que después alcanzó a la hierba seca, o por un cortocircuito en la instalación eléctrica, causa esta última que, por cierto, fue alegada por las demandadas ante la empresa con quien tenían concertado el seguro de incendios de la casa y aceptada por ésta para el pago del seguro». De todo lo cual resulta la obligada desestimación del primer motivo del recurso, dado que frente a ese análisis pormenorizado de los hechos y subsiguiente valoración de los mismos declarados probados, la parte recurrente se limita a alegar y relacionar como «documentos que demuestran la equivocación de la Sala, sin resultar contradichos por otros elementos varias certificaciones y unas diligencias instruidas por la Guardia Civil que no tienen el carácter que aquélla pretende, ni por la naturaleza

de los pretendidos documentos, ni por los términos en que aquéllos están redactados, en los que nada se afirma categóricamente en orden al origen del fuego y sí sólo se coincide en corroborar la identidad y coincidencia de la sección y estado de los cables en una y otra casa y la circunstancia de que el demandante, don Adolfo G. S. (hoy recurrido), como empleado de la compañía suministradora de energía eléctrica, disfrutaba gratuitamente de ésta, careciendo en consecuencia de contador.

Igual suerte desestimatoria merece el segundo motivo, en el que se denuncia, con base en el número 5 del vigente artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción por violación del artículo 1.253 del Código Civil. La Sala de la Audiencia de La Coruña, al sentar una serie de afirmaciones en orden al inicio y propagación del fuego y valorar las pruebas practicadas para la fijación de las responsabilidades consiguientes ha mantenido correctamente el nexo o relación de inferencia entre el hecho base y el hecho consecuencia, resultando ésta de modo lógico y razonable, razón por la cual no cabe sostener en el caso presente la violación que se alega del artículo 1.253 del Código Civil, debiendo recordarse en todo caso que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la determinación del nexo lógico y directo constituye un juicio de valor reservado a la instancia y que, en principio, hay que respetar mientras no se acredite su irrazonabilidad, lo que en el presente caso no acontece, siendo, por el contrario, relevante la cuidada valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal *a quo* en la Sentencia recurrida.

También tiene que decaer el tercer motivo en el que, con base en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la Sentencia recurrida de conculcar el artículo 359 de la misma Ley Procesal relativo a la congruencia debida entre la Sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito. En efecto, el perecimiento del motivo resulta claro habida cuenta que, como es bien sabido, el principio de congruencia, subordinado al derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), a lo que obliga es a que exista concordancia entre lo pedido por los litigantes y lo resuelto por la Sentencia, pero no exige que el juzgador tenga que pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, sino que, por el contrario, el fallo ha de acatar la esencia de lo solicitado, que es lo que obviamente se da en el presente caso, en el que la Sentencia recurrida resuelve implícitamente y explícitamente todas las cuestiones planteadas en la litis.

El cuarto motivo lo formula la recurrente al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en él denuncia violación por inaplicación del artículo 1.214 del Código Civil por entender que la Sentencia de la Audiencia ha incurrido en inversión del *onus probandi*, lo que ha de rechazarse, puesto que, de acuerdo con lo dicho al desestimar los anteriores motivos, el Tribunal *a quo* no ha alterado el principio de distribución de la carga de la prueba que el citado precepto sanciona al realizar —como efectivamente ha hecho— una apreciación de la aportada por cada parte, valorando luego en conjunto su resultado, siendo reiteradísima la jurisprudencia de la Sala que insiste en la improcedencia de alegación de este precepto para intentar desvirtuar la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, ya que el ci-

tado artículo 1.214 del Código Civil no contiene en absoluto norma valorativa de prueba.

La desestimación de los cuatro primeros motivos del recurso comporta y conlleva la de los siguientes (quinto y sexto) encaminados a desvirtuar las conclusiones a las que correctamente llega la Sentencia de la Audiencia y en los que la parte recurrente, careciendo ya de base fáctica para ello, trata simplemente de sustituir el criterio más autorizado y objetivo de aquélla por el suyo propio, haciendo supuesto de la cuestión e insistiendo en sus propias argumentaciones alejadas de los hechos declarados probados en instancia y de las consecuencias jurídicas dimanantes de aquéllos que es lo que la Sentencia de la Audiencia declara y aplica, lo que determina el rechazo de las alegaciones de aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil (motivo quinto) e inaplicación del artículo 1.105 del mismo Cuerpo legal (motivo sexto), formulados ambos al amparo del actual número 5 del vigente artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RICARDO DE ANGEL

PRUEBA: ERROR DE HECHO. VALORACION DE LA TESTIFICAL. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—Dos son las partes recurrentes que en el presente litigio impugnan la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid con fecha 7 de febrero de 1984; de una parte, la entidad «X, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros», y de otra, doña Fortunata T. F., en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores Rosa y Eva.

La compañía aseguradora articula su recurso en tres motivos y en los dos primeros denuncia por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de hecho que, en su opinión, resulta del atestado de la Guardia Civil que dio origen a las actuaciones penales unidas a los autos como diligencia para mejor proveer (motivo primero), y, en segundo término, del error que resulta de lo que la parte califica de documentos auténticos en los que se han plasmado las diligencias probatorias practicadas en este pleito (motivo segundo). Uno y otro motivo, considerados conjuntamente, están condenados al fracaso por cuanto que, como tiene declarado con reiteración esta Sala, los atestados de la Guardia Civil no tienen la eficacia que se precisa para demostrar el error que se denuncia (Sentencias, entre las más recientes, de 5 de diciembre de 1983 y 13 de diciembre de 1985), y, de otra parte, para poder apreciarse error de hecho en la apreciación de la prueba se requiere inexcusablemente hacer cita concreta de los documentos en que aquél pretenda basarse (Sentencias, por ejemplo, de 6 de abril de 1984 y 10 de diciembre de 1985), no pudiendo reputarse auténticos, a efectos de casación, los documentos que por figurar en las actuaciones han sido

ya valorados por la Audiencia (Sentencias de 14 de noviembre y 23 de diciembre de 1983, entre otras muchas), que en el presente caso, tras el examen de las pruebas aportadas por los litigantes, la Sala declara concluyentemente en el tercer considerando que «de la prueba practicada en autos no aparece suficientemente acreditado cuál de las dos versiones del accidente sea la verdadera y, en consecuencia, como razona el Juez *a quo* en su Sentencia, no siendo aplicable en estos supuestos la doctrina jurisprudencial sobre inversión de la carga de la prueba, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil y, consecuentemente, ignorarse a quién incumbe la responsabilidad de la colisión, por lo que habrá de aceptarse como solución la adoptada en la sentencia recurrida, que desestima tanto la demanda principal como la reconventional».

En el tercer motivo, y al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la Sentencia recurrida de incurrir en «infracción de ley por violación en el concepto negativo de no aplicación del inciso primero del número 1 del artículo 24 de la Constitución Española, que consagra el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Motivo que debe ser decididamente desestimado al no poder acogerse la argumentación alegada en cuanto es evidente, y así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional, que la tutela judicial efectiva se obtiene incluso cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes del proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente, cual aquí acontecc, lo que impide sostener que se ha producido denegación de justicia.

La representación legal de doña Fortunata T. F. y sus hijas menores articula el primer motivo de su recurso alegando también, al amparo del número 7 del tan repetido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador», debiendo dar por reproducidos aquí, para el obligado rechazo de este motivo sin incurrir en repeticiones inútiles, los razonamientos expuestos anteriormente para la desestimación de los motivos primero y segundo del precedente recurso.

Igual suerte desestimatoria merece el segundo motivo a este recurso en el que, con base también en el número 7 del artículo 1.692, de constante repetición, se acusa «error de Derecho en la apreciación de las pruebas, con violación de las normas de Derecho probatorio contenidas en el artículo 1.248 del Código Civil y en el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En efecto, como tiene declarado la Sala con acusada reiteración la apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador y no es impugnabile en casación, ya que los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no contienen reglas de valoración probatoria para fundar el recurso y sólo poseen carácter admonitivo y no preceptivo, amén de que las reglas de la sana crítica tampoco pueden citarse como infringidas por no constar en norma jurídica positiva (Sentencias de 9 de diciembre de 1982, 22 y 26 de diciembre de 1983, 17 de febrero de 1984 y la muy reciente de 18 de febrero de 1987).

El motivo tercero de este segundo recurso lo funda la recurrente

en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley para denunciar interpretación errónea del artículo 1.214 del Código Civil, incurriendo de nuevo aquélla en falta de consistencia en sus pretensiones, pues sabido es que la jurisprudencia de la Sala ha proclamado en muchas ocasiones que el artículo 1.214 del Código Civil no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado en casación como infringido cuando se acusa al Juez de haber alterado indebidamente el *onus probandi* invirtiendo la carga de la prueba que a cada parte corresponda, lo que en el presente caso no acontece, pese a las alegaciones de esta recurrente, que lo que en realidad ahora pretende por esta vía es sentar un resultado probatorio distinto del sustentado por la Sala sentenciadora de instancia, lo cual, tras declarar el Juez que en el supuesto litigioso existe reciprocidad en el resultado doloso en función del equilibrio de fuerzas intervinientes en la colisión producida entre los dos vehículos, la Sala hace suya tal estimación y declara lo que en el apartado segundo de estos Fundamentos de Derecho ha quedado literalmente recogido (considerando tercero de la Sentencia recurrida) y que damos ahora por reproducido, con la consiguiente desestimación de este nuevo motivo.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE CASACION: CARACTER DEL MISMO. ALCANCE DE LA LIBERACION DE EXIGENCIAS FORMALES INTRODUCIDA POR LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

En la demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana, los demandantes, Mariano, Josefa y José María P. M., en su condición de socios de la «Cooperativa de Viviendas S. R.», demandan a la entidad y a los restantes socios, pretendiendo se les condene «a concluir las obras de la casa vivienda unifamiliar» comprometida junto con otras más proyectadas (un bloque de 40 viviendas con sus respectivos garajes y 11 viviendas unifamiliares) y cuya construcción se acordó; y ello corriendo de su cuenta y cargo el exceso de precio que resulte de aumentar en un 75 por 100 el presupuesto general de las obras según proyecto técnico unido a la demanda y a otorgar la correspondiente escritura pública de transmisión» y a «indemnizar a los actores en los daños y perjuicios que se concreten en ejecución de sentencia». Según los estatutos de la entidad (art. 3.º), «el objetivo de la cooperativa es la promoción de viviendas para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados, pudiendo adquirir parcelas y urbanizar los inmuebles o terrenos necesarios para la construcción de las viviendas y sus edificaciones complementarias, así como locales de negocio, dentro de los límites autorizados por la legislación de viviendas de protección oficial, aunque no tengan esta condición las que se construyan, realizando los trabajos, obras y

servicios que para ello fuesen precisos incluso con la aportación del trabajo personal de sus asociados». La cooperativa y los socios interpelados comparecidos, mediante reconvencción al efecto, aumentaron el objeto del proceso reclamado a los actores el pago de 254.885,11 pesetas, deuda originada «por consecuencia de las prestaciones efectuadas por la cooperativa» «al día 31 de mayo de 1980» y el de otras 279.000 que es «la cantidad que les correspondió en el reparto» de un crédito con garantía hipotecaria concedido por la Caja de Ahorros a que se hace referencia, con más los intereses de esta suma. La Sentencia de la Audiencia, revocando parcialmente la del Juzgado, desestima la demanda en cuanto dirigida contra las personas de los socios y condena a la Cooperativa «a concluir las obras de construcción de la casa vivienda unifamiliar», «siendo el valor de la vivienda aquel que guarde una proporción con el valor según el proyecto y presupuesto» «igual a la que exista entre el total satisfecho por los demás socios y el presupuestado, sin que aquel precio de construcción de la vivienda unifamiliar pueda ser inferior al presupuestado incrementado en un 75 por 100, y a que otorgue a favor de los actores» «la correspondiente escritura de transmisión del dominio» y, finalmente, «a que indemnice a los actores los perjuicios sufridos por éstos por la demora en la terminación de la obra desde el 1 de enero de 1978 al de su entrega definitiva, lo que se determinará en ejecución de sentencia»; desestimándose la reconvencción.

