

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:

«Configuración jurídica de la multipropiedad en España», por ANTONIO PAU PEDRÓN	9
«Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho registral», por JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE	31
«La capacidad del menor para otorgar capitulaciones (comentario al artículo 1.529 del Código Civil)», por JUAN MANUEL LLOPIS GINER.	49
«Derecho real de uso y poder de disposición», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	85
«Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual», por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	107

DICTAMENES Y NOTAS:

«Las Sociedades Agrarias de Transformación en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	155
«Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción», por FRANCISCO CASTRO LUCINI	159

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	173
---	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	189
II. Resoluciones de la Dirección General, por JUAN PABLO RUANO BORRELLA y RICARDO EGEA IBÁÑEZ	197
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
a) Derechos reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	219
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA ...	234

	<i>Págs.</i>
c) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	241
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	245

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Los delitos y las infracciones en materia tributaria», de FERNANDO PÉREZ ROYO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	253
«Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales», de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	257
«La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales», de JUAN MIGUEL OSSORIO SERRANO, por MANUEL LAVADO MOLINA ..	261
«Comentarios a la Ley del Suelo», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	264
«Comentarios a la Ley de Aguas», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, J. TOLIEDO JÁUDENES y C. ARRIETA ALVAREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.	265
«Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», de TIRSO CARRETERO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	267
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	273

ESTUDIOS

Configuración jurídica de la multipropiedad en España (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. INSCRIPCION REGISTRAL.—III. REGULACIONES EXTRANJERAS EN LOS ULTIMOS AÑOS: FRANCIA, GRECIA, ARGENTINA.—IV. LA MULTIPROPIEDAD EN ESPAÑA: DOCTRINA Y ANTEPROYECTO OFICIAL.

I. No voy a empezar teorizando sobre la multipropiedad ni ofreciendo un elenco erudito de definiciones doctrinales sobre la figura. Tampoco quisiera magnificar con números la importancia de la multipropiedad para dar mayor relieve a esta conferencia. Hace unos años hice una estadística del volumen real de la multipropiedad en España, que publiqué en el artículo «La multipropiedad en el Derecho comparado»: siendo su incidencia práctica merecedora de consideración, lo es más aún su incidencia en un ordenamiento jurídico civil como el español, de lejanas y aún vivas raíces históricas.

Voy a exponerles la «configuración jurídica de la multipropiedad» desde una perspectiva subjetiva. Y si me atrevo a hacerlo así es porque soy consciente de que mi experiencia sobre el tema que nos ocupa es lo suficientemente impersonal y objetiva para que pueda interesarles. He tenido tres contactos con la figura de la multipropiedad: como Registrador de la Propiedad, teniendo que decidir si inscribía la multipropiedad en sí misma, además de otros actos que afectaban a la sociedad promotora —concretamente la suspensión de pagos— o a los multipropietarios —la enajenación y el embargo de sus derechos—; como ponente, sobre el tema de la multipropiedad en el seminario de Derecho civil del INEJ; y como presidente de la *Comisión encargada de elaborar un texto articulado que pueda servir de base para una regulación de la figura*, tal como la denomina el Ministro de Justicia en sus

(*) Conferencia pronunciada en la Escuela de la Hacienda Pública el 25 de enero de 1988.

contestaciones parlamentarias sobre el tema de la multipropiedad (concretamente a la *P.E.* núm. 1.338 del año 1987).

II. Al proyectar la calificación registral sobre una escritura de multipropiedad se plantean muchos problemas. Algunos son sustantivos, y otros de pura técnica registral. El primero de los sustantivos lo plantea, no ya la naturaleza genérica, personal o real, de los derechos creados—su habitual inserción en el régimen de propiedad horizontal aleja cualquier duda—, sino su naturaleza concreta: su tipicidad o atipicidad. Quizá la primera idea que surge sea la de considerar la multipropiedad como un derecho real nuevo: el tiempo resalta sobre otras circunstancias del Derecho, y parece constituir su objeto propio, lo que lo identifica y distingue. Confieso que con esta idea inscribí en un primer momento los derechos de los multipropietarios encabezando los folios registrales con la descripción del período de tiempo, y atribuyendo únicamente ese período de tiempo al adquirente en el acta de inscripción. Considerando la estrecha conexión del Derecho de cada multipropietario con los Derechos—idénticamente configurados— de los demás, centré luego la inscripción en la cuota, pero señalando a continuación el período de tiempo que se atribuía a cada adquirente. En algunos casos, y a mi juicio con apreciables pero insuficientes razones—el carácter obligatorio de la distribución del tiempo...— se ha negado el acceso al Registro del dato temporal, inscribiéndose la multipropiedad como simple comunidad.

La calificación se enfrenta también con dos cláusulas que se repiten en las escrituras de constitución de multipropiedad: su configuración como comunidad estable y la exclusión del retracto. En las primeras escrituras se basaba la eliminación de la acción de división en el abuso de Derecho, con frases como «conscientes los condueños de que su ejercicio constituiría un evidente abuso de Derecho en perjuicio de los demás, renuncian por sumisión a estos estatutos al ejercicio de tal acción, de modo perpetuo e irrevocable». La exclusión del retracto se fundamentaba en la posibilidad de renunciar los derechos, y la consideración de que, en este caso, tal renuncia no implicaba contradicción con el interés o el orden público ni perjuicio a tercero. En la práctica notarial más reciente—y sin duda porque la naturaleza de la multipropiedad está ya más perfilada— no se aducen esas razones para excluir la división y el retracto, sino que se invoca simplemente la especial configuración de la nueva figura o la voluntad de los otorgantes de constituir una comunidad con carácter permanente o duradero.

Sin entrar ahora en las consideraciones que permitieron inscribir esas cláusulas frente al tenor riguroso de los artículos 400 y 1.522 del Código Civil, sí quiero destacar que la práctica registral se vio indirecta-

tamente confirmada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1983, en la que se abordaba un problema semejante de exclusión de la acción de división y del derecho de retracto de comuneros, pero referidos a una comunidad de garajes. La cuestión planteada ante la Dirección estaba sometida al Derecho navarro —presidido por el principio «paramiento fuero vienze»—, pero la propia Dirección extendió su doctrina al Derecho común.

La calificación de los estatutos de multipropiedad replantea, con especial agudeza, el tema de la inscripción total o parcial de las reglas de *uso o destino* del edificio. Dejando a un lado el ámbito de calificación que señala el artículo 18 de la Ley Hipotecaria —legalidad formal y de fondo— y centrándonos en la distinción del artículo 98 —derechos o pactos personales o reales—, ¿cabe aplicar el artículo 434 del Reglamento Hipotecario a los estatutos de multipropiedad? ¿Pueden delimitarse con el mismo rigor estatutos y reglamentos internos en la propiedad horizontal y en la multipropiedad? ¿Puede afirmarse rigurosamente que la regulación de los «detalles de convivencia y adecuada utilización de los servicios y las cosas comunes» no debe formar parte de los estatutos de la multipropiedad, cuando aquí las «cosas comunes» son los pisos o apartamentos —en los que se va a desarrollar la vida de sus titulares— y no las escaleras o los corredores, como sucede en la propiedad horizontal? Formulo estas preguntas con carácter retórico: la práctica demuestra que todos los estatutos de multipropiedad recogen minuciosamente el régimen de utilización de los pisos, aunque tal régimen «no norme derechos, ni cree limitaciones a tales derechos», como exige el Tribunal Supremo (S. de 6 de julio de 1978) para apreciar la existencia de verdaderos estatutos de propiedad horizontal.

La técnica de registración de la multipropiedad ha sido análoga a la señalada para las urbanizaciones privadas por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 1980: apertura de triple folio —edificio, piso y cuota—, y conexión del segundo con el primero, y el tercero con el segundo a través de notas marginales. Para X. O'CALLAGHAN, «la solución es más sencilla. Se inscribe el derecho de propiedad —el título constitutivo— con sujeto múltiple, los copropietarios, constando en la inscripción el régimen de multipropiedad o, si los hay, los estatutos. A su vez, se inscriben las sucesivas transmisiones de las distintas copropiedades». Pero esta aparente sencillez —folio único— puede entrañar una complejidad inescrutable. Si el inmueble en régimen de multipropiedad tiene sólo veinte apartamentos, y cada apartamento está fraccionado cronológicamente en diecinueve periodos —cifra frecuente—, y sólo una quinta parte de las cuotas tiene algún grava-

men, en un mismo folio del Registro existirían cuatrocientas cincuenta y seis inscripciones vigentes.

Si la solución de triple folio se inspiró, en un principio, en el sistema de inscripción de las comunidades de aguas privadas (art. 66 RH: «cada copartícipe o comunero podrá inscribir a su nombre como finca independiente... la cuota o cuotas que le correspondan»), ha encontrado apoyo, más recientemente en el sistema de inscripción de las comunidades de garajes (según el art. 68 del mismo Reglamento, reformado en 1982, «la inscripción de la transmisión de cuota indivisa... podrá practicarse en folio independiente que se abrirá con el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota»), supuesto indudablemente más próximo a la multipropiedad que las aguas privadas. Precisamente en este artículo reglamentario —y, en concreto, en su párrafo 2.º— se ha basado la Dirección General de los Registros para declarar, en una de las últimas Resoluciones, la de 15 de diciembre de 1987 (Subdir. del N. y de los R.) que puede por sí mismo el Registrador, si lo considera necesario para la mayor claridad de los asientos, abrir nuevos folios cuando el folio matriz pudiera resultar excesivamente recargado, aún en el caso de que el presentante manifieste su voluntad contraria. No es necesario destacar la aplicabilidad de esta doctrina a la inscripción de la multipropiedad.

III. En la ponencia sobre multipropiedad que desarrollé en el Seminario del INEJ —luego publicada en la *Revista de Derecho Registral*— expuse el régimen de la nueva figura en los Ordenamientos francés, italiano, suizo, portugués y estadounidense, y esboqué los criterios mantenidos en la doctrina española, que ahora trataré de ampliar. Desde entonces —1983— hasta hoy se han publicado tres nuevas regulaciones de la multipropiedad: la francesa, la griega y la argentina. La diversidad de soluciones adoptadas por las respectivas leyes y la proximidad de su aprobación —tanto la Ley francesa como la griega son del año 1986; la Ley argentina es de 1987— hacen especialmente interesante una breve incursión en su contenido. Cada una de ellas brinda, además, una lección distinta como experiencia legislativa.

Aunque la opinión de los autores franceses venía siendo ya mayoritariamente favorable a la configuración real de la multipropiedad —hecho al que no era ajeno el prestigio doctrinal del *doyen* CARBONNIER—, lo cierto es que el legislador ha optado por la solución societaria. Las fuerzas económicas afectadas han frustrado —como pone de relieve FRÉDÉRIC ZENATI— la que podía haber sido la solución técnica más adecuada. Dos rasgos de la nueva construcción francesa, que pone de relieve el mismo autor, revelan la inadecuación de la verdadera naturaleza de la figura a la fórmula adoptada: el promotor quiere constituir

exclusivamente un hotel; por otra parte, los socios carecen en absoluto de *affectio societatis*.

Aparte de otros rasgos de mayor detalle, la nueva regulación francesa de la multipropiedad presenta cuatro principales características: en primer lugar, excluye expresamente la atribución en propiedad. Al establecer el objeto social, el artículo 1.º afirma —en términos negativos, extraño modo de producirse un precepto que encabeza la regulación de una materia— que no se atribuye a los socios ni propiedad ni ningún otro derecho de naturaleza real. Si la multipropiedad no fuese, por su misma naturaleza, una figura de carácter real, el legislador no se hubiera visto obligado a excluir expresamente ese contenido natural. Pero es más, el artículo 33 obliga a que todo documento que consigne la adquisición de participaciones o acciones deberá reflejar claramente que tal adquisición confiere solamente la cualidad de socio y no la de propietario del inmueble. En segundo lugar, de la regulación francesa resulta que existe una empresa hotelera encubierta bajo la fórmula societaria de la multipropiedad; como advierte F. ZENATI, el párrafo 3.º del artículo 1.º, al señalar que el objeto «puede extenderse a la prestación de servicios, al funcionamiento de los equipamientos colectivos necesarios para la vivienda o el inmueble, y de aquellos que están directamente unidos al mismo conforme a su destino», está sugiriendo que la sociedad de multipropiedad ha de ser una sociedad hotelera. Y añade ese autor: «La hipótesis de una sociedad que se adormezca después de haber repartido el disfrute de los locales entre los asociados queda excluida; desnaturalizaría la institución, que no se ha querido que sea una simple técnica de promoción inmobiliaria». La tercera característica de la regulación francesa reside en el establecimiento de un título constitutivo de propiedad horizontal, sin propiedad horizontal: el *état descriptif de division* es un documento típico de la propiedad horizontal; aquí no existe propiedad horizontal —al menos en principio, porque pueden coexistir, como prevé el artículo 17— y, sin embargo, se prevé y ordena en todo caso la elaboración de un título constitutivo que delimite los elementos comunes y los privativos (art. 8) —términos que en la multipropiedad societaria no pueden emplearse con rigor—. Es un exponente más del desajuste entre la realidad y una normativa que trata inadecuadamente de abarcarla.

El último rasgo de la construcción jurídica de la multipropiedad levantada por el legislador francés es la ausencia de seguridad jurídica. La suscripción o cesión de participaciones o acciones puede hacerse en documento privado o notarial (art. 20). La multipropiedad societaria queda, naturalmente, al margen del Registro, incluso existiendo, como hemos visto, un documento que individualiza elementos comunes y ele-

mentos privativos de carácter inmobiliario y que, empleado en su función propia, podría acceder al *Bureau des hypothèques*.

La Ley griega de 14 de octubre de 1986 no ha estructurado en realidad una figura nueva. Se trata del arrendamiento clásico, al que se delimita el ámbito y se tipifica con dos límites temporales: el del período de disfrute y el de duración del contrato. La regulación es insuficiente —nueve breves artículos—, lo que se trata de subsanar con la previsión de un reglamento de desarrollo, y profundamente intervencionista. El artículo primero define el contrato de multipropiedad como aquel por el cual «el arrendador asume la responsabilidad de poner a disposición del arrendatario, cada año y durante el período convenido, la utilización de una vivienda de uso turístico, y de prestar los servicios conexos durante el período determinado en el contrato, quedando obligado el arrendatario a satisfacerle el precio convenido para el arrendamiento». Sólo pueden constituir objeto de multipropiedad las unidades hoteleras y las instalaciones turísticas, calificadas como tales por el Organismo Helénico de Turismo. La multipropiedad sólo puede convenirse por un período de tiempo que esté comprendido entre los cinco y los sesenta años.

Junto a la preocupación por la seguridad —«la multipropiedad se constituirá mediante documento notarial y se presentará inmediatamente a inscripción» (art. 1, 2)—, el legislador griego pone de manifiesto su preocupación por el control de la inversión: «si el arrendatario reside de manera permanente en el extranjero, o si tiene su domicilio en él, el precio del arrendamiento deberá convenirse en divisas, que serán obligatoriamente transferidas al Banco de Grecia en el plazo de un mes a contar desde su percepción».

El propio título de la reciente Ley argentina del *derecho real de multipropiedad* revela una concepción de la figura muy distinta a las anteriores. Argentina comparte con Francia, México y Estados Unidos la incertidumbre que rodea el origen de la multipropiedad. Una larga experiencia avala, pues, al legislador argentino cuando afirma en la exposición de motivos de la nueva ley que «al analizar el posible encuadramiento de la multipropiedad dentro del campo de los derechos personales, nos encontramos con las inseguridades, restricciones e incertidumbres que implican el disfrutar de una cosa por el permiso de otros sujetos, y no por la relación directa e inmediata con la cosa». «Regularla conforme a alguna de las modalidades que nos presenta esta nueva actividad comercial denominada empresarialmente «tiempo compartido» —añade más adelante—, no sólo implicaría dejar de captar su esencia, sino también desnaturalizar la realidad material, percibiendo en forma incompleta la realidad jurídica».

Guiada por esas ideas generales, la nueva ley configura la multipro-

riedad con las siguientes líneas: 1.º *Limitación de su objeto a la propiedad horizontal*. Según el artículo primero, «el derecho real de multipropiedad tiene por objeto un inmueble edificado con unidades habitacionales exclusivas equipadas, y su terreno, incluyendo partes, elementos, lugares y servicios comunes». 2.º *Exigencia de escritura pública e inscripción registral*, tanto para el título constitutivo de la multipropiedad como para la transmisión de las cuotas de los multipropietarios. Se impone, como técnica de registración, la pluralidad de folios: «las cuotas partes indivisas... recibirán registralmente, en su respectivo folio, la consideración de finca independiente» (art. 8). 3.º *Personificación de la comunidad de multipropietarios* (que la ley denomina *multiconsorcio*). Los multipropietarios responden con carácter subsidiario, respecto del patrimonio de esa persona jurídica, por las deudas de ésta (art. 20). 4.º *Creación de un órgano de control de la administración*. Se trata del consejo de multipropietarios, que puede desdoblarse en un comité ejecutivo, e integra con el administrador y la asamblea la estructura orgánica de la multipropiedad. 5.º *Extinción del régimen de multipropiedad por desafectación* (mediante acuerdo unánime) o *destrucción* (pudiendo la mayoría acordar la reconstrucción y consiguiente rehabilitación del régimen especial de multipropiedad).

Por el particular interés que tiene, en toda regulación legal de la multipropiedad, la configuración de los órganos —si escritura y registro dotan de seguridad a la adquisición de los derechos, una adecuada estructura orgánica dota de seguridad al ejercicio fáctico de esos derechos—, quisiera hacer una breve referencia a la solución argentina. En ella, el administrador —que puede ser persona física o jurídica— tiene carácter de mandatario y «deberá en cada caso acreditar solvencia moral, técnica, profesional y patrimonial; esto último mediante un seguro de caución o garantía real a favor y satisfacción del multiconsorcio» (art. 23). El consejo está constituido por un número reducido de multipropietarios; para su designación se tendrá en cuenta su mayor proximidad domiciliaria con referencia al inmueble. El consejo puede nombrar, para mayor efectividad de su función, un comité ejecutivo. Si no de la naturaleza misma de la multipropiedad, sí de su aplicación práctica, deriva una exigencia que ha de ser afrontada por el legislador: la necesidad de controlar a los administradores. Por razón de su habitual alejamiento, los multipropietarios no pueden realizar por sí mismos esa tarea; esta es una de las diferencias prácticas que existen entre propiedad horizontal y multipropiedad, y este es el origen del órgano de control, llámese consejo de administración (como en la regulación argentina) o consejo de vigilancia (como en la nueva ley francesa).

IV. La historia de la multipropiedad en España alcanza ya el cuarto

de siglo: hay testimonios de Notarios y Registradores que así lo confirman. Uno de los más interesantes —que es también una seria investigación doctrinal— es el de LUCAS FERNÁNDEZ; está en su libro *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, publicado en el año 1966. Es significativo que, después de analizar los rasgos de la «propiedad por turnos» con gran precisión —sus razonamientos sobre el régimen de los períodos y la técnica de registración los ha confirmado la doctrina más reciente tras una larga práctica de multipropiedad— y siendo el objeto de la obra las relaciones asociativas y no las jurídico-reales, el autor insiste en que «la figura... debe seguir enmarcada en el ámbito de la copropiedad».

Pero ha sido en esta década en la que los autores han centrado su atención en la figura, cuando ésta acampaba ya en las costas y las montañas de nuestro territorio, perdida la inocencia de la primera juventud y empezando a desviarse por las dudosas compañías. ¿Cuál ha de ser el recto camino por el que ha de andar la aún corregible multipropiedad?, se han preguntado los autores, a la vista de algunos pasos mal dados. Y no se ha llegado a acuerdo sobre su naturaleza jurídica; sobre la verdadera naturaleza —no los disfraces circunstanciales—, la que deriva de su intrínseca realidad, la que el legislador ha de auscultar cuidadosamente para acertar en el tratamiento.

La primera diferencia ha surgido en la más simple sistematización de las relaciones patrimoniales. Ningún autor ha afirmado, sin embargo —y esto quisiera resaltarlo—, que la multipropiedad sea, contemplada su naturaleza, una relación de carácter personal. Las dudas recaen sobre su *concreta configuración* en el campo de los derechos reales y su *admisibilidad* en el ámbito obligacional —concretamente en el cauce societario—.

Al margen de la reciente literatura monográfica, dos tratadistas hicieron interesantes puntualizaciones sobre la multipropiedad. Para LACRUZ se trata de una «propiedad periódica» —que estudia fuera de la comunidad—, supuesto en que, según este autor, «concurren varios titulares de derechos heterogéneos sobre una finca», teniendo cada uno de ellos «un derecho independiente y diverso». Para el profesor LACRUZ, el objeto directo de la multipropiedad es el tiempo: «se venden períodos de tiempo en propiedad perpetua». Los titulares de estos períodos no se integran en una comunidad: «la posibilidad de una pluralidad de dominios, uno solo en cada época, como cuestión de principio me parece indudable».

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, aunque la estudia bajo el epígrafe «otros tipos de comunidad» —distintos de la romana—, configura lo que él llama «propiedad por períodos» como propiedad plena, circunscrita en

el tiempo, como se desprende de su afirmación de que en la propiedad por períodos se trata de «dueños de pisos o locales, cada uno en exclusiva, según los meses del año». Cita como *formas especiales* de esta figura las contempladas en los artículos 91 y 93 de la Compilación de Galicia.

En los artículos y monografías aparecidos en los últimos años se mantienen tres configuraciones de la multipropiedad: como derecho pleno, como comunidad y como derecho limitado.

En la primera configuración se enmarca la tesis de la propiedad dividida. Para ROCA GUILLAMÓN «... la multipropiedad podría encajar con bastante exactitud dentro del esquema de la vieja propiedad dividida». «Se trataría más bien —añade— de una propiedad dividida por tiempo de utilización o periódica, posibilidad que, en principio, no parece ofrecer obstáculo alguno en cuanto a su admisibilidad». Pero, si, como advierte el mismo autor, «lo que caracteriza a la propiedad dividida es la existencia de una auténtica situación de *pro diviso*, es decir, la presencia de varias titularidades distintas sobre un mismo objeto mediató..., pero cada una de las titularidades recae sobre su propio objeto inmediato —los distintos aprovechamientos de la cosa—» (y reitera que las titularidades han de ser *cualitativamente desiguales*), no resulta claro que dándose en la multipropiedad una «conurrencia de varios derechos cualitativamente iguales sobre una misma cosa», como el propio ROCA afirma, pueda insistirse en que se trate de una propiedad dividida. La sustitución de los distintos *aprovechamientos materiales*, en el caso de la multipropiedad, por la *atribución de periodos de tiempo para el disfrute*, introduce, a mi entender, una notable alteración que desnaturaliza la institución tradicional de la propiedad dividida.

Una posición semejante mantienen X. O'CALLAGHAN, que concibe la multipropiedad como derecho de propiedad con múltiples sujetos, cuyo poder se concreta al tiempo correspondiente a su turno —calificándola también como comunidad *pro diviso*—, y M. ALVAREZ ARZA y L. ALLENDESALAZAR, que siguen explícitamente a ROCA. Estas tesis proceden, a mi juicio, de una apreciación excesiva, de un lado, y del reconocimiento de obstáculos insalvables en la comunidad indivisa, de otro.

La apreciación que, a mi juicio, es excesiva, la formulan con claridad M. ALVAREZ y L. ALLENDESALAZAR: «la especialidad con que aparece revestida la multipropiedad— la que la distingue y aparta de la propiedad y copropiedad ordinarias— proviene del papel preponderante que en su funcionamiento desempeña la noción de tiempo». ¿No se valora jurídicamente en exceso esta «preponderancia» del tiempo en la figura de la multipropiedad, hasta el punto de considerar que determina un fraccionamiento de la propiedad, e impide que los cotitulares puedan integrar una comunidad ordinaria —indivisa— y sólo puedan constituir

una comunidad *pro diviso*? El tiempo puede medir la duración de los derechos o de su ejercicio, pero nunca constituir su objeto. Si cabe una comunidad *pro indiviso* con pacto de uso turnario —como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1965, y no vacila en admitir la doctrina— no se ve la razón de que la multipropiedad, que simplemente refuerza la vinculación del turno al período —impidiendo su alteración con base en el artículo 398 del Código Civil— no pueda ser también una comunidad *pro indiviso* y deba calificarse de *pro diviso*.

Esta sobrevaloración del tiempo tiene su máxima manifestación en la tesis de la propiedad cuatridimensional mantenida por A. LEYVA. Sostiene este autor que la multipropiedad «está integrada por derechos independientes, sin vínculo jurídico entre los multipropietarios, quienes se suceden cíclicamente en el disfrute del inmueble». Y mantiene que cada multipropietario «tiene un derecho de propiedad sobre una cosa distinta». «El multipropietario —escribe en otro lugar— no puede ocupar el inmueble otros turnos semanales, no porque se haya obligado a respetar el disfrute alternativo, sino porque los otros días del año el apartamento es objeto de propiedad de otros». A mi juicio, esta afirmación no es exacta: el objeto del derecho de los multipropietarios es el mismo. Esta afirmación pide, evidentemente, principio, y este principio es el clásico —y, vigente en nuestro sistema— *duorum in solidum dominium esse non posse*. La concurrencia de derechos cualitativamente iguales (iguales en su contenido, iguales en su extensión objetiva) —aunque sean cuantitativamente desiguales— implica una comunidad. Es más, la divergencia cuantitativa no introduce particularidad alguna en la naturaleza de la multipropiedad; como pone de relieve BELTRÁN DE HEREDIA, la limitación recíproca de los derechos en comunidad implica por fuerza que éstos sean diversos cuantitativamente.

Los obstáculos insalvables que se encuentran en el régimen de la comunidad *pro indiviso* para encajar en ella la figura de la multipropiedad son la divisibilidad forzosa (art. 400 CC) y el retracto de comuneros (art. 1.522).

X. O'CALLAGHAN afirma, sin ambages, y bajo el epígrafe «Error de la doctrina», que «todos los autores que han estudiado la multipropiedad han chocado con la posibilidad de división», y, en concreto, algunos autores «reconocen como inevitable la acción de división del artículo 400». Si no hubiera citado expresamente como víctima de este error al autor de estas páginas, no recordaría que lo he escrito, en el artículo que también cita, es lo contrario: que en base al principio de autonomía de la voluntad del Derecho patrimonial cabe configurar una comunidad

estable, arbitrar unos criterios rectores de la comunidad distintos de los que estructuran la comunidad romana.

La posibilidad de eliminar la acción de división —más allá del plazo del artículo 400, es decir, de manera definitiva— en la comunidad romana, se ha defendido desde dos vías: la interpretación del artículo 401, párrafo 1.º, en el sentido de que la inservibilidad de la cosa, una vez dividida, impide tanto la división material como la económica —argumento básico de PELAYO HORE, CASADO, PALLARES y BRISO ESCOBAR—; y la autonomía de la voluntad del artículo 392, párrafo 2.º —argumento de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1983, muy acertada en su doctrina, pero no en este fundamento que señala a la acción de división, a mi entender; el artículo 400 se antepone, por su carácter imperativo, a la autonomía que permite el párrafo 2.º del artículo 392—. No obstante, es mayoritario en la doctrina el criterio contrario, que entiende el supuesto del párrafo 1.º del artículo 401 como una modalidad del 404, y, por tanto, somete tanto la indivisibilidad como la inservibilidad a la regla de la división económica de la cosa.

Para superar este grave obstáculo a la estabilidad que requiere la situación de multipropiedad, SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO amparan esta figura en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, según la cual «la acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta ley. Sólo podrá ejercitarse por cada propietario *pro indiviso* sobre un piso o local determinado circunscrita al mismo, y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios». Para los citados autores, «el espíritu de esta norma encaja perfectamente en la situación que estamos contemplando, ya que en la propiedad por cuotas la indivisión se establece de intento para el servicio o utilidad común de todos los copropietarios, si bien en espacios de tiempo diferentes». Pero, como ya puso de relieve LUCAS FERNÁNDEZ, esta «proindivisión establecida de intento» a que se refiere el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal se refiere al servicio o utilidad de todos los propietarios, es decir, de todos los propietarios del edificio, no del piso. POVEDA DÍAZ ha puesto de relieve que el elemento procomunal es un elemento común, y, por tanto, aunque puede ser de uso o servicio total o parcial, sus titulares son todos los partícipes en la propiedad horizontal.

Pero el hecho de que el Código Civil no regule una comunidad estable —lo que es, por lo demás, lógico, porque el Código aglutina en la regulación de la comunidad tres corrientes individualistas: la romana, la decimonónica y la francesa revolucionaria— no significa que la comunidad estable no sea, en muchos casos, socialmente necesaria,

y que todas las comunidades —como advertía PELAYO HORE— hayan de ser medidas con el mismo rasero de prevención y desconfianza. Diversas leyes especiales han reconocido la necesidad de configurar comunidades estables, como los elementos comunes de la propiedad horizontal, las comunidades de aguas o los montes vecinales en mano común. También las Compilaciones forales regulan comunidades indivisibles —por su naturaleza o por pacto—, como las pertenencias comunes, las corralizas, la comunidad en mancomún o la comunidad facera del Derecho navarro, y el muíño de herdeiros o el torna a torna del Derecho gallego.

La posibilidad de crear, en nuestro Ordenamiento, comunidades estables no creo que pueda derivarse de la autonomía de la voluntad que permite el párrafo 2.º del artículo 392 del Código Civil —a esta libertad se anteponen las normas imperativas de la regulación legal—; tampoco de la autonomía de la voluntad para crear derechos reales atípicos —como ha escrito el profesor DÍEZ-PICAZO, «el poder individual de creación de derechos reales atípicos sólo puede tener por objeto los derechos reales sobre cosas ajenas. El derecho real pleno, el dominio, no admite formas atípicas»—, sino que tiene su base en el principio, más general, de autonomía de la voluntad del Derecho patrimonial: aquí se trata de establecer unos criterios rectores de la comunidad, distintos de los que estructuran la comunidad romana.

J. M. MIQUEL ha demostrado que la inexistencia de acción de división en la multipropiedad puede fundarse en el propio Código Civil: o, más exactamente, que del Código no puede deducirse la necesaria divisibilidad de la multipropiedad. Denunciando el tópico de que para el legislador la comunidad sea una situación indeseable, ha puesto de relieve que si bien el Código «asume que la comunidad presenta inconvenientes y que los copartícipes deben poder salir en cualquier momento de ella obteniendo una parte de la cosa o su valor», ello no significa que el Código «repruebe la comunidad y por eso favorezca su desaparición». Como indica MIQUEL, muy expresivamente, el Código no dice «la comunidad es mala, acabemos con ella», sino que piensa «la comunidad suele tener inconvenientes, ofrezcamos remedio a los condueños mediante esta acción». De este modo la multipropiedad, «que es una figura que obtiene aceptación en la realidad social», puede considerarse una comunidad sin acción de división.

La existencia del retracto de comuneros no es un obstáculo real a la configuración de la multipropiedad como comunidad *pro indiviso*. Es frecuente que los estatutos lo acepten y regulen con detalle, previendo incluso un derecho de tanteo. Los autores mantienen, respecto del retracto, un criterio distinto que respecto de la acción de división: no considerando que la naturaleza de la multipropiedad excluya por sí mis-

ma el retracto (MIQUEL, O'CALLAGHAN). El distinto fundamento del retracto de comuneros respecto de otros retractos —como el enfitéutico o el arrendaticio —permite en todo caso, como ha puesto de relieve la Dirección General de los Registros (en la Resolución, antes citada, de 18 de mayo de 1983), la renuncia al mismo.

No hay, pues, obstáculos para considerar que la multipropiedad es una comunidad ordinaria —*pro indiviso*—, de carácter estable; es decir, una comunidad funcional. Las diferencias fundamentales entre comunidad incidental y funcional residen en su *origen*, que es normalmente involuntario en la primera y siempre voluntario en la segunda; en su *duración*, que es transitoria y circunstancial en la comunidad incidental, mientras que es permanente y estable en la funcional; en sus *finés*, pues si la primera no se orienta a un fin o destino común de los partícipes, la segunda persigue un destino común; en la *organización*, ausente en la incidental y ordinariamente estructurada en la funcional. Cabe entender que esta comunidad voluntaria, estable, finalista y organizada tiene encaje en nuestro sistema jurídico por la autonomía patrimonial que se reconoce en el ámbito del Derecho patrimonial —como se ha sostenido en páginas precedentes— o la autonomía patrimonial que permite el artículo 392, 2, del Código Civil —si se entiende, con J. M. MIQUEL, que ese cuerpo legal no excluye tales comunidades cuando sean económicamente eficientes—.

El rasgo más típico de esta comunidad funcional que es la multipropiedad reside en la vinculación entre cada cuota y el periodo de uso que le corresponde. Pero es necesario hacer en este punto una diferenciación básica. La posibilidad de que el uso de la cosa común se realice *por turnos* tiene ya un secular reconocimiento doctrinal y legal. Como indica J. BELTRÁN DE HEREDIA, el sistema de uso por turnos fue previsto por ULPiano, recogido por el Código general de Prusia y admitido por nuestro Tribunal Supremo, que en Sentencia de 16 de marzo de 1965 afirmó con frases que se adecúa con notable precisión a la multipropiedad que «en algunos supuestos es absolutamente indispensable para poder permitir la convivencia de varios derechos iguales en cuanto a calidad, aunque pueden diferir en la proporción cuantitativa, sobre el mismo objeto». Sin embargo, en la multipropiedad lo que existe es una *vinculación institucional* entre el turno y la comunidad, o, lo que es igual, entre el periodo y la cuota, mientras que en las comunidades ordinarias con simple pacto de uso por turnos sólo existe una *vinculación instrumental*; en estos últimos casos no se sujeta el bien al *régimen de multipropiedad* —a través del correspondiente negocio o título constitutivo—, sino que se acuerda, dentro del límite temporal del párrafo 2.º del artículo 400 del Código Civil, que el uso de la cosa común se haga

por el medio o instrumento del turno. De esta decisiva distinción se deducen, entre otras, estas tres consecuencias fundamentales:

La primera supone que en la multipropiedad no cabe alteración de los períodos de uso asignados a cada cuota más que por acuerdo unánime de todos los multipropietarios o comuneros. No sucede lo mismo en las simples comunidades con pacto de uso por turnos, en que los acuerdos sobre el uso, por ser una cuestión de mera administración, pueden adoptarse por mayoría. Como pone de relieve MENCHÉN, «tanto si el convenio se adoptó por mayoría como si se tomó por unanimidad y no se acuerda expresamente la necesidad de la misma unanimidad para su modificación, estaremos, al variarlo, ante un acto de administración que, a falta de pacto, expreso, repetimos, se regulará por el artículo 398 del Código Civil». Esta consecuencia que examinamos ha sido advertida también en la doctrina italiana; escribe PELOSI que «en la comunidad, el uso por turnos de los bienes es sólo uno de los posibles y reversibles modos de ejercicio del derecho, que puede cesar al arbitrio de la mayoría y que en todo caso está destinado a desaparecer con la disolución de la comunidad. En la multipropiedad, sin embargo, la utilización exclusiva de los bienes por períodos alternos constituye un aspecto esencial e indefectible de la institución».