Doctrina de la Sala.—Contra dicha sentencia la entidad demandada alza su recurso con un grupo de motivos amparados en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin discriminar si el error o errores padecidos por la sentencia es de hecho o de Derecho se señalan como sede «la misma redacción de la demanda», «la misma demanda deducida por la actora» (primero) y (segundo) el «libro de actas y documentos que obran en los autos», «la prueba de confesión judicial de los recurridos» y los «informes emitidos por la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja, obrantes en autos». Estos motivos deben ser enjuiciados antes que los que denuncian infracción de ley y han de ser desestimados por cuanto según reiterada doctrina de esta Sala los escritos expositivos, la prueba de confesión y los documentos que ya fueron examinados por el juzgador de la instancia no merecen la conceptualización de documentos auténticos, en el sentido y a los fines del antiguo número 7.º del artículo 1.692. Con toda evidencia carecen de ese carácter los escritos expositivos y el acta de la prueba de confesión; y, en cuanto a la prueba documental preciso de todo punto es señalar en cuál de los documentos aportados reside el error, sin que valga una generalizada referencia a la prueba documental. También es preciso señalar, cuando de un singular documento se trata, en qué sentido evidencia el error padecido; razón por la cual no es correcto procesalmente señalar el libro de actas de la entidad sin completar la invocación con la cita circunstanciada de las actas demostrativas y del modo como su contenido contradice las afirmaciones fácticas de la sentencia impugnada. No obstante la falta de esa indispensable referencia, examinado el libro de actas, no se juzga contrario al fallo impugnado el contenido de las actas que se refieren al conflicto entre la entidad y los demandantes.

Al amparo del número 1.º del mismo artículo 1.692 y en cinco motivos se alega la infracción, respectivamente, de los artículos 1.124 (1.º), 1.281,

1.285 y 1.289 (2.º), 1.256 y 1.278 en relación con los 1.091, 1.096, 1.110, 1.107, 1.108 y 1.113 (3.º), 1.125 en relación con los 1.254, 1.255 y 1.258 (4.º) y 1.214 (5.º), todos del Código Civil; y, en relación, al parecer, con dichos preceptos, se alega en otro apartado por infracciones de doctrina legal, la establecida en las Sentencias de esta Sala de 24 de noviembre de 1908, 22 de julio de 1911, 9 de julio y 24 de octubre de 1941, 11 de enero de 1949, 6 de julio de 1952; 11 de enero, 4 de febrero y 11 de marzo de 1959; 2 de enero y 28 de noviembre de 1961, 23 de noviembre de 1964, 21 y 23 de febrero de 1979. No es viable un recurso fundado en tan heterogéneo conjunto de preceptos; por mucho que se agilice el régimen de la casación, liberándolo de exigencias formales, y aun cuando con ese designio se abandone el antiguo o anterior a la reforma de 1984 bajo el cual fue formalizado el que aquí se resuelve y se replantee en el introducido en esa fecha, siempre será preciso, como exige el actual artículo 1.707, razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos, siendo manifiestamente insuficiente el reproducir los fundamentos de Derecho de la instancia y a su través convertir este extraordinario recurso en una tercera instancia.

RICARDO DE ANGEL.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: EL PLAZO SE COMPUTA DESDE LA ÚLTIMA ACEPTACION DE LOS ARBITROS, NO DESDE LA NOTIFICACION DE LA MISMA (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—El segundo motivo apoyado en el número 2 del indicado artículo 1.733 —haber dictado los árbitros el laudo arbitral fuera del plazo señalado en el compromiso— debe ser acogido, pues si, a tenor de la estipulación cuarta del compromiso, el plazo o término en que los árbitros han de pronunciar el laudo es el de tres meses a partir de la fecha de la última aceptación, si el último árbitro que aceptó el cargo lo realizó el día 19 de junio de 1984, y si el laudo fue protocolizado el 28 de marzo de 1985 —e incluso ratificado por el tercer árbitro el 11 de abril siguiente—, es manifiesto que entre ambas fechas mediaban nueve meses cumplidos, y que, por tanto, habían transcurrido con mucho exceso, no sólo los tres meses señalados en la indicada escritura de compromiso, sino también los cuatro meses fijados judicialmente; incumplimiento del requisito formal del tiempo en la emisión del laudo que lo vicia de nulidad en cuanto la consumación del plazo extingue los efectos del convenio y, en consecuencia, las atribuciones o potestades de los árbitros para proceder y a la composición del conflicto, decidiendo la controversia sometida a su fallo (Sentencias de 3 de julio de 1962, 7 de octubre de 1966, 20 de mayo de 1982, 2 de febrero de 1983, etc.), sin que, en consecuencia, tenga trascendencia la fecha en que se notificó a cada uno de los árbitros la aceptación de los otros, notificación no prevista en la Ley y que en modo alguno puede prevalecer respecto a la de la última aceptación, que según Sentencias de esta Sala de 12 de febrero de 1957, 21 de enero

de 1975, 15 de junio de 1979, 2 de febrero de 1983, 27 de febrero de 1985, etcétera, es la que inicia el cómputo del plazo, y respecto a la propia previsión de las partes, que como se ha dicho dispusieron el plazo de tres meses «a partir de la fecha de la última aceptación».

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: PRESENTADO FUERA DE PLAZO (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Carretero Pérez.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso de revisión tiene su base en el hecho de la presentación, en la diligencia de vista del recurso de apelación, de un documento bancario que contribuyó a formar la convicción del Tribunal y en el que constaba el pago de un cheque que rebajaba la cantidad pretendida por la actora, como precio de una compraventa.

El conocimiento del documento tuvo lugar, en todo caso, antes de la fecha de la sentencia, dictada en el mes de julio de 1985, por lo cual, por aplicación del artículo 1.798, en relación con los números 2.º y 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al presentarse el recurso en abril del año 1986, habían transcurrido más de los tres meses que la Ley establece para la presentación del recurso, a partir de la fecha del conocimiento del documento o posible maquinación fraudulenta, lo que hace inviabile el proceso de revisión, tal como dictamina el Ministerio Fiscal.

RICARDO DE ANGEL.

REPRESENTACION: NEGOCIO CONCLUIDO SIN PODER O CON EX-TRALIMITACION DEL MISMO. APORTACION DE SOLAR PARA QUE OTRO EDIFIQUE: NATURALEZA DE ESTE CONTRATO. SOLIDARIDAD SIN PACTO EXPRESO (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—Se desprenden de los Fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Juan Latour Brotóns.

Doctrina de la Sala.—Primero. 1. Como reiteradamente tiene declarado esta Sala, las condiciones del documento auténtico a que se refiere el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se reducen a que deba estar autorizado de manera que haga fe *por sí* y deba ser creído, sino que, además, es indispensable que el documento *muestre por sí mismo la equivocación evidente* del juzgador, precisándose así la llamada autenticidad jurídico-procesal. Consecuencia obligada de esta premisa es la tesis jurisprudencial que se viene manteniendo en el sentido de que carecen de autenticidad *los mismos* documentos ya analizados

en la instancia (Sentencias de 31 de enero, 22 de febrero y 31 de junio de 1985 y 6 de octubre de 1986).

Conforme a esta doctrina, carecen de autenticidad los documentos privados que se invocan, ya que fueron analizados e interpretados por el Tribunal de instancia y sirven de presupuesto al fallo, siquiera sea de advertir, saliendo al paso de la alegación contenida en el desarrollo del motivo del recurso en que se invoca el error de hecho, que la autenticidad no puede nunca reconocerse por el hecho de haber sido estudiados en la sentencia, sino que es, precisamente, el no haberlo tenido en cuenta el que da operatividad al documento, siempre y cuando reúna los requisitos formales y procesales de que ya se hizo mérito.

Segundo. 1. El otro motivo del recurso (primero en el orden de formulación, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 y en que se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.665 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de las sentencias que cita) requiere ciertas maticizaciones para su resolución.

2. La primera de ellas es la que viene postulando esta Sala en el sentido de que ha de prevalecer la interpretación efectuada por la de instancia, y respetadas sus conclusiones en la casación, a no ser que devengan ilógicas (Sentencias de 28 de febrero y 20 de marzo de 1986, por más recientes).

3. Que ya hay precedentes jurisprudenciales que se pronuncian en el sentido de que el negocio concluido sin poder de representación o con extralimitación de poder, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó; y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, pasando a ser un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para él (Sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 7 de julio de 1944), doctrina que es muy de tener en cuenta a la hora de valorar la venta del piso que se suscribió el 23 de agosto de 1968 por el señor G. M., atribuyéndose la representación de don Francisco J., siquiera sea de destacar que, posteriormente, éste otorgara los oportunos poderes a favor de aquél, aun cuando no estuviera comprendido el semi-sótano.

4. Al hilo de estas consideraciones, bueno será recordar que la atipicidad no siempre es absoluta, hasta tal punto de que resulta realmente extraño encontrar un negocio jurídico regulado hasta en los detalles más mínimos, como, en supuesto contrario, pensar que los contratantes tienen tanta imaginación como conocimientos jurídicos suficientes para crear un contrato válido carente de previsiones normativas absolutas.

Es, sin duda, en este orden de ideas, la que lleva a calificar el contrato de complejo y atípico cuando una de las partes aporta el solar en que la otra ha de construir un edificio para su venta futura de los diversos pisos que lo componen y a falta de una tipología específica la doctrina es proclive a asimilarlas a los contratos normativos, como así lo hizo la sentencia de instancia, al calificar el pacto como societario (artículo 1.665), pero con connotaciones tan específicas y cualificadas como son las de ser irregulares y privadas, en el sentido de que opera-

tividad era eficiente y verdadera entre ellos, manteniendo una serie de irregularidades en cuanto a terceros, con el fin de conseguir el título de promotor de viviendas y recibir el préstamo hipotecario para acabar el *intraneus* por purificar las enajenaciones y demás actuaciones administrativas mediante el otorgamiento de un poder, siquiera sea con el fin deliberado y «de no muy clara licitud, de soslayar el cumplimiento de obligaciones fiscales», como destaca la sentencia impugnada; pero sin que ello comporte una aplicación indebida del artículo 1.665 del Código Civil sustantivo, en tanto en cuanto su referencia es meramente analógica y no normativa del contrato atípico estipulado por las partes.

5. Finalmente, la solidaridad que la sentencia establece en el caso enjuiciado deviene entre los vendedores (quien lo hizo en nombre propio y a su vez en representación del otro, siquiera no tuviera poder en el momento del otorgamiento del contrato privado) deriva del imperativo del artículo 1.137 del Código Civil, como ya lo entendieron las Sentencias de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982 y 7 y 30 de abril de 1983 y ratifican las de 26 de abril de 1985 y 20 de octubre de 1986, ya que no es preciso para entender que existe una solidaridad que en el contrato se haga una expresión causal o literal en este sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico siguiendo las pautas de la *bona fides*, así la jurisprudencia de ir atenuando el rigor del último párrafo del 1.137, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación (Sentencias de 12 de noviembre de 1955, 2 de marzo de 1981, 14 de febrero y 7 de octubre de 1982 y 7 de abril de 1983).

RICARDO DE ANGEL

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ.

PRESTAMO HIPOTECARIO. VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL. EXENCIONES.—EL FACTOR TEMPORAL DETERMINANTE DE LA EXENCION ESTA EN FUNCION DE LA PETICION DEL CREDITO HIPOTECARIO Y NO DEL OTORGAMIENTO DEL PRESTAMO (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1987).

Hechos.—La Caja Postal de Ahorros concede a cierta entidad un préstamo para la construcción de viviendas de protección oficial, solicitado antes de obtenerse la calificación definitiva, pero formalizado notarialmente después.

Al presentarse en la Abogacía del Estado la escritura se solicita expresamente la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; no obstante ello, se gira liquidación, contra la cual se recurre, siendo desestimado el recurso tanto por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial como por el Central y la Sala de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

Interpuesta apelación ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Rafael de Mendizábal y Allende, se estima en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. Las exenciones, bonificaciones y reducciones constituyen, muchas veces, incentivos o estímulos cuya finalidad ostensible consiste en favorecer la actividad del sector al que afectan y en este caso a la construcción y acceso a la propiedad de viviendas. Por ello se encuadran dentro de la actividad administrativa de fomento, como una modalidad típica de signo positivo y contenido económico, en su cualidad de ventajas financieras y a cargo del erario público, que implican una ayuda indirecta al beneficiario mediante el abaratamiento del coste de producción o de los márgenes de comercialización en la misma medida en que se dejan de percibir determinados tributos o se devuelvan por el mecanismo de la desgravación. Así lo ha entendido explícitamente esta Sala en ocasiones anteriores para diferentes manifestaciones de estos beneficios fiscales (Sentencias de 19 y 23 de junio y 19 de septiembre de 1986). La naturaleza intrínseca y la función real de este instrumento de política económica son importantes para comprender y, en definitiva, interpretar las normas controvertidas. Aquí y ahora es el apartado número 63, contenido en la relación correlativa del párrafo 1.º, que encabeza el artículo 65 del Texto refundido regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, coincidente en este

aspecto con el hoy vigente (Real Decreto 3050/1980, de 30 de diciembre), según la fórmula más sintética recogida en el artículo 48, I, B), 16.

Segundo. Este beneficio tributario tiene su razón de ser en el grupo normativo referente a la construcción de viviendas de protección oficial, cuyo Texto refundido, desde esa perspectiva sectorial y dentro de un complejo esquema de estímulos, prometió que gozarían de exención total del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por las realizadas *inter vivos*, «los contratos de préstamo hipotecario que se soliciten antes de obtenerse la calificación definitiva de tales viviendas, cualquiera que fuese la fecha de la concesión». La norma tributaria antes reseñada, vigente en el momento de la producción del hecho imponible, transcribe literalmente esta fórmula.

Las reglas hermenéuticas contenidas en la Ley General Tributaria no son sino el reflejo en este campo de las comunes establecidas en el Código Civil, según refleja el artículo 23, donde aparece un reenvío explícito a los criterios admitidos en Derecho para la interpretación de las normas tributarias. En tal aspecto, advierte que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones (art. 24, 1). Se trata de una doble previsión con una estructura simétrica y un doble fundamento de signo opuesto para cada hipótesis. En efecto, las leyes fiscales han sido calificadas tradicionalmente como «odiosas» por implicar un gravamen, mientras que, por otra parte, los beneficios fiscales se configuran como privilegios que rompen o quebrantan el principio de igualdad ante las cargas públicas y generalidad de la imposición, consagrados en los artículos 14 y 31 de la Constitución. En consecuencia, su contenido y alcance han de ser obtenidos en función del sentido inmediato y usual de las palabras en las cuales se exteriorizan, perspectiva gramatical que es la primera fase, ineludible, de todo razonamiento jurídico.

Tercero. En esta línea de reflexiones, no parece ni siquiera discutible que el factor temporal determinante de la exención está en función de la petición del crédito hipotecario y no del otorgamiento del préstamo. Sería suficiente para llegar a esta solución aplicar en su significado estricto el verbo empleado —solicitar—, pero además la frase siguiente revela precisamente la indiferencia del momento de la concesión, con una redundancia en un plano abstracto muy útil, sin embargo, en el terreno práctico, según puede comprobarse en la presente ocasión. Tal planteamiento aparece reforzado, además, en el artículo 28 del mismo Texto refundido del impuesto, donde se advierte el carácter provisional de la exención así concedida que se entiende condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos para cada supuesto por las disposiciones reguladoras de tal tipo de viviendas.

En definitiva, resulta claro que la empresa promotora había ganado el derecho a tal beneficio tributario. En efecto, consiguió la cédula de calificación provisional de las viviendas en construcción el 19 de noviembre de 1973 y con ella solicitó el crédito hipotecario correspondiente en los primeros días de febrero de 1977, un mes antes de que le fuera expedida la cédula de calificación definitiva como viviendas de protección oficial. En tal secuencia cronológica de actuaciones, con el orden exigido por la norma donde se configura la exención, carece de trascendencia jurídica el dato de la formalización notarial del préstamo (29 de abril

siguiente), a la cual se niega explícitamente función alguna en el texto tantas veces analizado.

LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS.—SUSPENSION DE EJECUCION.—HA DE CONCEDERSE FORZOSAMENTE CON ARREGLO A LA NUEVA NORMATIVA CUANDO ASI SE SOLICITARE SIEMPRE QUE SE GARANTICE EL IMPORTE DE LA DEUDA TRIBUTARIA EN LA FORMA REGLAMENTARIAMENTE DISPUESTA (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1987).

La cuestión fáctica ahora debatida la resuelve el Tribunal Supremo en sentido análogo al de otras sentencias, como se pone de manifiesto al sentar ahora la siguiente:

Doctrina.—Nuevamente se plantea en el presente recurso la cuestión relativa a la aplicación, en la suspensión de los actos administrativos correspondientes a liquidaciones tributarias, de la nueva normativa contenida en el artículo 81 del vigente Reglamento del Procedimiento Económico-Administrativo, aprobado por Real Decreto de 20 de agosto de 1981, precepto por el que se desarrolla reglamentariamente la base 3.ª, a), de la Ley de 5 de julio de 1980 y el artículo 22 del Real Decreto de 12 de diciembre de 1980 y que alteró sustancialmente la anterior regulación que en cuanto a la suspensión de la ejecución en dicha vía se contenía en el artículo 83 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959. La cuestión precedentemente expuesta ha sido reiteradamente resuelta por esta Sala en numerosas sentencias, de las que a título de ejemplo se citan las de 27 de marzo, 6 de abril, 21 de mayo, 12 de junio y 30 de noviembre de 1984 y 4 de febrero, 28 de marzo y 29 de abril de 1985, en todas las cuales se aplica la nueva normativa, aunque se trate de reclamaciones económico-administrativas formuladas bajo la vigencia del Reglamento de 1959, en el que se concedían amplísimas facultades a los órganos que en la vía económico-administrativa debían resolver, para conceder o denegar la suspensión solicitada, mientras que en la nueva reglamentación se establece que tal suspensión habrá forzosamente de otorgarse cuando así se solicitare, siempre que se garantice el importe de la deuda tributaria en la forma reglamentariamente dispuesta. La razón de la aplicación de la nueva normativa, se fundamenta en lo previsto en la disposición transitoria primera del Reglamento de 1981, a tenor del cual las reclamaciones interpuestas con anterioridad al 1 de octubre de 1981, se tramitarían y resolverían con arreglo al Reglamento de 1959 en cuanto no se opongan al Real Decreto de 12 de diciembre de 1980, y de ello se infiere que la suspensión debería forzosamente concederse dada la evidente oposición de la normativa antigua con la establecida en la disposición general últimamente aludida, según expusimos precedentemente, todo ello, además, cuando debe de tenerse en cuenta que cualquier norma ha de ser interpretada actualizadora, conforme dispone al efecto el artículo 3.º del Código Civil y, por ello, a mayor abundamiento de lo antes expuesto, debe declararse conforme a derecho la conclusión establecida en la sentencia ahora apelada por el Letrado del Estado, que aplica con total corrección la doctrina que acabamos de exponer.

PERMUTA.—SE ENTIENDE QUE HAY PERMUTA, Y COMO TAL SE LIQUIDA, CUANDO AL TRANSMITIRSE UNOS TERRENOS EL TRANSMITENTE RECIBE COMO PARTE DEL PRECIO CIERTA PORCION DE TERRENO URBANIZADO Y EDIFICABLE (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1987).

Hechos.—Mediante contrato privado se vende una parcela de terreno de 12.000 metros cuadrados por el precio de 35.000.000 de pesetas; que los adquirentes se obligan a pagar una parte —20.000.000 de pesetas— en dinero efectivo y el resto mediante la entrega o transmisión a la vendedora de 1.000 metros cuadrados de terreno de la misma parcela, urbanizados y edificables.

Presentado el contrato a liquidación se giran las siguientes liquidaciones: dos a cargo de los adquirentes sobre las bases de 20.000.000 y 15.000.000 de pesetas, respectivamente, y una tercera a cargo del transmitente sobre la base de 15.000.000 de pesetas por el concepto de permuta, siendo esta última liquidación la que es objeto de recurso, alegando el recurrente que en el documento en cuestión sólo se pactó un contrato de compraventa, no existiendo en el mismo ninguna permuta, que fue, precisamente, el contrato que, recogido en la liquidación que ahora es objeto de recurso, determinó que la Administración Tributaria girase a la transmitente de la parcela dicha liquidación.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz Jarabo Ferrán, estima procedente la liquidación por el concepto de permuta, en base a la siguiente:

Doctrina.—Atendiendo a las recíprocas obligaciones de los contratantes, aparece como evidente que, además de una compraventa, referida a la parte de la parcela cuya propiedad enajenó por el precio de 20.000.000 de pesetas la anterior titular dominical de la misma, también se pactó una típica permuta de bienes inmuebles, según definición de dicho contrato contenida en el artículo 1.538 del Código Civil, ya que cada una de las partes allí contratantes se obligaba a dar una cosa para recibir otra, y ello es así, si se observa que en el referido documento privado la transmitente de la parcela de 12.000 metros cuadrados, a cambio de parte de la misma —que no estaba comprendida en lo que se vendía por 20.000.000 de pesetas— percibiría más adelante 1.000 metros cuadrados urbanizados y edificables, es decir, entregaba unos terrenos que no reunían los servicios urbanos necesarios para ser edificados, y como equivalente recibía otros terrenos que ya contaban con los servicios aludidos, valorándose en el precitado documento privado estos terrenos en 15.000.000 de pesetas. La evidencia de la calificación jurídica de las dos convenciones reflejadas en el documento determinante de la liquidación ahora cuestionada por la parte apelante, conduce a estimar que la permuta a que nos hemos referido, está sujeta al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, tal como al efecto establece el artículo 86, en relación con el 54, I, ambos del texto de dicho impuesto de 6 de abril de 1967, y dado que en el precepto primeramente citado se determina que en las permutas de bienes y derechos se satisfará el impuesto por cada transmisión, es decir, que cada permutante deberá pagar el impuesto que corresponda al valor que adquiera del otro, es por lo que procede declarar conforme a Derecho la liquidación que ahora se impugna por la parte

apelante. Este mismo criterio fue ya seguido en la Sentencia de esta Sala de 23 de abril de 1956, resolviendo en relación con un supuesto prácticamente idéntico al presente.