La segunda consecuencia implica que en la multipropiedad no cabe extralimitación en el uso, cuando no ejercita su derecho el que puede ocupar la vivienda durante el período siguiente. Sin embargo, en la comunidad ordinaria con pacto de uso por turnos «la extralimitación es válida, siempre que no perjudique a los demás; la solución no puede ser otra, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho de cada uno y la tendencia individualista, autónoma, que es básica en toda esta materia».

La tercera consecuencia es que, existiendo en la multipropiedad una vinculación institucional entre cada cuota y el período de uso que le corresponde, la inscripción registral de aquélla debe incluir también la expresión de éste. Debe tenerse en cuenta que en la multipropiedad el sistema de uso por turnos no es un pacto personal, como podría serlo, sin embargo, en la simple comunidad ordinaria, en que se acuerda, como uno de los posibles medios de uso, el turno entre los comuneros; en aquel supuesto es un elemento estructural de la institución. Cabría oponer la idea —que no comparto— de que sólo puede hablarse de vinculación institucional entre cuotas y períodos cuando la regulación positiva reconozca la institución de la multipropiedad; pero, aún aceptándola, podría hacerse constar hoy el turno en el Registro de la Propiedad por la vía —apuntada por ROCA GUILLAMÓN— del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que permite la inscripción «de cualquier acto contrato de trascendencia real que... modifique, desde luego..., alguna de las facul-

tades del dominio», o, si la multipropiedad está integrada en un inmueble en régimen de propiedad horizontal, incluyendo los estatutos de aquélla en los de ésta, pues se trata, en definitiva, de «disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso y destino del edificio y sus diferentes pisos o locales» (art. 5 LPH).

Se han propuesto también configuraciones de la multipropiedad como derecho real limitado: servidumbre discontinua de carácter personal (SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO) o habitación (como lo hace la ley portuguesa), ambas con el inconveniente de la intransmisibilidad del derecho. Tanto estas como otras fórmulas más artificiosas y distantes de la realidad —servidumbre predial voluntaria y recíproca, censo consignativo o reservativo— no responden a la aspiración de plenitud de derecho que caracteriza al multipropietario.

Aunque ningún autor ha sostenido que la multipropiedad sea una figura que, por su naturaleza, deba desarrollarse en el ámbito societario, se ha planteado con insistencia la posibilidad y licitud de obtener un resultado semejante —uso periódico— por la vía de que, siendo una sociedad la titular de un inmueble, tengan los socios, vinculado a la titularidad de una acción o participación, el derecho a utilizar ese inmueble. Este planteamiento revela que no se trata de buscar al derecho mismo del multipropietario un cauce alternativo de configuración jurídica —esto nunca es posible en el campo del Derecho, en que cada figura y cada institución produce efectos distintos—, sino de encontrar otra fórmula por la cual alguna manifestación determinada de aquel derecho —concretamente, la utilización del inmueble, y ninguna más; ni la facultad de hacer alguna alteración en el apartamento, como acto de administración, ni la de gravar —hipotecar— su derecho, ni la de enajenarlo o transmitirlo por causa de muerte, ni utilizar los mecanismos de seguridad preventiva o judicial que pudieran proteger el objeto de su derecho— pueda llevarse a la práctica. Reducida así a su alcance real la polémica en torno a la llamada multipropiedad societaria, vamos a ver los obstáculos que se oponen a esta fórmula que tan estrechamente reduce la situación jurídica del multipropietario. Dejamos a un lado los casos, frecuentes, en que la oferta del promotor se refiera a un derecho real y su única prestación consista en facilitar un uso de carácter personal; este primer obstáculo debe resolverse en el ámbito del Código Penal o de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El primer efecto que produce la llamada «fórmula societaria» es una *mobilización* de derechos inmobiliarios. Se ignora con ello la radical diversidad del régimen jurídico de los derechos según que las cosas sobre las que recaigan sean muebles o inmuebles. Como ha escrito Díez-

PICAZO, «la propiedad mobiliaria y la inmobiliaria son dos instituciones profundamente diversas, con muy escasos puntos de contacto entre sí».

Una consecuencia de este primer efecto es que la «fórmula societaria» elude el estatuto jurídico internacional de los inmuebles. Como ha puesto de relieve con gran acierto I. LORA-TAMAYO, la *lex rei sitae* es aplicable «no sólo a los derechos reales que recaen sobre la cosa inmueble, sino también a todos aquellos que aunque se califiquen de personales atribuyen a su titular la posesión de la cosa, como resulta no sólo de la dicción literal del número 1 del artículo 10 del Código Civil, sino de su *ratio* y del principio de soberanía que inspira esta norma». En efecto: el citado artículo del Código somete a la «ley del lugar donde se hallen» los inmuebles, no sólo los derechos reales que recaigan sobre los mismos, sino también los derechos personales (*ubi lex non distinguit...*) e incluso un fenómeno de tan variable naturaleza —jurídica, fáctica— como la posesión.

Otra consecuencia de esta *mobilización* de derechos inmobiliarios supone que, de incorporarse, como es frecuente, tales derechos a títulos negociables, se está permitiendo un régimen de transmisión —endoso, tradición— que es distinto al que les corresponde por razón de su naturaleza.

Un nueva consecuencia de esta *mobilización* de derechos inmobiliarios la ha puesto de relieve M. DE LA CÁMARA: no resulta admisible incorporar a una acción, como derecho específico, el de utilizar con carácter exclusivo un bien social. «Aunque el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas dice que los derechos que enumera (derecho a los beneficios, al voto, de suscripción preferente y a la cuota de liquidación) constituyen solamente un mínimo, lo que no excluiría, por tanto, que el accionista pudiese ostentar otros, si éstos le son reconocidos en los estatutos, el legislador ha pensado, sin duda, que el accionista, mientras la sociedad no se disuelve, no es titular de *ningún derecho directo* sobre los bienes que componen el patrimonio social, y, en último término, presupone que el derecho de cada socio se concreta a una parte alícuota de ese patrimonio, sin que quepa referirlo a bienes determinados». En esta misma línea ha escrito M. CONFORTINI que «es una derogación al principio de la inutilizabilidad de las cosas pertenecientes a la sociedad por parte del socio, la previsión de atribución a cada multipropietario del derecho a disfrutar de modo pleno y exclusivo de una fracción espacio-temporal del complejo inmobiliario perteneciente a la sociedad».

Un segundo efecto de la «fórmula societaria» reside en el necesario sometimiento y de lo socios-multipropietarios a los actos jurídicos internos y externos de la sociedad, así como a las vicisitudes que ésta experimenta en su esfera patrimonial. Entre los primeros hay que destacar

el acuerdo de modificación de estatutos sociales por el que se altera el objeto social (sobre el que ha alertado J. M. DE LA CUESTA). A este acuerdo habría que añadir el de enajenar o gravar algún apartamento, para lo que no sería necesario el consentimiento de los socios-multipropietarios afectados. Con el agravante de que, como ha puesto de relieve DE LA CÁMARA, no resultaría fácil restringir en los estatutos las facultades de los administradores, y menos los de la junta general. Pero otros muchos actos y vicisitudes de la sociedad afectarían a los multipropietarios, hasta el límite de privarles de su derecho: deudas sociales, responsabilidades civiles, penales y fiscales, situaciones de insolvencia.

Un tercer efecto de la «fórmula societaria» es la ausencia de seguridad jurídica que supone para los derechos de los multipropietarios. La falta de intervención notarial —en sus diversas vertientes de asesoramiento, calificación de legalidad y dación de fe— y de inscripción registral —con su intensa eficacia de legitimación y fe pública— implica ausencia de seguridad jurídica. ¿Puede el Estado desentenderse de esta seguridad, cuando el Ordenamiento la eleva a valor constitucional, y proclama su garantía (art. 9, 3)? A mi juicio, es suficiente esta declaración constitucional para excluir de nuestro sistema la llamada seguridad económica —el seguro de títulos—, que no garantiza la adquisición de los derechos, sino sólo su equivalente económico. Y siendo una relación jurídica susceptible de ser asegurada jurídicamente, debe el Estado impedir un grado inferior de protección como es la mera seguridad económica.

Existe un último efecto, múltiple en sus manifestaciones, que consiste en la disfunción que sufre la sociedad multipropietaria: aunque propietaria formal, actúa como gestora (PIÑOL); el fin práctico perseguido por el socio no es adquirir participaciones de la sociedad, sino disfrutar de un inmueble; el precio que paga no es contraprestación de acciones, sino de un derecho de disfrute (CONFORTINI); la contraposición entre la sociedad y los socios se manifiesta en numerosas situaciones: así, cuando se han distribuido plenamente los bienes, y no cabría desarrollar una actividad útil repartible, comienza una segunda fase lucrativa de la sociedad, que implica numerosos y gravosos pagos para los multipropietarios...

La Comisión encargada en el Ministerio de Justicia de estudiar los problemas que plantea la multipropiedad y de elaborar un texto articulado que pueda servir de base para una regulación de la figura está próxima a culminar la tarea que le fue confiada.

En reconocimiento de los méritos de quienes han integrado la ponencia restringida —redactora material del articulado— hay que destacar que el trabajo desarrollado ha sido largo e intenso. Se han tenido en

cuenta los múltiples intereses legítimos que intervienen en la compleja figura de la multipropiedad. Se ha estudiado la legislación extranjera que en los últimos años se ha promulgado sobre ella. Se ha valorado también la realidad diaria, percibida desde los despachos profesionales. Se han contrastado estatutos y reglamentos y se han tratado de imaginar problemas y colisiones de intereses no reflejados en ellos. Se ha velado, por último, por el respeto a los principios del sistema jurídico español.

Los criterios generales que se recogen en el texto elaborado por la Comisión son fundamentalmente los siguientes:

1. Se circunscribe el ámbito de la multipropiedad a las fincas urbanas edificadas. La distinta problemática de las fincas rústicas y urbanas y el régimen peculiar de las construcciones, unido a los datos que aporta la realidad social, han determinado esta concreción del ámbito.

2. Se configura el derecho del multipropietario como cuota dominical y se proclama el carácter imperativo de la ley. Ello sin perjuicio de lo pactado libremente por los multipropietarios en el título constitutivo, con vistas a configurar el contenido de los derechos, y con referencia al uso y destino de la finca, a los gastos, cuotas, cargas, conservación, administración y gobierno de la misma, y a la extinción de su régimen especial.

3. Se fija una duración mínima de los períodos. El establecimiento de una duración inferior a la permitida desnaturalizará la figura: se considerará «explotación hotelera» y habrá de regirse por las disposiciones específicas de esta materia.

4. El régimen de multipropiedad deberá constar necesariamente en el Registro de la Propiedad. Esta disposición viene exigida por dos consideraciones básicas: con excepción del tiempo de vigencia del período en uso, el resto del tiempo aparece el derecho del multipropietario como un derecho sin contacto posesorio, que es precisamente este el tipo de derechos más necesitado de protección registral; por otra parte, la necesidad de conocer hasta el detalle el régimen de la multipropiedad para acceder al mismo, aconsejan no consagrar un simple principio de oponibilidad de estatutos inscritos e inoponibilidad de no inscritos. Por otra parte, la necesidad de inscripción registral —previo otorgamiento de escritura pública— se establece también para toda transmisión de cuotas o participaciones.

5. Se considera esencial el título constitutivo como creador y configurador de la multipropiedad, sin perjuicio de la eficacia atribuida a la inscripción registral. Su contenido necesario se circunscribe a la descripción del inmueble o fracciones del mismo que constituyan su objeto, el número de cuotas en que se dividan, los períodos de posesión y uti-

lización que se atribuyan al titular de cada cuota, los pactos orgánicos permitidos y los estatutos.

6. Se establece la indivisibilidad de las cuotas. En caso de que se constituya una comunidad sobre ellas, un solo comunero podrá ejercer los derechos derivados de la cuota global, y todos responderán solidariamente, frente a los demás multipropietarios, de las obligaciones asumidas como partícipes de la multipropiedad. Se reconoce y regula el derecho a constituir usufructos sobre las cuotas y a ceder a tercero el uso y a enajenar la cuota, excluyéndose para este caso el derecho de retracto.

7. Se crea un libro de comuneros, a cargo del administrador, en el que deben consignarse las circunstancias personales de cada copartícipe. En las transmisiones y constituciones de derechos reales se consignarán igualmente las circunstancias de los adquirentes. La comunidad sólo reconocerá como comuneros o partícipes a aquellos que aparezcan como tales en el libro, y las notificaciones o requerimientos que deban hacerse se notificarán en el domicilio que aparezca en el mismo.

8. En caso de mora prolongada del multipropietario en el pago de su contribución a los gastos generales, se arbitra un procedimiento especialmente riguroso de cobro. El administrador denegará al copropietario moroso la utilización de la finca en el período que le corresponda y podrá arrendarla imputando la renta a las deudas impagadas. Se establece, por otra parte, una afección real análoga a la establecida en la propiedad horizontal.

9. La administración del inmueble se atribuirá a un único administrador general. Ello no impide la existencia de administradores particulares para uno o varios pisos o locales. Se atribuye al administrador general el carácter de mandatario retribuido, estando, pues, facultado —y obligado— a realizar los actos y contratos adecuados para cumplir los acuerdos de la junta y todos aquellos otros que sean necesarios para la gestión y defensa de los bienes y servicios comunes. La contratación de trabajadores, empleados y servicios la hará, sin embargo, a nombre propio y bajo su exclusiva responsabilidad, nunca a cargo de la comunidad.

10. La importancia del administrador para el buen funcionamiento de la multipropiedad ha sugerido a la Comisión la conveniencia de exigir unos requisitos de idoneidad muy rigurosa: que se trate de persona jurídica mercantil de nacionalidad española y domicilio en España, que ha de revestir los tipos societarios previstos; que tenga un capital social mínimo; que determinada parte de su patrimonio esté constituido por valores cotizados y depositados; que su administración reúna, a su vez,

los requisitos previstos en esta ley; que figure inscrita en el Registro especial administrativo que al efecto se crea.

11. La junta de multipropietarios, además de nombrar y remover al administrador general, establecer y modificar los estatutos, aprobar el presupuesto y adoptar otros acuerdos, puede nombrar un comité directivo o junta rectora —y los cargos que lo integren—, como órgano ejecutivo y de representación. El proyecto regula con detalle el régimen de convocatoria y de adopción de acuerdos.

Estos son, en líneas generales, los principales criterios que se mantienen en el texto que ha de servir de base a la futura ley de multipropiedad. El *iter legislativo* es largo, y sin duda se introducirán en él nuevos criterios y se sustituirán otros. Después, la experiencia hablará. Como escribió el hipotecarista R. DE LA RICA, «una reforma legal no puede ser objeto de crítica fundada sino *a posteriori*, esto es, después de su vigencia y contacto con la realidad viva, cuando la subsunción de la norma pone de manifiesto su adecuación a las necesidades que trata de satisfacer, o, por el contrario, su disparidad con ellas o su insuficiencia, y la experiencia enseña las ventajas e inconvenientes de la reforma: en suma, su éxito o su fracaso».

ANTONIO PAU PEDRÓN
Subdirector general del Notariado
y de los Registros de la Propiedad
y Mercantiles

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALVAREZ ARZA, M., y ALLENDESALAZAR ORMAECHEA, L.: *El Time-Sharing. Su configuración jurídico-tributaria en España*. Madrid, 1987.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.; GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A.: «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, vol. II. Madrid, 1975.
- DE LA CUESTA, J. M.: «Introducción de Derecho español», en *La multipropiedad*, de E. CALÓ y T. A. CORDA. Madrid, 1985.
- CONFORTINI, M.: *La multiproprietà*. Padua, 1983.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. I. Madrid, 1979.
- LEYVA DE LEYVA, A.: «La propiedad cuadridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad», en *RCDI*, 1985.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *La multipropiedad*. Noticias CEE, 1986.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*. Murcia, 1966.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «La multipropiedad», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBADALEJO, t. V, vol. 2. Madrid, 1985.
- «Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad», en *RDR*, 1987.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad (time-sharing). Regulación legal y Derecho comparado*. Madrid, 1987.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid, 1986.
- PIÑOL AGUADÉ, J. M.: «Reseña a las obras de Caselli y Confortini», en *RDN*, 1984.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: «Consideraciones sobre la llamada multipropiedad», en *RDN*, 1982.
- SÁNCHEZ MARÍN, P., y MARTÍNEZ CASTO, P.: «La propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo», en *BCNR*, 1975.
- ZENATI, F.: «Sociétés d'attribution», en *RTDC*, 1986.

Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho Registral ⁽¹⁾

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CUESTIONES COMUNES A TODOS LOS REGISTROS: 1. *La primacía del Derecho comunitario*. 2. *El recurso prejudicial y los Registradores*. 3. *La publicidad registral como garantía de terceros y consumidores*.—III. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DERECHO COMUNITARIO: 1. *Indiferencia*. 2. *Derecho comparado*. 3. *Cuestiones concretas*: A) Libertad de establecimiento. B) Certificado de identidad y capacidad de los extranjeros. C) Forma de los documentos extranjeros. D) Ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras. E) Inversiones extranjeras. F) La hipoteca en moneda extranjera. G) Otras cuestiones.—IV. REGISTRO MERCANTIL. BREVE REFERENCIA.

I. INTRODUCCION

La preocupación de los Registradores por el Derecho comunitario no es nueva, prueba de ello es el curso que sobre este derecho se celebró ya en 1975 en nuestro Colegio Nacional, donde, con bastante más competencia que el que escribe, profesores de la talla de DÍEZ DE VELASCO, DÍEZ PICAZO y AURELIO MENÉNDEZ, y compañeros como GONZÁLEZ PÉREZ se ocuparon de diversos aspectos del Derecho de las Comunidades (2). Más tarde otros Registradores incidieron en el tema con varias publicaciones, y en diciembre del pasado año 1985, a las puertas de nuestro ingreso en la Comunidad Europea, el Centro de Estudios Hipotecarios fue pionero en la organización de un curso sobre los temas que hoy nos ocupan.

(1) El presente trabajo fue, con algunos retoques y las notas bibliográficas que hoy añado, una conferencia pronunciada en el C. E. H. de Cataluña con motivo de la inauguración del curso 1986-87.

(2) «Curso de Conferencias sobre Derecho Comunitario», C. E. H., Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1975.

El objetivo de este trabajo es simplemente una primera aproximación al tema objeto de estudio; por ello, en la mayoría de las ocasiones, las cuestiones tratadas merecerían un amplio desarrollo.

La incidencia del ingreso de España en las Comunidades sobre la Institución registral es diversa, según el Registro que se contemple. Mientras que tratándose de una Comunidad económica es lógico que afecte de gran manera al Registro Mercantil y al de Venta a Plazos, el clásico principio internacionalista *lex rei sitae* parece excluir la posibilidad de que el Ordenamiento Comunitario afecte a los Registros de bienes y derechos reales: los de la Propiedad, Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y, por ficción legal, los de Buques y el de Aeronaves.

II. CUESTIONES COMUNES A TODOS LOS REGISTROS (3)

No obstante las señaladas diferencias, hay tres cuestiones que afectan por igual a todos los Registros: la primacía del Derecho comunitario; la aplicación e interpretación de ese Derecho por los Registradores y la función de la publicidad registral en la garantía de los intereses de terceros y de consumidores.

1. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

Tratar de resumir la debatida cuestión de la primacía del Derecho comunitario en los estrechos límites de este trabajo sería absurdo y nos llevaría a no hablar de ninguna otra cosa. Pero quiero dejar constancia de que este es el punto de partida de la importancia y trascendencia del Derecho comunitario.

El principio de jerarquía no ha sido expresamente consagrado por las disposiciones de los Tratados creadores de las Comunidades, pero en su favor pueden invocarse abundantes disposiciones que sin aquel principio quedarían privadas de efecto. Ejemplo claro son los artículos 169, 170, 171 y 177 del Tratado de Roma. Dichos preceptos instituyen procedimientos judiciales que implican la superioridad del Derecho comunitario.

Como señala PESCATORE (4), «el postulado de primacía del Derecho

(3) Hablo de Registros en sentido «corporativo», aquéllos de los que nosotros, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, nos ocupamos. Eludo así la polémica de los «Registros jurídicos», que traté en «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978», *RCDI*, 1982, pág. 1309.

(4) PESCATORE: *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Lieja, 1973, página 227.

comunitario es una "exigencia existencial" del Ordenamiento jurídico de las Comunidades. Se deriva por necesidad de la noción misma del mercado común, objetivo primordial de la construcción comunitaria, que, traducido en términos de Derecho, se expresa por un Ordenamiento jurídico propio, marcado por los imperativos de unidad, uniformidad y eficacia».

A partir del principio —señala ROBERT KOVAR (5)— el TJCE deducirá, en primer lugar, la vocación del Derecho comunitario para surtir efectos directos en el Ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Sobre el mismo principio el Tribunal establecerá la primacía de ese Derecho.

Debe advertirse, no obstante, que el fundamento, alcance y efectos del principio han suscitado a menudo divergencias de apreciación, amén de los factores políticos.

La primacía de que se viene hablando ha sido consagrada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en múltiples ocasiones desde la famosa Sentencia Costa/Enel de 1964 (6). Incluso llega a afirmarse el principio frente a las Constituciones nacionales (7). Para nuestro Derecho debe recordarse la previsión del artículo 93 de la Constitución de 1978, pensado para nuestra incorporación a las Comunidades. El citado precepto dispone que «se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

En el Reino Unido, por ejemplo, la «European Communities Act» de 1972 establece la primacía necesaria del Derecho comunitario cuando acepta el efecto jurídico de sus disposiciones en aquel país, así como de las decisiones del Tribunal de Justicia relativas al contenido y efecto de los Tratados o referentes a la validez, contenido o efecto del llamado Derecho derivado o secundario. Esto supone que, por lo que afecta al Derecho escrito inglés, las disposiciones comunitarias directamente aplicables prevalecen sobre las futuras leyes del Parlamento en tanto en

(5) ROBERT KOVAR, en la obra colectiva *Treinta años de Derecho comunitario*, Luxemburgo, 1984.

(6) TJCE, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (Costa/ENEL). Pueden verse también: TJCE, 13 de febrero de 1969, asunto 14/68 (Walt Wilhelm); TJCE, 14 de diciembre de 1971, asunto 43/71 (Politi); TJCE, 30 de febrero de 1978, asunto 31/78 (Bussone); el Auto de 28 de marzo de 1980 en los asuntos conjuntos 24/80 y 97/80 (Comisión/República francesa): Las sentencias citadas pueden verse, aparte de en los Recueils oficiales, en *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, de J. BOULOUIS y R. M. CHEVALIER, Ts. I y II, 3.ª y 1.ª ed., París, 1983.

(7) Pueden verse las Sentencias del TJCE: 29 de noviembre de 1978, asunto 83/78 (Pigs Marketing Board), y 7 de febrero de 1979, asunto 128/78 (Comisión/Reino Unido).

cuanto sean contradictorias con aquéllas. En la práctica ello significa igualmente que por el mero hecho de aceptar los Tratados y devenir, de este modo, miembros de las Comunidades, el Reino Unido, como cualquier otro Estado miembro, tiene que abstenerse de adoptar una legislación nacional incompatible con el Derecho comunitario.

En Holanda, la Constitución no sólo establece que las disposiciones de los Tratados internacionales tienen primacía sobre las leyes y reglamentos nacionales existentes, sino que también especifica que tal primacía se reconoce a los actos adoptados por las instituciones exigidos por dichos Tratados, a la vez que añade que dicha prioridad se aplica incluso en los supuestos de conflicto entre una norma de Derecho comunitario y una ley nacional posterior.

La Constitución francesa dispone, en términos generales, que los Tratados y Acuerdos internacionales, debidamente ratificados o aprobados, gozarán, desde el momento de su publicación, de una autoridad superior a la de las leyes, sometido, no obstante, cada Tratado o Acuerdo a condiciones de reciprocidad por las restantes partes de dichos Tratados.

La Ley Fundamental de Bonn, texto constitucional de la República Federal de Alemania, dispone que la «Federación puede delegar por una ley derechos soberanos a organizaciones interestatales», a la vez que alude a la primacía de las normas generales del Derecho Internacional Público. No obstante, el Derecho comunitario difícilmente puede equipararse con las normas generales del Derecho Internacional Público.

La Constitución italiana es quizá menos precisa, ya que solamente prescribe que «el Ordenamiento jurídico italiano se adecuará a los principios generales reconocidos por el Derecho internacional» (8).

El efecto inmediato y la aplicabilidad inmediata de los reglamentos, decisiones y directivas sí queda recogido en la legislación comunitaria; en cuanto a los primeros, por el artículo 189 del Tratado de Roma. El citado artículo dispone: «Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al

(8) Artículos 66 y 67 de la Constitución de los Países Bajos; artículo 55 de la Constitución francesa; artículos 24 y 25 de la Ley Fundamental de Bonn; artículo 10, 1, de la Constitución italiana. Pueden verse también las Constituciones del Reino de Dinamarca de 1953 y de Grecia de 1975, en sus artículos 10, 1, y 28, 1, respectivamente.

resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.»

Respecto de las directivas y decisiones el TJCE ha afirmado el efecto directo en numerosas sentencias (9).

2. EL RECURSO PREJUDICIAL Y LOS REGISTRADORES

En la segunda de las cuestiones apuntadas hay un tema que voy a tratar muy por encima tanto por su enjundia como por su discutibilidad: la posibilidad de que los Registradores pudieran interponer el recurso prejudicial del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

El Tribunal Comunitario está facultado para dictar pronunciamientos prejudiciales cuando la cuestión la formule «un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros».

La especial naturaleza jurídica de la función registral, magistralmente expuesta no hace mucho en nuestra Revista por el Profesor LACRUZ (10), nos hace, dentro de nuestra competencia, auténticos órganos de calificación, próximos a la jurisdicción.

El Tribunal Comunitario ha aceptado, sin cuestionarse la admisibilidad o no del recurso prejudicial, consultas prejudiciales formuladas por órganos constituidos con arreglo a criterios que no son los propios de la Administración de Justicia, entre los que cabe citar los siguientes: El Comité Nacional de Seguros del Reino Unido, la Comisión de reclamación en materia de seguro obligatorio contra la enfermedad y la invalidez de Bélgica, la Comisión de primera Instancia del contencioso de la Seguridad Social y de la mutualidad social agrícola de Francia, la Oficina de Conciliación de Italia y algunos otros (11).

Ante esta situación cabría preguntarse por la posibilidad de acceso del Registrador al Tribunal de Justicia. No se me oculta que la ausencia de «partes» con intereses contrapuestos, así como el carácter voluntario

(9) Ver, por todas, la Sentencia del TJCE, 5 de febrero de 1963, asunto 26/62 (Van Gend Loos). Sobre primacía del Derecho comunitario es fundamental la obra de J. V. LOUIS: *L'ordre juridique communautaire*. Lieja, 1975.

(10) LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *RCDI*, 1979, págs. 75 y sigs.

(11) Casos: 17/76 (Brack/Insurance Officer); 32/70 (Union Nationale des Mutualités Socialistes/Cacciatore-La Marca); 35/70 (Manpower/Caisse Primaire d'Assurance Maladie), y 7/76 (IRCA/Amministrazione delle Finanze dello Stato).

y no contradictorio de nuestra jurisdicción, pudieran excluir esa posibilidad.

Lo que es claro es que deberíamos poder acudir en consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado ante las dudas que nos plantee el Derecho comunitario, tal como se hace para la organización y funcionamiento del Registro en el artículo 273 de la Ley Hipotecaria. Pero los estrechos límites de este precepto, y de sus concordantes reglamentarios, nos impiden esta vía. Habría que estudiar más a fondo este tema, y hoy y aquí no es el lugar ni el momento adecuado. No quiero dejar la cuestión sin recordar el artículo 100 de la Ley Hipotecaria que nos permite acudir al Presidente de la Audiencia cuando tengamos dudas sobre la competencia de Jueces o Tribunales.

3. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO GARANTÍA DE TERCEROS Y CONSUMIDORES

El tercero de los temas al principio citados es el gran quehacer de las Instituciones registrales, tanto de *lege data* como de *lege ferenda*, en distintas materias comunitarias. A título de ejemplo cabe pensar en los siguientes aspectos:

- La publicidad de la existencia y vicisitudes de las sociedades, de los *holdings* y grupos económicos, así como de sus cuentas y balances.
- La publicidad de cargas y gravámenes sobre muebles a los que accede gran número de consumidores y usuarios.
- La calificación registral de cláusulas abusivas o contrarias a ley en los contratos de ventas a plazos.
- La protección del comprador a plazos de una vivienda mediante anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad, tal como se hace en Derecho inglés o alemán.
- La publicación de garantías de las cédulas hipotecarias emitidas sobre créditos hipotecarios españoles y colocadas en el mercado exterior comunitario.

Examinadas las tres cuestiones generales paso a ocuparme de algunos aspectos comunitarios del Registro de la Propiedad y del Mercantil.

III. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DERECHO COMUNITARIO

1. INDIFERENCIA

Al relacionar el Registro de la Propiedad con el Derecho comunitario, la primera reacción que causa el tema es de sorpresa o indiferencia: el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los bienes inmuebles y derechos reales impuestos sobre los mismos; y la publicidad de la propiedad y demás derechos sobre bienes inmuebles se regirán por la ley del lugar donde se hallen, según rezan los artículos 1.º de la Ley Hipotecaria y 10, 1, del Código Civil.

El mercado inmobiliario, según se desprende de los citados preceptos, está regido por los principios de territorialidad y soberanía. Por ello nuestro ingreso en la Comunidad Económica Europea no parece que produzca alteración alguna en el campo inmobiliario registral. Quizá aumenten las relaciones sobre inmuebles y derechos reales españoles con elementos personales de extranjería, pero, al no disponer nada sobre este particular ninguno de los Tratados constitutivos de la CEE, el estado actual de la cuestión es el mismo que antes del 1 de enero de 1986: las relaciones de nacionales de la Comunidad con inmuebles y derechos reales españoles se rigen por las normas generales del Derecho Internacional privado y por la legislación española sobre inversiones extranjeras.

2. DERECHO COMPARADO

Ante este panorama sería fácil caer en el comparativismo jurídico. La comparación entre los distintos sistemas registrales suena a oposiciones, a primeros temas de legislación hipotecaria. Desde que PIERRE ODIER y ANTOINE DE SAINT JOSEF empezaran el estudio comparativo de los Registros europeos de bienes, todos los que hemos escogido esta profesión nos vimos obligados, vía ROCA SASTRE primero y hoy mediante los Estudios de CHICO ORTIZ, a conocer las coincidencias y divergencias entre los Registros de Europa. Les relevo, pues, de estas consideraciones comparativas que son el punto de partida de lo que paso a exponer.

La organización y funciones de la Institución registral española en nada deben alterarse por la incorporación a la CEE, ya que cada Estado miembro mantiene su propio sistema. y dentro de los países comunitarios encontramos muy variados Registros: de transcripción, de encasillado, de extracto, sajones, etc. Incluso dentro de un mismo Estado encontramos varios sistemas, tal como ocurre en Italia o Alemania, posibilidad

esta que veda el artículo 149, 1, 8, de la Constitución española para nuestro Derecho.

3. CUESTIONES CONCRETAS

Además de los aspectos generales antes señalados, hay cuestiones concretas que atañen muy de cerca al Registro de la Propiedad, y que pasó a enumerar, más que a examinar, a continuación.

Dos de las tres grandes libertades comunitarias: la de establecimiento y la de libre circulación de capitales, acaban llegando al Registro por vía del reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades y de las inversiones de nacionales comunitarios en inmuebles españoles.

A) *Libertad de establecimiento*

Para que una sociedad de un Estado miembro de la Comunidad pueda establecerse en España libremente es requisito previo e imprescindible que se le reconozca por nuestro Ordenamiento personalidad jurídica. Pensando en ello el artículo 220 del Tratado de Roma previó la firma por los Estados miembros de Tratados que se ocuparan de esta cuestión. Para asegurar el reconocimiento de sociedades, en cumplimiento del citado artículo, se firmó el Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968, al que deberá adherirse España, tal y como se compromete en el artículo 3.º, 2, del Acta de adhesión a las Comunidades. La firma del Tratado, que no tardará en llegar, nos obligará a replantear la existencia y capacidad de las personas jurídicas en los términos que resultan del Convenio.

La repercusión de la ratificación del citado Texto internacional (aún no vigente por falta de ratificación del Reino de los Países Bajos) en nuestra labor calificadora será la de simplificar el actual sistema que nos exige un conocimiento o una prueba del Derecho de la nacionalidad de la persona jurídica de que se trate (12).

B) *Certificado de identidad y capacidad de extranjeros*

También la capacidad de las personas físicas debe ser apreciada por el Registrador en los términos del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, cuando de extranjeros comunitarios se trate. Para simplificar

(12) Sobre este interesante tema del reconocimiento de sociedades y demás personas jurídicas, *vid.* por todos: GOLDMAN: «Le projet de convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales», en *Rebels Zeitschrift*, 1967, págs. 201 y sigs.

nuestra labor en este punto, y lograr además una mayor seguridad jurídica, se ha planteado, con objeto de facilitar el tráfico comunitario, la posibilidad de emitir un documento notarial denominado provisionalmente como «certificado de identidad y capacidad» para las personas que actúan jurídicamente en país extranjero. En la actualidad este proyecto, iniciado por la sección de Mercado Común de la Unión Internacional del Notariado Latino, se encuentra en fase de trabajos preliminares en la Conferencia de La Haya.

C) *Forma de los documentos extranjeros*

En el ámbito de la forma de los documentos otorgados en países miembros de la Comunidad deben tenerse en cuenta los Tratados internacionales suscritos por España en temas como el Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de formalidades en las legalizaciones. Aparte de los Convenios internacionales hay que prever una mayor afluencia de documentación extranjera en la que habrá de considerarse todo el conjunto de problemas de las formas internacionales: equivalencia de formas, regla *locus regit actum* o *auctor regit actum* y sus excepciones, etc.