C. M. A.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

MEZQUITA DEL CACHO, J. L., y LÓPEZ MEDEL, J.: *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*. Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1986. Un tomo de 232 págs.

Es corriente que los papás, para mostrar lo 'listos' que son sus niños, les pregunten ante las amistades sobre lo que piensan ser cuando lleguen a mayores y, entonces, éstos salcn con que van a ser desde toreros hasta astronautas, sin que falte el «repelente niño Vicente» que asegure con toda seriedad que piensa ser diplomático o catedrático de geometría analítica, así, de golpe. La cosa ya no es tan de broma cuando se acaban los estudios medios y hay que decidirse por una Facultad universitaria concreta. Y es más seria aún cuando habiendo elegido, por ejemplo, Derecho, porque, según los avispados papás, «es la que tiene más salidas», se encuentra uno investido del flamante título de Licenciado y, de pronto, tiene que enfrentarse con el porvenir, preguntándose sin más dilaciones: *¿Y ahora, qué?*

La cuestión no es puramente anecdótica, aunque le hayamos pintado el lado cómico. Todos nos la planteamos en aquellos años mozos para nosotros y se nos vuelve a suscitar en estos años maduros para guiar a nuestros hijos. Conozco a varios profesionales juristas en quienes esta obra que comentamos ha despertado gran interés con sólo su anuncio. Y es también el caso del que escribe, cuyos dos hijos cursan ¡también! la carrera de Derecho; estos estudios que no sólo han de servirles para vivir, sino que han de gustarles plenamente por vocación.

Vocación. Esta es la palabra justa y el vértice en que han centrado los autores este libro de orientación profesional, acertando plenamente en el propósito de formar e informar que, además, ha sido cuidadosamente editado y presentado. Los destinatarios del libro son los estudiantes de Derecho que piensan orientarse hacia la Notaría o el Registro de la Propiedad; son esos futuros opositores sobre los que a veces se habla, aunque sin calar demasiado en sus sacrificios y en sus indudables méritos. Son años de encierro y esfuerzos denodados, en los que no sólo se empeñan ellos, sino también las personas de su entorno inmediato, como las familias y... sobre todo, las novias, esas magníficas e inigualables novias de opositores que esperan y esperan llenas de fe, cubriendo las necesarias ausencias con un desprendimiento impagable y hermosísimo.

Nuestras oposiciones son duras, durísimas, pero no por ello hay que rechazarlas. Al revés, son el único medio imparcial para seleccionar a los mejores, con rigurosos criterios objetivos, como está mandado. Hay que vivirlas para saber lo que suponen; pero ¡éramos jóvenes! Y con esa

juventud y una vida por delante llena de ilusiones, arrasábamos con todo, hasta superar las pruebas.

Fruto de esa preparación contrastada será después una madurez profesional al servicio de la sociedad proporcionando la deseable seguridad jurídica. Porque la paz social que se sustenta en la aplicación no contenciosa del Derecho es, como se sabe, el ámbito normal de la Notaría y el Registro. Al contribuir al bien común y la utilidad de la sociedad, no sólo se aumenta la seguridad, reduciendo la conflictividad, sino que además se sientan las bases suficientes para servir de cauce a las nuevas directrices funcionales de la propiedad y a los planteamientos sociales de la época. Ahí están las mejoras estructurales logradas tanto en el suelo rústico como en el urbanismo y la vivienda, campos en los que los Notarios y Registradores colaboran decisivamente, contribuyendo a la vez en el desarrollo de la economía nacional. Ambos profesionales, al aplicar las normas del Derecho de acuerdo con la realidad de nuestros tiempos, dan vida al indudable contenido social de las instituciones a las que sirven y con ello consolidan ante la sociedad el prestigio que claramente ganaron los ilustres compañeros que les han precedido.

El libro se ha escrito por nuestros compañeros MEZQUITA DEL CACHO y LÓPEZ MEDEL, ambos queridos amigos, pero intentaré ser imparcial y escueto en el comentario, dentro de lo que cabe, pues no es fácil desprenderse de la natural parcialidad. El caso es que el libro es muy bueno y, por ello, bastará con que me ciña a dar noticia de su contenido.

La *introducción*, que corre a cargo de LÓPEZ MEDEL, trata del Derecho como tema de estudio, empezando por su concepto, según los diversos puntos de mira, para seguir su examen como fenómeno cultural, histórico y moral y contemplándolo igualmente como expresión de poder y de realización de la libertad o dignidad de la persona, todo lo cual se refleja en las garantías individuales que se obtienen por los instrumentos técnicos que conforman la Ciencia del Derecho. Esta Ciencia se inicia en la Universidad, al estudiar la carrera, donde se descubren sus conexiones interdisciplinarias; el Derecho no es un fenómeno aislado, sino que, al referirse al hombre, ha de contar con todas las manifestaciones humanas.

La vocación o aptitud para el Notariado o los Registros, nos dice, tiene su semilla a lo largo de la carrera, aunque una buena formación de juristas no debe excluir ninguna de las áreas. A partir del cuarto o quinto curso es cuando el estudiante debe tomar conciencia de una orientación. Como factor indicativo se puede decir que, en principio, las Notarías y los Registros parecen estar en línea con las actividades jurídicas en las que predomina el Derecho privado, aunque cada vez se impregna más éste de tintes públicos; en realidad, la fe pública notarial-registral, como exteriorización de actos y negocios jurídicos, tiende a presentar como público aquello que arranca de unas voluntades jurídicas privadas; a veces, por el contrario, actuaciones públicas o administrativas recurren a formas notariales o registrales.

La *seguridad jurídica*, como objetivo medular de los sistemas notarial y registral, es objeto de estudio, en el capítulo II, por MEZQUITA DEL CACHO. Empieza con las nociones preliminares de Sociedad y Derecho, como dos realidades que se sustentan de modo mutuo e imprescindible: el Derecho no puede existir sin sociedad a la que aplicarse y no se concibe grupo humano organizado si no hay normas que regulen su compor-

tamiento. La Justicia, según MEZQUITA, no es un valor absoluto, sino cambiante según las épocas, distintas culturas y concepciones morales, económicas y políticas; es una opinión, por cierto, contraria a la que nos enseñaba el Profesor FEDERICO DE CASTRO, de una Justicia iusnaturalista y estable. El autor sigue diciendo que el Derecho y la seguridad jurídica se generan y autopotencian en el ámbito de la organización política, cuyo eje central es el Estado de Derecho. Repasa a continuación las distintas acepciones posibles del Derecho, como objetivo y subjetivo y en las esferas pública y privada y, dentro de esta última, la seguridad estática y la dinámica; son conceptos conocidos, que no vamos a repetir, pero sí señalar que el autor las expone con gran tino, extendiéndose especialmente en sus enfoques de protección y prevención.

La *función notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada*. Se estudia, también por MEZQUITA, en el capítulo III, diciéndonos que en los distintos sistemas del Derecho comparado se admiten o no que existan funciones extrajudiciales, al lado del poder judicial, que atiendan a la prevención de la seguridad jurídica en el orden privado.

Entrando ya en la función notarial, distingue los sistemas sajones y latinos y estudia los factores que determinaron el nacimiento del Notariado. Fue el Derecho canónico el primero que atribuyó a un funcionario la fe pública para atestiguar los hechos en los procesos de beatificación y canonización; después se extendió esta fe a actos relativos a relaciones jurídicas privadas y patrimoniales. Para llegar a la institucionalización del Notariado civil hubieron de sobrevivir diversas circunstancias socio-políticas y culturales, relacionadas con las distintas concepciones que del poder judicial, del Derecho y del ordenamiento jurídico en general se tienen en Inglaterra y el Continente; el autor las estudia, explicando el panorama actual de los sistemas en el Derecho comparado.

La función notarial no se ciñe tan sólo a la redacción del documento, sino que tiene, además, un importante campo extradocumental. Dentro de este ámbito, el Notario tiene una actuación evidente de asistencia y consejo, promocionando el equilibrio contractual, la realidad objetiva y la forma que ha de darse al futuro documento

Pero el epicentro y la función típica que caracteriza al Notariado está en el documento en sí y sus efectos. Aquí hace MEZQUITA una detallada exposición del tema, contemplando el sistema romano de forma *ad probationem*, el germánico que la considera constitutiva o *ad solemnitatem* y, por último, la forma como representativa de los derechos, los que se materializan o incorporan al documento para facilitar su tráfico o circulación. Como efectos sustantivos del documento notarial, el autor señala los siguientes: la tradición (art. 1.462, 2, CC), la legalidad formal, el efecto subrogatorio en el pago en favor de terceros, el prelativo en caso de varios actos, el de oponibilidad o inoponibilidad según sea publicidad positiva o negativa, y, por último, las funciones formales que pueden ser constitutivas en varios casos por imperativo legal. Como efectos procesales, se estudian los que puede producir el documento notarial, sean perentorios, ejecutivos o probatorios.

La *institución registral* en la prevención y realización de la seguridad jurídica privada se contempla en el capítulo IV de este libro. Su autor, LÓPEZ MEDEL, recoge la idea configurada en el último Congreso Internacional de Derecho Registral de que los Registros de Bienes constituyen

una institución organizada por los Estados, a cargo y bajo la responsabilidad de los Registradores, profesionales con título jurídico universitario y con especialización acreditada, para consolidar la seguridad jurídica y el cumplimiento que tiene la función social de la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo de los pueblos.

La decantación de la figura del Registrador se ha venido produciendo en la Historia a medida de la propia decantación de la propiedad misma, su consideración profesional, como la evolución de la Sociedad y el Estado y la dinámica y desarrollo de las instituciones jurídicas. Partiendo de esto, JESÚS LÓPEZ MEDEL esboza los antecedentes y la evolución hasta desembocar en los actuales sistemas registrales más característicos y que todos conocemos por haberlos estudiado repetidamente. Como es natural, se detiene en la evolución y desarrollo del sistema español y las líneas que lo caracterizan, reflejadas en los llamados «principios hipotecarios», fijados como nadie por el mítico don JERÓNIMO GONZÁLEZ; así estudia la rogación, la prioridad, la especialidad, el tracto sucesivo y los dos principios de la legitimación y la fe pública registral, compendio y base de la seguridad jurídica inmobiliaria que proporcionan nuestros asientos registrales.

La función calificadora, dice acertadamente LÓPEZ MEDEL, es algo más que un principio; es el núcleo sustancial en el que convergen los demás y la fuente principal de la verdadera naturaleza de la función registral, ya que otorga o deniega los efectos de la publicidad a los actos jurídicos que se someten a su examen. Es una función pública paralela o complementaria, pero distinta de la notarial. Notarios y Registradores son hermanos gemelos en el tronco común de la garantía y la seguridad jurídica. No hay yuxtaposición ni duplicidad; realmente hay dos fases: en la primera, notarial, se conforma la voluntad creadora de derecho; en la segunda, registral, con la calificación y la inscripción en los libros, se publica y exterioriza respecto de terceros dicho acto o negocio jurídico, revistiéndolo de seguridad.

La naturaleza jurídica de la calificación registral ha sido muy estudiada y el autor recoge las diversas opiniones, concluyendo que es distinta de una pura función administrativa o judicial, ya que es típica y cualificada. El examen del Registrador alcanza a la capacidad de los otorgantes, la validez intrínseca de los acuerdos y la forma de los documentos (scan éstos notariales, judiciales o administrativos), habiendo de mirarse también la concordancia del acto realizado con los libros de Registro. Una vez superado el examen, se produce el asiento correspondiente; en otro caso, se suspende o deniega.

Según esto, LÓPEZ MEDEL considera que los Registros de la Propiedad constituyen una tabla declarativa de derechos subjetivos con trascendencia inmobiliaria previamente homologados en el juego pacífico de la libertad jurídica, que opera sobre la propiedad, su sentido social y que a su vez posibilita el crédito, la normalización del tráfico jurídico, como institución de publicidad y seguridad jurídica, fuente de credibilidad y confianza, con cuya verificación y función social se realiza una forma especial de justicia social.

El capítulo concluye con el estudio de los instrumentos funcionales y técnicos de calificación y la noticia de los otros Registros a cargo de los mismos profesionales, como son el Registro Mercantil, el de Hipoteca

Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento y el de Ventas a Plazos de bienes muebles.

En el V, y último capítulo, ambos autores abordan el tema del *Notariado y el Registro como carreras*, empezando por clasificarlas como «profesiones públicas», tal como las contempla la Ley General Tributaria de 1984. Con esto se aclara definitivamente que son públicas las funciones mediante las cuales es cubierto un servicio público de interés social el de la prevención de la seguridad jurídica privada; pero que la prestación de tales funciones y servicios es llevada a cabo mediante una estructura u organización profesional y no funcionarial. Funciones y servicios son, pues, públicos; la estructura de servicios es profesional. El sistema no sólo es original, sino que su contraste con la experiencia lo ha revelado como sumamente operativo y ventajoso.

Por otra parte, nos dicen los autores, desde el punto de vista de las garantías del ciudadano, el resultado es óptimo, pues en el control y estímulo de la función y del servicio confluyen tres estructuras: la judicial, que siempre puede revisar sus resultados; la gubernativa, que interviene en la organización del servicio y en su revisión administrativa, y la colegial-profesional, que además de cooperar con esta intervención gubernativa ejerce un control disciplinario y deontológico.

El acceso a las carreras del Notariado y los Registros tiene lugar exclusivamente mediante oposición libre. Las oposiciones de una y otra carrera tienen una meritoria tradición de objetividad. No existe espíritu de cuerpo mal entendido y es constante la renovación de integrantes de las más diversas procedencias familiares, tanto en lo social como en lo profesional. Por lo demás, la composición de los Tribunales sitúa en minoría a los miembros de los Cuerpos. La dificultad intrínseca de alcanzar un dominio de los cuestionarios es cierta y no puede ser ocultada; sin embargo, esta dificultad objetiva opera como elemento selectivo, reduciendo la concurrencia real y la pura aleatoriedad. La repetida dificultad intrínseca no deriva tanto de la extensión de los cuestionarios como de la tradición y rigor y precisión que los Tribunales exigen para demostrar el dominio de sus contenidos.

El libro detalla a continuación a grandes trazos el contenido de los programas y el modo de realizar los ejercicios, con informaciones prácticas de gran valor para quienes piensan seguir estas carreras, y después se explican las distintas vías de progreso a lo largo de ambas profesiones, acabando con unos valiosos datos estadísticos que dan idea de los opositores que se han presentado en los diez últimos años y de los resultados de las distintas convocatorias.

La obra tiene, como hemos visto, dos partes diferenciadas: la primera es «teórica» y de elevado nivel doctrinal y la segunda es práctica y más informativa. El conjunto resulta armónico y completo, por lo que felicitamos a nuestros compañeros, los autores. Constituye realmente una verdadera orientación para quienes deseen ingresar —por vocación— en estas carreras. A éstos hemos de decir que el atractivo e indudable prestigio de la Notaría y el Registro corre paralelo con la dificultad y el sacrificio enorme que supone el ingreso. Echando mano del refranero: el que algo quiere, algo le cuesta; y el que avisa no es traidor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

GAMBINO, Agostino: *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle SpA*. Milán, 1987. Giuffrè.

Las legislaciones continentales regulan, por lo general, los supuestos de conflicto de intereses entre socios o administradores y la sociedad. En Italia lo efectúa el artículo 2.373 del Código Civil, ampliamente comentado por la doctrina que, entre otros extremos, apunta a su ambigüedad. Es difícil aceptar que la determinación de lo que sean intereses sociales pueda quedar sujeto al arbitrio de un Juez, extraño a la sociedad. Y hasta MINERVINI ha indicado las nefastas consecuencias de esta forma de valorar intereses, incompatible con la autonomía societaria y su política, que puede conducir al absurdo, aparte de que aunque la valoración deba ser objetiva difícilmente puede ser abstracta: las circunstancias del caso concreto deben ocupar una posición primordial.

Pero, con independencia de tal conflicto, el principio mayoritario permite que en ocasiones no se dañen los intereses de la sociedad y determinados grupos de socios obtengan ciertas ventajas que, normalmente, perjudican a otros grupos de socios, los minoritarios preferentemente. Se señalan algunos ejemplos:

- Aumento innecesario de capital, agravado en ocasiones con una operación acordeón o con una aportación *in natura*, con la única finalidad de reforzar el grupo mayoritario, aun con el ingreso de socios afines, y en detrimento de las minorías que se ven obligadas a desembolsos o no disfrutan del derecho de suscripción proporcional.
- Disolución anticipada de la sociedad, con el fin de favorecer a una empresa concurrente en la que participa el grupo mayoritario.
- Cambio de objeto social que más que al poco atractivo derecho de separación invita a la cesión de acciones a precio moderado.
- Política exagerada de autofinanciamiento, acumulando la totalidad o gran parte de los beneficios a reservas, de forma que los que no perciben retribución alguna en concepto de administradores acaban también enajenando sus acciones por valor inferior al real.
- Fusión con otra u otras sociedades en las que participe la mayoría de forma que su posición quede altamente favorecida.
- La Casación francesa ha anulado acuerdos de una Junta legalmente convocada, pero en la que no todos los socios habían sido además convocados por carta, como venía efectuándose, por lo que un grupo importante de ellos no participó en la misma en la que se adoptaron trascendentes acuerdos.
- Juntas en las que el Presidente impide el ejercicio del derecho de opinión, o lo limita considerablemente, de forma que el accionista queda privado de dar a conocer a los demás sus argumentos y criterios.

Normalmente se habla de mayoría depredadora y minoría oprimida o desarmada y aunque ello pueda ser cierto en muchas ocasiones, también lo es que pueden darse abusos de la minoría dadas las garantías de legalidad formal, al imponer determinados quórumos no alcanzables sin la anuencia de la minoría que puede prestar su asenso a base de alcanzar ventajas desproporcionadas a su riesgo económico.

En Francia la jurisprudencia ha reconocido varios casos de nulidad por «abuso de poder» en daño de la minoría. Tal «abuso» es concepto que procede del derecho de propiedad donde se concreta en los actos de emulación, que implican siempre *intention de nuire*. En el campo de las sociedades tal concepto adquiere una fisonomía diversa, ya que en muchas ocasiones lo que se intenta es la obtención de ventajas sin que la intención de dañar adquiera un papel fundamental, pues puede o jugar un *rol secundario* o simplemente no existir.

En Alemania, durante la República de Weimar, se acudió a las buenas costumbres, *guten Sitten*, que, a diferencia de la buena fe (*Treu und Glauben*), constituyen una noción ético-social de límites amplios. Pero posteriormente el deber de fidelidad quedó enaltecido y su violación se elevó a la categoría de *Missbrauch*, sancionándose con nulidad los acuerdos en los que se intentara conseguir una finalidad particular en perjuicio de los deberes ajenos a la condición de socio. Aunque formulada en la *Actiengesetz* de 1937, tal norma fue reiterada en 1965, aunque suprimiendo de su enunciado el característico adverbio de *vorsätzlich*.

La jurisprudencia inglesa, con su específico instrumental técnico-jurídico, llega a conclusiones parecidas al considerar ilegítimos los acuerdos adoptados con *fraud of minority*, aunque es de advertir que su legislación permite, a petición de nueve décimos del capital social, que se imponga a la minoría la venta de sus acciones a la mayoría. Es la *expropriation of others members property*.

En Italia doctrina y jurisprudencia empezaron a hablar del abuso de poder, pero acabó prefiriendo la terminología y concepto del «exceso de poder» procedente del Derecho público y la perspectiva institucionalista de la sociedad en la que el interés de ésta, sea persona jurídica o comunidad de socios *uti universi*, es de índole objetiva y superior al de los particulares. Sus consecuencias no distan de las del abuso y el tratamiento tampoco encaja demasiado. En el fondo se encuentra siempre una noción de carácter sociológico, el deseo de que las relaciones internas se desenvuelvan dentro de los límites procesales, conforme a un espíritu de lealtad y corrección.

La «buena fe», concepto que aparece repetidamente en el Código Civil italiano, en especial referido a la dinámica y ejecución del contrato, ha sido trasladado al derecho de sociedades por la doctrina. FERRARA ha hablado de él en relación al derecho de voto; JAEGER lo coordina con el principio general de colaboración que corresponde a todos los socios. Pero gran parte de la doctrina, aun desde las perspectivas contractualistas de la sociedad, se inclina por reputar que el ejercicio del derecho de voto es inasimilable a la ejecución contractual. GAMBINO se apunta decididamente a esta conclusión.

Nuestro autor, después de referirse a la corrección de que habla el Código italiano (1.175 y 2.598), señala que los principios de colaboración y solidaridad se encuentran immanentes en el Código que carece del espíritu liberal de la legislación del siglo XIX, dadas las circunstancias políticas en las que fue promulgado. Pero la Constitución vigente insiste y profundiza en la propia perspectiva, en especial en su artículo 2, considerando clave, en el que se declara que el ejercicio de los derechos está ligado al cumplimiento de los deberes de solidaridad política, económica y social. Sobre tales bases construye una tesis general del principio de corrección que considera íntimamente relacionado con el «cómo» de la

ejecución o prestación, coincidente con el de buena fe fragmentariamente. La corrección tiene una función integrativa, opera sólo a los fines de cumplimiento de una relación cuyos elementos están ya determinados a diferencia de la equidad, a la que en ocasiones se ha acudido, pues ésta representa un juicio que exige una plena valoración de todos los elementos de un conflicto que va a solventarse, determinando obligaciones fundamentales. ΡΟΔΟΤÁ, en relación al citado artículo 1.175, que impone a las partes el deber de portarse según las reglas de la corrección, estima que en el mismo pueden apreciarse indicios de una implícita alusión a la solidaridad colectiva que GAMBINO traduce por cánones impuestos por la costumbre, variable según las circunstancias históricas, tiempo y lugar, expresados en modalidades de conducta que, aunque más incisivos, son de menor amplitud que los correspondientes a la buena fe.