D) *Ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras*

Próximo al tema de la forma, en cuanto título material que puede acceder al Registro, puede colocarse la ejecución y reconocimiento de sentencias judiciales dictadas por jurisdicciones de los Estados miembros de las Comunidades.

El citado artículo 220 del Tratado de Roma preveía también la conclusión entre los Estados miembros de un Convenio para la simplificación de las formalidades relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales. El citado artículo dispone: «Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: ... el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes...».

Los Estados miembros suscribieron el 27 de septiembre de 1968 un Convenio sobre jurisdicción y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, modificado en 1978 y 1982 como consecuencia de las ampliaciones comunitarias. Ahora España y Portugal deberán también firmar el Convenio.

Las decisiones dadas en un Estado contratante se benefician en los demás de un reconocimiento de pleno derecho, es decir, que sus beneficiarios pueden prevalerse de ellas ante cualquier interesado, persona privada, autoridad administrativa o jurisdicción, sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento (art. 26 del Tratado).

La Convención impone a todos los Estados contratantes un procedimiento de *exequatur* que se caracteriza por su simplicidad y rapidez (13).

E) *Inversiones extranjeras*

Si hablamos de inversiones extranjeras, el ingreso de España en la Comunidad ha supuesto una reforma profunda aún no concluida.

La Ley de Bases de Delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas incluyó entre los textos legales a modificar el de inversiones extranjeras. En cumplimiento del encargo asumido en la citada Ley se han publicado ya, el 27 de junio y el 25 de septiembre de este año, la Ley y el Reglamento de Inversiones Extranjeras.

No es el momento de examinar el contenido de las disposiciones citadas y su adecuación al Derecho comunitario, tanto por la importancia del tema como por su extensión.

Hay que dejar constancia, sin embargo, de que este aspecto de la libre circulación de capitales es quizá el que más interesa al Registro de la Propiedad.

La libre circulación de mercancías exige, como complemento natural, la libre circulación de capitales. No obstante, en el Derecho comunitario europeo vigente, el capital, a diferencia de las mercancías, no es todavía libremente transferible entre los Estados miembros. Es verdad que, según el Tratado CEE (art. 67), los Estados fundadores se obligaban a eliminar progresivamente todas las restricciones a la libre circulación de capitales pertenecientes a sus residentes y a suprimir las normas reguladoras de las transferencias de capital que discriminaran entre los inversores por razón de su nacionalidad, su país de residencia o el lugar de la inversión. A su vez, los nuevos Estados miembros se deben comprometer en el Acta de Adhesión a eliminar esas mismas restriccio-

(13) La bibliografía sobre el tema es abundante: GOLDMAN, B.: «Un traité fédérateur: la Convention entre les États membres de la CEE sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RTDE*, 1971, 1. JENARD, P., y SCHLOSSER, P.: «Rapports sur la Convention du 27 septembre 1968 et sur la Convention du 9 octobre 1978», *DOCE*, núm. C 59, del 5 de marzo de 1979. KRINGS, E.: «L'application de la Convention de Bruxelles de 1968 par la CJCE», *CDE*, 1981, 151. WESSER, M.: *La Convention sur la reconnaissance et l'exécution*, Pédone, 1975.

nes para el final del período transitorio. Así lo hizo el Reino de España en el artículo 61, 1, del Acta de Adhesión.

Dos antiguas Directivas del Consejo (del 2-V-1960 y 18-XII-1962) exigen a los nuevos y a los primitivos Estados miembros que autoricen las transferencias de capital para un cierto número de fines, entre ellos las inversiones directas y las inversiones en inmuebles. Estas mismas Directivas especifican que esas transferencias se harán sobre la base de los tipos corrientes de cambio. Establecen también la disminución de restricciones a la inversión indirecta por parte de residentes de un Estado miembro en empresas de otros Estados miembros. La verdad es que se trata de proyectos ambiciosos, pero de alcance muy matizado, si no reducido.

Quizá con el Acta Unica Europea, ratificada por España el 26 de noviembre de 1986, pueda llegarse a una mayor eficiencia en la libertad de circulación de capitales, al menos para el 31 de diciembre de 1992, ya que según su artículo 13:

El Tratado CEE será completado con las disposiciones siguientes:

Artículo 8A.

La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, de conformidad con las disposiciones del presente artículo y de los artículos 8B, 8C, 28, apartado 2 del 57, 59, apartado 1 del 70, 84, 99, 100A y 100B y sin perjuicio de lo establecido en las demás disposiciones del presente Tratado.

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

Pero hoy por hoy las limitaciones a las transferencias de capitales deben abolirse sólo en la medida necesaria para asegurar «el funcionamiento adecuado del mercado común» (art. 67).

Basta examinar atentamente el texto de los artículos 67 a 73 del Tratado CEE y el de los actos normativos que los desarrollan para descubrir, como señala PLENDER (14), que la obligación de abolir las restricciones a la libre circulación de capitales está formulada con una estudiada imprecisión. Por otra parte, debe señalarse expresamente que, en el caso de perturbaciones monetarias, los Estados miembros pueden

(14) PLENDER, R.: *Introducción al Derecho europeo*, Madrid, 1984, págs. 113 y 114.

reintroducir controles, con permiso de la Comisión, o sin él en caso de emergencia (art. 73 del Tratado). La Comisión no se ha mostrado remisa a la hora de conceder tales permisos a los Estados que las solicitan. A la vista de estas consideraciones, no cabe sino concluir que los artículos 67 y 71 del Tratado CEE no pueden producir efectos directos en los que un justiciable pueda apoyarse. Conclusión refrendada ya por el Tribunal Comunitario, en lo que al artículo 67, 1, se refiere, en el reciente caso *Casati* (15), primero en el que el Tribunal se ha ocupado de la libre circulación de capitales.

Ejemplo de lo expuesto son las limitaciones impuestas por Francia e Italia a sus residentes para invertir en inmuebles sitos en el extranjero (16).

Nuestra actual situación es de plena libertad para invertir fuera de nuestras fronteras y dentro de la Comunidad (arts. 62 a 66 del Acta de Adhesión del Reino de España), claro es que sin perjuicio de nuestra legislación sobre el control de cambios.

Quiero detenerme algo en el examen del concepto «liberalizar» dentro de las Directrices de 1960 y 1962, citadas más arriba.

Si se examina el artículo 1.º de la Directiva de 11 de mayo de 1960, que es el que afecta a inversiones en inmuebles, se verá que habla de conceder cualquier autorización y de simplificar en lo posible las formalidades de autorización y control. Según esto, tanto los artículos 12 y 13 del Real Decreto-ley de inversiones extranjeras de junio de este año como los artículos 12 a 14 del Reglamento de la misma Ley se encuentran dentro de las Directivas comunitarias al exigir verificación o autorización para estas inversiones. Aunque se trata de una autorización muy *sui generis*, ya que necesariamente han de ser concedidas, sin que quepa la denegación, pues el artículo 3.º de la Directiva de 1960 no admite restricciones en materia de inversiones inmobiliarias.

Más complicada es la inversión en zonas estratégicas, reguladas hoy en el artículo 13 del Reglamento de Inversiones Extranjeras de 25 de septiembre de 1986, respecto de la que quizá quepa mantener su especialidad por razones de interés público.

Por último, quiero insistir, para esta materia, en que los artículos 61 y 63 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades prevé que pueda deferirse hasta el 31 de diciembre de 1990 de libertad de inver-

(15) Caso 203/80 (*GUERRINO CASATI*).

(16) Puede verse la decisión de la Comisión CEE de 19 de noviembre de 1984 sobre las restricciones admitidas para Francia e Italia en inversiones de sus nacionales en inmuebles sitos en Estados comunitarios. Para nuestro Derecho, recientemente, la Orden de 25 de marzo de 1987 del Ministerio de Hacienda, en desarrollo del Real Decreto de 7 de noviembre de 1986 sobre inversiones españolas en el exterior (especialmente arts. 19 y sigs. de la Orden).

sión de los residentes en España en inmuebles de Estados miembros de la Comunidad, pero las inversiones de extranjeros en España están ya totalmente liberalizadas al no existir previsión de ninguna moratoria para la entrada en vigor del Tratado de Roma y de las Directivas que lo desarrollan.

F) *La hipoteca en moneda extranjera*

Incardinado en el gran tema de la libertad de circulación de capitales se encuentra la hipoteca en moneda extranjera. La garantía hipotecaria del crédito en moneda extranjera se encuentra admitida por todas las legislaciones de los países miembros de la CEE, con excepción del Derecho griego y con alguna peculiaridad en Derecho escocés. Nuestro Derecho abordó ya la cuestión en 1959 en el artículo 219, 1, del Reglamento Hipotecario, con bastante acierto.

Es de suponer que la existencia de un mercado común multiplique el número de estas hipotecas, razón por la cual existe una Propuesta de Directiva de la Comisión de la CEE de 5 de febrero del pasado año 1985.

En la Propuesta de Directiva se pretende liberalizar el crédito hipotecario, superando los obstáculos que se presentan en los diversos países a la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el campo hipotecario (recuérdese el art. 123 del reciente Reglamento de Inversiones Extranjeras, que establece la autorización administrativa previa para la concesión de préstamos hipotecarios).

Consecuencia de la finalidad liberalizadora es que el artículo 4.º de la Proposición de Directiva imponga a los Estados miembros de la CEE la derogación de las disposiciones que impidan a los establecimientos de crédito la concesión de préstamos hipotecarios a nacionales de otros Estados miembros, según las técnicas financieras y jurídicas admitidas en su Estado de origen para los nacionales.

Los problemas de estas hipotecas se solventan en la Propuesta con la técnica de la hipoteca de máximo, que es el sistema de nuestro Reglamento Hipotecario, pero quedan algunos problemas por resolver, como el de la variación que pueda experimentar la divisa correspondiente desde el momento del incumplimiento de la obligación garantizada al de pago, pasando por la ejecución (17).

(17) El proyecto de proposición de directiva del Consejo de la CEE sobre la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el campo del crédito hipotecario, de 4 de febrero de 1985 (*JOCE*, núm. C 42/4, 14 de febrero), fue enmendado por el Parlamento europeo en febrero de 1987. Sobre el crédito hipotecario en la CEE pueden verse: ÉLIZALDE Y AYMERICH, P.: «El mercado hipotecario en Europa», *RCDI*, 1986, págs. 787 y sigs., y la bibliografía que allí se cita CASERO MEJÍAS, M.: «El crédito hipotecario en la CEE», en *RCDI*, 1987, pági-

G) *Otras cuestiones*

En materia inmobiliaria deben tenerse también en cuenta una Directiva de abril de 1963, así como otra del mismo mes de 1968 que se ocupan de la libertad de establecimiento en las explotaciones abandonadas o incultas desde hace más de dos años y de la libertad de los agricultores nacionales de un Estado miembro para acceder a las diversas formas de crédito en otro Estado comunitario. Las dos Directivas son de gran interés en cuanto afectan a la propiedad rústica y al crédito fundiario, pero una exposición detallada de ambas y de su vinculación con nuestra Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables sería objeto de especial atención que no cabe en los límites de esta conferencia.

IV. REGISTRO MERCANTIL. BREVE REFERENCIA

Así como en el ámbito del Registro de la Propiedad había que hacer un esfuerzo para comprender la influencia del ingreso en las Comunidades sobre el Ordenamiento hipotecario, cuando se contempla el Registro Mercantil, la trascendencia de la incorporación a nuestro Derecho del acervo comunitario salta a la vista. La razón es el carácter económico y, por tanto, mercantil, de las Comunidades.

El artículo 2.º del Tratado de Roma señala como misión de la CEE la de promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad mediante el establecimiento de un mercado común.

Uno de los cometidos que se fijó el Tratado constitutivo de la CEE fue la armonización legislativa, que no unificación, del Derecho de sociedades, y dentro de éste, como establece el artículo 54, 3, g), coordinar, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger a los socios y terceros.

El catálogo de Directivas y Propuestas de Directivas aprobadas es tan amplio, que, en el momento actual, con excepción del régimen de disolución y liquidación, el Derecho de sociedades se ha visto íntegramente afectado por el proceso de armonización comunitaria.

Desde la exigencia de un capital mínimo para la constitución de la Sociedad Anónima hasta quiénes están autorizados para censurar las cuentas de la sociedad, hay una gran variedad de aspectos del régimen

nas 807 y sigs. VENET, G.: «Les perspectives de libéralisation du crédit hypothécaire dans la Communauté Européenne», en *Rev. du Notariat Belge*, 1987, páginas 122 y sigs.

jurídico de sociedades que están afectados por el Derecho comunitario. Entre estos aspectos, uno de los que más ha preocupado al Consejo de la Comunidad es lograr la garantía del conocimiento comprensivo y correcto de la situación patrimonial de la sociedad y de los resultados de su actividad.

Sería muy largo examinar las siete Directivas ya vigentes y la Propuesta de la quinta Directiva, pero quiero puntar, más que analizar, algunos aspectos que afectan muy de cerca al Registro Mercantil.

La primera Directiva, de 9 de marzo de 1968, tiende a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades comprendidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado de Roma, y proteger así los intereses de socios y terceros. Como se ve, el contenido no puede ser más registral.

Si colocamos de un lado la citada Directiva y de otro nuestras leyes de sociedades y el Reglamento del Registro Mercantil, observaremos, igual que sucede con las demás Directivas, analogías y diferencias. Mientras que el objeto de la publicidad mercantil es muy similar en unos y otros textos, encontramos profundas diferencias entre los efectos positivos y negativos de la fe pública. De la misma manera podríamos seguir con otros preceptos de ésta y otras Directivas.

Voy a detenerme en los procedimientos de publicidad que regula la primera Directiva, que necesariamente habremos de recibir no sólo en nuestro Ordenamiento, donde ya están recogidas, sino también en la práctica jurídica y registral.

Las diferencias entre el Derecho español y la Directiva eran acusadas antes de la reforma del Código de Comercio por Ley de 21 de julio de 1975. La razón de ello obedecía básicamente a que nuestro sistema se basaba exclusivamente en el dato de la inscripción registral, sin obligación de publicar en *Diarios* o *Boletines Oficiales* las inscripciones practicadas. A raíz de la Ley de 1973 se introducen en nuestro Ordenamiento diversos medios técnicos que coinciden sustancialmente con los del Derecho comunitario: existencia de un Registro público y publicación de los datos del Registro en un *Boletín Oficial del Registro Mercantil* e inserción en la documentación y correspondencia mercantil de las sociedades de los datos identificadores de su inscripción en el Registro. Pese a esta aproximación, subsisten todavía diferencias notables derivadas, por un lado, del hecho de que la anterior regulación está pendiente de incorporación al Reglamento del Registro Mercantil y, por otro, del alcance puramente informativo de la publicación de los datos registrales en el *Boletín* especial, mientras que en la Directiva de referencia el nacimiento de la sociedad lo determina no la inscripción en el Registro, sino la publicación en el *Boletín*.

En cuanto a los efectos —como señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (18)—, es preciso adaptar nuestro Ordenamiento al Derecho comunitario tanto respecto de los efectos positivos como de los negativos. En cuanto a los primeros, existe una abierta discordancia del contenido de los artículos 26 del Código de Comercio y 2.º del Reglamento del Registro Mercantil con el sistema de publicación e inscripción de la Directiva, destinado a proteger al máximo la buena fe del tercero frente a los actos oponibles por la sociedad, discordancia que será preciso subsanar. En relación con los efectos negativos, la peculiaridad del Ordenamiento comunitario frente a las legislaciones nacionales radica —si exceptuamos la regla general de no oposición a terceros más que a partir de la publicación de los actos— en la facultad concedida a estos últimos de valerse siempre de los actos e indicaciones respecto de los cuales no hayan sido aún cumplimentadas las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces (art. 3.º, 7). Pues bien, los artículos 24, 26 y 29 del Código de Comercio y 2.º, 3, del Reglamento del Registro Mercantil no mencionan la exigencia de la buena fe del tercero como presupuesto de protección por vía de la publicidad negativa. Sólo en el artículo 1.º del Reglamento del Registro Mercantil se apunta este principio de fe pública registral al establecer que la declaración judicial de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos adquiridos conforme al contenido del Registro Mercantil por el tercero de buena fe. Resulta, en consecuencia, inexcusable una modificación en esta materia.

Como se ve, la reforma de la legislación mercantil en tema de publicidad, tanto en medios como en efectos, ha de ser amplia. Esperamos del legislador una cuidadosa adecuación al Derecho comunitario y una gran concordancia entre el *Boletín* y el Registro citados para lograr así la mejor garantía de socios y terceros.

El artículo 10 de la Directiva sobre publicidad exige escritura pública para la constitución de las sociedades cuando no exista un control preventivo de dicha constitución. Nuestro Ordenamiento en este punto cumple con creces el Derecho comunitario, al exigir, conforme a los artículos 8.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 80 del Reglamento del Registro Mercantil, el doble requisito de escritura pública y calificación registral de las sociedades.

Donde cabría un mayor control y mejor protección de terceros es en la fase previa a la inscripción; el Registrador mercantil podría examinar los actos anteriores a la constitución definitiva: ventajas especia-

(18) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «La adaptación de la legislación española de sociedades al Derecho comunitario europeo», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1980, pág. 584.

les en favor de los fundadores, realidad de las aportaciones dinerarias y no dinerarias, adquisiciones realizadas por las sociedades durante la fase constitutiva, obligaciones y pactos concluidos en nombre de la sociedad, y un etcétera más o menos largo que incluiría no sólo la actuación previa a la constitución, sino todos los actos de la vida societaria: aumentos y reducciones de capital, emisiones de obligaciones, amortización de acciones, etc.

El sistema apuntado ha sido adoptado, en parte, por la legislación portuguesa de sociedades de 1987, en la que se armoniza el Derecho portugués con el comunitario (19).

Las Directivas que siguen a la examinada se ocupan también de la protección de socios y terceros por medio de la publicidad registral y así el artículo 10 de la segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976 exige que se publique en el Registro Mercantil y en el *Boletín* del mismo el informe del perito sobre las aportaciones no dinerarias a la sociedad, lo que hace pensar en la posibilidad de replantear el tema de la concordancia entre los Registros de la Propiedad y Mercantil. El artículo 35 de la misma Directiva exige publicidad registral para la amortización de capital suscrito sin la simultánea reducción; la cuarta Directiva de 25 de julio de 1978 exige la publicación de las cuentas anuales y del informe de la gestión de la sociedad en el Registro; la misma publicación exige para el proyecto de escisión de sociedades el artículo 4.º de la sexta Directiva de 17 de diciembre de 1982 y en igual forma se pronuncia el artículo 38 de la séptima Directiva de 13 de junio de 1983 sobre cuentas consolidadas de grupos de sociedades.

Esta breve enumeración pone de relieve la confianza y preocupación de las Comunidades en la institución registral como medio de garantía de socios y terceros.

Junto a los temas estrictamente registrales están los que atañen al Derecho de sociedades, que supondrán una amplia reforma de nuestro Ordenamiento, ya en marcha. Respecto de la reforma debe señalarse la profundidad de la misma y la grave alteración que supondrá para nuestro armonioso sistema, de forma que los retoques no han de hacerse rompiendo la orgánica unidad que hoy tenemos. Nos hemos encontrado, por suerte y gracias al esfuerzo de juristas como DE CASTRO y GARRIGUES, con un sistema muy acabado de sociedades y también hemos tenido la suerte de ingresar en las Comunidades con bastantes Directivas en vigor, lo que espero permita realizar nuestra armonización sin los trau-

(19) Puede verse un comentario al proyecto, hoy convertido en Ley, en CAEIRO, A.: «Vers une nouvelle législation portugaise sur les sociétés commerciales», en *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, núm. 66, páginas 12 y sigs.

mas que supuso la adaptación de Italia y Francia, por ejemplo, que en poco tiempo hubo de adaptarse en reiteradas ocasiones.

Hasta ahora se ha hablado casi exclusivamente del Derecho vigente, pero los Registros, todos ellos, pueden ayudar a solucionar temas todavía pendientes hoy de regulación: en las agrupaciones europeas de interés económico creadas por el Reglamento comunitario de 25 de julio del pasado año, donde se prevé la designación por los Estados miembros de los Registros adecuados para su constitución y funcionamiento; en los créditos al consumo que regula la Propuesta de Directiva sobre los mismos de 1979; en las certificaciones intercomunitarias de ausencia de quiebra, y en un etcétera que omito en aras de la brevedad de esta exposición.

Después de lo expuesto creo que nos deben quedar claras dos cosas: hemos de estudiar a fondo el Derecho comunitario y tenemos que hacer un esfuerzo de imaginación para lograr la armonía de nuestras viejas instituciones con los nuevos tiempos y el nuevo Derecho; unos tiempos y un Derecho que —al modo que lo dijera ORTEGA— nos sitúan en una amplitud ultranacional o, mejor, supranacional, por encima de la exigüidad de los Estados nacionales.

JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE
Registrador de la Propiedad

La capacidad del menor para otorgar capitulaciones

(Comentario del artículo 1.329 del Código Civil)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO: 1. *Regulación del Código después de la reforma de 1975.* 2. *Antecedentes inmediatos. Génesis del artículo.*—III. ELEMENTOS PERSONALES EN LAS CAPITULACIONES DEL MENOR: 1. *Significado del término menor.* 2. *Persnas que intervienen:* 2.1. Enumeración de las mismas. 2.2. Calidad jurídica por la que intervienen. Interpretación de los términos «concurso» y «consentimiento».—IV. POSIBLE CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES EN ORDEN AL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. SISTEMA DE ELECCION. V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El objeto del presente estudio es realizar una interpretación sistemática e integradora del artículo 1.329 del Código Civil. Sin lugar a dudas, las reformas de 13 de mayo de 1975 y la de 7 de julio de 1981 y la de 24 de octubre de 1983 han sido unas de las más importantes llevadas a cabo en nuestro primer cuerpo legislativo civil, pues no sólo afectaron directamente a numerosas instituciones, principalmente de Derecho de familia, sino que también han obligado a revisar muchos de los principios considerados tradicionales en nuestro ordenamiento. Así, de forma indirecta, extendieron su campo de acción. Todo ello, claro está, de acuerdo con los principios mantenidos en la Constitución española en materia de Derecho privado.

En esta situación se encuentra el artículo 1.329 del Código Civil, el cual regula las capitulaciones matrimoniales otorgadas por menor. El contenido del mismo se encuentra ligado al estado civil de la persona por razón de la edad, y especialmente a la capacidad de obrar del me-

nor, al matrimonio, y específicamente al impedimento por razón de la edad, a las capitulaciones, como medio de pactar el régimen económico matrimonial, y también hay que relacionarlo con el ejercicio de la patria potestad y la tutela. Todas estas instituciones fueron modificadas por leyes distintas y, por lo tanto, en ocasiones, se nota la falta de una visión de conjunto. De ahí que el presente comentario pretenda una sistematización de los preceptos hoy vigentes, así como expresar los cambios, importantes y sustanciales, que se han producido en esta materia.

La doctrina ha mantenido opiniones contrarias y divergentes a la hora de dar una interpretación al precepto. Se afirma la existencia de lagunas y vacíos legales, o se considera un término incluido en el precepto como redundante y sin contenido. Todo ello me ha inducido a pensar en una interpretación que manteniendo el sentido propio de las palabras utilizadas por el legislador cobre un significado en el sentido general de toda la reforma del Código Civil, y muy especialmente insistir en los cambios que dicho precepto ha introducido.

II. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

1. REGULACIÓN DEL CÓDIGO DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1975

El otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por menor de edad se regulaba en el artículo 1.318 del Código Civil. Dicho precepto, cuya redacción originaria se mantuvo hasta la reforma de 1981, seguía la regla tradicional de *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, principio que, debía ser matizado, tal como indicaban LACRUZ y SANCHO, ya que «no debe tomarse al pie de la letra, pues hay personas capaces de contraer matrimonio válido, y que no pueden capitular válidamente sin asentimiento de otras» (1). Hoy en día se puede decir que el nuevo artículo 1.329 se acerca por un lado a dicho principio, pues permite al menor contraer matrimonio válidamente y otorgar los capítulos sin necesidad de ningún tipo de asistencia, siempre que se mantenga dentro de las limitaciones establecidas; mientras que por otra parte se separa de dicha regla en cuanto que acentúa la diferente capacidad del menor para otorgar los capítulos y para contraer matrimonio.

El artículo 1.318 regulaba dos supuestos distintos. El primer párrafo decía la capacidad del menor para otorgar los capítulos, y al mismo

(1) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, tomo IV, fascículo 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 320.

tiempo establecía que para la validez de éstos se requería la concurrencia de determinadas personas. Digamos que era el supuesto normal de capitulaciones válidas. El régimen económico que regiría el matrimonio sería entonces el pactado en dichas capitulaciones.

El segundo párrafo disponía que «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas, y de ser válido el matrimonio con arreglo a la Ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales». El supuesto atendía a una situación que podríamos calificar como patológica en las capitulaciones, las cuales fuesen nulas o anulables, no vamos a entrar ahora en esta debatida cuestión, suponían que el matrimonio se regía por un régimen económico distinto al pactado, que era el de gananciales.

Se determinaba también en este artículo la capacidad del menor para otorgar las capitulaciones, capacidad que no fue alterada tras la reforma del Código Civil de 1975, que sólo modificó el artículo 1.320 en su último párrafo, el cual se remitía al 1.318 para el caso de modificación del régimen económico conyugal en capítulos otorgados por el menor, con lo que la capacidad de éste no se vio alterada por la reforma.

Por otra parte, los requisitos para contraer matrimonio referidos al menor se regulaban en el artículo 45, 1, del Código Civil, que establecía la prohibición de contraerlo «al menor de edad no emancipado por anteriores nupcias, que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponda otorgarla», que aparecían especificadas en los artículos siguientes.

La sanción en caso de contraer matrimonio sin la licencia debida estaba regulada en el artículo 50 del Código, que en su párrafo 1.º decía que el régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes, aunque el matrimonio contraído sería válido.

Se ve claramente el deficiente sistema de que adolece nuestro Código en materia de Derecho de familia, ya que regula asuntos conexos, como son la capacidad del menor para capitular y para contraer matrimonio, en Libros distintos, lo cual ha supuesto un problema para las últimas reformas, pues se han emprendido separadamente la modificación de los artículos correspondientes, lo que ha inducido a ciertas confusiones, como más adelante veremos.

Hay que destacar el que ha podido más la tradición que la sistemática a la hora de reformar nuestro Código. El legislador de 1981 ha mantenido en Libros del Código distintos la regulación del matrimonio y la del régimen económico matrimonial, a pesar de las continuas observaciones realzadas por la doctrina, con lo que se ha perdido una oportu-

tunidad única, da la extensión y profundidad de las últimas modificaciones.

El mantenimiento de los preceptos indicados tras la reforma del Código Civil de 1975 supuso una revisión de los mismos, dado que en algunos casos se podían plantear contradicciones en el texto legislativo, que había introducido una innovación tan importante como la posibilidad de otorgar capítulos después del matrimonio y consiguientemente la modificación del régimen económico matrimonial.

La primera cuestión que se suscitaba era si se podía o no modificar el régimen legal de separación de bienes, impuesto a los cónyuges que contraían matrimonio sin licencia, es decir, si los cónyuges, menores de edad, podrían pactar en capitulaciones un nuevo régimen económico después de contraído el matrimonio, o bien modificar el que tenían, que había sido impuesto por Ley.

Parte de la doctrina pensó que, al tratarse de una sanción, los cónyuges no podrían utilizar la posibilidad que les confería el artículo 1.320, ya que de pensarse lo contrario, se podría considerar que existía un verdadero fraude de ley (2).

Frente a esta posición se mantenía otra, a mi juicio más correcta, que consideraba como posible la modificación del régimen económico legal en base a una interpretación exegética del término «legal» del artículo 1320, dentro de la cual cabía incluir el régimen legal punitivo de absoluta separación de bienes del artículo 50 del Código, pero ahora bien, siempre que hubieran cesado las causas que originaron dicha situación.

Esta postura, mantenida por SILVIA DÍAZ, se fundaba, además de lo dicho, en la necesidad de mantener una interpretación restrictiva del citado precepto, y en que se trataba más que de una sanción de una medida precautoria (3)

(2) En este sentido, TORRES Y FRANCO en «Las capitulaciones matrimoniales», Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Gabinete de Publicación y Documentaciones, *Boletín de Información*, año XXIX, núm. 105, Madrid, 1975, página 7. «Con las capitulaciones se está persiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, ya que la separación absoluta de bienes se establece en el Código como una pena civil para quienes violan la prohibición del artículo 45.»

(3) DÍAZ ALABART, Silvia: «Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la Ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código Civil», en *Homenaje al Profesor Batlle*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, págs. 223 y sigs. También, en igual sentido, puede citarse la opinión mantenida por F. DE CASTRO cuando, refiriéndose al citado artículo 50, decía: «Las desventajas que para los cónyuges contiene el artículo 50 del Código Civil», en *Derecho civil de España*, parte general, I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 594, en nota 2. También DE LOS MOZOS, al tratar de los efectos secundarios de los actos nulos, dice: «... otro carácter, en cambio, tienen los establecidos por la contravención de una Ley prohi-

De todas formas, aun admitiendo el carácter de penalidad civil, es claro que esta sanción no llevaría aparejada la idea de perpetuidad, la cual se imponía por la inmodificabilidad del régimen económico del matrimonio antes de la reforma de 1975, y no por el propio artículo 50. Por ello se puede considerar que el anterior artículo 1.320 podría tener eficacia y permitir la modificación del régimen de separación de bienes, una vez que hubiesen cesado las causas establecidas en el anterior artículo 45. Esta idea no contradecía la protección que se debía a los sujetos que incurriesen en la infracción, y tampoco se dañaba el bien jurídico protegido en cada caso.

En el supuesto de los artículos 45 y 50 del Código se estaba limitando la autonomía privada del menor y de aquellos que sin serlo contraían un matrimonio con él, de forma que éstos no podían utilizar su libertad jurídica para establecer el régimen matrimonial deseado, era la propia norma jurídica la que imponía su régimen, a través del mandato imperativo citado.

A pesar de lo dicho y de la interpretación antes dada, la idea de que el régimen de separación era una sanción ha perdurado, y esta visión ha estado latente en la elaboración legislativa del actual artículo 1.329, e inclusive en la doctrina que interpreta dicho precepto.

El segundo tema debatido después de la reforma de 1975 era que el artículo 50 textualmente decía: «Si, a pesar de la prohibición del artículo 45, se casasen las personas comprendidas en él su matrimonio *será válido*, pero... 1.ª Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes...». Mientras que el artículo 1.318, en la redacción antes citada, decía que el régimen legal supletorio era el de la sociedad de gananciales cuando las capitulaciones fuesen nulas y el matrimonio fuese válido.

La interpretación literal de ambos preceptos llevaría al absurdo de atribuir efectos distintos a dos matrimonios válidos, en los que se hubiesen otorgado capitulaciones sin el concurso de las personas requeridas, y, a pesar de la validez de ambos matrimonios, uno se regiría por la sociedad de gananciales, mientras que otro lo haría por el régimen de separación de bienes. La solución a esta aparente contradicción era clara, el artículo 1.318 debería haber utilizado los términos «válido y lícito», con lo que de una forma expresa se hubiera concretado el supuesto a aquellas situaciones en las que se contrajera el matrimonio con la licen-

bitiva, que... pueden tener cierto aspecto de sanción; en otro destaca la especial protección de los intereses de los terceros, y aun de los propios interesados en contra de sus mismos actos (es el caso... de algunos de los efectos establecidos en el art. 50 del Código Civil)», en *Derecho civil español*, I, parte general, vol. 1. Introducción al Derecho civil, Salamanca, 1977, pág. 690.

cia de las personas que debieran darla —artículos 46 y siguientes—, pero que éstas no concurriesen al otorgamiento de las capitulaciones.

Conforme a lo dicho, podemos resumir los diversos supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de los mismos en la anterior regulación en los siguientes:

- 1.º Matrimonio válido y lícito con capitulaciones matrimoniales válidas, supuesto regulado en el artículo 1.318, 1, del Código Civil, en este caso el régimen económico matrimonial sería el pactado en los capítulos.
- 2.º Matrimonio válido y lícito con capitulaciones ineficaces por falta del concurso de las personas requeridas, supuesto regulado en el artículo 1.318, 2, el régimen económico matrimonial hubiera sido el de sociedad de gananciales.
- 3.º Matrimonio válido e ilícito con capitulaciones válidas, regulado en el artículo 45, 1, y 50 del Código Civil, el régimen económico matrimonial que se establecía era el de separación de bienes.
- 4.º Matrimonio válido e ilícito con capitulaciones ineficaces; este supuesto debería estar integrado en los artículos 45, 1, y 50 del Código Civil, y su régimen legal sería consiguientemente el de separación de bienes.

El tercer supuesto planteado reviste, a mi modo de ver, gran importancia, de ahí que se deba resaltar su posibilidad. Podría suceder, teóricamente al menos, que las personas designadas en los artículos 46 y siguientes para prestar la licencia debida concurriesen al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, previas al matrimonio, por lo que las capitulaciones fuesen válidas, y que, posteriormente y por cualquier circunstancia sobrevenida, se negasen a prestar la licencia matrimonial. En este caso también se aplica el artículo 50 del Código, ya que el artículo 1.318 exigía los requisitos de validez y licitud del matrimonio, y no siendo lícito el matrimonio al faltar la licencia el supuesto planteado no entraría en el del citado precepto, por lo que el régimen sería el de separación de bienes y no el de gananciales.

Como vemos, en el supuesto de plena validez del matrimonio, el régimen económico del mismo depende de la validez e ineficacia de las capitulaciones, mientras que, en los casos de ilicitud matrimonial, el régimen económico ya no depende de las capitulaciones matrimoniales, sino que el legislador anuda las consecuencias jurídicas a la falta de los requisitos necesarios para la celebración de un matrimonio válido y lícito,

y se aplicaría un régimen legal, que era el del artículo 50, el de separación de bienes.

La conclusión que se puede deducir de la regulación existente tras la modificación del Código Civil de 1975 es que lo principal era la licitud del matrimonio, que debería revestir los requisitos exigidos por el Código, y si éstos no se cumplían, aunque el matrimonio fuese válido y, por tanto, produjese sus efectos, las capitulaciones matrimoniales que se hubieran podido otorgar eran irrelevantes a los efectos del régimen económico matrimonial.

Es claro que, una vez contraído el matrimonio y unido siempre a él, debe existir un régimen económico matrimonial, el que sea, que regule las relaciones económicas existentes entre los cónyuges, pero la regulación legal establecía un sistema en el que se cercenaba la autonomía privada de los contrayentes y otorgantes de los capítulos matrimoniales, y si el legislador establecía el principio *favor matrimonii*, sin embargo, no observaba la misma regla para las capitulaciones, que se veían privadas de efectos por la realización de un matrimonio sin los requisitos exigidos.