Sobre las bases del principio de la corrección, que crea a partir del espíritu de la normativa italiana que sobrepasa al exterior a través de diversas disposiciones de índole fragmentaria, GAMBINO nos ofrece, a través de un alambicado y sutil análisis, dotado de valiosísima bibliografía, un instrumento más social que jurídico para solventar los problemas enunciados inicialmente y otros de naturaleza próxima. En sus páginas, repletas de interesantes *excursus* al mundo de los conceptos, se examinan temas tan interesantes como lo que sea el interés privado, la ventaja particular o *Sondervortile*, el interés general de la sociedad o mínimo denominador común que une a los socios desde el nacimiento hasta la extinción del ente social: el discutible *rol* del Juez; las tesis que identifican el interés social con el empresarial; el derecho al dividendo; las funciones del presidente de la junta y otras muchas. Y concluye con otro tema, ya analizado por CHIOMENTI, MAISANO, FERRI, COPPENS, entre otros, si la aplicación de tal principio da lugar a la nulidad con simple indemnización de daños o implica el deber de rectificar el acuerdo.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

Le contrat aujourd'hui: Comparaisons franco anglaises. Recopilación de conferencias y debates dirigida por DENIS TALLON y DONALD HARRIS. París, «Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence», 1987.

El «Institut de Recherches Juridiques Comparatives», con sede en Ivry, y el «Centre for Social-Legal Studies», de Oxford, ofrecen a los amantes del Derecho, sean especulativos o pragmáticos, un exquisito producto de sus laboratorios centrado en la evolución del contrato en los sistemas continental y anglosajón, concretado en los Derechos francés e inglés, tan diferentes aparentemente, pero que por hallarse ubicados en zonas del planeta en los que la civilización es común, esencialmente, se aproximan en perspectivas y conclusiones a pesar de su técnica; y aún son paralelas las fases de su evolución que transitan desde las concepciones individualistas hasta otras más objetivas y plurales.

Para el examen del tema con profundidad y minuciosamente se procedió a designar por cada una de las partes un equipo de juristas bi-

lingues y versados en abordar las diversas facetas de la materia y aún a cada equipo le fueron agregados especialistas en materias con él relacionadas, como son sociología jurídica o Derecho administrativo, responsabilidad civil... El esquema comprendía ocho conferencias la primera de las cuales se dedicó a la preparación del programa, quedando reservada la última para conclusiones. Para las otras seis se concretaron diversos temas, aunque la sexta se designó para uno de aplicación práctica: se barajaron los contratos por correspondencia, los de agencias de viaje y otros, pero resultó seleccionado el llamado de concesión de venta de automóviles cuyos complejos elementos se desenvuelven en diversos niveles, desde el fabricante hasta el agente de ventas al cliente.

Elaborado el programa, se diseñó un alambicado procedimiento para cubrir el objetivo que se desarrolló a lo largo de tres años durante los cuales se celebraron alternativamente las conferencias en Ivry y Oxford: un ponente de cada grupo preparaba la conferencia, en proyecto, y su texto era remitido a todos los miembros de ambos equipos, los cuales, en un plazo de quince días, podían formular sus observaciones por escrito al futuro conferenciante, quien podía aceptarlas o no al redactar el texto definitivo. En la fecha señalada los ponentes dictaban sus conferencias —que la obra recoge íntegramente, con sus notas y bibliografía particular— y a ellas seguían debates que, dado el procedimiento adoptado, resultaban de considerable interés. La preparación y depuración mostraban sus frutos. La obra que recensionamos los recoge en forma resumida, pero son altamente aleccionadores.

Este volumen se inicia con unas notas introductorias de entre las cuales descuellan unas breves páginas explicativas de las nociones fundamentales del Derecho inglés, en especial de la relación entre «Contract», «Bargain» y «Business». El primer capítulo está dedicado a la *fuera obligatoria del contrato*, comprendiendo, como los cuatro siguientes, conferencias y debate. En el mismo el francés GEORGES ROHUETTE analiza lo que sea autonomía de la voluntad, expresión que no aparece hasta fines del siglo XIX, discutiéndose si es o no una transferencia terminológica procedente de los esquemas éticos de KANT; lo que sea libertad, lo que representa el formalismo, la sanción legal y conceptos con ellos relacionados, así como la confusión montada sobre todo ello que ensombrece, haciendo infecunda la explicación teórica del contrato. El *Rapport* de P. S. ATIYAH detalla lo que sea *accord*, *consideration*, *estoppel* y se hace atractivo al exponer las recientes tesis de FULLER, verdaderamente revolucionarias en el campo anglosajón, que han pasado a un primer plano en su dogmática, sustituyendo a las clásicas cuyo origen se cree remonta a los orígenes de la industrialización y su consolidación se consagra hacia 1880 al tener la recepción de las ideas sociales.

El capítulo II contiene las ponencias y subsiguiente discusión sobre el tema «Los dominios del contrato», corriendo a cargo de CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI la parte francesa y asumiendo BERNARD RUDDEN la inglesa. Además del creciente intervencionismo del Estado se analizan desde diversos ángulos, en ocasiones originalísimos, en su intento de precisar fronteras, el cuasi-contrato, el simple hecho jurídico, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, las situaciones pre y post-contractuales, los actos abstractos, los reflejados al campo del honor y los de los servicios gratuitos, con algún efecto jurídico, o tipos específicos como el *trust*, la

transacción o el arbitraje. Hay apuntes curiosos, como la inexistencia en Inglaterra de los contratos unilaterales y los administrativos se encuentran configurados en forma muy amplia, aunque es difícil poder hablar de tal derecho en Gran Bretaña. La materia, sumamente extensa, es tratada con exquisito primor.

El deber de información, que elimina el evidente desequilibrio en los contratos entre profesional y profano y que en ciertos Estados ha alcanzado un importante desenvolvimiento, es la materia a que se contrae el capítulo III, corriendo a cargo de JACQUES GHESTIN la visión francesa, el cual señala el papel primordial que en ella asume la jurisprudencia de su país en el que sólo alguna ley, como la Quilliot, la introduce en forma específica, en tal caso para los arrendamientos urbanos. En Inglaterra, informa BARRY NICHOLAS, reinaba el clásico principio del *caveat emptor*, pero los Tribunales han mitigado considerablemente sus consecuencias al aceptar cláusulas implícitas, interpretaciones extensivas y, sobre todo, el juego de la buena fe, el *fair dealing*, que, a diferencia de las posturas continentales, no se limita a la ejecución del contrato, sino que alcanza a su formación. A partir de la *Consumer Credit Act* de 1974, son numerosas las disposiciones que la imponen en campos concretos, en ruta hacia una regulación de la información en forma más general.

Las incidencias de los cambios de circunstancias en los contratos de prolongada duración, tema inevitable, es el propio del capítulo IV, corriendo a cargo de I. DE LAMBERTIERE y el inglés JACQUES BELL las conferencias. En Francia, con precedentes del Derecho administrativo, la jurisprudencia moderna acepta, acomodándose a determinadas características, amplias modalidades de indexación y otras estipulaciones preventivas e interpretaciones que facilitan la subsistencia contractual o evitan injusticias notorias, habiendo sido objeto de alguna regulación por la Ley. En Inglaterra, donde ello no ha tenido lugar, la doctrina de la *frustration*, creación jurisprudencial, junto con las cláusulas implícitas y otros recursos han impedido, prácticamente, la aparición de problemas en esta esfera. No es posible entrar en detalles y por ello nos limitamos a indicar que el debate subsiguiente es vivo y atractivo: se discute el papel del Juez, la llamada *economic duress* que intenta eliminar las consecuencias de la prepotencia de una de las partes al tener lugar la renegociación, los *sunk costs*, inversiones irreversibles e indispensables para continuar adecuadamente la producción que ha de permitir la subsistencia del contrato en su nueva versión; el llamado «contrato relacional», las tesis de CENTO VELJANOVSKI y de WILLIAMSON y otros novedosos extremos, algunos todavía inmaduros.

DENS TALLON y A. OGUS tratan, en el capítulo V, de lo relativo a *Los remedios* en los casos de incumplimiento. Es materia dispersa en varias instituciones en ambos derechos, con notables diferencias terminológicas, algunas de sabor farmacéutico. Pero las conclusiones son paralelas. En Francia se oscila entre la ejecución *in natura*, posible en ciertos casos, con la ejecución a expensas del deudor. Reaparece una vieja y eficaz institución, la *astreinte*: el Juez impone una sanción por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación prometida; debe diferenciarse netamente de las indemnizaciones y los intereses moratorios, como se ha efectuado indebidamente, pues es una simple coacción. En el Derecho inglés tenemos la *rescission for breach*, que supone una inexecución de

carácter grave en la que la jurisprudencia acepta muchas excepciones, pero no en lo relativo a plazos, donde adquiere mayor severidad, pues *time is of the essence*.

El capítulo VI, como se ha dicho, ofrece una detallada exposición de un complejo contractual apenas regulado por legislación alguna, dejado al arbitrio de las partes que la práctica ha uniformado casi totalmente, pese a su extensa y delicada técnica jurídica. Su examen corre a cargo del francés SAYAG y los ingleses BEALE, HARRIS y SHARPE. Hay abundantes referencias al Tratado de Roma y a las orientaciones de la CEE.

La última parte del volumen examinado contiene las «Observaciones finales». Se anotan, como puntos destacables, el diferente dominio del contrato en cada uno de los Derechos comparados; la superación, en Inglaterra, del concepto clásico del *bargain* y su desplazamiento por la *reliance*. Son de notoria importancia, por sus consecuencias prácticas, los diversos funcionamientos de la Administración de Justicia; en Inglaterra es sumamente cara, aunque el papel del Juez es importante y su instrumental para complementar el contrato y hacerlo eficaz es mucho mayor que los que se hallan a disposición de la justicia francesa más fácil y asequible, aunque la actividad judicial se impone en zonas que en Inglaterra quedan reservadas primordialmente a la iniciativa de las partes.

Pero aunque las opiniones en el interior de los equipos no son precisamente unánimes y las divergencias entre ellos abundan, como lo prueban la cantidad y calidad de los debates, la labor comparatista ha sido ejemplar y la conclusión satisfactoria: aunque el Derecho francés está basado en el conceptualismo y el inglés en el pragmatismo, las consideraciones morales, sociales y económicas son tan similares que sin temor puede afirmarse que las conclusiones jurídicas y las consecuencias sociológicas superan sin el menor trauma la diversidad instrumental, profunda, y las superficiales diferencias de vida social.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

Universidad de Extremadura. Departamento de Derecho Civil. *Actas del I Congreso Internacional de Derecho Agrario en Extremadura*. Diputación Provincial de Badajoz, 1987. Un tomo de 425 págs.

Las cosas de palacio van despacio, que dice un refrán. Pero también hay otro que sentencia que nunca es tarde si la dicha es buena. Ya casi se nos había olvidado la celebración de este Congreso que tuvo lugar en Cáceres del 7 al 10 de noviembre de 1983, con notable éxito de asistencia y gran altura científica, como vamos a ver. Para aquella naciente Facultad de Derecho era su primer contacto con los juristas agrarios más acreditados de varios países y la verdad es que el resultado respondió a los esfuerzos desplegados, constituyendo un espaldarazo rotundo del que hubieron de quedar satisfechos sus organizadores.

Faltaba algo importante, y era la publicación de los trabajos aportados para que los pudieran conocer quienes no asistieron personalmente a sus sesiones. Ahora mi amigo ENRIQUE MORENO DE ACEVEDO, Profesor de aque-

lla Facultad, que trabajó enormemente en el Congreso, me manda este libro con un «¡por fin!» que es todo un poema por la meta conseguida y que agradezco muy de verdad.

Supone rememorar, casi cinco años después, aquellos gratos días vividos en Cáceres, donde nos colmaron de atenciones; allí estuvimos rodeados de amigos y compañeros que trabajamos en la misma idea, la de cooperar algo en favor de este tema apasionante que es la agricultura. Cuando uno llega a ciertas edades cinco años son un mundo y piensa, indefectiblemente, que entonces era uno más joven, por no decir menos viejo, y las reminiscencias son inevitables.

Recuerdo que al recibir la invitación preparé una comunicación sobre las fincas mejorables y los arrendamientos rústicos, uno de los temas de estudio, centrándola en la publicidad registral de ambas figuras, en consideración a la importancia que tienen los asientos registrales para la protección del interés social y el de los particulares. Con esto ya consideraba cumplido mi compromiso respecto a los amigos que me invitaron cuando, sin esperarlo, se me vino encima una tarea mucho más importante y hasta sobrecogedora. El caso fue que el gran maestro agrarista, Registrador de la Propiedad y buen amigo ALEJO LEAL, que estaba encargado de la ponencia del tema sobre la división de los dominios y otras especialidades de los derechos reales en la agricultura extremeña, se encontraba enfermo y me llamó, requiriéndome para que le supliese en la redacción y exposición del tema. Aquello, al pronto, me pareció superior a mis fuerzas; pero la amistad me obligaba, recogí los materiales que me daba ALEJO LEAL, me busqué otros y estudié el tema a fondo, sobre trabajos de GARCÍA AMIGO, POVEDA MURCIA y ENRIQUE MORENO DE ACEVEDO. En el Registro de la Propiedad de Castuera, del que fui titular algunos años, había numerosos asientos de estos dominios divididos y tuve la suerte de encontrar, también en Castuera, los antecedentes del asunto que motivó la única Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hay sobre esta cuestión de los diversos aprovechamientos sobre una misma finca, tan característica de la región extremeña. En tiempo record conseguí redactar el trabajo. Por supuesto, ALEJO LEAL lo hubiera hecho muchísimo mejor, pero con toda la inmodestia que esto pueda suponer, he de decir que quedé contento del estudio que expuse en Cáceres; ahora, al releerlo en este libro, cinco años después, me sigue gustando. Mis dos abuelas, las pobres, hace tiempo que murieron y no pueden alabarme; por eso he empuñado el incensario y voy por la vida en plan autoturiferario.

Pero basta de inoportunas «batallitas» personales a las que nadie hará caso y vamos al grano, que es comentar el libro. Este, muy bien presentado, recoge, como ya hemos dicho, los trabajos aportados al I Congreso Internacional de Derecho Agrario en Extremadura, que fue presidido honoríficamente por don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, extremeño de pro, y efectivamente por el Decano de la Facultad don CARLOS DE VILLAMAYOR Y MAQUETRA, que ahora hace la presentación del libro. Fue Relator el agrarista y Catedrático de Derecho Civil don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, que no necesita presentación ni encomios, y trabajaron denodadamente en la secretaría del congreso los Profesores de Cáceres don ANTONIO ROMÁN GARCÍA y don ENRIQUE MORENO DE ACEVEDO. Asistieron varios prestigiosos profesores universitarios españoles, italianos y portugueses, No-

tarios, Registradores de la Propiedad, Magistrados y profesionales del Derecho, cuyos nombres pueden verse después. Además, un gran número de estudiantes de la Facultad llenaba a diario por completo la sala, siguiendo los debates con gran interés.

La verdad es que los temas objeto de estudio en el congreso fueron elegidos con gran acierto, pues, junto a su aspecto doctrinal, tenían un enorme interés práctico en general y muy especialmente en Extremadura, donde los trabajos discurrían.

La primera sección trabajó, ya lo hemos dicho, sobre la división de los dominios y otras especialidades de los derechos reales en la agricultura y estuvo presidida por don ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, entonces Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La segunda lo hizo sobre el crédito agrario, presidida por persona de tanto prestigio como don IGNACIO SERRANO SERRANO, Catedrático y ex Rector de la Universidad de Valladolid. La tercera estudió los arrendamientos rústicos y las fincas manifiestamente mejorables y estuvo presidida por el italiano EMILIO ROMAGNOLI, Profesor de la Universidad de Roma y Presidente del Instituto Internacional y Comparado de Derecho Agrario.

Abre el libro el discurso académico inaugural que expuso el Profesor italiano ANTONIO CARROZA, sobre «La especialidad del crédito agrario en la prospectiva de una reforma», en el que resumió la idea de que dicho crédito lleva al Derecho Agrario por dos vías paralelas: la del destino a la empresa agraria y la del contrato agrario

A continuación el Catedrático de Barcelona don AGUSTÍN LUNA SERRANO, en la misma sesión de apertura, hizo una consideración de la temática del congreso, examinando el fondo de los tres puntos generales propuestos.

Como no podemos detenernos, por falta de espacio, en todos los trabajos presentados y expuestos, ni siquiera dedicándoles escasas líneas, hemos de limitarnos a su enumeración:

Tema 1.—LA DIVISION DE LOS DOMINIOS Y OTRAS ESPECIALIDADES DE LOS DERECHOS REALES EN AGRICULTURA:

- JUAN JOSÉ SANZ JARQUE: *El problema de las comunidades o sociedades de montes de origen vecinal.*
- LUIGI COSTATÒ: *Diritti reali e affitto nella recente legislazione agraria italiana.*
- LUIS AMAT ESCANDELL: *Especialidades del usufructo agrario.*
- LUIS ALBERTO GOMES ROSA: *A posse util-novo Direito real no Direito Agrario portugues.*
- EMILIO PÉREZ PÉREZ: *La aplicación del consorcio real a la gestión integral del agua.*
- MARÍA DEL CARMEN SANZ ESCORTIHUELA: *La técnica de la tierra en los supuestos de dominio dividido.*
- PATRIZIA CAPPELLETTO: *Il divieto di superficie vegetale e il problema della concessione separata di suolo e soprassuolo.*
- MIGUEL LOBATO GÓMEZ: *Consideraciones acerca de la superficie arboréa.*

- FRANCISCO CORRAL DUEÑAS: *La división del aprovechamiento de la tierra en Extremadura.*
- VERÓNICA CORTEJOSO GONZALO: *La división de los dominios y otras especialidades de los derechos reales en agricultura.*

Tema II.—EL CREDITO AGRARIO:

- JOSÉ MARÍA CABALIERO GONZÁLEZ: *Crédito y empresa agraria.*
- GIUSEPPE GIUFFRIDA: *Il credito agrario e l'enfiteuta.*
- EMILIO PLANCHUELO ARIAS: *Notas sobre la no inscripción en el Registro de la Propiedad de determinadas cláusulas en escrituras de préstamo con garantía hipotecaria.*
- JOSÉ LUIS SÁNCHEZ GIL: *Promoción de recursos en el medio rural. El crédito agrario.*

Tema III.—ARRENDAMIENTOS RUSTICOS Y FINCAS MANIFIESTAMENTE MEJORABLES.

- ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ: *Régimen procesal de los arrendamientos rústicos.*
- ALBERTO BALLARÍN MARCIAL: *La renuncia de los derechos reconocidos por el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.*
- JOSÉ A. COBACHO GÓMEZ: *Consideraciones en torno al artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980.*
- FRANCISCO CORRAL DUEÑAS: *La publicidad en las fincas mejorables y en los arrendamientos rústicos.*
- GABRIEL GARCÍA CANTERO: *Capacidad para arrendar, ser arrendatario y prohibiciones de serlo según la LAR de 1980.*
- ALBERTO GERMANÓ: *La famiglia coltivatrice quale parte del contratto di affitto di fondi rustici.*
- MANUEL GITRAMA GONZÁLEZ: *Algunas conexiones entre fincas manifiestamente mejorables y arrendamientos rústicos.*
- JESÚS MARÍA LOBATO DE BLÁS: *La forma del contrato de arrendamiento rústico, según la nueva Ley de 31-XII-1980.*
- DESAMPARADOS LOMBART BOSCH: *La actividad empresarial del arrendatario de fincas rústicas.*
- ALFREDO MASSART: *Naturaleza jurídica del contrato agrario: problemas dogmáticos.*
- EVA ROOK BASILE: *Dall'affitto a conduttore all'affitto a coltivatore diretto: Motivi di riflessione per una nuova imprenditoria in agricoltura.*
- EDUARDO SERRANO ALONSO: *La sucesión en el arrendamiento rústico.*
- IGNACIO SERRANO GARCÍA: *Consideraciones sobre el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980. El Registro especial de Arrendamientos Rústicos.*
- CARLOS VATTIER FUENZALIDA: *El subarriendo y la cesión del arrendamiento rústico.*

El libro termina con una «Pro-relación general del Congreso», de don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, que ha tenido que rehacer ahora, al no encontrar el original del discurso entonces pronunciado. Hace un certero repaso de las cuestiones tratadas:

— En cuanto a la división de los dominios, se pregunta si es una mera supervivencia del pasado o todavía conserva la fuerza del *usus terrae* y en consecuencia si se halla justificada en el momento actual; entiende que deberían irse liquidando gradualmente estas situaciones por antieconómicas.

— Respecto al crédito agrícola, los agraristas deben recabar para sí la competencia sobre todo el conjunto en busca de una funcionalización del sistema, encaminado a todas las necesidades derivadas de la empresa agraria, sin limitarlo a la reforma de estructuras o la mejora de las explotaciones.

— Y en los arrendamientos rústicos y las fincas mejorables recoge la posible conexión entre los dos temas, uniendo la técnica de la reforma con el instrumento del arrendamiento forzoso, aunque debe darse prevalencia a las medidas más adecuadas que son las que surgen de las relaciones concertadas libremente por los particulares en el desarrollo de sus intereses económicos; el Estado, dice DE LOS MOZOS, debe limitarse a poner paz y administrar justicia, para dirimir, entre ciudadanos libres, lo que hay que dejar al juego de tales intereses.

En resumen, el libro es el broche del éxito de aquel Congreso que será muy útil para los agraristas y otros juristas en general.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 524 (Mayo 1988)

- Los Tribunales Superiores de Justicia en las Comunidades Autónomas según la Constitución*, por J. FRANCISCO VALLS GOMBAU, pág. 2521.
- Comentarios prácticos al artículo 447 del Código de Comercio*, por JUAN A. RUIZ Y HUERTA, pág. 2543.
- La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria (Referencia al Parlamento andaluz)*, por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA, pág. 1553.
- Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico*, por EMILIO ATTARD, pág. 2557.
- El derecho a la vida en la Constitución española de 1978*, por ANDRÉS FERRANDO LÓPEZ, pág. 2717.
- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, por ANTONIO PUERTES MARTÍ, pág. 2803.
- Ley penal y Derecho penal militar*, por JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, pág. 2849.
- Cláusulas de salvaguardia y otras garantías por razones de la defensa de los Tratados comunitarios europeos*, por MANUEL BALADO RUIZ-GALLEGOS, pág. 2907.