Esta relación en grado de subordinación del régimen económico matrimonial, y de la eficacia de las capitulaciones a la válida y lícita celebración del matrimonio del menor se manifiesta también en la coincidencia de personas que deben prestar licencia para el matrimonio y concurrir al otorgamiento de los capítulos.

2. ANTECEDENTES INMEDIATOS. GÉNESIS DEL PRECEPTO

Son claramente ilustrativos los antecedentes inmediatos del artículo 1.329 del Código Civil. Su elaboración, aunque no especialmente discutida por las Cortes, sirve en gran medida para hacernos comprender el *iter* del precepto, su redacción y la interpretación que del mismo puede darse, y se evidencia la influencia que tuvieron los artículos 45 y 50, hoy derogados del Código.

Por ello distinguiremos las distintas fases de elaboración legislativa y las sucesivas modificaciones que va sufriendo el precepto en cada una de dichas etapas.

En el proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso se regulaba la materia en el artículo 1.327 (4). En el mismo se establecía la necesidad de concurrir las personas que debían dar licencia para el ma-

(4) En el proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso el 14 de agosto de 1979 decía textualmente: «Artículo 1.327. El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse, podrá también otorgar capitulaciones antes o después de la boda; pero si no concurren a ellas las personas llamadas a dar licencia para el

rimonio para poder así pactar un régimen distinto al de participación o al de separación.

Se mantenían los artículos 45 y 50 del Código y, por lo tanto, la necesidad de licencia para contraer matrimonio, y consecuentemente persistían las diferentes consecuencias jurídicas, que antes apuntábamos, derivadas de la ausencia de tal licencia, es decir, los supuestos enumerados bajo los números 3 y 4. Así como también se mantenía el número 1. Pero no era el caso del supuesto establecido en segundo lugar, matrimonio válido y lícito y capitulaciones otorgadas sin el concurso de las personas requeridas, ya que se veía modalizado por el proyecto al distinguir dos supuestos distintos:

a) Si el menor otorgaba capitulaciones sin el concurso de las personas llamadas a otorgar la licencia, entonces debería limitarse a pactar en los capítulos el régimen de separación o participación. Si se hacían las capitulaciones dentro de estos límites, entonces serían válidas y el matrimonio contraído se regiría por el régimen económico pactado. Ya se verá posteriormente si deberá incluir o no el régimen de gananciales dentro de los regímenes a elegir por el menor.

b) Si el menor no se limitaba a pactar cualquiera de dichos regímenes, sino que los modificaba o establecía un régimen distinto, entonces las capitulaciones no eran eficaces, y el régimen que regiría el matrimonio no se regulaba en dicho precepto, sino en el proyectado artículo 1.316, que decía: «A falta de capitulaciones matrimoniales el régimen económico será el de gananciales».

El artículo 1.327 no establecía un régimen legal supletorio para el caso del matrimonio del menor contraído con licencia y con capitulaciones matrimoniales sin el concurso de las personas que deberían preslarla, y que se extralimitase en el ejercicio de su autonomía privada pactando un régimen distinto al establecido por el legislador. Las consecuencias jurídicas que se derivaban de esta situación eran las generales a cualquier supuesto de ausencia de capítulos o de ineficacia de los mismos, regulados, a su vez, por un mismo precepto, el citado artículo 1.316, el cual incurría en deficiencias al incluir bajo el término «a falta» supuestos que eran de ineficacia.

Es importante resaltar cuatro consideraciones en torno a las modificaciones producidas por el proyecto de Ley respecto del régimen del Código: a) Se aumenta la capacidad de obrar del menor al permitirle

matrimonio, sólo podrá pactar el régimen de separación o el de participación y aceptar liberalidades que no sean onerosas», en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, núm. 71-I, de 14 de agosto de 1979, pág. 327.

otorgar capitulaciones sin necesidad de que le complementen dicha capacidad. *b)* Que en el supuesto de ineficacia el menor de edad era tratado como si fuera mayor de edad que otorgase capitulaciones ineficaces, ya que se producía una equiparación de consecuencias jurídicas. *c)* Que se mantenía el mismo régimen económico establecido en el artículo 1.318, es decir, el de la sociedad de gananciales. *d)* Se mantenía la relación de subordinación entre la capacidad del menor de otorgar capitulaciones y su capacidad para contraer matrimonio, ya que se requería el complemento de capacidad e intervención de las personas que deberían otorgar la licencia. Los artículos 45 y 50 del Código Civil no eran objeto de reforma en ese proyecto de Ley, por lo que se consideraban vigentes, y a ello atendía la redacción del precepto. La exigencia del complemento de capacidad aparecía expresada en el término «concurren».

La siguiente etapa es el informe de la ponencia, que añade al proyectado artículo 1.327 un párrafo, que decía lo siguiente: «A falta de capitulaciones se aplicará el régimen de separación». Con lo que se aceptaba de forma parcial una enmienda, la 395, del grupo vasco. En el mismo informe se manifestaba que «el tema de la licencia hace relación a otro proyecto de Ley distinto. Provisionalmente el precepto quedaría redactado así...» (5).

La ponencia también admitía de forma parcial una enmienda del grupo socialista que dejaba redactado el artículo 1.316 tal como se recoge en su redacción final y actualmente vigente, es decir: «a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales». La precisión terminológica era mayor, y la interpretación del precepto más ordenada a cubrir un posible vacío legal.

El informe de la ponencia tenía una característica de provisionalidad, debido a que los artículos reguladores del matrimonio eran objeto de modificación en proyecto de Ley distinto, que luego fue la Ley modificadora del Código Civil de 7 de julio de 1981. Tal como hemos dicho anteriormente, la falta de sistema en nuestro Código en materia de Derecho de familia influyó muy especialmente en esta cuestión, ya que se desconocía la reforma definitiva acerca de la licencia matrimonial, y

(5) En el informe de la ponencia relativo al proyecto de Ley de 22 de mayo de 1980 se decía: «El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse, podrá también otorgar capitulaciones antes o después de la boda; pero si no concurren a ellas las personas llamadas a dar licencia para el matrimonio, sólo podrán pactar el régimen de separación o el de participación y aceptar liberalidades que no sean onerosas. A falta de capitulaciones, se aplicará el régimen de separación», en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 22 de mayo de 1980, núm. 71-I, pág. 348.

si ésta se iba a mantener o, por el contrario, desaparecer, como al fin sucedió.

La capacidad del menor para contraer matrimonio y para otorgar capitulaciones matrimoniales se regulaba no sólo en dos preceptos distintos, sino que estaba en trámite de modificación en dos proyectos de Ley diferentes, de ahí que la ponencia anunciara la provisionalidad del precepto, idea que afortunadamente fue modificada a lo largo de la tramitación y elaboración de la Ley, ya que consideró que el simple enunciado de provisionalidad en un precepto es muestra de desconcierto y de evidente falta de previsión. El principio de seguridad jurídica, central en un Estado de Derecho, se resiente con la derogación o modificación de la norma en un transcurso breve de tiempo, como iba a ser el presente caso, en que medió una diferencia de poco más de dos meses (6).

La ponencia realizó unas innovaciones que se podrían considerar de dudosas en su interpretación. Por un lado, nos encontramos con el mantenimiento, aunque provisional, de los artículos 45 y 50 del Código, por lo que los supuestos enumerados bajo los números 3 y 4 permanecerían exactamente igual. Pero por otra parte la inclusión del párrafo correspondiente en el artículo 1.327, diciendo que «a falta de capitulaciones...», plantea una serie de dudas, y especialmente la de si debe considerarse integrado en dichos términos los supuestos sólo de ausencia de capítulos o, por el contrario, deberían incluirse también aquellos casos en que las capitulaciones se hubiesen otorgado pero que fuesen ineficaces, o bien sólo incluir los supuestos de ineficacia de las capitulaciones, y no los de ausencia de las mismas.

Si el supuesto que recogía el informe de la ponencia sobre el artículo 1.327 era sólo el de ausencia de capítulos, nos encontraríamos con que se establecía una regulación especial para el caso de matrimonio contraído por menor, ya que la regla general sería como régimen legal supletorio el de la sociedad de gananciales, excepto el contraído por menor que sería el de separación de bienes. En esta hipótesis la ineficacia de las capitulaciones no se encontraría recogida en el precepto, por lo que de darse el supuesto sería aplicable lo establecido en el contenido del artículo 50 y del 1.327 era el mismo, el régimen legal

(6) Me gustaría resaltar, en este aspecto, la importante opinión de LÓPEZ OÑATE en su libro *La certezza del Diritto*, en el que decía: «La mutazione continua elide la certezza, perchè elide la fiducia nella volontà dello Stato, quale volontà permanente e costante. La frenesia moderna che si estrinseca nella continua legiferazione non tiene conto del fondamento o della natura della legislazione, che sta appunto in questa stabilità della volontà... sia almeno l'ordinamento giuridico composto di leggi stabili, di legge longeve». LÓPEZ OÑATE, Flavio, en la obra antes citada, nueva edición, riveduta a cura di Guido Astuti, Ed. Giuffrè, Milano, 1968, pág. 71.

capitulaciones) fuesen ineficaces...», por lo que el menor de edad, con capitulaciones en las que no hubieran concurrido las personas señaladas, tendría el régimen económico legal, que sería el general, es decir, el de gananciales.

Esta interpretación nos conduciría al siguiente resultado: se produciría una equiparación entre matrimonio válido del menor sin capítulos —que estaría regulado por el proyectado artículo 1.327— y el supuesto de matrimonio válido e ilícito —supuesto regulado por el artículo 50—, ya que en ambos casos el régimen legal supletorio sería el de separación de bienes.

La otra hipótesis sería la interpretación del término «a falta» como comprensiva tan sólo de los supuestos de ineficacia de las capitulaciones. En este caso se «sancionaba» de igual forma el supuesto de falta de licencia matrimonial y el de ineficacia de las capitulaciones, ya que el contenido de los artículos 50 y del 1.327 era el mismo, el régimen legal de separación. Esta interpretación tendría importancia al reflejar que el régimen matrimonial deja de depender de los requisitos para la celebración del matrimonio, y se subordina a un régimen general de validez o no de las capitulaciones matrimoniales.

Sin embargo, la hipótesis reseñada es un contrasentido, ya que supone una visión extraordinariamente forzada respecto de la misma *ratio* del precepto y del fin perseguido por la norma.

Considero que el proyectado artículo 1.327 pretendía crear un régimen legal supletorio, el de separación de bienes, tanto en los supuestos de ausencia como de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales en los casos de matrimonio del menor, por ello el menor, para regir su matrimonio por un régimen distinto del de separación, tendría que contraer un matrimonio válido y lícito y otorgar los capítulos con la concurrencia de las personas requeridas, o bien, a falta de éstas, limitarse a pactar los distintos regímenes opcionales establecidos.

Me he detenido en el examen del proyecto remitido por la ponencia del Congreso, dado que los profesores GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ entienden que «en defecto de pacto (capitulaciones del menor) el régimen legal subsidiario tampoco podrá ser de gananciales». afirman que del artículo 1.329 del Código Civil se deduce la existencia de un sistema legal excepcional, y que el régimen legal subsidiario es el de separación de bienes, que regirá el matrimonio del menor, excepto «cuando éste capitula con el consentimiento de sus padres o tutor» o cuando se limite a pactar un régimen de separación o participación (7).

(7) GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, en *Derecho civil español. común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, José, tomo IV, vol. 1.^o ed. 10.^a, revisada y puesta al día, Ed. Reus, Madrid, 1983, pág. 295. En la misma, además de lo

Esta interpretación del actual artículo 1.329 y del régimen legal supletorio en el caso de matrimonio de menor tiene, a mi juicio, evidentes problemas, ya que la redacción proyectada por la ponencia no fue respetada posteriormente, suprimiéndose el inciso que dicho organismo había añadido, y que considero afortunada dicha modificación y supresión del citado apartado en base a lo siguiente:

1. No existe ninguna laguna o vacío legal en la actual regulación, ya que el régimen legal supletorio para el matrimonio del menor viene establecido por el artículo 1.316, y ni en el mismo, ni en ningún otro se afirma la existencia de un régimen excepcional; y allí donde la Ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete. No hay un régimen legal supletorio distinto para los matrimonios contraídos por mayores de edad y otro para los contraídos por los menores o menor que no ha otorgado capitulaciones, o que éstas sean ineficaces.
2. Si se admitiera la existencia de un régimen distinto se reproduciría la idea de sanción al menor por conducta ilícita (8). Esta idea punitiva que interpretaban los artículos 45 y 50, y sobre la cual ya expresé mi opinión, aparece hoy superada con la actual redacción del Código Civil. Además, sería ilógico hablar de sanción en el supuesto de inexistencia de capitulaciones en un matrimonio de menor contraído con la debida dispensa del impedimento por razón de la edad, ya que en este caso, no existiendo conducta ilícita, sin embargo, se le debería aplicar el régimen de separación de bienes. La sombra del artículo 50 del Código Civil sigue proyectándose, a mi juicio, erróneamente, sobre la nueva regulación.
3. No se pueden extender las consecuencias jurídicas establecidas en los artículos 45 y 50, 1, a supuestos de hecho distintos, pues en el momento de emitirse el citado informe ambos preceptos estaban vigentes y se especulaba con la posibilidad de su permanencia, pero aun con esta visión el

anteriormente citado, se afirma: «En el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso se decía que 'a falta de capitulaciones matrimoniales, se aplicará el régimen de separación', en la hipótesis contemplada; solución que parece ser la aceptable, aunque tal inciso haya desaparecido del precepto definitivamente aprobado por el Parlamento».

(8) En este fundamento se sustentan los citados autores, GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, cuando dicen que el artículo 1.329 aparece emparentado «lejanamente con el derogado artículo 50, 1...», y ha perdido, en parte, el carácter sancionador de su precedente», *op. cit.*, pág. 295.

proyectado artículo 1.327 se extendía a hechos no previstos por los mismos, como era el matrimonio válido y lícito.

Como conclusión podemos afirmar la inexistencia de un régimen legal subsidiario distinto para los menores de edad que vayan a contraer matrimonio. Existe un sistema distinto para el menor, y éste es que se trata de un sistema opcional o de elección, por lo que, sin perjuicio de insistir en ello posteriormente, podemos adelantar que el artículo 1.329 es una limitación al actual artículo 1.315, «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código»; entre estas limitaciones y referidas a los menores de edad se encuentra el artículo objeto del presente comentario.

La siguiente etapa en el proceso de elaboración de la Ley es el texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado, que mantuvo el inciso establecido por la ponencia, pero introdujo tres importantes innovaciones en el *iter* formativo del precepto de cara a su redacción final (9).

La primera modificación del ya artículo 1.329 se refería a la supresión de la referencia que se hacía a las personas llamadas a dar licencia, para pasar a concretar éstas en «los padres o tutor».

La segunda innovación se produce al utilizar el texto los términos «concurso y consentimiento», que hasta entonces no se había hecho, pues tan sólo se decía si «no concurren».

Ambas innovaciones van a tener una gran importancia a la hora de interpretar ambos términos, y buscar su significado sin tener necesidad de dejar sin sentido uno de ellos.

La última cuestión es la sustitución del término «sólo» por «salvo que se limiten a pactar».

El nuevo texto manifiesta un radical cambio operado en la trayectoria legislativa, puesto que se supera la provisionalidad existente en la ponencia, y de una forma clara se legisla sobre las capitulaciones, sin tener en cuenta los requisitos para contraer el matrimonio por parte del menor, y la necesidad o no de licencia.

El proyecto de Ley sobre el matrimonio estaba ya en un avanzado grado de elaboración, que permitía avizorar la supresión de los artículos 45 y 50 del Código Civil, y la nueva configuración de los requisitos

(9) El texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado de 2 de febrero de 1981 decía lo siguiente: «El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse, podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda; pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación. A falta de capitulaciones matrimoniales, se aplicará el régimen de separación», *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, de 2 de febrero de 1981, núm. 154-I, pág. 11.

para contraerlo. Por eso el legislador establece por primera vez una independencia de ambos institutos jurídicos, con lo que se modifica esa relación de subordinación a la que nos referíamos antes.

Consecuencia de lo dicho es que se diferencian e incluyen tanto el concurso como el consentimiento de los padres o tutor, lo que ha provocado en la doctrina comentarios muy variados, pero que quiero resaltar, es que la ruptura entre la relación capacidad para contraer matrimonio y capacidad para otorgar los capítulos ha influido indudablemente sobre el tema, de forma que se ha variado y roto la teoría tradicional, y se ha aplicado el régimen general de la emancipación o de la minoría de edad, como más adelante veremos.

La desaparición del adverbio «sólo» tiene también un significado, la utilización de dicha palabra evidenciaba una norma de carácter imperativo prohibitivo, su sustitución evidencia que el artículo 1.329 entra dentro de las limitaciones del artículo 1.315 («salvo que se limite», dice), y no posee el tono imperativo taxativo que antes tenía, sino más bien un carácter de excepción a la regla que le precede.

Por último, fue en el informe la ponencia del Senado en donde, a pesar de no haberse formulado enmiendas, la propia ponencia suprime el inciso final, desde «A falta de capitulaciones», con lo que queda redactado de forma definitiva el artículo 1.329, tal como fue publicado por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Los antecedentes inmediatos tienen una gran importancia para la interpretación del precepto, ya que en los mismos se demuestra la ruptura con la regulación anterior, y aunque se ha querido conservar formalmente la fórmula antes utilizada, sin embargo, el propio precepto y el sistema general del Código han hecho que la interpretación del mismo no pueda ser la misma.

III. ELEMENTOS PERSONALES EN LAS CAPITULACIONES DEL MENOR

1. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO MENOR

El enunciado del artículo 1.329 dice: «El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones antes o después de la boda...». Esta dicción induce a pensar que se trata de una norma de remisión, es decir, que sólo puede el menor otorgar los capítulos en tanto que pueda contraer matrimonio, de esta forma el otorgamiento

de los mismos estaría subordinado a la capacidad para contraer matrimonio.

Esta visión, por otra parte generalizada en la doctrina, obedece al principio de *habilis ad nuptias*..., que evidentemente se aplicaba en nuestro ordenamiento antes de la reforma del Código Civil, aunque ya existiesen excepciones al principio. Ahora bien, la cuestión que nos planteamos es en qué sentido se ha producido la reforma, y si se continúa con el mismo significado que antes.

Siguiendo la doctrina tradicional se debe realizar el examen de los menores que pueden capitular estudiando a aquellos menores que pueden contraer matrimonio, por lo que de acuerdo con la actual legislación nos encontramos que los mismos se encuentran especificados en el artículo 46, 1, del Código Civil, que dice: «No pueden contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados». Esta regla en principio clara se oscurece posteriormente, pues el legislador se desvía de su idea originaria y propicia una serie de supuestos difícilmente reconciliables.

El mandato constitucional, contenido en el artículo 32, 1 y 2, de la Constitución, al decir que «el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» y que «la Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo...», determinaba la desaparición del requisito de la edad, considerada como edad núbil, es decir, como una actitud para la procreación, instaurando el criterio de la madurez necesaria para crear una comunidad de vida como es el matrimonio.

A partir de las citadas normas constitucionales el legislador ha desarrollado la materia en el Código Civil, y ha elevado, al menos aparentemente, la edad para contraer matrimonio, pero el artículo 48 (dispensa de la edad) y el 75 del Código (acción de nulidad y convalidación) se prestan a numerosas interpretaciones, que oscurecen el principio constitucional, así como diluyen la regla contenida en el artículo 46, 1. Se ha procurado atender al caso concreto, y se ha realizado a través de una ampliación de los supuestos posibles, que ha finalizado por dejar indeterminado el requisito de la edad necesaria (10).

(10) Es interesante relatar la opinión sustentada por PABLO SALVADOR cuando dice: «Se propugna el establecimiento de una regulación legal que atienda al caso concreto, a permitir *in genere* el matrimonio entre hombre y mujer, adaptando la exigencia de madurez de juicio a las circunstancias específicas de cada caso. A esto se adecua... la propia institución de la dispensa de edad (art. 48, 1, del Código Civil), que permite la adecuación de la regla general (art. 46, 1, del Código Civil) a las circunstancias de cada caso. Mas en este último supuesto, lo problemático resulta ser la ficción concreta de la edad mínima para contraer matrimonio». en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 1, Ed. Taunus, Madrid, 1984, pág. 123.

En este punto se ha girado alrededor de dos principios: 1.º El principio *favor matrimonii*, la protección del mantenimiento del vínculo conyugal, en cuanto que se posibilita en gran medida la convalidación del matrimonio contraído por menor sin los requisitos exigidos por la Ley, lo que supone una continuidad respecto de la regulación anterior, manifestada en el artículo 50; de esta forma se respeta la voluntad de los contrayentes, independientemente de que la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad puede juzgarse excesivamente amplia, lo que es también un residuo del régimen anterior. 2.º El segundo principio del que se parte es que el menor no es un incapaz de obrar, ya que sus actos pueden tener una eficacia jurídica, -si bien subordinada al cumplimiento de determinadas circunstancias, como puede ser el transcurso del tiempo, la convivencia y el no ejercicio de la acción de nulidad.

De todas formas, y a pesar de lo dicho, la edad para contraer matrimonio no se corresponde con una capacidad igual para otorgar las capitulaciones, produciéndose algunas divergencias importantes, que suponen una innovación respecto de la normativa anterior.

De acuerdo con ello se puede señalar quiénes son los que pueden contraer matrimonio en relación a su edad. Siguiendo a PABLO SALVADOR se puede decir que están capacitados para contraer matrimonio: 1.º Los mayores de edad. 2.º Los menores de edad emancipados. Por lo tanto, mayores de dieciséis años, cuando sea emancipación por concesión, y la posibilidad de mayores de catorce años cuando la emancipación sea por matrimonio anterior realizado con la dispensa judicial. 3.º Los menores de edad no emancipados, mayores de catorce años con la correspondiente dispensa judicial para contraer matrimonio. 4.º Menor de catorce años que posteriormente convalida su matrimonio con los requisitos establecidos en el artículo 75 del Código Civil (11).

Dejando a un lado el primer supuesto, que no interesa en el presente estudio, vamos a centrarnos en los otros tres, y relacionarlos con la posibilidad de otorgar capitulaciones.

De acuerdo con el artículo 1.329 debemos distinguir entre capitulaciones de menor otorgadas con el concurso y consentimiento de los padres o tutor, de aquellas otras que no necesitan de dicho consentimiento o concurrencia.

En el primer caso será necesaria la asistencia de los padres o tutor, cuando el menor pacte en las capitulaciones un contenido diverso de los regímenes establecidos en el Código Civil, siendo indiferente el que dicho menor esté o no emancipado, y que ésta sea por concesión o por matri-

(11) SALVADOR, Pablo, *op. cit.*, 158.

monio. La doctrina de forma generalizada así lo ha afirmado (12). La emancipación, si bien permite la posibilidad de contraer matrimonio sin necesidad de dispensa, sin embargo, no posibilita a otorgar las capitulaciones al menor emancipado con el contenido que quiera sin el concurso de sus padres o tutor.

Se trata, pues, de una disparidad entre la capacidad para capitular y para contraer matrimonio. Se produce la primera desviación del principio *habilis ad nuptias*..., y con el enunciado del propio precepto «el menor que con arreglo a la Ley pueda casarse...».

Esta divergencia es más evidente en el caso del menor emancipado por anteriores nupcias, ya que la misma difiere enteramente con la regulación de nuestro Código antes de la reforma de 1981, ya que en aquella dicho menor podía contraer nuevo matrimonio sin necesidad de licencia, mientras que después de la Ley de 1981 el menor puede contraer matrimonio, pero no puede otorgar por sí solo las capitulaciones con un contenido ilimitado.

Esta interpretación del artículo 1.329 lo haría inconsecuente, si la realizamos en base a una relación de subordinación de la capacidad para otorgar los capítulos y la capacidad del menor para contraer matrimonio, por ello es necesario romper dicha relación y examinar la capacidad del menor en sí misma considerada, independientemente de su otro campo de actuación en terreno matrimonial.

Ejemplo posible de la incongruencia que apuntábamos es el supuesto en que el menor emancipado por anteriores nupcias, y que haya otorgado capitulaciones válidas con el concurso de las personas requeridas, deba posteriormente, en unas segundas capitulaciones, requerir el concurso de las mismas personas. En el mismo caso se encontraría el supuesto de emancipación por concesión paterna, cuando ésta se realiza con el fin de sustituir a la dispensa judicial de edad, y que estas mismas personas deban posteriormente concurrir al otorgamiento de las capitulaciones, ya que dicha emancipación presume un reconocimiento paterno de la madurez del hijo para contraer el matrimonio.

(12) En este sentido, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 320 y sigs., en que se llega a la solución apuntada, tanto para los casos de emancipación por concesión como por matrimonio. DE LOS MOZOS, J. L., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Manuel, tomo XVI, volumen 2.º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 218, en base fundamentalmente a la necesidad del concurso de los padres o tutores en las capitulaciones otorgadas después de la boda. AMORÓS GUARDIOLA, en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, vol. II, anteriormente citada, pág. 1548, que tras calificar la cuestión como dudosa, llega a la misma conclusión que los autores citados. Ahora bien, hay que destacar que aunque se llega a dicha conclusión, todos los autores reflejan de forma indirecta la inconsecuencia que la misma supone respecto del régimen anterior y en consonancia con la regulación actual.

Todos estos supuestos, enumerados sin carácter exhaustivo, manifiestan, no una serie de excepciones a una regla general, sino que dicha regla debe ser examinada de nuevo, ya que ha habido una modificación sustancial que exige una revisión de toda esta problemática (13).

La capacidad del menor ha sido regulada independientemente de su capacidad para contraer matrimonio. Las capitulaciones y la relación jurídica matrimonial se encuentran unidas, pero no en cuanto a la capacidad para realizar dichos actos, sino en la propia naturaleza de las capitulaciones. Se ha roto la ligazón que antes existía entre la validez y licitud del matrimonio y el régimen económico conyugal, y este último dependerá exclusivamente, habiendo matrimonio, del otorgamiento o no de capitulaciones, y de la eficacia o ineficacia de éstas, por lo que la capacidad del menor para uno u otro acto debe ser calificada independientemente.

Bajo esta interpretación el artículo 1.329 no debe considerarse que remite al artículo 46 y siguientes, sino que establece unos requisitos distintos e independientes, y ello por:

1. El ámbito subjetivo es distinto el del matrimonio y el de las capitulaciones.
2. La propia redacción del artículo 1.329 reafirma esta idea, pues bajo otra interpretación sería incongruente el decir «antes o *después de la boda*», si ésta ya se ha realizado, la capacidad del menor para otorgar las capitulaciones no depende de su capacidad para contraer matrimonio. Indudablemente el precepto está regulando las capitulaciones del menor, independientemente del momento de su otorgamiento en relación a la celebración del matrimonio. La reforma de 1975, que introdujo la posibilidad de otorgar capitulaciones o modificarlas durante el matrimonio, afectó considerablemente el supuesto que ahora contemplamos.
3. El propio precepto constitucional, el artículo 32, 2, diferencia entre edad y capacidad para contraer matrimonio, y esta diferencia encuentra su desarrollo en el Código Civil, en el que el artículo 44 establece esa capacidad jurídica que todo hombre y mujer tiene de contraer matrimonio, mientras que los artículos 46 y siguientes establecen la edad y capacidad matrimonial, y el artículo 1.329 fija la capacidad de obrar

(13) AMORÓS GUARDIOLA se inclina por seguir considerando la citada regla como la norma general, pero afirma: «La regla *habilis ad nuptias*... no debe ser tomada en forma automática como un dogma, sino que permite algunas excepciones», *op. cit.*, pág. 1550.

del menor para otorgar las capitulaciones. Separación que se manifestó inclusive en leyes modificadoras distintas.

En consecuencia, la capacidad del menor para otorgar las capitulaciones se rige por unos principios distintos a su capacidad para contraer matrimonio. Dichos principios son, a mi modo de ver, y sobre lo que más tarde insistiremos, los generales de capacidad de obrar de un menor de edad o de un emancipado.

El siguiente supuesto, el de menor, mayor de catorce años, que puede contraer matrimonio con dispensa judicial, necesitará el consentimiento de sus padres o tutor para el otorgamiento de capitulaciones válidas. Se debe significar el diferente papel que se realiza en cada uno de los dos casos por las personas intervinientes, pues para contraer matrimonio tan sólo bastará que dichas personas sean oídas, mientras que para las capitulaciones se requiere el consentimiento de las mismas. Existe, pues, una disparidad de funciones, lo que contribuye a demostrar la teoría mantenida anteriormente. La actual regulación, en cierta medida, está más preocupada de que el control paterno se realice sobre el patrimonio que sobre el matrimonio.

Cuestión más problemática la presenta el supuesto de menor, mayor de catorce años, que contrae matrimonio sin la debida dispensa. En este caso el menor puede obtenerla posteriormente, en cuyo caso convalida su matrimonio, y, en caso contrario, entraría en uno de los supuestos del artículo 75 del Código Civil.

Si el menor ha otorgado capitulaciones con el consentimiento de sus padres o tutor, y es mayor de catorce años, estas capitulaciones serán eficaces, desde el momento de su otorgamiento, siempre que la fecha de la celebración del matrimonio esté dentro del año siguiente al otorgamiento de las capitulaciones. Así se desprende del artículo 48, 3, cuando dice: «La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes, y el artículo 1.334, que establece la caducidad de las capitulaciones matrimoniales en el caso de no contraerse el matrimonio en el plazo de un año.

Este supuesto supone una innovación respecto de la legislación anterior, en la que en caso de matrimonio válido pero ilícito se aplicaba el régimen legal supletorio establecido en el artículo 50 del Código Civil, mientras que la nueva regulación no lo hace así; las capitulaciones válidamente otorgadas despliegan sus efectos independientemente del matrimonio.

Es interesante recordar que el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales debe realizarse mediante escritura pública (art. 1.327 CC),

por lo tanto, ante fedatario público autorizante, quien será el que examine la capacidad de los otorgantes. Mientras que la edad y la capacidad para contraer matrimonio será examinada por el encargado del Registro Civil (art. 56 CC), por lo que el examen y calificación son independientes, y en cierta medida ello amplía y posibilita el otorgamiento de los capítulos, pues el Notario autorizante no debe entrar en la apreciación de la capacidad de contraer matrimonio del menor, sino que deberá limitarse a lo establecido en el artículo 1.329 del Código.

Pongamos un ejemplo que, aunque límite, considero suficientemente expresivo: un menor de edad de trece años, que con consentimiento de sus padres o tutor desea otorgar capitulaciones matrimoniales que rijan el régimen de su futuro matrimonio, que quiere contraerlo dentro del año siguiente, una vez cumpla los catorce años de edad, obteniendo la debida dispensa judicial.

En el caso planteado el Notario autorizante no tendrá ningún motivo para no extender la correspondiente capitulación, ya que éstas pueden otorgarse antes de la boda, por lo que el menor o sus representantes pueden exigir su otorgamiento, tampoco sería necesaria una advertencia del Notario autorizante en el sentido de que se deban contraer el matrimonio y la correspondiente dispensa, ya que los efectos jurídicos del artículo 1.334 son bastantes por sí mismos.

Este sería otro caso en el que la capacidad para capitular y contraer matrimonio no coinciden.

En el caso de menor de catorce años, que posteriormente convalida su matrimonio en virtud de lo establecido en el artículo 75 del Código y la relación de éste con las posibles capitulaciones matrimoniales, estando las capitulaciones otorgadas con el consentimiento de las personas requeridas al efecto por el artículo 1.329, entonces dichas capitulaciones producirían sus efectos, entendiéndose que una vez convalidado el matrimonio, éste, si se ha realizado dentro del año del otorgamiento, debe regirse por lo pactado por las partes.

Consecuentemente se puede decir que el régimen pactado en las capitulaciones será el que rija como régimen económico matrimonial las relaciones de dichos cónyuges, con lo que el citado régimen no depende de la validez *a priori* del matrimonio o su convalidación *a posteriori*, sino de la existencia o no de unas capitulaciones válidas, éstas sólo dependerán evidentemente de la existencia o no del matrimonio, lo cual es una *conditio iuris* de la propia institución de las capitulaciones.

Hasta aquí hemos tratado de los casos en que deben concurrir o consentir determinadas personas para el otorgamiento de los capítulos matrimoniales, cuando el contenido de éstos así lo exige, según el artícu-

lo 1.329, vamos a estudiar a continuación los supuestos en que dicho concurso o consentimiento no es necesario por limitarse los futuros contrayentes o los cónyuges, si se otorgan las capitulaciones después de la boda, a pactar los regímenes legales establecidos en el Código Civil.

En estos supuestos se produce una disparidad todavía mayor entre la capacidad para contraer matrimonio y capacidad para otorgar las capitulaciones. Esto se hace evidente si pensamos en el menor mayor de catorce años que necesitando dispensa para contraer matrimonio, sin embargo, podrá otorgar capitulaciones por sí solo dentro de los límites establecidos.

El legislador ha tomado sobre sí la protección del menor, tipificando los regímenes entre los que el menor puede optar, pero, al mismo tiempo, ha roto los esquemas hasta la reforma vigentes, en cuanto que permite al menor que, sin ningún tipo de asistencia o consentimiento, pueda otorgar capitulaciones con plena validez jurídica.

Todo ello ha supuesto una innovación importante, pues ha ampliado la capacidad de obrar del menor en orden al otorgamiento de las capitulaciones, pues ha permitido, en primer lugar, la posibilidad de otorgarlo por sí solos, y en segundo lugar ha rebajado y dejado indefinida la edad mínima requerida para otorgar las capitulaciones. Esto último viene motivado por la absurda regulación de la edad mínima necesaria para contraer matrimonio, pero esta indeterminación ha afectado a otras instituciones conexas, como es la de las capitulaciones.

Así, el menor emancipado, el mayor de catorce años, con dispensa o sin ella, e inclusive el menor de dicha edad, en espera de una futura convalidación podrán otorgar las capitulaciones, las cuales no serán ineficaces más que por un supuesto de nulidad del matrimonio si no llega a convalidarse el mismo, ya que entonces, al declararse la nulidad, entrarían a tener eficacia las normas correspondientes del Código Civil.