Núm. 525 (Junio 1988)

- Hacia una nueva configuración del silencio administrativo*, por JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ, pág. 3365.
- La publicación de edictos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por ENRIQUE GUTIÉRREZ DE TERÁN, pág. 3389.
- El reconocimiento de filiación extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial. Artículo 124 del Código Civil*, por JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN, pág. 3393.
- Constitucionalismo español: 1908-1978. Ensayo histórico-jurídico*, por EMILIO ATTARD, pág. 3397.
- Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Rumasa y su reprivatización ante el Tribunal Constitucional*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 3421.
- Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional*, por ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, pág. 3679.
- Los grandes grupos de interesados en el nuevo proceso concursal de la Ley francesa de 1985*, por JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ, pág. 3703.
- Actividades de la Unión Internacional de los Transportes por carretera (IRU, Ginebra)*, por MARCEL DE GOTTRAU, pág. 3727.

- El deje de cuenta o rehúsa de mercancías transportadas por tierra*, por ENRIQUE MAPELLI, pág. 3735.
- Los transportes urbanos en la nueva Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*, por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 3749.
- Situación jurídica de mercancías transportadas cuya aceptación se demora por el destinatario*, por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ, pág. 3767.
- Las exclusiones de pérdida en peso o volumen y uso y desgaste natural en el seguro marítimo de mercancías*, por JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CARRIÓN, pág. 3787.
- La armonización del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Vehículos a Motor*, por ALAN BEVERLY, pág. 3795.
- La aplicación del Derecho comunitario al seguro del automóvil*, por JOSÉ MANUEL DE FRUTOS GÓMEZ, pág. 3809.

Núms. 526-527 (Julio-Agosto 1988)

- Arbitraje como alternativa a la acción judicial*, por CARLOS CLIMENT GONZÁLEZ, pág. 4197.
- Sobre el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria*, por ANTONIO GISBERT GISBERT, página 4217.
- El bien jurídico protegido y los elementos estructurales del hurto según la doctrina del Tribunal Supremo*, por VICENTE S. PALAU MÁS, pág. 4225.
- La jubilación anticipada de los funcionarios públicos, e indemnización*, por VALENTÍN SÁNCHEZ PERIS, pág. 4233.
- Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico*, por EMILIO ATTARD, pág. 4241.
- Aplicabilidad de la Ley de Protección Jurídica de los Derechos Fundamentales (LPJDF) en la impugnación ante negación de la recusación*, por JOSÉ VICENTE PICO MARCO, pág. 4409.
- Cuestión prejudicial de Derecho comunitario europeo planteada en un recurso contencioso-administrativo*, por MIGUEL PASTOR LÓPEZ, pág. 4487.
- La primacía del Derecho comunitario europeo*, por DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, pág. 4497.
- ¿Quién hizo juez de la persona a un ordenador?*, por JUAN PÉREZ VALENZUELA, pág. 4565.
- Meditaciones sobre una contrarreforma en la oposición cambiaria*, por JUAN PÉREZ VALENZUELA, pág. 4573.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Julio-Agosto 1988)

- Pago o cobro de lo indebido*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 651 a 665.
- La ejecución de laudos arbitrales con arreglo a la Convención de Nueva York. Análisis de la jurisprudencia estadounidense (y II)*, por MARÍA TERESA FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, págs. 667 a 700.

(Septiembre 1988)

La compensación de culpas: su aplicación en el seguro de suscripción obligatoria de automóviles, por JALME SANTOS BRIZ, págs. 771 a 778.

Entidades de gestión de la propiedad intelectual, por FÉLIX BENÍTEZ DE LUGO, págs. 779 a 788.

REVISTA DE DERECHO REGISTRAL

Núm. 15 (1988)

Estudio sobre el Anteproyecto de reforma de la Ley sobre régimen inmobiliario registral español, por RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, pág. 19.

La doble nacionalidad en la segunda generación, por JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 77.

Embargo de participaciones indivisas y disolución de comunidad, por RAFAEL A. RIVAS TORRALBA, pág. 97.

Crédito y cédulas hipotecarias en la Comunidad Económica Europea, por MANUEL CASERO MEJÍAS, pág. 113.

Disolución y liquidación de sociedades en el Derecho comunitario europeo, por JOSÉ ANTONIO CALVO GONZÁLEZ DE LARA, pág. 125.

La impugnación de los acuerdos sociales en el régimen de la propiedad horizontal, por ESTHER GÓMEZ CALLE, pág. 131.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 4 (Julio-Agosto 1988)

El nuevo sistema de adopción, por JOSÉ MARÍA GIL ROBLES, pág. 9.

Para una reforma de las leyes de Tribunales y procesales, por VÍCTOR FAJEN GUILLÉN, pág. 23.

Un proyecto de Código Deontológico en el siglo XVIII, por JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, pág. 41.

La Orden de los Abogados de Brasil. Historia, formación estatutaria, importancia político-social en el contexto nacional, por PAULO LINZ F SILVA, pág. 45.

Algo más sobre la abogacía brasileña, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, página 55.

Crónica del VIII Congreso de la UIBA (Guatemala, junio 1988), pág. 59.

Facsímil de Resolución para liberación del Doctor Gómez Hurtado, página 63.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 109 (Julio-Agosto-Septiembre 1988)

De la conservación individualizada del patrimonio inmobiliario a su rehabilitación integrada en el planeamiento urbano, por ENRIQUE PORTO REY, pág. 13.

- Las valoraciones urbanísticas*, por JOSÉ LUIS CUETO BULNES y F. CARLOS G. SOLANA Y DE LA MAZA, pág. 35.
- La ordenación del territorio en las Comunidades Autónomas. Los planes insulares canarios de ordenación*, por JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA, página 85.
- El instituto de la caducidad en las licencias de obras*, por MARÍA GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ y ANTONIO LONGAS LAFUENTE, pág. 107.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 124 (Enero-Junio 1988)

- Codificazione del diritto comune delle chiese orientali cattliche*, por M. BROGGI, págs. 7 a 29.
- Appendix Seguntina, Liber Tarraconensis et Décret de Gratien*, por G. FRANSEN, págs. 31 a 34.
- El nuevo sistema de la dotación económica del Estado a la Iglesia*, por A. ARZA, págs. 35 a 96.
- El registro de las entidades religiosas*, por M. E. OIMOS ORTEGA, págs. 97 a 121.
- Principales psicosis: Su incidencia en la capacidad para contraer válidamente matrimonio canónico*, por L. RUANO ESPINA, págs. 123 a 153.
- Eutanasia y muerte digna. Propuestas legales y juicios éticos*, por J. R. FLECHA ANDRÉS, págs. 155 a 208.
- Iglesia y Estado durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, por V. CÁRCCEL ORTI, págs. 209 a 248.
- Las relaciones jurídicas entre el vicario general y los vicarias episcopales*, por A. VIANA, págs. 251 a 260.
- La secularización del matrimonio en Argentina*, por L. ALESSIO, págs. 261 a 276.
- Nota sobre la asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos*, págs. 277 a 286.
- Sobre el juicio contencioso ordinario*, por M. MARTÍNEZ CAVERO, págs. 287 a 307.
- Sul nuovo accordo tra Italia e Santa Sede*, por F. UCCELLA, págs. 309 a 312.
- Un nuevo libro sobre el Concilio de Elvira*, por A. GARCÍA Y GARCÍA, páginas 312 a 315.
- Boletín de legislación particular española, 1987*, por F. R. AZNAR GIL, páginas 317 a 342.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núms. 100-101 (Julio-Enero 1988)

- Comentarios sobre la Doctrina de Rasgar el Velo Corporativo*, por MITTON L. CRUZ, pág. 1.
- The Impact of the Elimination of Section 936 of the Internal Revenue Code on U.S. Foreign Policy in the Caribbean*, por JOHN E. MUDD, página 27.

- Negotiable Instruments in Puerto Rico: A Proposed Reform*, por JOSÉ A. SOSA LLORENS, pág. 49.
- Los egresados de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Puerto Rico: Su quehacer profesional*, por MARÍA DEL CARMEN GARRIGA, página 145.

NOTICIAS CEE

Núms. 43-44 (Agosto-Septiembre 1988)

- Reflexiones sobre el régimen jurídico de las pequeñas y medianas empresas en la reforma del Derecho de Sociedades español*, por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 11.
- La Agrupación Europea de Interés Económico. Notas en torno al Reglamento (CEE) número 2.137/85*, por JOSÉ MASSAGER, pág. 23.
- Los Agentes mediadores en la normativa comunitaria y en la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos sobre el IVA*, por JOSÉ LUIS ARGILES Y GARCÉS DE MARCILLA, pág. 51.
- El establecimiento permanente en la normativa comunitaria y en la doctrina de la Dirección General de Tributos sobre el IVA*, por JOSÉ ANTONIO LARRAZ ESCOBAR, pág. 63.
- La base en la normativa comunitaria y en la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos sobre el IVA*, por CIPRIANO MUÑOZ BAÑOS, pág. 69.
- Criterios de valoración de bienes en las normas de la Comunidad Económica Europea y españolas*, por LUIS CAMPOS SENTÍS, pág. 93.
- CEE y financiación de la vivienda: nota sobre la situación actual y perspectivas*, por JOSÉ JUSTO TINAUT ELORZA, pág. 141.
- La Directiva Comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español*, por JUAN LÓPEZ GANDÍA, pág. 153.
- Incidencia de la normativa comunitaria europea en la reglamentación española del Seguro de Responsabilidad Civil por el uso de automóviles*, por LUIS GARAU JUANEDA, pág. 167.

Núm. 45 (Octubre 1988)

- Las funciones financieras del Parlamento Europeo*, por MARÍA JESÚS CALATRAVA ESCOBAR, pág. 13.
- Los grupos políticos del Parlamento Europeo*, por MANUEL CAVERO GÓMEZ, página 23.
- Los Organos de Gobierno del Parlamento Europeo*, por MANUEL CAVERO GÓMEZ, pág. 35.
- El Parlamento Europeo: su funcionamiento*, por FERNANDO DORADO FRÍAS, página 47.
- La participación del Parlamento Europeo en el proceso de elaboración de las normas de la Comunidad*, por ANTONIO EMBID IRUJO, pág. 59.
- El sistema de Comisiones en el Parlamento Europeo*, por PIEDAD GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, pág. 67.

- El Parlamento Europeo en los Tratados constitutivos*, por ALBERTO A. HERRERO DE LA FUENTE, pág. 75.
- El Parlamento Europeo: Organización administrativa*, por FERNANDO MARTÍN RIAÑO, pág. 83.
- El Parlamento en el Acta Unica Europea*, por MANUEL MEDINA ORTEGA, página 87.
- Incidencia de la adhesión de España a la Comunidad Europea sobre las relaciones de cooperación con América Latina*, por ROSARIO HUESCA VINAIXA, pág. 95.
- Deducciones y devoluciones en la normativa comunitaria y en la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos sobre el IVA*, por VIDAL PLATAS SANCHEZ, pág. 11.
- La política europea de competencia: los argumentos para el control de fusiones a nivel comunitario*, por RICHARD O'TOOLE, pág. 123.
- Crónica del Derecho de banca y bolsa en la C.E.E. Enero-diciembre de 1987*, por EDMUNDO ANGULO RODRÍGUEZ, pág. 131.