La falta de un régimen precautorio para estos casos, a semejanza del que existía en la regulación anterior, lleva a esta consideración, de forma que el único requisito de capacidad para otorgar los capítulos viene dado no sólo en razón de la edad, sino también por el contenido del propio régimen matrimonial que se pacte, ya que si se establece un régimen distinto de los regulados en el Código Civil o se modifican estos, entonces sí que será necesario requerir la concurrencia o el consentimiento de los padres o tutores.

Como conclusión se puede decir que el ámbito subjetivo en cuanto a los menores que pueden válidamente casarse y que pueden otorgar válidamente capitulaciones matrimoniales no es coincidente. La relación se encuentra en el mismo menor, que quiere contraer matrimonio, o lo ha contraído ya, y quiere establecer un régimen económico matrimonial,

de forma que se pueden otorgar capitulaciones válidas y, sin embargo, el matrimonio contraído estar sujeto a la acción de nulidad y necesitado de una convalidación posterior.

A una misma edad le corresponde una distinta capacidad de obrar, la edad necesaria para contraer matrimonio válido no es la misma que la requerida para otorgar capitulaciones, por lo que cabe concluir que han cambiado los principios que regían nuestro ordenamiento en esta materia.

2. PERSONAS QUE INTERVIENEN

Además del menor, cuyo estudio lo hemos realizado en el apartado anterior, el artículo 1.329 establece que en aquellos casos en que el contenido de los capítulos exceda de la simple elección de uno de los regímenes legales, deberán concurrir y prestar consentimiento los padres o el tutor. Vamos a estudiar en primer lugar la enumeración de las personas que pueden intervenir, es decir, si sólo son las expresadas en el artículo o bien pueden ser otras, y en segundo lugar buscar una interpretación a los términos «concurso y consentimiento», ya que de los mismos se puede inferir la calidad o función que dichas personas realizan en el otorgamiento de las capitulaciones del menor.

2.1. *Enumeración de las mismas*

Constituye el otro elemento subjetivo contenido en el precepto la persona o personas que deben completar el consentimiento otorgado por el menor o prestarlo a su vez.

La doctrina —podríamos llamarla— tradicional señala que el legislador ha querido referirse a estos dos grupos de personas, los padres y el tutor, ya que son las mismas que las que deben ser oídas en el caso de expediente judicial por dispensa de edad, artículo 48, 2, del Código, en el que textualmente se dice: «Deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores» (14). Se relaciona de esta forma y de algún modo los requisitos para contraer matrimonio y los requisitos exigidos para el otorgamiento de los capítulos.

La tesis hasta aquí defendida desvincula las capitulaciones del matrimonio que se va a contraer, y ello se produce también en el presente caso, en base a los argumentos siguientes:

(14) En este sentido, la opinión de DE LOS MOZOS: «El menor requiere el concurso de la persona que deba ser oída para que se le conceda la dispensa, conforme al artículo 48, 2, del Código Civil, para contraer matrimonio, es decir, sus padres o guardadores», *op. cit.*, pág. 217.

1.º Según se ha dicho, la reforma del artículo 1.329 es previa a la de 7 de julio del mismo año, y ello produce como resultado el que el citado precepto enumere solamente a los padres o tutor, mientras que el artículo 48, 2, se refiere también a los guardadores. Pero, además, la reforma del Código Civil de 24 de octubre de 1985 modificó íntegramente todo el Título X del Código, por lo que se varían todas las instituciones tutelares. El artículo 1.329 debe ser interpretado de forma sistemática, atendiendo al conjunto de normas establecidas en el Código Civil, de ahí que se exija una revisión de lo preceptuado en el mismo.

2.º El legislador, al redactar el artículo 1.329, está refiriéndose a aquellas personas que ejercen la patria potestad sobre el menor, o que tienen a su cargo la tutela del mismo. Esta idea, que es la motriz del precepto, se fundamenta en una capacidad restringida del menor, sujeto interviniente en las capitulaciones, y que es necesario completar o representar, y consecuentemente se remite a aquellas personas que en el momento de la publicación del precepto tenían esta representatividad.

3.º La reforma de la tutela de 1985 introduce una nueva figura en nuestro Código Civil, como es la curatela, que también puede afectar a los supuestos contemplados. El artículo 286 del Código Civil nos dice: «Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedasen impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. Dichos emancipados o habilitados necesitarán del concurso, no de sus padres, que no viven, o que no pueden ejercer la patria potestad, no del tutor, pues son menores emancipados, sino del curador, el cual ejercerá sus funciones en la forma prevenida en el artículo 288, 'en los actos que los menores... no puedan realizar por sí solos'».

4.º El ámbito del artículo 48, 2, del Código Civil resulta distinto que el del artículo 1.329 y su eficacia también lo es. Es más amplio, en cuanto que el término guardadores parece venir referido a toda aquella persona que tengan con el menor no sólo una relación jurídica, sea ésta de filiación o de tutela, sino también una convivencia, aunque sea de hecho, es decir, que el artículo 48, 2, incluye, sin lugar a dudas, a los padres y al tutor; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1.329, excluye al curador e incluye al guardador de hecho del artículo 303 del Código Civil.

La exclusión del curador se debe a que la dispensa judicial actúa como única posibilidad del menor mayor de catorce años y menor de dieciséis para contraer matrimonio, ya que a partir de esta última edad y como alternativa existe la emancipación del menor, en ambas edades

o situaciones jurídicas la figura del curador es imposible, ya que éste necesita la emancipación del menor.

Pero es que, además, tampoco considero que entre las funciones que puede realizar el curador se encuentre la de ser oído en el expediente de dispensa de edad, ya que su configuración por el Código muestra más bien una idea de servir de complemento a una capacidad restringida de un menor, al cual ya se le permite un determinado ámbito de actuación eficaz, que el ser oído en un procedimiento que va a ser el que en definitiva permita al menor por sí solo prestar su consentimiento matrimonial no es función propia de la curatela.

El guardador de hecho existe cuando «en la vida real el cuidado de un menor... lo asume de hecho una persona, que formalmente no está investida del cargo de tutor» (15). Esta figura, anunciada, como hemos visto, antes de su regulación por la Ley de 7 de julio de 1981, presume una relación personal con el menor, que hace aconsejable que sea oída ante el órgano judicial, pero que no tiene la representación legal, ni tampoco puede comparecer para completar la capacidad del menor.

La eficacia de la intervención de los artículos 48, 2, y 1.329 preceptos es distinta, pues el primero tan sólo exige imperativamente que las personas citadas sean oídas, y en caso de que ello no fuera posible bastaría la citación de las mismas, para considerarse cumplidos los requisitos exigidos, ya que, en definitiva, la última palabra la tiene el Juez, y, aun en el caso de que manifestasen su disconformidad al matrimonio proyectado, ello no evitaría en principio la posibilidad de que el Juez resolviese en sentido contrario. Mientras que el otorgamiento de las capitulaciones con un contenido diverso al régimen legal regulado en el Código Civil exige para su eficacia la intervención de dichas personas, ya que en caso contrario las capitulaciones serían anulables.

Es más, nada impide que las personas citadas para ser oídas en el expediente matrimonial declaren su voluntad contraria, y que, sin embargo, posteriormente presten el consentimiento a las futuras capitulaciones.

Abundando en la idea de que no se puede admitir una equiparación entre ambos grupos de personas, nos encontramos de nuevo la posibilidad de otorgar los capítulos después de la boda, y en esta situación se sigue exigiendo su intervención, cuando en nada afecta ya al matrimonio contraído.

(15) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1985, pág. 448.

2.2. *Calidad jurídica por la que intervienen. Interpretación de los términos «concurso» y «consentimiento»*

El artículo 1.329 utiliza expresamente las palabras «concurso» y «consentimiento», hay que buscar, pues, el significado de dichos términos. La doctrina no se muestra conforme en su interpretación, pudiendo establecer dos direcciones distintas:

a) La de aquellos autores que interpretan el precepto en el sentido de que sólo se requiere el concurso de las personas intervinientes, fuera del menor. Así, por ejemplo, el profesor DE LOS MOZOS, que se basa en los siguientes argumentos: 1. Históricos inmediatos del precepto, pues en la redacción originaria del precepto en el proyecto de 1979 (anteriormente citado) no se hablaba para nada de consentimiento, y sí del concurso de dichas personas, al igual que lo hacía el derogado artículo 1.318, 1, del Código Civil. 2. El carácter personalísimo de las capitulaciones, «en cuanto que son los contrayentes o cónyuges menores los verdaderos otorgantes..., no produciéndose, por tanto, el juego de la representación legal, como si se tratara de un negocio ordinario». 3. Que el término «consentimiento» venía referido a la celebración del matrimonio de los hijos menores, pero no al otorgamiento de las capitulaciones (16).

b) Por otro lado, la opinión de aquellos autores que es contraria a la interpretación anterior en el sentido de que lo exigido por el artículo 1.329 es el consentimiento y no el concurso de las personas establecidas en dicho artículo. En esta dirección, AMORÓS GUARDIOLA, que se funda en que después de la reforma de 1981 el consentimiento exigido no puede ya referirse a la celebración del matrimonio, y además en el antecedente jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955, que exigía el consentimiento concreto para el acto de que se trate, por lo que el citado autor concluye afirmando: «De manera que ahora será necesaria la intervención o concurrencia de los padres y, además, su consentimiento o asentimiento específico a las capitulaciones que otorgue el menor» (17).

Cualquiera de las dos posiciones sugeridas terminan negando sentido o bien al concurso o bien al consentimiento expresado en el artículo 1.329. Considero, no obstante, que se debe hacer una interpretación armónica del precepto, y no acabar por realizar una interpretación derogatoria de lo, al menos, redactado y publicado por el legislador.

(16) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 217. También, en este sentido, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 321.

(17) AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, pág. 1551.

La validez y significado de los términos concurso y consentimiento no debe buscarse en la eficacia del acto realizado, ni tampoco como un mero requisito del otorgamiento de los capítulos, en ambos campos tiene importancia y significación, pero no aportan ningún criterio de distinción que sirva para interpretarlos, ni siquiera se puede buscar en las personas intervinientes por su relación jurídica con el menor. A mi modo de ver, se tratará de prestar concurso o de prestar consentimiento, según que se trate de un menor emancipado o un menor no emancipado el que va a otorgar los capítulos. Si se trata de un menor no emancipado se mantiene la representación legal de los padres o del tutor, por lo tanto, éstos deben prestar su consentimiento, mientras que si el menor se halla emancipado será suficiente la asistencia o concurso de los padres o del curador en su caso.

De esta forma el legislador de 1981 mantiene el régimen general de emancipación y el de representación legal de los hijos en orden a su capacidad, inclusive para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

El campo de autonomía privada del menor se ha visto aumentado tras la reforma, en cuanto que éste por sí solo puede elegir uno de los regímenes legales regulados por el Código, lo que supone un mayor reconocimiento de la capacidad de obrar del menor, que ejercita dicha autonomía con capacidad constituyente de una relación jurídica, pero sin fijar el contenido de la misma, puesto que esto lo realiza la propia Ley de forma imperativa. Fuera de este supuesto, el legislador ha preferido seguir aplicando el régimen de la emancipación, tratándose de un menor emancipado, por lo que, según su *status* civil para realizar determinados actos necesita del complemento de capacidad, o tratándose de un menor no emancipado aplicarle el régimen general del menor de edad, el cual se encuentra sujeto a la representación legal, ejercida por las personas que deben prestar su consentimiento para los actos realizados en beneficio del menor.

Se pueden aportar a favor de esta interpretación los argumentos siguientes:

1. De alguna forma cobran sentido aquellas posibles inconsecuencias que apuntábamos anteriormente. El artículo 1.329 se refiere al menor, sin hacer distinción entre si está emancipado o no, cosa que no ocurría antes de la reforma de 1981, pero con esta interpretación se mantiene el estado civil de cada uno de ellos, independientemente de su capacidad para contraer matrimonio. La regulación actual, con un mejor criterio, ha ligado la capacidad de otorgar las capitulaciones matrimoniales con la capacidad general de que disfruta el menor, bien si

ha conseguido el beneficio de la emancipación como si no, y consecuentemente con el estado civil de las personas en razón de su edad.

Otra interpretación nos llevaría a contrasentidos como el de que siguiendo la doctrina del consentimiento un menor emancipado que fuera a otorgar capitulaciones matrimoniales necesitaría del consentimiento de sus padres o curador, cuando le basta para otros actos la simple asistencia o concurso de estas personas, conforme a lo regulado en el artículo 323 del Código, su capacidad de obrar sería restringida y equiparada a las de un menor de edad.

Pensemos en otro supuesto que también distorsionaría el sistema general, el caso del menor no emancipado, que siguiendo la posición doctrinal favorable al concurso de los intervinientes eleve su capacidad de obrar para el otorgamiento de las capitulaciones, pues estando necesitado de la representación legal, sin embargo, se excepciona en el supuesto de otorgamiento de capítulos. Sin lugar a dudas este segundo ejemplo extraña menos, pues viene avalado por un régimen anterior en este sentido, pero objetivamente es igual uno que otro.

2. Que de los antecedentes inmediatos del precepto ya concluimos que se producía una ruptura entre relación matrimonial capitulaciones matrimoniales en orden a la capacidad del menor, y posteriormente lo hemos vuelto a afirmar al tratar de dicho menor. Partiendo de esta posición, y en cuanto que la capacidad del menor para capitular no descansa en su capacidad para contraer matrimonio, es lógico pensar que la regulación de la misma debe regirse por las normas generales sobre emancipación y sobre minoría de edad, con exclusión del supuesto establecido en el propio artículo 1.329 del pacto realizado por sí solo por el menor.

Aunque parezca que el precepto no expresa esta diferenciación entre menores emancipados y menores no emancipados, considero que la misma se encuentra en los propios términos de «concurso y consentimiento», los cuales manifiestan dos regímenes generales de capacidad distintos. La palabra concurso refleja el régimen general de la emancipación en el que el menor tiene una capacidad de obrar intermedia entre el mayor y el menor de edad, requiriendo del concurso o asistencia de determinadas personas para la eficacia de sus actos. El término consentimiento, a su vez, manifiesta los supuestos de representación legal y califica al menor interviniente como menor no emancipado.

Se debe recordar lo expuesto en este estudio al tratar de los antecedentes inmediatos en los que se remarcaba que fue precisamente en el texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado en donde se produce al mismo tiempo la supresión de la referencia a la licencia

matrimonial, y a todo el régimen que la misma presuponía, y la introducción del término consentimiento (18).

3. La afirmación de que las capitulaciones son un acto personalísimo de los otorgantes se continúa manteniendo en orden a lo siguiente: a) Aunque para el menor no emancipado se requiera el consentimiento de los padres o tutor, dicho menor debe prestar su voluntad acorde con lo pactado, y no solamente ser oído, tal como establece el artículo 154, párrafo quinto, sino que debe intervenir en la propia escritura de capitulaciones, en orden a lo establecido en el artículo 1.329. b) El carácter personalísimo del negocio jurídico capitular se manifiesta plenamente en el supuesto de capitulaciones por el propio menor, así como en el caso del menor emancipado.

4. Ya se ha dicho en el presente estudio que el legislador se ha preocupado más de proteger el patrimonio del menor que de su matrimonio. De acuerdo con esta idea, no es de extrañar que el menor no emancipado se le haya disminuido en este aspecto su capacidad de obrar en relación con el régimen jurídico anterior.

5. En el supuesto de una emancipación del menor realizada por quienes ejercen la patria potestad, o en el caso de habilitación con el fin de obviar el expediente de dispensa de edad, y que el menor pueda contraer matrimonio, no tendría sentido que después de consentir la emancipación se deba reiterar dicho consentimiento para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, es decir, después de conferir un *status* jurídico al menor, de reconocerle su buena idoneidad y capacidad por parte de las personas que ejercen su representación, posteriormente se deba reiterar el consentimiento por esas mismas personas, bastará simplemente su concurso o asistencia.

6. En las capitulaciones otorgadas después de la boda es un menor emancipado quien las otorga, luego para el otorgamiento de las mismas bastará el concurso de sus padres o tutor.

Consecuentemente, la aplicación de la normativa general de la emancipación y de la minoría de edad se debe aplicar en cuanto a la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales y también en la negativa de las personas requeridas para prestar su concurso o consentimiento.

(18) Como dice Díez PICAZO: «En la representación legal, el representante sustituye completamente en la actuación al representado, mientras que en la función de complemento, el autor del acto o del negocio es la propia persona titular de los intereses, y el que la complementa se limita a concurrir con ella emitiendo una declaración adicional, que salva el defecto o la limitación de la capacidad», en *La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pág. 286.

IV. POSIBLE CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES EN ORDEN AL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

SISTEMA DE ELECCIÓN

También la doctrina en este punto mantiene dos posiciones diferentes en orden a la interpretación del artículo 1.329 cuando se refiere a las capitulaciones otorgadas sólo por el menor y a qué regímenes puede limitarse su elección.

La primera posición doctrinal la sustentan GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ (19), DE LOS MOZOS (20) y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (21). Los citados autores han realizado una interpretación restringida y literal de los términos «salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación», entendiendo que el menor de edad podrá por sí solo otorgar capitulaciones cuando se limite a pactar alguno de estos dos regímenes, sin que ni siquiera pueda modificar la normativa existente sobre ellos, y negando la posibilidad de cualquier régimen

(19) GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, en *op. cit.*, tomo V, vol. 2.º, dicen: «Los primeros comentaristas propenden a una interpretación restrictiva de la capacidad de actuación del menor, de suerte que la remisión legal habría que entenderla hecha al tipo de separación y participación, tal como lo regula el Código, sin posibilidad de introducir variaciones.. Dicho suplemento de capacidad (referido a los padres) se requiere para pactar un régimen comunitario, aunque sólo sea el de gananciales», pág. 306.

(20) DE LOS MOZOS, J. L., en *op. cit.*, pág. 215, dice: «... a falta del concurso de sus representantes legales, las capitulaciones no son nulas..., sino que se les permite pactar el régimen de separación y el de participación; por tanto, sólo serán nulas en otro caso, cuando pacten el régimen de la sociedad de gananciales u otro régimen convencional. Es evidente, por lo demás, que sin el concurso de sus representantes legales tampoco podrán pactar ninguna modificación de los regímenes que les están permitidos, y si las capitulaciones tienen por objeto modificar el régimen económico, deberán moverse dentro de estos dos regímenes permitidos».

(21) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, en *op. cit.*, pág. 322, nos dicen: «La posibilidad de pactar el menor, sin que le sea preciso el asentimiento en cuestión, dichos regímenes de separación absoluta de bienes o participación en ganancias, procede de la reforma de 1981, y representa una razonable facilidad al menor..; podrá elegir entre tres tipos de estatuto económico del matrimonio, que representan un amplio espectro de soluciones para sus posibles problemas. Del sentido del artículo 1.329 se deduce que los regímenes electivos habrán de pactarse tal y como vienen regulados por el Código sin modificación alguna...; tal es el propósito de la Ley al salvar de la necesidad de licencia el supuesto del contrayente que se limita a pactar uno de los dos regímenes codificados, cuya limitación debe entenderse en el sentido de hacer el capitulante menor mera referencia a la plantilla legal, sin establecer normas propias». Aunque en el texto citado se utiliza el término tres y dos regímenes legales, del contexto general se debe estimar que la opinión de los dos citados autores se inclina por la consideración de que sólo pueden ser dos los regímenes pactados.

económico de comunidad de bienes, incluyendo dentro de éstos al régimen de gananciales. Los argumentos en que se basa esta posición serán:

- 1.º La interpretación literal del artículo 1.329, que se refiere exclusivamente a los dos regímenes, el de separación o el de participación.
- 2.º La consideración de los antecedentes del precepto, en los que se requería el concurso de determinadas personas para que el menor otorgase capitulaciones. La nueva regulación, que concede un más amplio campo a la autonomía privada del menor, debe ser interpretada restrictivamente, limitando el número de posibilidades que el menor tiene en su actuación.
- 3.º La protección jurídica del menor es el fundamento de sus restricciones a la capacidad de obrar, luego la prohibición de pactar un régimen de comunidad debe centrarse en esta idea, ya que dichos regímenes preservan peor el patrimonio privativo del menor al hacerse comunes los frutos que pudieran originarse, lo que podría dañar el patrimonio futuro del menor y dar lugar a matrimonios interesados que le fuesen perjudiciales.
- 4.º Estas consideraciones e interpretación restrictiva tienen como consecuencia la de que existe un vacío legal en la actual normativa, pues si el menor o los menores no pactan capitulaciones matrimoniales, o pactan un régimen de comunidad, dichas capitulaciones serían nulas y faltaría una regla como la del derogado artículo 1.318, 2, ya comentado, que estableciese un régimen supletorio. Como dicho régimen supletorio no puede ser el de gananciales, ya que se destruiría por su base esta posición, la doctrina acude a un sistema legal excepcional en el que el régimen subsidiario es el de separación de bienes, resucitando el inciso final añadido por el informe de la ponencia del Congreso, y posteriormente suprimido, cuestión que comentamos en el apartado correspondiente.

La segunda posición doctrinal [DÍEZ PICAZO-GULLÓN (22) y AMORÓS

(22) DÍEZ PICAZO y GULLÓN nos dicen: «Aunque la fórmula legal es estricta, hay que entender que puede pactarse en las mismas condiciones el régimen de gananciales, introduciendo en la normativa legal alguna modificación que no la desnaturalice». La opinión sustentada se funda en la consideración de que la sociedad de gananciales es el régimen legal supletorio, luego con más razón puede existir por pacto expreso; se basa también en que la sociedad de gananciales tiene

GUARDIOLA (23)] entiende que la interpretación del artículo 1.329 debe ser extensiva, no limitándose el menor a pactar los dos regímenes explicitados en el precepto, sino que cabe la posibilidad de que el menor de edad pueda en sus capitulaciones matrimoniales establecer como régimen económico de su matrimonio el de la sociedad de gananciales, bien por la vía directa de pactarlo en las capitulaciones como de forma indirecta a falta de capitulaciones y como régimen supletorio.

Pienso que esta última interpretación se ajusta mejor a la regulación actual del sistema matrimonial y el capitular. La importancia del tema no se encuentra tanto en que el menor pueda pactar en capitulaciones el régimen de gananciales, ya que se ha de ajustar a la normativa legal, sino en que dicho régimen pueda ser el que regule las relaciones patrimoniales por vía supletoria, y llego a esta conclusión en base a lo siguiente:

1. Que si bien la interpretación literal del precepto sólo alude a dos tipos de regímenes económicos, sin embargo, no se expresa ninguna prohibición de pactar el régimen de gananciales. La imposibilidad de este régimen se deduciría de forma indirecta, al no ser mencionado en el artículo; lo que considero insuficiente para entenderlo como un límite a la autonomía privada del menor, limitación que es prohibitiva, y que, por lo tanto, debería haberse hecho de forma expresa.
2. En los propios antecedentes legislativos del artículo se subrayó el cambio del término «sólo» por el de «salvo que se limite»; el primero concretaba más la limitación, mientras que el segundo es más amplio y genérico. Además, la palabra 'sólo' venía referida al régimen económico matrimonial, mientras que la nueva configuración definitiva del artículo se refiere más bien a la imposibilidad de que el menor, que capitula, pueda modificar el régimen establecido por la Ley, debiéndose sujetar el menor a la regulación que el Código Civil realiza de los regímenes correspondientes, sea el de separación, participación o el de gananciales.

su causa en la Ley, por lo que no puede ocasionar perjuicio. Se rechaza el pacto estableciendo otro régimen de comunidad por considerarlo que, de ser admitido así, «contiene en algún sentido una disposición desorbitante», en *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia y sucesiones, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, página 200.

(23) AMORÓS GUARDIOLA especifica, en este punto, lo siguiente: «No será necesario el consentimiento de los padres cuando los menores elijan uno de los regímenes matrimoniales legalmente típicos fuera del de gananciales, que, como es sabido, no necesita ser pactado para entrar en juego. Es decir, cuando se pacte el régimen de separación o participación», en *op. cit.*, pág. 1551.

3. Que el régimen de gananciales es un régimen establecido y regulado por la Ley como régimen legal supletorio, por lo cual y *a priori* no puede concebirse como dañoso para el menor, cuya protección jurídica está o pueda estar suficientemente garantizada por otras posibles vías legales.
4. Esta interpretación no violenta la sistemática y la labor integradora de las normas, en cuanto que no se produce ningún vacío legal. El menor de edad, que no otorgue capitulaciones matrimoniales, o cuando éstas fuesen ineficaces, tendrá como régimen económico matrimonial el de la sociedad de gananciales, conforme lo establece el artículo 1.316 del Código Civil. El régimen legal subsidiario será el mismo que el de los matrimonios contraído por mayores de edad, ya que, a mi juicio, no existe causa alguna para esta discriminación por razón de la edad.

El derogado artículo 1.318, 2, establecía también este régimen legal para aquellos casos en que se produjera la nulidad de las capitulaciones. Tan sólo se establecía el régimen de separación cuando el matrimonio era ilícito. Tras la reforma de 1981 considero que no sería adecuado aplicar un régimen que en la regulación anterior se estableció para supuestos distintos, y que además no llegó a la redacción definitiva de la Ley modificadora del Código Civil.

De acuerdo con este planteamiento nos encontramos con que el menor de edad que quiera otorgar capitulaciones por sí solo, sin la concurrencia o consentimiento de otras personas, puede establecer el régimen económico de separación, el de participación y el de gananciales, todos ellos en la forma y términos establecidos por la Ley, y que a falta o por ineficacia de las capitulaciones el régimen legal subsidiario será el legal de gananciales.

Esta regulación del régimen económico matrimonial del menor constituye, como ya se dijo, una limitación al artículo 1.315 del Código Civil, lo que supone que en su régimen económico existe un sistema legal excepcional respecto del sistema legal general, y este es, por primera vez en nuestro ordenamiento, un sistema de elección o de codificación.

Frente al sistema de libertad absoluta para pactar el régimen económico, en el que se puede elegir la forma y contenido más conveniente a los intereses particulares, estableciendo el contenido por el que se ha de regir las relaciones patrimoniales, se encuentra el sistema de elección, que limita la autonomía privada, en cuanto que sólo concede a los contrayentes menores la posibilidad de elegir alguno de los regímenes que regula extensamente el Código Civil.

En el ordenamiento jurídico español se sigue en general el sistema de absoluta libertad, y excepcionalmente el sistema de elección para el matrimonio contraído por menor, que capitule sin la asistencia o el consentimiento de sus padres o tutor.

Este sistema es una limitación a la autonomía privada del menor, que ve constreñida su libertad de capitular a la elección de uno de los regímenes legales. Lo cual en cierta medida entronca con la regulación anterior, en cuanto que se toma una medida precautoria en beneficio del menor, a la vez que se limita la autonomía privada de éste. Pero al mismo tiempo se amplía frente al antiguo régimen su capacidad, ya que es plenamente capaz por sí solo de otorgar capitulaciones válidas. Su autonomía le permite constituir el negocio jurídico sin ningún tipo de asistencia; sólo en el caso de que quisiera excederse en dichos límites necesitará el complemento o consentimiento de otras personas.

Se ha introducido también con la reforma de 1981 una importante novedad, ya que para determinar la capacidad del menor en el momento del otorgamiento de las capitulaciones habrá que atender al contenido de las mismas, ya que de éste puede depender la eficacia o no de aquéllas.

V. CONCLUSION

Tal como se ha dicho en el presente estudio, y como conclusiones al mismo podemos indicar las siguientes:

1.^a Las derogaciones de los artículos 45 y 50 del Código Civil en materia de necesidad de licencia para el matrimonio del menor y el consiguiente régimen legal de separación en caso de contravención, así como de lo indicado en el artículo 1.318 del Código Civil, unido a la posibilidad de otorgar capítulos o modificar los hechos después de contraído matrimonio, han introducido unos nuevos criterios para la interpretación del actual artículo 1.329 del Código Civil. El régimen económico matrimonial del menor dependía de la validez y licitud del matrimonio, independientemente de la eficacia de las capitulaciones. La regulación actual lo ha modificado, de forma que el régimen económico matrimonial dependerá del contenido de las capitulaciones, independientemente de si el matrimonio ha sido celebrado con los requisitos exigidos por la Ley. Al mismo tiempo el menor que puede capitular válidamente en muchos casos no tiene la misma capacidad para contraer matrimonio. Una misma edad no concede la misma capacidad para realizar estos dos actos

con igual validez y requisitos. Así se demuestra también en los antecedentes inmediatos del precepto.

2.^a El menor que puede capitular no es el menor que puede contraer matrimonio válido. Por lo que ya no puede hablarse de excepciones a la regla *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, sino que existen normas distintas, que regulan instituciones diversas, que están unidas por la propia naturaleza del negocio jurídico de las capitulaciones.

3.^a También en las personas intervinientes para completar la capacidad o consentir no puede hacerse referencia a las personas que deben ser oídas en el expediente judicial de dispensa de edad, ya que éstas son los padres, el tutor y el guardador de hecho; mientras que las que concurren a las capitulaciones pueden ser los padres, el tutor o el curador, según se trate de un menor o de un menor emancipado el que va a otorgar los capítulos.

4.^a Los términos concurso y consentimiento se refieren en el caso del concurso al menor emancipado que va a otorgar las capitulaciones, y que conforme su *status* jurídico tan sólo necesita el complemento o asistencia a su capacidad de obrar, conforme el régimen general de la emancipación, que es aplicable en materia de capitulaciones. El menor no emancipado necesita de la representación legal de sus padres o tutor, por lo que éstos deberán prestar su consentimiento al otorgamiento de las capitulaciones. Siendo aplicable el régimen general de la minoría de edad. La desvinculación del régimen relativo a la capacidad para contraer matrimonio ha hecho que sean las normas generales que regulan la capacidad del menor, emancipado o no, las que sean aplicables a los requisitos y eficacia de las capitulaciones matrimoniales, cuando éstas excedan en su contenido a lo permitido por el artículo 1.329.

5.^a El legislador de 1981 ha concedido al menor de edad una mayor capacidad al permitirle otorgar capitulaciones matrimoniales por sí sólo. Siempre que se limite a pactar el régimen de separación, participación o el de gananciales. El menor puede ejercer su autonomía privada para constituir el negocio jurídico, pero no la puede ejercitar en cuanto a regular su contenido, que lo establece imperativamente la Ley. El régimen de gananciales puede regir las relaciones patrimoniales en el matrimonio del menor, ya que no sólo puede ser expresamente pactado en las capitulaciones, sino que, además, será el régimen legal supletorio a falta o por ineficacia de los capítulos, tal como se establece en el artículo 1.316 del Código Civil.

6.^a El sistema general de nuestro ordenamiento jurídico es el de absoluta libertad para establecer el régimen económico matrimonial, tal como lo afirma el artículo 1.315 del Código Civil, con la excepción de lo

dispuesto en el artículo 1.329, que contiene un sistema excepcional de elección para el menor de edad que otorgue por sí solo las capitulaciones.

JUAN MANUEL LLOPIS GINER

Registrador de la Propiedad

Doctor en Derecho

Derecho real de uso y poder de disposición

Importante doctrina y una serie numerosa de pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, han hecho familiar la hasta hace poco singular y exótica teoría del usufructo con facultad de disposición; que no obstante gozaba de arraigo en el Derecho consuetudinario y en los ordenamientos forales (1).

No ha suscitado, sin embargo, el derecho real de uso especial preocupación en la doctrina y, salvo en alguna valiosa monografía y estudio recientes, ha venido considerándosele tradicionalmente un hermano menor del usufructo, que subsiste en el Código por obra y gracia del poderoso respeto que merecía la venerable tradición jurídica romana y castellana de las Partidas, de la que la regulación es descendiente legítimo. A esta poco afortunada situación de «Derecho vicario» (2), como se le ha calificado con acierto, ha contribuido no sólo su colocación sistemática en el Código (arts. 523 y sigts. en un capítulo II del título dedicado conjuntamente a los derechos de usufructo, uso y habitación), sino especialmente la remisión general a la normativa de aquel Derecho que el artículo 528 hace «en cuanto no se oponga a lo preceptuado» en un capítulo que no es ciertamente prolijo. Considero, pues, interesante el estudio de la posibilidad de constituir un derecho real de uso con facultad de disposición sobre la cosa usada, por lo que pueda resultar de iluminador de la dogmática del uso, y de las posibilidades que la consa-

(1) *Vid.* bibliografía en notas al trabajo de SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: «El usufructo con facultad de disponer», en *RDP*, marzo 1982, págs. 215 y sigs. Sobre la repercusión registral de la facultad extraordinaria de disposición: CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. III, Pamplona, 1970, págs. 715 y sigs.

(2) RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 21 y sigs.

grada teoría del usufructo con facultad de disposición ofrece. Además es ocasión de aplicar algunas conclusiones de la discutida teoría sobre el tema vidrioso del llamado con mejor o peor fortuna «poder de disposición» (3).

PRIMERA CUESTION:

NATURALEZA DEL DERECHO REAL DE USO

A mi entender, las teorías explicativas del derecho real de uso pueden agruparse en dos categorías: la que por convención podríamos llamar «concepción tradicional» del uso y la «moderna», que trata de salvar la autonomía de esta figura como algo esencialmente distinto de su pariente mayor: el usufructo, bajo cuya sofocante tutela aquella teoría se construyó.

Para la doctrina «tradicional» el uso es un derecho de usufructo limitado a parte de los frutos; los bastantes para satisfacer necesidades alimenticias de una economía familiar. Esta concepción se inicia, como acertadamente apunta RAMS (4) en su obra *Uso, habitación y vivienda familiar*, con la glosa, y es la tesis triunfante al tiempo de la codificación (así en DONELLO y ALTUSIO, en las Partidas, o en DOMAT). El uso es, según se piensa por estos autores, un derecho real que atribuye al titular la facultad de aprovecharse de las ventajas que la utilización conforme a su destino, la cosa pueda reportarle y una facultad accesoria de percepción de frutos en cantidad tal que baste para cumplir las funciones alimenticias que está llamado a satisfacer.

Así, en las fuentes (5):

a) El derecho de aprovecharse del simple uso (*nudus usus*) como «facultad primaria».

(3) En particular, en la doctrina española, *vid.* F. VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco: «La facultad de disposición», *ADC*, 1950, IV, págs. 1025 y sigs. LADARIA CALDENTEY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona, 1952. AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás: *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1975, págs. 130 y sigs. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común, y foral*, tomo I, vol. II, págs. 105 y sigs. DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. 2.º, Madrid, 1978, págs. 710 y sigs. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER en *Notas a Ennecerus: Derecho civil*, tomo I, vol. 2.º, páginas 49 y sigs., Bosch, Barcelona, 1950.

(4) *Op. cit.* en nota 2, págs. 21 y sigs.

(5) Además de RAMS, *op. cit.* en nota 2, para un estudio de las fuentes romanas es fundamental la doctrina italiana: GROSSO, G.: *Usufrutto e figure affini: nel diritto romano*, 2.ª ed., G. Giappichelli editore, Torino; también las obras clásicas de VENEZIAN: *Usufrutto, uso y habitación*, trad. española, tomo II, Madrid, 1928, y PUGLIESE: *Usufrutto, uso, abitazione*, Torino, 1954.

* Gaio, L. 7 ad ed prov. D. 7, 8, 1: «Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu».

* Ulp. L. 17 ad Sab. D. esd 2 pr: «Cui usus relictus est, UTI POTEST FRUITI NON POTEST».

b) El derecho de aprovechamiento parciario, con fines familiares y con los límites negativos que le caracterizan.

III Partida, 31, 20 (6): «... e de tal otorgamiento como este, non se puede aprovechar de tan llanamente aquel a quien es fecho como del usufrutto. Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa sinon en lo que oviere menester ende para su dispensa, assi como sile otorgan el uso en alguna huerta, que debe tomar de la fruta: o de la ortaliza lo que oviere menester para comer el e su compaña, mas non para dar ende a otri, nin para vender».

No obstante, esta teoría privaba de verdadera sustancia al uso, toda vez que le diferenciaba del usufructo por razones meramente cuantitativas, y hay que tener en cuenta que el Código en su artículo 469 del título destinado al usufructo permite que éste se construya «sobre todos o parte de los frutos de la cosa» (usufructo parciario).

Considero, pues, más acertada la tesis moderna que se basa, en mi opinión, en los siguientes postulados:

a) Si el derecho de uso es algo, necesariamente ha de ser cosa distinta, no solamente en el *quantum* del usufructo: principio de la autonomía del uso.

b) No obstante participar de la naturaleza de derecho real limitado sobre cosa ajena de los de goce o aprovechamiento; el disfrute es algo accesorio y no siempre presente en el uso (7).

c) Que el modo de goce de la cosa es característico del uso «non usque ad compendium, sed ad usum», según las fuentes romanas, «que non puede esquilmar la cosa», en expresión de las Partidas. Esto implica:

- Un goce directo e inmediato, sin injerencias de tercero sobre la cosa (*possessio ad usum*).
- El carácter personalísimo del derecho (que excluye el aprovechamiento por otro y la transmisibilidad del uso, ex artículo 525 del Código Civil).

(6) *Op. cit.* en RAMS: *Uso, habitación...*; la cita de la pág. 18 es errónea: Partid. III, 31. 20.

(7) Así, en *Digesto*, 7,8.14, se nos dice: «En el disfrute está comprendido también el uso, mientras que al simple uso puede faltar el disfrute». Las citas en castellano del *Digesto* se deben a la traducción de D'ORS, A.; HERNÁNDEZ TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA GARRIDO, M., y BUSTILLO, J., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.

- La finalidad de satisfacer las necesidades del usuario y «familia» (por ejemplo, los artículos 524 y 526).

Una vez llegados a estas conclusiones, nos preguntamos la posibilidad de constitución (por virtud del artículo 523 del Código Civil) de un derecho de USO CON FACULTAD DE DISPOSICION.

Un ejemplo aclarará las cosas. Como es sabido, es mucho más frecuente la constitución de un uso gratuito (8) que por título oneroso; supongamos una donación con reserva de uso y con transmisión de uso:

ESTIPULACIONES

Primera. Don X hace donación a Y, y éste la acepta por sí, de la huerta situada ... y que se describe en el exponendo ..., quedando sometida la donación a las siguientes condiciones:

a) El donante conserva el derecho real de uso sobre tal finca hasta su fallecimiento.

b) El donante se reserva, conforme al artículo 639 del Código Civil, la facultad de disponer de tal finca en caso de necesidad, que apreciará según su recto entender y conciencia.

Segunda. Don X dona a Y, que igualmente acepta, el uso del garaje de su propiedad, a la sazón descrito en el exponendo ..., quedando sometida la donación a las condiciones siguientes:

a) El donatario usará las piezas de garaje que basten para las necesidades ordinarias de la familia, pero se le atribuye la facultad de venderlo en caso de que aquéllas le exijan.

b) El donante se compromete a no hacer acto alguno de disposición sobre la finca sin consentimiento, por escrito, del donatario.

Tercera. En ambos casos el usuario queda relevado de toda obligación de inventario y fianza.

SEGUNDA CUESTION:

LA FACULTAD O PODER DE DISPOSICION

En una interpretación simplista de las fuentes romanas, la doctrina intermedia explicó el derecho subjetivo por naturaleza, el dominio, para-

(8) No en vano el *Digesto* contempla la regulación del uso típicamente gratuito, y los textos generalmente se refieren al legado de uso.

digma de los demás derechos, como una suma agregada de facultades: *DOMINIUM EST IUS UTENDI, FRUENDI, ABUTENDI, POSSIDENDI, ALIENANDI, QUATENUS IURIS RATIO PATITUR*.

Que esta interpretación pesaba sobre nuestros legisladores es buena prueba el tan criticado artículo 348 en su párrafo 1.

Se tuvo, al menos, la fortuna de suprimir «el carácter absoluto» del derecho que el Código de Napoleón agregaba, y ello no sólo porque este Código fuera hijo de su época, sino, como bien dice VILLAVICENCIO, por pura necesidad dogmática en un intento de diferenciarlo de otros derechos subjetivos (9).

Es sabido que la moderna doctrina prefiere entender el Derecho como unidad sintética y se inclina decididamente por la concepción «abstracta y elástica» del dominio.

Si el Derecho es una unidad, el desdoblamiento de facultades es una mera distinción conceptual. Distinción que, por otra parte, la doctrina, bajo el peso de la tradición, no deja de hacer (10).

Desde PLANIOL se viene distinguiendo en la propiedad un núcleo «material» y otro «formal o jurídico». Con IHERING (11), la generalización alcanza a todo Derecho subjetivo, en donde se puede discriminar, según este autor, un poder de goce o aprovechamiento material y una facultad de carácter jurídico que se llamó facultad o poder de disposición. ATARD, en un memorable trabajo (12) se ocupa de la titularidad de goce y de la titularidad de disposición, y JERÓNIMO GONZÁLEZ, en esta *Revista* admitió la posibilidad de que una persona aparezca facultada para otorgar actos inscribibles de transferencia, constitución, modificación o extinción, aunque se halla privada de goce o disfrute económico del derecho inscrito (13).

Vamos a tratar en este ensayo: 1. Estado de la cuestión sobre la naturaleza del poder de disposición. 2. Conclusiones críticas. Como pre-

(9) En realidad, como luego se verá, en todo derecho subjetivo es posible descubrir un núcleo material de goce y otro formal de disposición; también en los derechos de crédito; *vid.* VILLAVICENCIO, *op. cit.*, nota 3, pág. 1033. De esta forma, al expresar «de la manera más absoluta», de un modo vulgar, se quería diferenciar el dominio como el derecho más pleno que hombre puede tener sobre la cosa. El derecho subjetivo es concebido por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Ignacio, en «La disponibilidad del derecho subjetivo», *RGLJ*, julio 1986, como «interés disponible», en cuanto todo interés de Derecho privado está protegido por el ordenamiento, otorgando a su titular un poder de disposición.

(10) *Vid.*, por ejemplo, la prolija y conocida clasificación de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, III, 2.ª ed., Madrid, 1881, pág. 92.

(11) IHERING: *Geist*, III, págs. 60 y 61, según cita de AGUILERA, Tomás, página 131 de *op. cit.* en nota 3.

(12) ATARD: «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*», *RDP*, pág. 277, 1924.

(13) GONZÁLEZ, Jerónimo: «El titular», *RCDI*, 1928, pág. 284.

via a la tercera cuestión, la posibilidad de un uso con poder de disposición.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Es doctrina pacífica que la categoría de negocios jurídicos dispositivos, como opuesta a la de los obligatorios incluye aquellos negocios por virtud de los cuales se altera la esencia y subsistencia de un derecho jurídico preexistente, por medio de un cambio en la situación patrimonial. Esa alteración sustancial puede, como es sabido, consistir en la enajenación o transmisión de la titularidad en favor de un sucesor, el gravamen o la extinción del derecho por su renuncia (14).

La doctrina germana (VON THUR, ENNECERUS (15) exigió para la validez del acto dispositivo un requisito adicional al de la capacidad de obrar; requisito que se predica por la teoría general de todo negocio jurídico, cual es la facultad o poder de disposición cuya doctrina sobre la naturaleza es todo, menos pacífica.

No es este el lugar para discutir los aciertos o desaciertos de una u otra teoría; se han dado muchas explicaciones académicas, ingeniosas, filosóficas o pueriles, pero el cansancio dialéctico es evidente. Me limitaré a exponer las que considero líneas principales de pensamiento.

En la estructura del acto de disposición es preciso distinguir sujeto y objeto: el titular y el derecho que sufre mutación jurídica. En definitiva, el problema de la naturaleza del *ius vendendi* o *disponendi* es cuestión de localización, y se cifra en dar respuesta a este interrogante: ¿Dónde radica el poder de disposición si éste existe? Las respuestas han sido las siguientes, sin pretender, por supuesto, ser exhaustivo:

1) *Tesis objetivas*

Tienen en común admitir la existencia del poder de disposición y su existencia con mayor o menor autonomía fuera de la esfera del titular:

— El poder de disposición constituye elemento/facultad que integra la estructura del derecho subjetivo. Tesis mayoritaria, recibe la adhesión

(14) Como paradigmática, la STS de 6 de mayo de 1927, en donde se dice que... «en el cómputo genérico de disposición como facultad del derecho de propiedad, según el artículo 348 del Código Civil, en virtud del cual el propietario se desprende de todos o parte de sus atributos dominicales, sustituyendo o modificando el destino jurídico de lo suyo, están comprendidos los actos específicos de transmisión, imposición de cargas y de subordinación a una responsabilidad a la que sirve de garantía. *Vid.*, además, Resolución de 10 de junio de 1924.

(15) Citados por CASTÁN; *vid.* nota 3.

de Díez PICAZO, LADARIA CALDENTEY, VON THUR, PÉREZ GONZÁLEZ ALGUER, etc:

— Otras opiniones son:

a) El poder de disposición como derecho potestativo o facultad de configuración jurídica: MESSINA, GORLA (16).

b) El poder de disposición como poder autónomo sobre patrimonio propio o ajeno: CARIOTA FERRARA (17).

c) El poder de disposición como auténtico Derecho subjetivo: FOÁ (18).

d) El poder de disposición como derecho de la personalidad: KOHLER y FERRARA SANTAMARÍA (19).

2) *Tesis subjetivas*

Sostienen todas ellas que el poder de disposición es una cualidad de la persona. Dos posiciones:

— Como elemento de la capacidad jurídica : FRANCISCO FERRARA.

— Como emanación de la capacidad de obrar: CHIOVENDA.

Aquí podríamos incluir las teorías que introducen el poder de disposición como emanación de la personalidad dentro de la categoría de los «derechos de la personalidad» (20).

3) *Tesis complejas o mixtas*

Generalmente se entiende el poder de disposición como yuxtaposición de elementos o presupuestos: así PUGLIATTI o VILLAVICENCIO (21).

(16) MESSINA: *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1948, pág. 48. GORLA: *L'atto di disposizione dei diritti. Studi in memoria di Ed. Tommasone*, Padova, Sedam, 1937, págs. 131 y 132.

(17) Autor de la teoría general sobre «negocios sobre patrimonio ajeno» en un libro del mismo título citado por LADARIA, *op. cit.* en nota 3.

(18) Para explicar la cesión de bienes a favor de los acreedores en pago de crédito, en «Cess. di beni ai credit», *R. D. Comm.*, 1934, I, núms. 11 y sigs., *vid* nota, pág. 1042. VILLAVICENCIO, *op. cit.*

(19) KOHLER: *Lehrbuch des bürgerlich en Rechts*, I, Berlín, 1904, pág. 151. FERRARA SANTAMARÍA: *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937, págs. 18 y 44.

(20) *Vid* exposición y cita de estas teorías en AGUILERA, Tomás, *op. cit.*, páginas 134 y sigs.

(21) La teoría de este último puede resumirse así: la facultad dispositiva no integra el contenido del derecho subjetivo y es cosa diversa de la capacidad del sujeto; presupuesta la coexistencia de la capacidad abstracta para disponer y de la aptitud del objeto, la facultad de disponer es el resultado de la concurrencia de la titularidad para la «concreción» del poder de disposición. De esta manera se logra, en opinión del autor, la «desobjetivización de la facultad dispositiva»; *op. cit.*

4) *Tesis críticas*

Niegan la autonomía o sustancia de la facultad de disposición (22). Entre éstas las que lo identifican con la legitimación: MENGONI (23) o MONACCIANI.

2. CONCLUSIONES CRÍTICAS

A mi modo de ver, aparte discusiones eruditas, conviene apuntar algunas conclusiones para explicar ciertas situaciones en que la ausencia o presencia de poder dispositivo es causa de perplejidad en la doctrina:

I) Empecemos por afirmar que el *ius disponendi* es una simple facultad, es decir, con CASTRO, «posibilidad de actuar concedida a una persona como consecuencia de una situación jurídica» (24); caracterizada por atribuir un ámbito de posibilidades de actuación libre dentro del orden jurídico y por carecer de independencia por estar basadas en una situación jurídica principal. Creo rechazable la categoría de Derecho potestativo o facultad de formación jurídica, por la imprecisión y ambigüedad insatisfactorias de toda su doctrina (25).

II) Esta facultad o poder, sin prejuzgar si es de «distinto rango» que las otras facultades del Derecho (26) no se predica tan sólo del derecho de propiedad (art. 348), sino en general de todo derecho por el principio general de la transmisibilidad (*vid.* art. 1.112 CC), salvo cuando por razón del sujeto o del objeto permanece ausente en determinadas situaciones jurídicas.

Esto se traduce en el principio, por todos admitido, de que el titular

(22) *Vid.* LADARIA, *op. cit.*, pág. 22.

(23) Sobre la teoría crítica de la legitimación: AGUILERA, Tomás, *op. cit.*, páginas 145 y sigs. MENGONI: *Las adquisiciones a «non domino»*, págs. 150 y sigs. MONACCIANI: *Azione e legittimazione*, Milano, Giuffrè, 1951, pág. 153. Para Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTROS, la facultad de disponer radica en el derecho subjetivo, si un no titular realiza acto dispositivo sobre bienes ajenos es porque está legitimado directa o extraordinariamente: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1981, pág. 455.

(24) CASTRO y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España*, parte general, tomo I, Ed. Casa Martín, Valladolid, 1942, págs. 512 y sigs. El mismo autor incluye la facultad de disposición entre las manifestaciones de la condición jurídica de la persona, a diferencia de las que forman parte del contenido general de un derecho o de relación jurídica.

(25) *Vid.* la crítica en CASTRO, F., y Díez PICAZO, *operae vitae passim*.

(26) VILLAVICENCIO, en *op. cit.*, parte de la opinión de que las facultades tienen una función primaria de carácter material, cual es el aprovechamiento del objeto del derecho, y la facultad de disponer es de «diverso orden» porque su función es jurídica, que no económica y de carácter dinámico.

de todo derecho ostenta naturalmente en exclusiva el poder de disposición sobre tal derecho.

Las excepciones (de interpretación restrictiva) son de distinto orden estructural:

— *Por razón del objeto:*

Hay derechos que, por su naturaleza, carecen de IDONEIDAD para ser objeto apto de un acto jurídico de disposición. En este caso no hay cuestión de si existe o no facultad de disponer; difícilmente podrá plantearse siquiera la existencia de ésta cuando el eventual objeto no es disponible. Y esto no puede negarse: hay derechos reales, personales y «familiares» constituidos *intuitu personae* en los que esto sucede (cfr. art. 1.257 CC), y no digamos las situaciones jurídicas complejas calificadas de «potestad-función»; en que el ejercicio o no ejercicio no es libre.

En lo que a nosotros interesa, el derecho real de uso por su naturaleza es personalísimo. El usuario y sólo el usuario puede aprovecharse de la utilidad que de él se deriva; y no puede ceder a otro su aprovechamiento —arrendándolo o dando la cosa en precario— ni subrogar a otro en su titularidad.

Esto es claro en las fuentes (27):

— GAYO, D. 7, 8, 11: «Es lícito al usuario morar en aquel fundo (...), y no puede vender, ni arrendar, ni conceder gratuitamente a otra persona, el derecho que ostenta».

— MODESTINO, D. 7, 8, 21: «El uso del agua es personal, y por ello no puede transmitirse al heredero del usuario».

— ULPIANO, D. 7, 8, 12: «(...) mas no dará en arrendamiento los servicios del esclavo, ni cederá a otro su uso (...), pues ¿de qué modo podrá conceder a otro los servicios del esclavo, debiendo ser él mismo quien los use?»

Y en las Partidas y en nuestra legislación (Partida III, 31, 20; artículo 523 CC; art. 108, 3, LH).

Otra distinta cuestión es si por virtud de título constitutivo puede excepcionalmente el usuario ser relevado del modo de usar personalísimo y autorizado a disponer del mismo derecho; y si en caso de ocurrir esto puede seguirse hablando de uso. Sobre el carácter de *ius cogens* o no del artículo 523 se han formulado doctrinas contrapuestas, y la solución no es pacífica (28).

(27) *Op. cit.*, nota 7.

(28) Sobre la discusión de si es de esencia al uso el carácter personalísimo, y de si es imperativo o de *ius cogens* el artículo 523, se han formulado tesis

— *Por razón del sujeto:*

Presuponiendo la capacidad jurídica —porque si ni siquiera se es sujeto, difícilmente hay cuestión de la existencia de facultad de disponer— en los que carecen de plenitud de capacidad de obrar está ausente el poder dispositivo y precisan completar o suplir la deficiencia por medio del instituto de la representación. En tanto que sujeto jurídico, el menor, incapacitado..., es apto para ser titular de la facultad de disponer de sus derechos, pero como carece de plena capacidad de ejercicio, no puede por sí realizar acto jurídico de disposición eficaz sobre su propia esfera jurídica: requiere un no-titular (representante) que coopere a la eficacia de dicho acto dispositivo (29).

A veces ocurre que sujeto capaz, titular de un derecho, no puede, sin embargo, realizar acto de disposición concreto por sufrir la energía enervante de una prohibición de disponer; cualquiera sea su origen. En estas circunstancias podría entenderse que está privado de la facultad de disponer, pero en mi opinión mejor podría explicarse como una situación jurídica transitoria de paralización del poder —que subsiste— de disponer del derecho.

La facultad no desaparece, pero no puede ser actuada; la prueba es que, desaparecida la prohibición; el titular recobra automáticamente la prohibición de su ejercicio de un modo similar a lo que ocurre por virtud de la elasticidad del dominio, cuando se extingue el derecho real de goce que lo gravaba (30).

III) Esa facultad o poder, sin prejuzgar su naturaleza, es accesorio a una situación jurídica principal. De aquí se sigue que:

1. La facultad de disponer sigue las vicisitudes de la situación jurídica principal de que depende. Cuando el propietario transmite o abandona la propiedad el poder de disposición hace tránsito al adquirente o se extingue. Cuando se extingue el usufructo, si éste se constituye con facultad de disponer, ésta caduca.

2. La facultad de disponer carece en sí de una sustancia autónoma. Es decir, no es posible constituir un puro «derecho» de disponer un derecho, aunque hay autores que han admitido esta figura por diversas

contrapuestas: a favor de esta postura restrictiva: VENEZIAN, LACRUZ, TOULLIER o MUCIUS SCAEVOLA; en contra, defienden la tesis permisiva la generalidad de la doctrina, MANRESA, CASTÁN, SANTAMARÍA, ALBALADEJO, DORAL, etc. Sobre la discusión teórica, *vid. in extenso*, RAMS, *op. cit.*, cap. VII.

(29) *Vid.* AGUILERA, Tomás, en *op. cit.*, págs. 125 y sigs.

(30) En realidad cuando se constituye, por ejemplo, un derecho real de goce sobre la cosa ajena, v.gr., el usufructo, el propietario no queda absolutamente «vacío» o privado de sus facultades materiales de goce, toda vez que extinguido el derecho real las recobra automáticamente por efecto de la elasticidad de la propiedad.

vías. La posibilidad de una sustantivación del poder de disposición curiosamente se planteó desde dos posiciones metodológicas separadas (31):

— Desde una perspectiva puramente lógica, casi hegeliana, BEKKER, al estudiar la estructura del derecho y descubrir dos núcleos constitutivos, llegó a la conclusión que era posible un titular de goce y un puro titular de disposición sin atribución patrimonial (32).

— Desde una perspectiva puramente empírica se recurrió a la sustantivación del «derecho de disposición» para explicar ciertas peculiaridades: así, FOA, para explicar la naturaleza de la cesión de bienes en pago de créditos, entendió se constituía un derecho real de disposición a favor de los acreedores (33).

Por mi parte, considero que no puede admitirse pacíficamente la categoría de las titularidades de disposición sin atribución patrimonial; ni hay que recurrir a la posibilidad de un derecho sobre Derecho para comprender ciertas peculiaridades en que el poder de disposición no radica en el titular:

Por lo pronto, titularidad de disposición sin atribución patrimonial es un concepto equivoco; no es que el investido de titularidad no haya sido objeto de una atribución patrimonial (piénsese que esto ocurre muchas veces en los ejemplos que se nos suministran: así, el usufructuario de disposición es auténtico usufructuario, el distribuidor de Derecho balear está instituido, aunque sólo sea en usufructo, el comisario o el que se designó en la cláusula de confianza suele ser heredero, legatario o cónyuge usufructuario, etc...), sino que, como dice ROCA, el titular de disposición no es el verdadero titular de goce o verdadero destinatario del derecho, viniendo a desempeñar una actividad dispositiva sobre patrimonio ajeno sin que exista representación (34).

Pero es que, además, ni aún en las titularidades fiduciarias de disposición (35) en que el confidenciario carece de interés alguno patrimonial, como no sea el amical o de afección existe una titularidad de disposición que se justifica *per se*. Lo que ocurre es que esa facultad de disponer es accesoria a una situación jurídica principal. Y es cierto que lo típico es que sea accesoria a un derecho subjetivo (el propietario tiene facul-

(31) Por lo demás, supondría admitir la posibilidad de un derecho sobre derecho, lo cual no es admitido pacíficamente por la generalidad de la doctrina.

(32) Así citado por AGUILERA, Tomás, *op. cit.*; la categoría es pacífica, por ejemplo, en ROCA SASTRE y en CHICO ORTIZ, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, etc. *Vid.* BEKKER: *System des heutigen Pandekten rechts*, I, 18.

(33) *Vid.* nota 18.

(34) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo II, pág. 230, Barcelona, 1948.

(35) *Vid.* mi artículo en RCDI sobre fiducia sucesoria, y LASO MARTÍNEZ, J. L.: *Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1982, tomo III, sobre titularidades fiduciarias de disposición en la Ley del Suelo.

tad de disponer de su propiedad; el acreedor pignoraticio tiene facultad de realización de la cosa empeñada cuando la deuda es incumplida, etc.), pero puede ser *accesoria* a otras situaciones jurídicas subjetivas (36), diversas del derecho subjetivo: así, a una potestad incluso administrativa (verbigracia, la potestad expropiatoria), la patria potestad, a un cargo, oficio o función de Derecho privado, etc...

IV) Por razón de la *accesoriedad* radica en principio la facultad de disponer de un derecho en su titular y cuando esto no ocurre se precisa causa *suficiente*.

En principio, *nemo dat quod non habet* y, como señala el Fuero Real: «ningún ome venda casa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandado o voluntad de su señor, e si alguno lo ficiere, no vala». Es decir: cuando una facultad de disponer es accesoria a una situación jurídica subjetiva distinta de la titularidad de derecho de que eventualmente se dispone; esta legitimación para invadir la esfera jurídica patrimonial ajena precisa causa suficiente, *ex lege* o *ex voluntate*.

A) Esta aparente separación *voluntaria* del poder de disposición ocurre, por ejemplo:

1. En el caso de cesión en pago de crédito, que según la doctrina implica un mandato irrevocable para enajenar. Los acreedores, en calidad de *procuradores in rem suam*, pueden disponer de derecho ajeno *en interés propio o interés propio concurrente*. En el caso de la prenda, como derecho real de realización de valor, el acreedor pignoraticio puede disponer de la cosa dada en prenda para satisfacer la deuda (por ejemplo, el artículo 1.858 CC en relación con el 1.872). En el primer caso el poder de disposición es accesorio a un derecho de crédito y en el segundo a un derecho real sobre cosa ajena.

2. En el supuesto de apoderamiento o autorización representativa,

(36) LEGAZ LACAMBRA define situación jurídica subjetiva en: *Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., pág. 710: «Distintas circunstancias de la existencia jurídica personal en las que se confieren en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y pasivo de su haber jurídico». Es habitual distinguir entre situaciones de poder: libertades, potestades, derechos subjetivos, el derecho subjetivo nacional...; de deber o pasivas: sujeción, obligación, carga, deber público...; mixtas o complejas: poderes funcionales, *status*... Vid. CASTÁN TOBEÑAS: *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963. CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho*, trad. esp., 1941, Madrid, páginas 171 y sigs. La clasificación citada es de SANTAMARÍA PASTOR, A.: *Apuntes de Derecho administrativo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, página 580. Piénsese en la facultad de disposición de síndicos, albaceas, comisarios, representantes, etc..., del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; de padres, tutores, curadores, defensores judiciales, del Estado y Administraciones públicas por la facultad expropiatoria, etc....

el apoderado está autorizado para gestionar intereses ajenos, en nombre propio o ajeno *por cuenta del representado* en las relaciones con terceros. En estos casos el apoderamiento es accesorio a una relación jurídica subyacente de la que trae causa; no necesariamente un mandato.

3. En el supuesto de las titularidades fiduciarias de disposición en virtud de fiducia sucesoria es posible se atribuya al confidenciario poder de disposición sobre bienes relictos del caudal del causante al objeto que los invierta o *aplique en interés de tercero*.

En la cláusula de confianza catalana, en el comisario vizcaíno, en el fiduciario-comisario aragonés y navarro, el cónyuge usufructuario de la Ley de Explotaciones Agrarias, etc..., nos encontramos ante un sujeto investido de poder de disposición sobre bienes ajenos para su ejercicio en interés de los beneficiarios de la fiducia. A diferencia de la titularidad fiduciaria, carece de propiedad sobre dichos bienes y es portador *ex fiduciae causa* de un interés no patrimonial (37).

B) La razón o causa jurídica de la facultad de disposición radicante en un no-titular puede en algunos casos encontrarse en la Ley:

1. En interés del autorizado para disponer: así, algunos casos de sustitución *ex lege* (38) en que por virtud de legitimación indirecta se autoriza a alguien (sustituto) para desarrollar en nombre propio y en el predominante o *concurrente interés propio* una actividad destinada a desplegar eficacia dentro de la esfera patrimonial ajena: caso típico el de la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil.

2. No faltan atribuciones *ex lege* de poder de disposición a un no-titular, *en aras de la protección de tercero* que confía en la apariencia jurídica: caso de la legitimación extraordinaria y teoría de las «adquisiciones a *non dominio*».

3. E incluso la gestión de negocios ajenos *en interés y por cuenta del dominus ex quasi contractu* (art. 1.893) (39).

En todos los casos estudiados el poder de disposición excepcionalmente se halla un no-titular; es más que discutible sea posible conceptualmente hablar de una separación absoluta; es decir, si es que se ha separado del derecho subjetivo la facultad de disposición, de tal suerte

(37) Obsérvese la existencia de un poder de disposición: 1. En interés propio o propio concurrente. 2. En interés o por cuenta del titular. 3. En beneficio de tercero.

(38) Obsérvese incluso la posibilidad de facultad atribuida *ex lege* —Ley del Suelo, artículo 129, 2— a las Juntas de Compensación de ser «fiduciarias con pleno poder dispositivo», en interés de los propietarios miembros de aquéllas. Vid. LASO. *op. cit.*

(39) La categoría de sustitución está originada en la doctrina procesalista y de allí al Derecho privado. Suerte pareja a la legitimación.

que el titular conserve todo el contenido del mismo, salvo el poder dispositivo. Es preferible entender un uso compartido (cotitularidad) y su multiplicación o difusión. Tomemos, por ejemplo, la donación con reserva de la facultad de disponer: existen dos «derechos» filiales de disposición en régimen de subordinación de uno a otro: el derecho de disposición principal o madre que se reserva hasta su fallecimiento el donante y un poder de disposición subordinado del donatario a que no lo ejercite en tiempo el titular (40).

En el uso con facultad de disponer ocurrirá cosa semejante, pues nos encontraremos una situación compartida de poder de disposición, en que existe subordinación o recíproca dependencia (ejemplo ..., «ninguno podrá disponer válidamente del derecho sin la autorización del otro»).

3. DERECHO DE USO CON FACULTAD DE DISPONER DE LA COSA

A) Conviene empezar señalando que por derecho de uso con facultad de disponer de la cosa no entendemos:

— El uso de disposición; así, en KOHLER (41): es decir, aquellos casos en que el usuario, por naturaleza del derecho, está autorizado a disponer de la cosa sobre la cual el uso está constituido. Ejemplo típico es el uso de una universalidad (una empresa, por ejemplo).

— El uso de cosas consumibles; quasi-uso (42): en donde, como en el caso anterior, por razón de la cosa sobre la que se impone la obligación de «salvar la sustancia» (*salva rerum substantia*) es forzoso reconocer al titular del derecho de goce un poder de disposición (43): tendrá el derecho de restitución o pagar su precio correspondiente al fin del uso; está obligado a una «conservación dinámica» implicativa de subrogación real (art. 482 CC).

— Tampoco se trata del uso en el cual se dispensa al usuario de conservar la identidad de la cosa, siempre y cuando la sustituya por la

(40) A estas conclusiones llega el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca. Vid. *Boletín del Colegio*, núm. 44, año 1970, y los trabajos y notas de colaboración del *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, tomo I, página 133, recopilados por RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix.

(41) Vid. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*

(42) Así, en la doctrina intermedia y en BARBERO: «El quasi usufructo e il quasi uso», *Riv. Dir. Civ.*, 1939, págs. 208 y sigs. En la doctrina española, JORDANO BAREA: «El quasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena», *ADC*, 1948, páginas 995 y 996.

(43) Hay casos que estudia GONZÁLEZ PALOMINO (*vid. art. 615 del Código Civil*, v.gr.) en que la obligación de conservar implica la de disponer, lo que se traduce en lo que la doctrina califica «principio de conservación dinámica», *AAMN*, V, págs. 926 y sigs., 1950.

que ocupa su lugar en virtud de subrogación real al enajenar o disponer de ella: el usuario tiene un simple poder de transformación del objeto (44).

— Tampoco cuando excepcionalmente se autoriza al usuario a disponer del derecho real de uso, de ser esto posible.

En nuestro derecho real de uso; el usuario está obligado a vender, hipotecar, disponer a título oneroso, etc..., en determinadas circunstancias, de la propia cosa usada; de suerte que el tercero adquirirá su propiedad, un derecho real sobre ella...

B) ¿Qué es el uso con facultad de vender o disponer?: su naturaleza.

→ No es el usuario *pleno propietario* por más que se haya transmitido (o, por mejor decir) atribuido una facultad compartida de disposición. En el imaginario ejemplo propuesto: no existe una donación condicional, ni suspensiva ni resolutoria, pues el donatario adquiere la propiedad actual, aunque gravada por un derecho singular de uso al que acompaña facultad de disponer reservada.

En el caso de la donación del uso con facultad de vender; no se transmiten la propiedad sino su uso.

→ La tesis del usuario, como en el caso del usufructuario con facultad de disposición, *como propietario*, está abandonada por la doctrina y respondió al prejuicio tradicional desde SAVIGNY a admitir que otro no propietario pueda disponer en nombre propio del derecho de propiedad (...): algo ciertamente posible, como hemos venido demostrando.

→ No se trata de un *usufructuario con facultad de disposición*, cuando resulta evidente del título que lo que el usuario reserva o se transmite es un puro y simple uso con identidad diversa del usufructo, como ya hemos tratado.

→ No se trata de un *fiduciario de residuo* por razones semejantes a las que se aducen respecto al usufructo con facultad de vender: no es propietario; existen dos llamamientos inmediatos a distintos derechos sobre una cosa y no sucesivos como en aquél; aunque el propietario premuera al usuario, transmite siempre su derecho a sus herederos: en definitiva, estamos ante un derecho real sobre cosa ajena y no ante una transmisión de propiedad sujeta al encargo de restitución (45).

→ No se trata de una *prohibición de enajenar*; que el usuario tenga poder de disponer de la cosa no implica que el propietario esté privado,

(44) Vid. RDGRN. 1 de octubre de 1926.

(45) Es de obligada cita la doctrina legal: STS de 29 de enero de 1916, 26 de febrero de 1919, 22 de diciembre de 1920 y 20 de octubre de 1954, RDGR, 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943. Ello no obsta a que

ni siquiera temporalmente —mientras no exista una prohibición voluntaria o legal de disponer—, de su derecho. Podrá transmitir a otro la cosa que la adquirirá en las mismas condiciones (es decir, gravada por el uso), subrogándose en su lugar.

C) El problema se reduce a admitir si es un derecho real *sui generis*; es un auténtico derecho real de uso; o si no es posible su constitución. Vamos a defender que no altera la verdadera naturaleza del derecho real de uso (estamos pensando en el caso típico de facultad de disposición para el caso de necesidad); sino que es un derecho especial o singular por su contenido y estructura y no por su tipicidad al amparo de la autonomía de la voluntad.

Argumentos:

— Deberá estarse al título para determinar la extensión y el contenido de las facultades del usuario y habitacionista (art 523 CC). Aunque es cierto que ello no autoriza a configurar un derecho de uso, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad vulnere las reglas esenciales de su naturaleza jurídica; si se concede al usuario una facultad extraordinaria de disposición, no por ello tal cosa acontece. Veámoslo:

- Argumento *a contrario*: no parece argumento suficiente, en contra el tan recordado artículo 523 del Código Civil, por más que su expresión sea categórica; y ello por varias razones: 1) por ser dudoso que estemos ante un precepto imperativo y 2) porque la intención de la prohibición no es otra que impedir que otro usuario u otro habitacionista ocupe —cualquiera sea su título— la personalísima posición jurídica en que tuvo a bien colocarle el constituyente. No puede, por tanto, ni arrendar, ni ceder, dar en precario o hipotecar el derecho de uso; cosa bien distinta es que se le autorice a realizar actos de disposición sobre la misma cosa gravada. En principio tal autorización excluye, en mi opinión, la facultad de transmitir el derecho de uso (por el carácter personalísimo y porque dada la interpretación estricta que exige la eventual facultad extraordinaria de, por ejemplo, vender la cosa, no nos es lícito entender que esto autoriza a transmitir el derecho real de uso), y desde luego queda fuera de toda duda que no es posible transmitir a otro la pura facultad de disposición (46).

la Compilación catalana, en su artículo 223, 2.º, se remita a las normas del fideicomiso de residuo (arts. 211 y 212) para regular el ejercicio de las facultades dispositivas del usufructuario.

(46) La doctrina está conforme en que esa facultad extraordinaria de disposición es personalísima y no puede ser objeto de transmisión. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*

- Argumentos positivos: I. El margen permitido a la autonomía de la voluntad para configurar el contenido de los derechos reales típicos; el uso en concreto (*vid.* arts. 470, 525, 594, 392, etc...).— II. La analogía, si no la remisión directa a la normativa relativa al usufructo (art. 528 en relación con el 467, *in fine*), en tanto puede dispensarse en el título al titular del derecho real de la obligación de conservar la sustancia. Evidentemente existe en uno u otro caso identidad de razón, *ex* artículo 4, 1, en relación con el artículo 528.—III. Porque no contraviene la naturaleza del derecho real de uso, toda vez que respeta el cumplimiento de las notas que le caracterizan (*vid. infra*) y su función económica social. Es cierto que la facultad extraordinaria de disposición amplía extensivamente el contenido de los derechos del usuario, pero todo esto sin dejar de serlo. Las consecuencias de esta dependencia y enlace entre el derecho real y la facultad de disposición son evidentes: la facultad de disponer sigue la suerte del derecho real, de modo que cuando éste caduca o prescribe la facultad de disponer termina, además, salvo otra cosa resulte del título la facultad de disponer se entiende tan sólo para cuando las necesidades del usuario y familia, aunque ésta aumente, lo exijan. Cuando se actúe la facultad de disponer el producto de la enajenación se destinará en la cuantía suficiente a paliar esas necesidades. Todo esto ha querido explicarse hablando de «yuxtaposición o acoplamiento» al derecho real de una facultad de disponer, frase, por otra parte, recogida por alguna jurisprudencia.
- En definitiva, un argumento «de cierre»: aún en el supuesto de que no se admitieran las anteriores razones, cabría la posibilidad de defender la existencia de un derecho real atípico (47), al amparo del *numerus apertus*. El que esa facultad extraordinaria contravenga la esencia del tipo (como, por ejemplo, ocurriría cuando no aparece clara la dependencia entre derecho real y facultad de

(47) Presupongo el carácter de derecho real del uso —*vid.* art. 2 de la Ley Hipotecaria— sobre la diferenciación con ciertos derechos personales. DORAL: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo VII, vol. 1.º, pág. 463.

Sobre la posibilidad de un usufructo atípico limitado, de contenido menos amplio que el usufructo típico y alcance jurídico muy similar al del uso y habitación, *vid.* SERRANO SÚÑER, Ramón: *Dictámenes y recursos de casación civil*, I, ERDP, Madrid, 1985, págs. 470 y sigs.

Sobre la autonomía de la voluntad para configurar derechos reales, Díez PICAZO: «Autonomía privada y derechos reales», *RCDI*, marzo-abril 1976, pág. 304.

Sobre la configuración usufructo con facultad de disposición como derecho real atípico, *vid.* BELTRÁN DE HEREDIA: «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, pág. 298.

disponer) no implicaría que el derecho subjetivo no mereciera protección jurídica, sin perjuicio de reconocer la verdad de la afirmación de CHICO de que no es lo mismo tratar de dilucidar si es posible crear un derecho real que saber si existen límites (48).

RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO CON FACULTAD DE DISPONER DE LA COSA:

Del régimen jurídico poco he de decir, habida consideración de toda la dogmática del usufructo con facultad de disposición, que resultará aplicable en cuanto no contravenga la singular naturaleza de nuestro derecho de uso. Me centraré en las peculiaridades que resultan de injertar en la estructura del uso el poder de disposición sobre la cosa usada: en cuanto a su CONSTITUCION resultará aplicable el artículo 468 por remisión, sin perjuicio de observar:

Primero.—Que es muy discutible la posibilidad de adquirir derecho de uso con facultad de disposición por usucapión. En mi opinión no hay inconvenientes, aunque el supuesto sea excepcional (49).

Segundo.—Es un lugar común que una diferencia entre el uso y la habitación y el usufructo radica en la inexistencia entre éstos de usos y habitaciones legales. Creo que esto no es rigurosamente cierto, pues es forzoso admitir que existen supuestos similares a ciertas servidumbres que se dicen legales de constitución mediata, es decir, aquellas en que la ley se limita a conceder a ciertas personas el derecho a exigir su constitución, para lo cual deben interesar la actividad jurídica de ciertos órganos públicos, jurisdiccionales o administrativos. Citaré algunos ejemplos: los artículos 495, 1.407 y 96 del Código Civil. En estos casos, por un acto de autoridad judicial, el particular puede instar la constitución de un uso; resta saber —si se trata de un auténtico derecho de uso (50)— si en estos casos puede la autoridad judicial constituir un uso concreto con facultad de vender en caso de necesidad, lo que en mi opinión es más que dudoso.

Es innecesario decir que puede constituirse el uso tanto a título

(48) *Vid. Complementos al Derecho Hipotecario y su legislación*, Madrid, 1974, pág. 119.

(49) Está pensando en el caso en que así resulte del justo título, base de la prescripción. *Vid. NAVARRO AMENDI: Cuestionario del Código Civil reformado*, tomo II, Madrid, 1889, págs. 203 y sigs.

(50) En este sentido, *vid. GARCÍA GARCÍA, José Manuel: Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1986. Comentario al artículo 96 del Reglamento Hipotecario. VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: *Actos conmemorativos del cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1986, pág. 132.

oneroso como lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, por *traslatio* o por *deductio* y puros, a término y bajo condición. En todo caso es necesario que la facultad de disponer de la cosa resulte claramente del título, siendo además ésta de interpretación restringida (51).

En orden a su CONTENIDO, señalar las peculiaridades en el ejercicio del poder de disposición: desde luego *el usuario* tendrá los derechos y obligaciones tal y como resultan del título (arts. 523 y 471), como tal usuario tiene el derecho de percibir las ventajas que del simple uso se sigan de la cosa, disfrutarla no *ad commodum sed ad usum*, con la peculiaridad de que la integridad de la cosa no supone un límite a ese disfrute cuando por razón de las necesidades familiares se autorice a consumirla.

Y tendrá las obligaciones propias de todo usuario, salvo en lo que hace a la de conservar la sustancia; no considerándose fundada la opinión que entiende que la atribución de facultad extraordinaria de disponer implica dispensa de las obligaciones de fianza e inventario.

El usuario podrá disponer de la cosa en las circunstancias previstas en el título, si nada se dice, desde luego sólo para el caso de necesidad; debiéndose observar las cautelas convencionales y legales que limitan la facultad: se puede autorizar sólo para disponer por cierto título —*inter vivos* o *mortis causa*, para vender, arrendar, hipotecar...— (52), sólo de cierta parte del objeto, sólo en atención a determinadas causas... En todo esto resultan aplicables las conclusiones a que ha llegado la doctrina del usufructo con facultad de disponer (53). En particular la posibilidad de accionar por abuso de Derecho —*ex* artículo 7 CC— para impugnar los actos dispositivos del usuario en exceso de sus facultades, con la importante *especialidad derivada del artículo 529* (54).

En cuanto al *propietario*, mientras el usuario no ejerce la facultad de disponer de la cosa sigue siendo propietario y, por lo tanto, podrá disponer por cualquier título de la cosa de su propiedad y tercer adquirente se subrogará en su posición, debiendo soportar el uso mientras éste subsista de estar inscrito —*ex* artículo 32 LH—: ni es titular de

(51) Las razones son varias, pero fundamentalmente dos: por el carácter extraordinario de la facultad concedida (*vid.* art. 4, 3, del Código Civil); por el principio del efecto mínimo y del menor gravamen. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, página 235.

(52) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, II. Sucesiones, ERDP, Madrid, 1984, pág. 72. *Vid.* diversos supuestos que se contemplan.

(53) En particular, *vid.* SÁNCHEZ CALERO y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *op. cit.*

(54) Es decir, de prosperar la acción de impugnación no sólo resultaría la nulidad del acto dispositivo —sin perjuicio protección dispensada al tercer adquirente de buena fe cuando proceda—, sino que la declaración de abuso cuando grave implicaría la extinción/resolución del uso concedido. Por ejemplo, transmisión a título gratuito cuando se da sólo para caso de extrema necesidad.

una mera expectativa, ni de un derecho condicional, ni soporta prohibición de disponer. Tampoco es titular de un derecho de crédito al remanente por rescate de lo que resta del consumo después del válido ejercicio de la facultad de disponer. Lo que éste provoca es la subrogación real automática de lo adquirido en sustitución —uso subsistente— de lo enajenado. La facultad de disponer autoriza a consumir en cuanto basta a las necesidades de usuario y familia, lo que supone una extinción parcial del objeto sobre el que el uso recae y la subsistencia sobre la parte restante (*ex* artículo 513, 5, en relación con el 514, por remisión del 528). En el ejemplo propuesto de donación del uso de una huerta con facultad de venderla para caso de necesidad: supongamos que esta necesidad ocurre: el usuario podrá enajenar a un tercero la huerta hasta entonces usada, consumirá la cantidad del precio bastante para salvar esas necesidades familiares y seguirá siendo usuario en cuanto al resto hasta que el uso se extinga. En cuanto al destino del capital que realice restante considero perfectamente aplicable por analogía lo dispuesto en el Código para el usufructo sobre créditos vencidos (art. 507); en nuestro caso, al estar dispensado de fianza, deberá requerir autorización del propietario para la inversión del capital, en su defecto del Juez, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital objeto de uso. Si el uso se constituyó sobre inmueble inscrito, y se inscribió en el Registro, el tercer adquirente de usuario recibirá la propiedad libre sobre la huerta, sin necesidad, salvo que otra cosa disponga el título, de prueba alguna de necesidad que le legitime (55).

CONCLUSIONES

1. Creo haber demostrado suficientemente la posibilidad de conceder al usuario, en el título constitutivo del uso, la facultad extraordinaria de disponer de la cosa misma. Esta autorización, en principio, se limita al caso que constituye el presupuesto del artículo 523 del Código Civil —es decir, en caso de necesidad familiar— e implica, cuando las circunstancias lo exijan, el derecho de consumir el producto de la enaje-

(55) Si la facultad de disponer se concediere para finalidades genéricas, como vender en caso de necesidad, se entiende a la conciencia y recto obrar del usuario (Resoluciones de 8 de marzo de 1865, 29 de octubre de 1868, 15 de noviembre de 1876, 29 de mayo de 1914 y 8 de marzo de 1926), sin perjuicio de la acción de impugnación.

Si se atribuye sólo para casos concretos y específicos habrá de justificarse ante el Registrador, por ejemplo, en determinado encuentro o con determinadas condiciones, etc.

Por supuesto, puede subordinarse el ejercicio a la autorización del propietario o de terceros. *Vid.* art. 211, 1, de la Compilación catalana, y fundamentalmente, Ley 152 de la navarra.

nación en cantidad bastante, y, de esta suerte, disminuir el objeto del uso al remanente subrogado. También parece probado que cuando resulta claramente dependiente la facultad extraordinaria concedida, del derecho de uso en el que se injerta, la concesión no supone necesariamente mudar la naturaleza del uso o el tránsito a figura atípica, siendo aplicables las normas que disciplinan el uso y la doctrina consagrada relativa al ejercicio de la facultad de disponer extraordinaria en el usufructo.

Por supuesto, el derecho tendría acceso al Registro de la Propiedad, al amparo de los artículos 2 y 7 de la Ley y Reglamento Hipotecarios, respectivamente, debiéndose hacer constar en el cuerpo de la inscripción la extensión y contenido de la facultad de disponer —*ex* artículos 9, 2, de la Ley Hipotecaria y 51, regla 6.^a, RH—. No cabe entender que el usuario esté dispensado en cuanto a la facultad de disponer de la previa inscripción que ordena el artículo 20 y excepciona en su párrafo 4.º la Ley Hipotecaria, por cuanto la facultad es accesorio a la titularidad jurídico-real inscribible y delimita el contenido del Derecho subjetivo del usuario, además de no existir relación alguna representativa, aunque «se disponga de intereses ajenos». Desde luego la calificación del Registrador —*ex* artículo 18 LH— no alcanza a la apreciación de la situación de necesidad justificante del acto dispositivo eficaz, quedando, eso sí, a salvo la competencia de los Tribunales por causa de la acción de impugnación y la posibilidad del control de requisitos y presupuestos que convencionalmente se hayan podido establecer, tales como la autorización del propietario o de un tercero, la limitación a ciertos actos, títulos, importe, etc...

II. Hemos estudiado un ejemplo de multiplicación voluntaria y de difusión reglamentada del poder de disposición: originariamente exclusivo del propietario, éste se autolimita, compartiéndolo con el usuario de la cosa de su propiedad. En puridad no existe función representativa entre propietario y usuario: cuando éste vende la cosa formará libremente su voluntad actuando no sólo en nombre propio, sino también en su provecho, aunque disponga de algo ajeno. No faltaba razón a IHERING (56) al distinguir entre poder de representación y autorización como dos categorías diversas que justifican actos legítimos de disposición sobre patrimonio ajeno. Tampoco estaba alejado de la verdad SANTORO PASARELLI (57) al incluir la representación dentro de la categoría de «sustitución en la actividad jurídica». En mi opinión, la doctrina

(56) El fundamento de la autorización (*Ermächtigung*), como causa de legitimación indirecta para realizar actos dispositivos sobre intereses ajenos, es el principio general del Derecho: *volenti non fit iniuria*. Vid. HUPKA, *op. cit.*, en ROCA SASTRE, nota 52, pág. 411, vol. I, sobre revocación del poder y mandato.

se ve reducida a una de estas alternativas: o se admite una sola categoría de gestión/disposición autorizada de bienes o derechos ajenos, en cuyo caso se ve obligada a explicar dentro de un *nomen iuris* realidades bien distintas (piénsese en una supuesta representación en interés del propio representado o de un tercero) (...) o se distingue en varias categorías de legitimación indirecta para disponer de intereses ajenos, una de las cuales sería la representación, en cuyo caso es consecuencia forzosa distinguir entre instituciones próximas. Estoy con Díez PICAZO (58) en que cuando resulta claro que la concesión de un poder de disposición *ex lege* o *ex voluntate* persigue la realización exclusiva o prevalente de intereses propios del autorizado o de un tercero beneficiario mediante la gestión de derechos ajenos, la doctrina de la representación no es aplicable y habrá que recurrir a otras instituciones —la fiducia, singularmente—. Por mi parte considero poco afortunada la institución del poder o mandato irrevocables.

III. Aprovecho, por fin, para plantear dos críticas finales:

a) En el orden fiscal: la constitución de un usufructo o de un uso con facultad de disponer se liquidará conforme a su naturaleza, como dice la Ley del Impuesto sobre Transmisiones y el de Sucesiones: como constitución/transmisión de derecho real sobre inmueble, con la base determinada por el artículo 10, 2, a) y b), del texto refundido, no parece razonable la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 34, 3, del anterior texto refundido de sucesiones (para una disposición de residuo): girar la liquidación por el pleno dominio; toda vez que se adquiere un derecho de uso o de usufructo, sin perjuicio de que cuando se ejercite la facultad de disponer de la cosa usada el tercer adquirente, como sujeto pasivo, satisfaga el impuesto correspondiente por la transmisión del dominio (*vid.*, en contra, Resolución de 30 de abril de 1969).

b) Es muy discutible que no deba tener acceso al Registro la comunidad solidaria a que se refiere la Resolución de 26 de diciembre de 1946, que ordenaría el poder de disposición en situaciones de cotitularidad de derecho real (59).

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador de la Propiedad

(57) Citado por Díez PICAZO, *op. cit.*, pág. 614. *Vid.*, además, su libro: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1974.

(58) *Op. et loc. cit.* en nota anterior.

(59) Una referencia a esta importante resolución, única que no crea doctrina *ex art. 1* del Código Civil por analogía. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 245.

Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual

SUMARIO: I. ASPECTO HUMANO: A) La idea y la creación. B) La persona humana como titular del derecho de propiedad intelectual. C) Las diferentes formas de creación que se asemejan a la propiedad intelectual.—II. ASPECTO SOCIOLOGICO: A) Los intereses en juego que inciden sobre la propiedad intelectual. B) El derecho de acceso a la cultura del ciudadano. C) La conciliación de intereses.—III. ASPECTO JURIDICO: A) La legislación derogada y la nueva: avances y retrocesos. B) Las diversas formas de protección del derecho moral y del contenido económico.

I. ASPECTO HUMANO

Si la propiedad intelectual —denominación que utiliza la Constitución española— no es más que el conjunto de derechos que se tienen sobre la realización de una obra científica, artística o literaria, es evidente la necesidad de destacar el aspecto humano que ello lleva consigo, pues sólo el ser humano es capaz de concebir y realizar esas obras que constituyen el objeto de esta propiedad. Debe adelantarse, sin embargo, que la nueva legislación hace una concesión a la *persona jurídica* en este punto, cosa que luego veremos. También creo que, si hablamos de creación, hay que recordar las primeras páginas de la Biblia, donde hay que reconocer a Dios la propiedad intelectual o el derecho de autor por la creación del Universo y la del hombre a su imagen y semejanza, aunque muchos no se parecen en nada a Dios. ¿Cobrará Dios derechos de autor por ambas cosas?

Para desarrollar este aspecto humano hay que apoyarse, en forma muy sintética, en los tres apartados que distingo, pero conviene advertir que no son nuevos, ni muchísimo menos, pues ya hace cien años se

plasmaron genialmente en uno de los mejores libros que a la materia se han dedicado. Me estoy refiriendo al de MANUEL DANVILA Y COLLADO (*La propiedad intelectual*, 1882), que fue el autor material de la anterior Ley, que ha sido sustituida por otra, realizada por acumulación de materiales ajenos y que va a complicar excesivamente la sencillez de unos principios fundamentales en la materia. Veremos cómo el autor, aun siendo la figura central de la Ley, no tiene el trato humano que merece como creador.

A) LA IDEA Y LA CREACIÓN

Resulta sumamente curioso cómo, en forma generalizada, se entiende que lo que la legislación de propiedad intelectual trata de proteger es la *idea*. Nada más alejado de la realidad. Las ideas están, por así decirlo, al alcance de todos. Son de todos. Nadie puede impedir que mis ideas coincidan con las de mi prójimo. Alejemos por un momento el campo de los inventos, de las marcas y de las patentes, propios de la propiedad industrial, y centremos la esencia de la propiedad intelectual en la *creación* y no en la idea. Hubo un ataque frontal al reconocimiento de este derecho, basado precisamente en la consideración de la idea como generadora de la propiedad intelectual y así se llegó a decir que «un libro no es más que el conjunto de ideas conocidas o de sentimientos que pertenecen a todo el mundo y que, no habiendo nada nuevo bajo el sol, todo autor al publicar sus escritos no hace más que devolver al patrimonio común de la humanidad lo que en él encontró».

Es la *creación* lo que justifica la propiedad intelectual. Es importante a este respecto citar el Reglamento de la derogada Ley de Propiedad Intelectual (plasmado con poca generosidad en la nueva Ley) y que claramente brindaba la fórmula de la «concepción y creación» o de la «creación y ejecución», según la clase de obra científica, literaria o artística.

Situándonos en este punto hay ya que citar a DANVILA, quien en 1882 decía: «La obra intelectual es el producto del trabajo del espíritu; elevándolo, ennobleciéndolo, se elevará y ennoblecerá la personalidad humana, germen de redención de los pueblos desgraciados. Así es como, por su admirable armonía, el trabajo, que es para el hombre una ley santa, suele ser también la fuente de sus más preciados derechos y la garantía más segura de su felicidad». La propiedad intelectual no es más que la emanación de la personalidad humana, presentando la idea de forma diferente.

Creo que en este punto coinciden la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema en profundidad. Cito, tomándolo del libro

de JOSÉ DEL CASTILLO Y SORIANO (*Propiedad literaria y artística*, Madrid, 1901), a JUAN CANCIO MENA, quien decía que «el derecho de propiedad literaria y artística se cimenta, más que en la idea, en la forma que reviste, o sea, en el arte con que se expresa; y como esa forma es la encarnación del sujeto que la define y la forma, es el único interés que puede y debe conservarse en legítimo monopolio; puesto que la idea pasa al dominio público, puede difundirse indefinidamente, y bajo tantas y tan diversas formas cuantas sean las que se adopten para su propaganda, es procedente que el Estado defienda en las instituciones la perpetuidad de la propiedad intelectual, que es tan legítima como todas las que se derivan del noble ejercicio de la actividad humana». Aunque pueden engrosarse las citas con frases y conceptos paralelos al sustentado, me limito a la de LEIMINIER, que dijo: «La propiedad intelectual es una extensión de la propia personalidad humana».

En la lucha sostenida durante el período en que estuve en la Comisión redactora del borrador de Anteproyecto de la nueva Ley de Propiedad Intelectual (al comienzo como Secretario y ponente, luego como vocal y, por último, en la etapa socialista, como *experto*) traté a toda costa de demostrar a los componentes de la Comisión que el requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual no era «constitutivo» de dicha propiedad, pues ésta nacía de la «creación», lo que sucedía en la legislación entonces vigente era que dicha propiedad podía pasar al dominio público si no se formalizaba la inscripción en el Registro, cosa completamente distinta. La mayor parte de la Comisión aceptó la explicación (con la salvedad de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, que todavía sigue insistiendo en aquella idea en un reciente artículo sobre el «Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1986», publicado en *La Ley*, número 1.551, septiembre de 1986). La nueva Ley ha querido decir eso, pero no ha sabido decirlo y de ahí que el artículo 1 establezca que «La propiedad intelectual corresponde al autor por el solo hecho de su creación», lo cual nos permite regresar al año 1882 y recordar de nuevo a DANVILA, que, apoyando la idea de la creación, matizaba que el autor *no adquiere* la propiedad de sus pensamientos por la creación, sino que los *conserva*.

El aspecto humano de la propiedad intelectual, aparte de situar en la creación la esencia de la misma, se refiere al autor y sus posibles herederos con cierta «ternura», aunque a estos últimos les limite el tiempo de disfrute y al autor lo trate como a un menor necesitado de protección, algo parecido a lo que sucedía en el Código Civil con la mujer.

No es novedad, aunque así quiera plantearse, el hecho de que al intentar definir el contenido de la propiedad intelectual se hable de

derechos personales o inherentes a la persona, personalísimos o morales y también se comprendan los patrimoniales, pues ello estaba implícito en la Ley que se deroga. La Ley, eso sí, ha aceptado el criterio intermedio de la vieja discusión doctrinal sobre si la propiedad intelectual debe ser considerada como una verdadera propiedad, como propiedad incorporal, como privilegio o monopolio, como derecho sobre cosas incorpóreas, como derecho intelectual, como derecho de la personalidad, etcétera. Siguiendo en este punto la Convención de Roma de 1928 y las tesis de DEgni y KAYSER, la nueva Ley entiende que el derecho de propiedad intelectual tiene un doble contenido: el derecho moral, constituido por una serie de facultades, y el derecho patrimonial de explotación de la obra. Con ello nuestra legislación se acerca a la alemana de 1965, que distingue el derecho adherido a la persona y el de extraer rendimiento patrimonial de su obra.

La verdad es que la Ley no podía hacer otra cosa, ya que la Constitución le marcaba las pautas a que debería sujetarse. Por una parte el artículo 149, 1, 9.^a, habla de *propiedad intelectual* y, de otra, en el artículo 20 se reconoce y protege «la producción y creación literaria, artística, científica y técnica» con los que están relacionados los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, de que nos habla el artículo 18 de la misma.

B) LA PERSONA HUMANA COMO TITULAR DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Si hemos situado la esencia de la propiedad intelectual en la «creación» es evidente que sólo el ser humano puede ser el titular de esa propiedad. La *persona jurídica*, esa ficción necesaria para la realización de fines colectivos y permanentes que el hombre con su limitación de vida no puede lograr, es imposible que pueda crear, lo mismo que tampoco puede contraer matrimonio, tener descendencia, etc.

A este principio parece responder la nueva Ley, que en su artículo 5 considera autor «a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica». El principio, sin embargo, tiene excepciones basadas en la necesidad de una «titularidad» de la propiedad que no acepta la teoría del *derecho sin sujeto*. Y así, en aquellos casos en los que la obra se presenta en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos que de ella se derivan corresponderá a la *persona natural o jurídica* que la saque a la luz (art. 6). Lo mismo sucede con la obra colectiva (diccionarios, por ejemplo) creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una *persona natural o jurídica* a la

que pertenecerá la titularidad si la divulga bajo su nombre. Podrían buscarse otra serie de razones por las que la Ley atribuye la titularidad a la persona *natural o jurídica* en los casos de productores cinematográficos, obras audiovisuales, fonogramas, entidades de radiodifusión y todos aquellos editores de obras que han pasado al dominio público.

Estas excepciones que rompen el principio creador y que vienen impuestas por el complicado esquema estructural de la sociedad, no desvirtúan ese derecho personalísimo o moral que la persona física tiene y que la Ley le reconoce, por lo que todavía sigue siendo tiempo de poder hablar de las producciones del ingenio, de la libertad del pensamiento, del humano saber, de las inspiraciones del talento, de la manifestación voluntaria y libre de la personalidad humana, de la propiedad intelectual como producto del trabajo del espíritu, del cultivo del pensamiento, etc. El aspecto humano de la propiedad intelectual queda a salvo aun y a pesar de las excepciones.

C) LAS DIFERENTES FORMAS DE CREACIÓN QUE SE ASEMEJAN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Tanto la derogada Ley de Propiedad Intelectual como la que la sustituye no han variado sustancialmente la fórmula tradicional de entender como formas típicas de su manifestación las obras *literarias, científicas y artísticas*, que abarcan en su trilogía cualquier obra de creación. Y así, en su artículo 10, por vía enunciativa, habla de los libros, los folletos, impresos, discursos, alocuciones, conferencias, informes, explicaciones de cátedra, composiciones musicales, obras dramáticas o dramático-musicales, obras cinematográficas, dibujo, pintura, grabado, litografía, escultura, proyectos, planos, maquetas, gráficos, mapas, obras fotográficas, programas de ordenador, etc. Recuerdo como anécdota que una famosa directora de cine, al leer en Comisión el primer artículo de la nueva Ley, que acepta la trilogía antes dicha, comentó que ese artículo a ella no le valía ya que no incluía el cine..., y hubo que advertirla que al cine se le conoce como el «séptimo arte».

Al lado de esas manifestaciones típicas de la *creación* humana la Ley viene a aceptar —y esto sí es novedad— ese conjunto de formas de creación que son conocidas en la doctrina, en los Tratados internacionales y en legislaciones extranjeras con el nombre o nombres de derechos «conexos», afines, vecinos y derivados. Conviene, sin embargo, distinguir entre los derechos afines (vecinos o conexos) y los derivados, pues son cosas completamente distintas:

a) En la discusión de la Comisión que formó el Anteproyecto de la nueva Ley una de las batallas que gané fue la de exigir a la «creación»

del autor el carácter de *original*. Ello sirvió luego para facilitar los conceptos de copia, de imitación, de plagio y, sobre todo, para distinguir los derechos del autor sobre la obra «original» y los que se reconocen y deben reconocerse a las obras «derivadas de otra anterior» cuando en ellas haya creación que lleve consigo transformación o selección. Y así, quedan también consideradas como objeto de la propiedad intelectual las traducciones y adaptaciones, las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios, resúmenes y extractos, los arreglos musicales y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica (artículo 11), así como las colecciones de obras ajenas (antologías) que constituyan creaciones intelectuales (art. 12).

b) Igualmente tienen un trato diferente, aunque se les reconozca el aspecto de creación, ese conjunto de derechos afines representados por los artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas (cuya inclusión en esta categoría consumió una docena de jornadas), productores de obras cinematográficas y obras audiovisuales, entidades de radiodifusión, fotografías y las ediciones de obras inéditas en dominio público. En todos estos casos es preciso conciliar los derechos del autor y los que puedan ostentar los que realizan esas actividades cercanas al derecho de autor. Se estructura el derecho concibiéndolo como *exclusivo* de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones o grabaciones, con duraciones distintas a las del derecho de autor. Especial regulación tienen en la Ley las obras cinematográficas, las audiovisuales, las fotografías y los programas de ordenadores.

II. ASPECTO SOCIOLOGICO

La propiedad intelectual se caracteriza por el conflicto de intereses que suscita y que, concurriendo o incidiendo en la misma, exigen una conciliación. En el fondo se trata de la teoría general del derecho, donde éste es considerado como un sistema de límites. De la forma en que se regule este singular derecho nos vendrá dado su contenido y sus limitaciones.

A) LOS INTERESES QUE INCIDEN SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La equiparación que hace la derogada Ley y la nueva que la sustituye considerando a la propiedad intelectual como una *clase especial*

de la propiedad, siguiendo en este punto lo que disponen los artículos 428 y 429 del Código Civil, plantea el problema de los límites que la misma debe tener, pues la Constitución española, al reconocer en su artículo 33 el derecho *a la propiedad privada y a la herencia*, señala expresamente que *la función social de estos derechos delimitará su contenido*. Con ello se comprenden no sólo los límites *externos* al derecho, sino los *internos* que emanan de la *función social* que el derecho lleva consigo o, lo que es lo mismo, con frase de ORTEGA: el contorno y el dintorno. La equiparación resulta difícil de sostener partiendo de otro de los principios de la nueva Ley: la distinción entre el derecho moral del autor y el de explotación, pues sólo a este último es al que cabe aplicarle la teoría de la *función social*.

Inciden en la propiedad intelectual diversos intereses. El del autor en su doble proyección moral y económica, los herederos y causahabientes del mismo, la sociedad en general, los que contribuyen a la difusión de las obras y el Estado en su proyección de política cultural. La nueva Ley en este punto ha solucionado el problema de esa incidencia de intereses con diversos criterios, intentando conciliar los mismos con ese principio constitucional del *acceso a la cultura* (art. 44).

- a) En cuanto al derecho de autor se distingue el contenido moral del mismo y el material. El primero lo forman las siguientes facultades que se consideran como *irrenunciables e inalienables*, configurándose como absolutas: decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma; exigir el reconocimiento de su condición de autor; la integridad de la obra; la facultad de modificarla y retirarla del comercio y acceder al ejemplar único o raro de la misma (art. 14). Las facultades de exigir el reconocimiento de su condición de autor y el respeto a la integridad de la obra pasan por fallecimiento del autor a la persona por él designada, a sus herederos y, en su defecto, al Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales e instituciones públicas de carácter cultural.

El contenido *material* del derecho de autor o de la propiedad intelectual se concreta en conceder al mismo un derecho «exclusivo» a las explotaciones de la obra por los medios que se señalan y a su cesión y transmisión con los límites que se detallan.

- b) Lo referente a los derechos de la sociedad a través del principio de *acceso a la cultura* lo veremos inmediatamente, pues es la parte más conflictiva de la regulación.
- c) Las personas naturales o jurídicas que contribuyen a hacer reali-

dad el derecho de explotación a través de la divulgación de la obra, su reproducción, distribución y comunicación (conceptos que han de provocar serios conflictos por haber caído el legislador en la trampa de las definiciones) tienen los límites que ofrecen el contrato de edición, representación, explotación de fonogramas, obras cinematográficas, audiovisuales, radiofónicas, cesión, etc. Por vía de ejemplo, en el contrato de cesión son nulas las cláusulas por las que se ceda la explotación respecto de las obras que *puedan crearse en el futuro* y aquellas en las que el autor se compromete a *no crear* alguna obra en el futuro. Igualmente se precisan en la regulación de ese contrato las interpretaciones que han de darse a las transmisiones y lo que ha de entenderse comprendido cuando no se especifique; se exige expresa cesión para que ésta se considere como «exclusiva» y se regulan las transmisiones hechas al empresario en virtud de una relación laboral. Es importante el artículo 56 sobre la explotación de los *soportes* de la obra que habrá de provocar conflictos de obras en *facsimil* que no estén en dominio público.

En el contrato de edición se destacan las medidas que aseguran al autor la remuneración pactada y la controvertida figura del *control de tirada*. En el contrato de representación teatral y ejecución musical, se utiliza también la técnica de estar a lo pactado y la interpretación *integrativa* en caso de falta de expresión. Lo mismo cabe decir respecto del contrato de producción de la obra audiovisual en la que se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, mientras que en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación en forma de copias para uso doméstico o comunicación por radiodifusión. Bajo las mismas coordenadas se mueven las normas que se destinan a los programas de ordenadores, de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión y meras fotocopias. En lo referente a estas últimas la Ley peca de una enorme imprecisión, ya que en el artículo 10 reconoce como objeto de propiedad intelectual a las obras fotográficas, mientras que el artículo 113 habla de meras fotocopias. Verdaderamente que cabe, dentro de la fotografía, distinguir la que es artística, la que es noticia y la que es simple (hecha o no por profesional o aficionado), ¿pero dónde está el límite que separa el arte de la noticia o de la simple foto?

- d) Los herederos, causahabientes, legatarios o parientes llamados por transmisión *mortis causa* (la Ley carece de precisión en este punto) ven limitado su derecho económico de explotación por un plazo de *sesenta años* contados a partir del fallecimiento del autor, el cual goza durante su vida de dicho derecho. En las obras realizadas en colaboración el plazo se computa desde la muerte del último coautor. Los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen señalada una duración de *cuarenta años*, pero durante su vida y después de su muerte los herederos pueden oponerse a toda deformación o mutilación de su actuación. A los productores de fonogramas se les limita el derecho de reproducción a los *cuarenta años*, al igual que a los productores de grabaciones audiovisuales y a las entidades de radiodifusión. A las meras fotografías se les limita la protección a *veinticinco años* desde la realización de la misma. Por último, a los editores de obra en dominio público tienen una duración de *diez años*.

B) EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA DEL CIUDADANO

Hemos apuntado antes el derecho que la Constitución española (artículo 44) concede al ciudadano sobre el *acceso a la cultura*, derecho del que se hace eco el artículo 40 de la nueva legislación, ya vigente. Es evidente que una regulación ponderativa de intereses en juego necesita conciliar el derecho de los autores con el que pueda tener la sociedad en la programación de los conocimientos útiles y los que exige el progreso de la ciencia (frase que transcribo de DANVILA, dicha hace cien años). Esa conciliación se logra en algunos puntos, pero se le escapa de las manos al legislador en otros. Y es que aquí se está olvidando que el derecho social, lejos de destruir el derecho individual, lo confirma. La sociedad nada pierde con la prosperidad de sus individuos, al contrario, gana mucho, y de ahí que cuanto más proteja y cuide al autor más beneficios culturales podrán recibirse socialmente.

El supuesto que plantea la colisión es el derecho moral que se concede al autor en el artículo 14 sobre la decisión de si su obra ha de ser o no *divulgada* y en qué forma y el derecho de acceso a la cultura que tienen todo ciudadano español. El origen del supuesto es foráneo y aunque es de difícil y extraña existencia (pues el autor lo que quiere es ver publicada su obra) pueden darse algunos casos como los de «prodigalidad» en el Código Civil. Lo que sucede es que el legislador, en su intento de precisión de conceptos, habla en este artículo de *divulgación*

(refiriéndose, sin duda, a la del artículo 4 de la Ley) y creando la duda de si el autor puede decidir sobre la *publicación* de la obra (que también define el artículo 4 de la Ley como *divulgación* con la puesta a disposición de ejemplares). ¿A cuál de las dos se estará refiriendo? Como este derecho pasa a las personas *físicas o jurídicas* que el testador haya designado por disposición de última voluntad, el derecho se convierte en *abuso* y de ahí que el artículo 40 de la nueva Ley trate de mitigarlo con esas *medidas adecuadas* que el Juez pueda ordenar a petición del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales, Instituciones públicas de carácter cultural o cualquier otra persona «que tenga un interés legítimo» (la redacción no puede ser más desgraciada).

La conciliación de intereses se logra en otros casos bajo ciertos eufemismos de difícil explicación. Sin ánimo de ser exhaustivos citamos los siguientes casos:

- a) La facultad que se reconoce al autor en el artículo 14, 6, de *retirar la obra del comercio*, por cambio de convicciones intelectuales o morales, es difícil que tenga esa contrapartida de la indemnización de daños y perjuicios a los titulares del derecho de explotación. ¿Y al ciudadano de a pie que tiene derecho de acceso a la cultura qué se le da a cambio?
- b) Se regula la *comunicación* de la obra y sus diferentes formas en que puede realizarse, que suponen todas ellas un acceso a la cultura. No se exige que a la *comunicación* le haya precedido la *distribución* (o puesta a disposición del público del original o copias) y hay que suponer que tampoco debe ser previa la *publicación* (que es divulgación mediante puesta a disposición del público de ejemplares), ni la *divulgación*, aunque entre divulgación y comunicación las diferencias deben ser escasas. Todo ello conforme con los artículos 4, 19 y 20 de la Ley.
- c) En el artículo 31 de la nueva Ley se concede la posibilidad de reproducir las obras ya divulgadas *sin autorización* del autor para el *uso personal* del copista y siempre que las copias no sean objeto de utilización colectiva. Es una nueva concesión al derecho de acceso a la cultura, aunque está relacionado este artículo con el 25, en el que se concede una *remuneración compensatoria* al autor, exigible a los fabricantes o importadores de aparatos de reproducción. Igualmente está en relación con el artículo 99, 2, que al hablar de los programas de ordenadores sólo cabe su *reproducción* con permiso del autor (en estos casos debería suprimirse el requisito previo del depósito

o dispensarse, para que dichos programas sean inscribibles en el Registro de la Propiedad Intelectual).

- d) Son manifestaciones del derecho de acceso a la cultura la posibilidad de utilizar el derecho de cita o *inclusión en una obra propia de fragmentos o parte de otra ajena* (art. 32). Derecho que será atentatorio al del autor cuando se refiera a la «totalidad de su obra». Igualmente es otra manifestación de ello el derecho de reproducción de artículos (no literarios) que se incluyan en publicaciones periódicas, citando la fuente y a condición de que no se haya prohibido expresamente la misma. También en el artículo 33, 2, se extiende esa posibilidad a las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público.
- e) Por razones de finalidad informativa el artículo 34 admite la posibilidad de reproducir, distribuir y comunicar públicamente la obra *vista u oída* con ocasión de acontecimientos de actualidad. Lo mismo sucede con las obras situadas en parques, calles, plazas u otras vías públicas, según el artículo 35.
- f) Otras manifestaciones de este tipo son las que regulan los artículos 37 a 39 sobre la emisión radiofónica de obras, las expuestas en museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos, la ejecución de obras musicales en el curso de actos públicos oficiales o ceremonias religiosas y las *parodias* que no supongan riesgo de confusión o daño a la obra original.
- g) Por último, el pase al dominio público cuando se cumplan los plazos previstos en la Ley sobre la duración de los respectivos derechos, que facultan la utilización por todos, dejando a salvo el derecho moral del autor (sin que se precisen las facultades que quedan a salvo).

C) LA CONCILIACIÓN DE INTERESES

De los diferentes puntos que hemos expuesto se puede deducir que, si bien la intención que guió al legislador fue buena, a la hora de la realidad normativa no ha sabido expresar con precisión el contenido de unos principios básicos en la regulación de la propiedad intelectual. La tremenda preocupación del legislador de intentar «agotar» materia le ha hecho transcribir preceptos de la legislación francesa, alemana e italiana, sin tener en cuenta la genuina forma de ser del español. Pero sobre todo, en vez de haber hecho una ley de principios, ha caído en

la trampa de hacer una ley-reglamento que a su vez va a necesitar otro reglamento para aclarar todo lo que resulta confuso.

A la hora de poner en balance la regulación que, por una parte defiende al autor y su derecho y por otra a los ciudadanos que deben beneficiarse de la cultura que se les brinda, la balanza no ha sabido equilibrarse. El legislador descende mucho a detalles y al distinguir *diversas clases* de autores señala diferencias entre unos y otros. Al regular la contratación no tiene en cuenta el principio del respeto a lo pactado, desconoce el equilibrio de las prestaciones e introduce una interpretación *integradora* legal de difícil aceptación. El autor, aun siendo lego en Derecho, no puede aparecer en una Ley como un *imbecilias sexus*, pues los contratos de adhesión necesitan de otras condiciones generales distintas de las que la Ley apunta.

III. ASPECTO JURIDICO

Aunque he intentado dejar para este último apeadero el aspecto jurídico de la Ley, me ha sido imposible. Aquí, en este campo, el bisturí no sirve para diseccionar, ya que lo jurídico está en íntima relación con lo humano y lo sociológico. Por ello, las breves pinceladas de estos dos últimos aspectos citados se han mezclado inevitablemente con lo jurídico. No obstante queda un espacio para exponer las diferentes formas de protección que la Ley brinda al autor. Previamente conviene situar la Ley derogada y la nueva.

A) LA LEGISLACIÓN DEROGADA Y LA NUEVA: AVANCES Y RETROCESOS

El análisis de las dos legislaciones que en este momento debe tener presente el intérprete representan, la primera, cien años de servicio y la segunda una promesa de futuras realizaciones. El amanecer en los largos días de verano es lento: de un lado hacia arriba tiran del sol los ángeles de las promesas y por abajo hacen de contrapeso las realizaciones del día anterior. Vence siempre el sol, como vencerá esta nueva legislación.

Sin embargo, en la nueva legislación hay alguna cosa novedosa, pero se sigue manteniendo el espíritu que presidió la redacción de la centenaria que nos abandona. El derecho de autor se sigue concibiendo como una propiedad especial, como en ella se diferencia lo que es moral y lo que es material (aunque no se dijese expresamente), como en ella la creación es el momento crucial del reconocimiento de la propiedad inte-

lectual y, como en ella, las manifestaciones se ajustan a la trilogía de obras científicas, literarias y artísticas.

Como novedades de la nueva legislación cabe apuntar las diferentes regulaciones que se hacen de los contratos de cesión, edición, representación, obras cinematográficas, audiovisuales, programas de ordenadores, derechos afines o conexos y la participación que el autor puede tener en las plusvalías en las obras de arte plásticas (casos de muy difícil realidad para autores contemporáneos) cuando se revendan y la remuneración compensatoria por la reproducción en máquinas de la obra para usos personales. Igualmente puede reputarse novedad el *derecho de control* de tirada, la reducción de la duración de la explotación de la obra por los herederos del autor y la materia de la protección a que haremos referencia.

Los posibles avances que hubieran debido lograrse se han reducido a acercar nuestra legislación del año 1879 a las vigentes de 1956 de los países europeos, de los cuales se transcriben artículos, definiciones y otros puntos. Si, como dijo gráficamente DELIBES en su discurso de ingreso en la Real Academia, todo avance significa un retroceso, lo mismo que la escopeta que dispara y luego retrocede, aquí ha pasado lo mismo: no se ha sabido coger el tren de la verdadera reforma y, si bien hemos adelantado unos años, hay que pensar que estamos ya bordeando el fin del siglo y nos hemos quedado a la mitad.

No he de negar el posible *tanto de culpa* que me puede ser atribuido por haber participado en la lenta y divertida elaboración de uno de los anteproyectos, pero en mi descargo he de decir que en la última etapa, con las banderas plegadas por la persecución de que fui objeto, se introdujeron en el texto cosas a las que yo siempre me opuse. Uno tuvo parte en la creación del niño, pero hay que reconocer que el niño es feo.

B) LAS DIVERSAS FORMAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO MORAL Y DEL ECONÓMICO

Al publicarse la Constitución española los derechos de autor (libre creación), que se reconocen y protegen, quedan desguarnecidos de una de las protecciones que la legislación tenía prevista: la gubernativa. El artículo 20, 5.º, de la Constitución dice que «sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial». El Estado se había convertido en un Estado de Derecho y sólo judicialmente podía lograrse lo que antes gubernativa o administrativamente se permitía.

Quedaban así dos claras protecciones: *la judicial y la registral*. To-

dos los intentos que se hicieron para mantener la Institución registral como pieza fundamental para que sirviera a la protección de la propiedad intelectual se fueron desmoronando, y de Registro jurídico que era se va a convertir en Registro administrativo. Es decir, todo Registro, a través de su publicidad, logra o un *efecto* o una *noticia*. El Registro jurídico es el que produce efectos; efectos favorables al autor, mientras que el Registro administrativo sólo ofrece noticias. El mal entendimiento sobre el concepto de inscripción que ha llevado a la redacción poco afortunada del artículo 1 de la Ley, al hablar de la creación (sin ningún otro requisito) fueron minando los cimientos de la Institución registral. Aunque la Ley —en muy pocos artículos— se refiere al Registro y relega al Reglamento su regulación, tengo la sensación de que lo que se pretende es convertirlo en lo que la Constitución española llama «registros administrativos o archivos» en el artículo 105 y que reitera la Ley de Sociedades Anónimas Laborales (Ley 15/1986, de 23 de abril) en el artículo 4. Debo advertir que esta distinción no es del agrado de parte de la doctrina, aunque no milite en el campo del Derecho administrativo y así ya en el Congreso Internacional de Derecho Registral de Puerto Rico en el año 1979, nuestro compañero JOSÉ MENÉNDEZ, en su comunicación, «La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de bienes», mantenía una postura contraria, basándose en el argumento de la norma: es jurídico todo Registro regulado por una norma. Aprovechando esta ocasión de la «deseada unificación» del régimen jurídico de bienes, FUEYO LANERI, en Chile, publica un trabajo en el que entre los Registros jurídicos sitúa a los siguientes: «Registro municipal y Registro nacional de conductores de vehículos motorizados; los Registros de pesticidas y armas; Registros de caballos de sangre pura de carreras, etcétera». Ultimamente, PAU PEDRÓN, en su trabajo «Curso de práctica jurídica registral» (ICAI, 1986) llega a la misma conclusión, negando la distinción entre esas dos clases de Registros, aunque a la hora de pronunciarse sobre los efectos que producen no tiene más remedio que reconocer que existe una diferencia y que en unos casos los efectos son jurídicos y en otros no pasan de ser noticia. Con motivo de la celebración en el País Vasco de un ciclo de conferencias sobre la materia de cooperativas nuestro compañero JUAN ANTONIO LEYVA LEYVA ha pronunciado una conferencia, quizá decisiva en este punto, en donde se aborda —bajo el título «Planeamiento total de los Registros públicos, su división en Registros administrativos y Registros jurídicos»— la distinción apuntada. No puedo adelantar nada a este respecto, pero la profundidad en la que acostumbra adentrarse nuestro compañero sentará definitivamente la cuestión.

Yo entendí que el Registro General de la Propiedad Intelectual era un Registro jurídico (ver mi conferencia con motivo del centenario de la Ley de 1879: «Presente y futuro del Registro de la Propiedad Intelectual»), aunque la tesis no se acepte con unanimidad, pues las posiciones no son parejas consultando los trabajos de AMORÓS GUARDIOLA (*Los Registros jurídicos de bienes en Derecho español*, 1975), MENÉNDEZ HERNÁNDEZ (*La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de bienes*), PAU PEDRÓN (*Curso de práctica jurídica registral*), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales - Derecho hipotecario*, Madrid, 1982) y otros que tratan de encuadrar los Registros en un diverso sistema de clasificaciones. Mi creencia en torno a la *juricidad* del Registro General de la Propiedad Intelectual está en entredicho, no por la nueva Ley, que no se manifiesta en este punto, sino por una peligrosísima Orden ministerial de 14 de febrero de 1986, donde se interpreta la palabra «libros» equiparándola a «soporte material o cuerpo capaz de contener las circunstancias de la inscripción», con lo que se da paso al sistema de ordenadores electrónicos y a una especie de Registro de transcripciones donde en una ficha —perforada, listada o «manipulada»— consten unos datos. Es decir, estamos «retrocediendo» al año 1972, donde, en Argentina, vimos —con motivo del Congreso Internacional de Derecho Registral allí celebrado— un sistema de inscripción con apoyo electrónico, hoy, por supuesto, totalmente anticuado.

De la conveniencia o no de pasar de un sistema a otro es un problema de política legislativa y, por supuesto, de atención institucional. Silencio en este momento las acertadas precisiones que en una de nuestras últimas asambleas corporativas ha tenido nuestro Decano al precisar el concepto de «soporte» en relación con nuestro Registro, pero sí quiero destacar cómo en el anteproyecto de modificación del Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas. Responsabilidad Limitada y Sociedades Comanditarias, se hace fértil la idea que diferencia al Registro jurídico del administrativo. El tema clave es el de la dualidad de publicidad suministrada una por el Registro Mercantil (jurídico por excelencia) y el posible Registro Centralizado de Datos encargado de publicar el *Boletín* de información. Parece ser que la publicidad de ese *Boletín* perjudica y favorece a terceros, aun en contra de los pronunciamientos del Registro Mercantil. Pienso que todo ello puede hacerse compatible si entre el organismo encargado de publicar el *Boletín* y el Registro Mercantil existe un Registro jurídico centralizado que depure, compruebe y califique la información para que lo jurídico no pueda nunca tener una «excepción» proveniente del campo administrativo. Nunca pue-

de ser admitido, en razón de buenos principios, que la publicidad «noticia» pueda superponerse a la «publicidad efecto».

Bordeando los límites que me he impuesto para la extensión de estas notas quiero destacar cómo la protección actual de la propiedad intelectual queda reducida a dos campos el extrajudicial y el judicial. En el primero vamos a destacar tres importantes instituciones (el Registro, los símbolos y las Entidades de Gestión) y en el judicial esos puntos de medidas cautelares y delictuales de la legislación vigente.

a) *Protección extrajudicial*

Suprimida la protección *gubernamental*, como antes dijimos, quedan las apuntadas, que brevemente vamos a desarrollar en estas notas:

La institución registral.—Cuando se inició la redacción y discusión del proyecto o borrador de un posible «anteproyecto» eran varios los artículos destinados a la regulación de esta institución, recogiendo en ellos los principales principios que rigen la materia hipotecaria, con las naturales adaptaciones. Eliminada en su última fase la participación registral, la Comisión ha dejado reducida la materia a dos artículos y una disposición transitoria (sexta, 2). Conforme a ello vamos a destacar los siguientes puntos:

1. *Estructura.*—A pesar de que el artículo 139 en su último inciso nos reenvía a una disposición reglamentaria para determinar el procedimiento de inscripción, estructura y funcionamiento del Registro y la disposición transitoria acepta la vigencia de las disposiciones vigentes hasta que se publiquen las nuevas, es también cierto que el artículo 129 señala lo que puede ser «intocable» en la estructura de la institución: dependencia del Ministerio de Cultura y no del de Justicia y centralización del mismo con carácter único para todo el territorio nacional. La razón justificativa de que ello sea así la expliqué en otra ocasión, pues, a diferencia de las fincas, que se pueden identificar por su situación geográfica de municipios, provincias y Comunidades, aquí el libro —por ejemplo— sería difícil de identificar si su título «coincide» con otro ya publicado. Sólo el control nacional excluye el fraude.

Se mantiene igualmente en el artículo 129 las competencias provinciales en orden a la «toma de razón» de las solicitudes de inscripción que, en todo caso, funcionarán bajo la dependencia del Registro General. El último inciso del artículo no tiene claridad suficiente para ser enjuiciado, pues ninguno de los Estatutos que rigen las Comunidades Autónomas permite más competencias de la apuntada.

2. *Objeto de la inscripción.*—Se determina por el artículo 130 al decir que «podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente Ley». Es decir, que se trata de un Registro de «derechos» y no de obras; los derechos que se tienen sobre las obras literarias, científicas y artísticas en sus diversas manifestaciones y las demás producciones protegidas por la Ley.

Como vemos, los derechos inscribibles son muy amplios, pues a los típicos que se tienen por los autores o sus sucesores y adquirentes están los que regulan los artículos 101 y siguientes: derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, productores de las grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión, meras fotografías (la expresión no puede ser más desafortunada para quien se precie de ser un fotógrafo, aun con categoría de aficionado...) y obras inéditas.

De las tres clases de derechos que la Ley enumera: moral, de explotación y de plusvalía y participación, entiendo que sólo pueden ser objeto de inscripción los de *explotación* de la obra, que llevan consigo la «titularidad» de la propiedad de la misma en forma originaria o derivativa (por transmisión o sucesión). Los demás escapan a una posible constatación registral, pues inscrito el derecho de propiedad originario o adquirido lleva consigo (o no, en ciertos casos) los demás. Es decir, se trata de derechos que la Ley atribuye institucionalmente a la propiedad intelectual con un carácter personalísimo, siendo irrenunciables e inalienables. Es decir, quedan fuera del tráfico jurídico.

3. *Principios que rigen la institución.*—La falta de «expertos» en la última fase de redacción del proyecto de ley ha supuesto la mutilación de ciertos principios necesarios para que la institución tenga vida y sirva de protección al autor, pero veladamente se percibe una mayor inclinación del legislador por el sistema de «Entidades de Gestión» que por la clásica y prestigiosa institución registral. A pesar de la tremenda poda llevada a cabo en el texto primitivo, subsisten los siguientes principios:

— *El de la voluntariedad de la inscripción.*—Principio este que se hereda del sistema anterior y que no es novedad, aún y a pesar de que mentes poco lúcidas pensaron que la Ley derogada consideraba a la inscripción como constitutiva. Lo que sucedía es que el sistema anterior *estimulaba* la inscripción y caso de no realizarse imponía sanciones.

La voluntariedad del principio va inevitablemente unida a la actuación rogada del Registrador, al cual debe solicitarse (parece deducirse de la Ley que debe ser por escrito) la inscripción. Es

de suponer que dentro de la reglamentación que se formule pueda tener cabida la actuación de oficio en algún caso concreto.

- *El de la calificación registral.*—Se concede al Registrador General de la Propiedad Intelectual (no al encargado de tramitar provincialmente las solicitudes) el poder de «calificar» las solicitudes presentadas, así como la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles. Ello supone que la calificación comprende toda esa serie de extremos que van desde la capacidad, la representación, los requisitos de forma y fondo de las solicitudes, hasta la legalidad no sólo de las formas extrínsecas de los documentos, sino de la validez y eficacia de los mismos. La terminología de la Ley así lo permite deducir.

La decisión de este requisito previo a la inscripción que trata de evitar que se inscriban derechos que no pertenezcan debidamente a su titular o actos y contratos creadores de derechos que sean nulos o ineficaces puede desembocar en una denegación o suspensión de la inscripción. En el primer caso por tratarse de defectos insubsanables y en el segundo por existir la posibilidad de complementar la documentación presentada.

Esta decisión es recurrible, pero no parece que la Ley se incline por resolver el problema admitiendo un procedimiento análogo al de la Legislación Hipotecaria o encauzándolo por los trámites de la reclamación administrativa (lo que rige en la legislación que se deroga), sino que la jurisdicción se traslada a la civil. Serán competentes para entender del procedimiento contra la decisión del Registrador los Jueces ordinarios que determine el Reglamento. Es decir, se rechaza el recurso gubernativo o el administrativo y se vincula la calificación al recurso judicial. Todo ello hubiera tenido una explicación racional si se hubiera respetado aquella disposición que afirmaba que el contenido de los Registros estaba bajo la salvaguardia de los Tribunales y no se podía alterar sin una resolución judicial. Pero estas afirmaciones son difíciles de entender por ciertos elementos, alérgicos a la institución, que retocaron el texto.

- *Principio de legitimación.*—La base del principio de legitimación tenía su apoyo en el principio que antes hemos apuntado de la salvaguardia de los Tribunales en torno al contenido de los libros registrales y, por ello, su formulación con ser legal no tiene la justificación que en la legislación hipotecaria existe. De cualquier forma, porque lo dice la Ley, el contenido del Registro se presume exacto e íntegro, pues los derechos que en el mismo se inscriben se entiende que «existen» y que «pertencen» a su titu-

lar en la forma determinada por el respectivo asiento, mientras no se demuestre lo contrario. Claro que lo contrario habrá que demostrarse a través de un procedimiento judicial, y ahí reside la protección registral al autor.

El legislador, alejándose del principio de seguridad jurídica en su vertiente de seguridad del tráfico, no se atrevió a dar el último paso que le ofrecía la Constitución en su artículo 9 y no formuló el principio de fe pública registral que podía proteger al adquirente de buena fe. Es decir, se le ha privado al Registro de uno de los efectos de mayor transcendencia logrados por la legislación hipotecaria, en aras de una protección del tráfico jurídico.

- *Principio de publicidad.*—Es lógico que si se acepta por el legislador el principio de legitimación o de presunción de exactitud e integridad del contenido registral, éste tiene que ser público, pero no con una publicidad «noticia», sino con una publicidad «efecto». Y resulta curioso cómo el legislador —también alérgico a estas ideas— hace una remisión al artículo 100, que se refiere a los programas de ordenadores.

Cuando expliqué a la Comisión el problema de los ordenadores creí que había quedado muy claro que para evitar que el programa de ordenadores fuese «copiado» bastaba con dispensarlo del requisito del depósito legal, pues la publicidad del Registro no llega más que a pronunciarse sobre el carácter del autor, la propiedad de la obra, sus cargas, su pase al dominio público, etc., pero nunca la publicidad comprende ni el argumento, ni el contenido —pongo por ejemplo— de una novela, y si ésta fuera policiaca nunca revelaría al asesino. Entiendo que el legislador debería tener un poco más de precisión y seriedad al manejar términos jurídicos.

Con estos mimbres se «despacha» a la institución registral. Tengo confianza que el Reglamento sepa subsanar lo que la Ley no ha dicho o no ha querido decir. Era un paso decisivo el de la organización del Registro sobre unas bases jurídicas que ofrezcan al autor una auténtica protección de sus derechos y que sirvan a sus necesidades y las de sus posibles adquirentes y acreedores. No he visto, por ejemplo, en la tabla de disposiciones derogadas las que se refieren a las disposiciones sobre prenda sin desplazamiento de posesión e hipoteca mobiliaria y eso quiere decir que mientras no se aglutine en un folio, hoja o carpeta registral todo el historial de la obra creada, estaremos expuestos a restringir el derecho del autor a hipotecar su obra para obtener crédito y a burlar

los derechos de terceros obligados a una consulta masiva sobre la existencia o no de cargas sobre la titularidad de una obra. Sin un *folio unitario* no puede llegarse a nada efectivo en este sentido. Volvemos a las antiguas Contadurías de Hipotecas múltiples, pero con un Registro único con dificultades de conexión. Quizá el legislador lo ha pensado así, tratando de anular una institución capacitada para una eficaz protección al autor. Entiendo que es una torpeza... y hasta podría designar a su responsable.

Los símbolos protectores.—Bajo el título de «símbolos o indicaciones de la reserva de derechos» la nueva Ley, en su artículo 131, se está refiriendo al círculo que encierra una C o una P (para los fonogramas) y que se reconoce en el mundo de los iniciados como el *copyright*, con la traducción castellana del «derecho de copia». Es una novedad de la Ley que trata de ajustar su normativa a las disposiciones internacionales sobre protección de los derechos de autor.

La verdad es que este símbolo o esas reservas de derechos no tenían el menor valor protector en la anterior legislación, pues para ello debía de formalizarse el requisito de la inscripción. Y así, a los que algo entendíamos de ello, nos causaba auténtico rubor ver cómo periódicos, revistas y hasta publicaciones serias contenían fórmulas que servían muy poco sin el requisito de la inscripción. A título de ejemplo cito la del diario *El País*, que decía incorrectamente lo siguiente: «Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte (recuérdense los artículos 18 de la antigua Ley y 31 y siguientes de la vigente), ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial».

Ya en el camino de las citas debo consignar otra que se hace a este respecto en los libros editados por Civitas en su colección «Tratados y manuales», diciendo: «No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del *copyright*». Esta fórmula, similar a la copiada anteriormente, es todavía más incorrecta, pues, dejando a un lado el problema de la posible prohibición de disponer o disposición condicionada, lo cierto es que habla de «titulares» del *copyright*, pues en el mismo no sólo figura el autor, sino la editorial. Y aquí reside la confusión. Un libro no puede llevar más de un *copyright* (salvo aquellos

casos en los que se deseen proteger el prólogo, las colaboraciones, las fotografías, los dibujos, etc.), pues si lleva dos es un contrasentido: o el libro pertenece en propiedad al autor con su derecho de reproducción o pertenece, por cesión perpetua o temporal, a la editora o a la persona cesionaria. Si el autor cede su «derecho a copia» no tiene derecho de reproducción y no puede ponerse su *copyright*, y si quien lo pone es el editor habrá que justificar la cesión para poderlo inscribir a su nombre. Todo ello sin perjuicio del «derecho moral» del autor, que es otro tema.

Yo he visto hasta cuatro *copyright* en diversas publicaciones, como también, antes del invento del símbolo, podría citar fórmulas —«indicaciones de reserva»— que van desde las que utilizaban los escritores del 98, «Es propiedad de su autor», a aquellas otras en las que al editar el libro se especificaba que estaba inscrito en el Registro a nombre de su autor (cosa imposible, pues para inscribir es preciso antes publicar).

La verdad es que la redacción del artículo de la Ley nueva (art. 131) se ajusta a la norma de la Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971 y ratificada por España el 7 de marzo de 1974, y que a través de la Resolución de la Dirección General de Archivos y Bibliotecas de 24 de junio de 1964 se puso en rodaje en España, obligando a consignar en todas las obras sujetas a inscripción el símbolo © del *copyright*.

La forma y manera de entender tales disposiciones pasó del uso al abuso (abuso en el sentido de mal uso) y el símbolo comenzó a ser utilizado masivamente. Primero fueron algunos dibujantes, luego los editores y, por último, Televisión Española. La verdad es que conforme a la normativa entonces vigente no servía para nada y he comprobado la perplejidad de mucha gente al ver en pantalla el símbolo citado, algo parecido a cuando en la actuación de un cantante se pone o ponía aquello del *play-back*. A los españoles de a pie (y algunos que conozco motorizados) les debe suceder con la expresión inglesa *copyright* lo mismo que a los ingleses que nos visitan en Navidades y leen en algún quiosco aquello de «hay participaciones del niño».

La fórmula utilizada por el texto vigente en su artículo 131 es correcta y debe ser el medio que evite el «mal uso» del símbolo o la indicación de reserva de derechos. Al cambiar el sentido de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual y no ser necesaria en determinado plazo para que la obra quede protegida, se pasa a la normativa de la Convención de Ginebra, antes expuesta, y ahora la puesta del símbolo protege en cualquier país —incluido España— el derecho de reproducción. Son sus caracteres:

- Es una fórmula voluntaria. La Ley habla de que «podrá» ser antepuesta al nombre.
- Solamente la puede estampar el «titular o cesionario en *exclusiva* de un derecho de explotación». Pero no la pueden poner los dos al mismo tiempo.
- Se antepone al nombre, exige el lugar y año de la divulgación de las obras. El legislador, al utilizar la técnica legislativa de la definición, restringe, sin darse cuenta, la utilización del símbolo, pues, por divulgación, conforme el artículo 4 de la Ley, debe entenderse toda «expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por *primera vez al público* en cualquier forma...».
- Debe constar en modo y colocación que muestren que los derechos están reservados.

Creo que pocas cosas pueden añadirse más a esta especie de regulación sumaria (sobre la cual insistí en una de mis últimas aportaciones al texto), pero que puede tener un mayor desarrollo en el Reglamento. Espero que todo ello evite el «mal uso» del símbolo, aunque en países como Suiza he visto con asombro que los billetes de curso legal llevan un *copyright* en una de sus caras.

Las entidades de gestión.—El monopolio que a este respecto tiene o ha tenido en esta materia la Sociedad General de Autores, con existencia anticonstitucional, va a suplirse en la nueva Ley con un sistema «abierto» de mayor pantalla democrática que de realización efectiva. La disposición transitoria «séptima» abre el cauce a la Sociedad General de Autores para que en el plazo de seis meses adapte sus Estatutos para convertirse en una sociedad de gestión.

La Ley dedica a la materia los artículos 132 a 144 y su regulación plantea un cúmulo de problemas de difícil exposición en estas breves acotaciones. La materia no está huérfana de comentarios y puedo citar el trabajo de NARCISO PAZ CANALEJO, publicado en la revista *La Ley* (año VIII, número 1.682, de 1987), bajo el título «Naturaleza jurídica de las Entidades de gestión colectiva previstas en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual», y el de DELGADO PORRAS A. (asesor de la Sociedad General de Autores), bajo el título «Las sociedades de gestión en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual» (*AIC*, núm. 28, julio-septiembre, pág. 33). En forma muy sumaria podría citar como problemas pendientes los siguientes:

- *Naturaleza.*—La Ley, al hablar de «entidades de gestión» sin ánimo de lucro, pone serias dudas en torno a la configuración de las

mismas. Hay que descartar las figuras de las sociedades mercantiles (anónimas, comanditarias, colectivas y de responsabilidad limitada), así como las sociedades civiles en base de lo dicho. Por ello quedan como posibles figuras las de las asociaciones, fundaciones y cooperativas. Remito al posible lector a los artículos citados anteriormente, aclarando que el primero de ellos mantiene la postura de inclinación por la figura de las cooperativas, aun cuando su opinión es anterior a la nueva Ley que regula la materia.

- *Fines, objeto y legitimación.*—La terminología legal no es muy precisa —como sucede en la normativa reciente española— y en unos artículos se habla de «asegurar la eficaz administración de los derechos» [art. 133, b)], en otros de «ejercer los derechos confiados a su gestión (art. 135), en alguno de «gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial» (art. 132) y en otros se da por supuesto que la gestión comprende la representación (incluidos los procedimientos administrativos o judiciales) y que ella lleva consigo la «legitimación» (art. 135). Conforme al artículo 140, las «entidades de gestión» pueden tener actividades de carácter asistencial, de formación y promoción de autores, artistas y ejecutantes e intérpretes noveles.
- *Ambito de actuación.*—Parece que debe tratarse de «entidades» que pueden operar en todo el territorio nacional (art. 133) y en el territorio extranjero (art. 133, 2).
- *Requisitos de constitución.*—La Ley no habla para nada de personalidad jurídica de las «entidades» (aunque parece desprenderse del artículo 136, 7, que habla de órganos de gobierno y representación) y sólo parece exigirse la «autorización» ministerial publicada en el *Boletín Oficial del Estado*.
- *Composición.*—La norma habla de socios, de administradores, de titulares de derechos comprendidos en la gestión y sus diferentes categorías, de la necesidad de contrato con la entidad para la gestión de los derechos de los titulares (la figura es la del socio que contrata con la entidad o quizá no sea preciso ser socio para contratar con ella, como se deduce del artículo 142), de estatutos, de convocatorias y funcionamientos de los órganos colegiados, del orden del día, etc.
- *Efectos.*—Para nada se habla de la responsabilidad y si del reparto «equitativo» entre los titulares de las obras o producciones utilizadas mediante un sistema que excluya la arbitrariedad (artículo 139).

Se comprenderá de lo apuntado que todo ello —junto con la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, dependiente del Ministerio de Cultura— no pasa de ser un buzón de correos donde cabe cualquier sugerencia, a la vista de la tremenda imprecisión jurídica. Piensa uno que todo está aprobado con buenas intenciones, pero sin darse cuenta de los grandes peligros que encierra esta redacción vaga, ambigua y así querida por un potente grupo especializado en la materia. La regulación es una «torpe» transcripción de la Ley francesa de 3 de julio de 1985.

b) *Judicial*

Esta protección, que en algunos proyectos de ley tuvo una cierta sustantividad, con matizaciones muy específicas, se ha reducido en la actualidad a los artículos 123 a 128, donde se estructuran las medidas de la petición del cese de actividades ilícitas del infractor y la adopción de medidas cautelares de protección urgente. La verdad es que los conceptos (a los que el legislador se afana por precisar en materia de publicidad, transcribiéndolos de legislaciones extranjeras) de infracción, delictivos, etc., se eluden quizá por no tener una posibilidad de transcripción fiable. De ahí que al lado de estas medidas y de las competencias para su logro, la Ley ha sido complementada por una reforma parcial del Código Penal a través de la Ley orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, que modifica la sección III del capítulo IV, título XIII del Libro II del Código Penal. Y de esta reforma sustancialmente se deducen los castigos o penas que pueden recaer en:

- Quien *intencionadamente* (lo subrayo con intención) reproducire, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente (se excluyen los actos de divulgación, distribución y comunicación pública) en todo o en parte una obra literaria, artística o científica sin autorización, será castigado con multa de 30.000 a 600.000 pesetas, que también se impondrán a quien intencionadamente importare, explotare o almacenare ejemplares de dichas obras sin autorización.
- La pena se convierte en arresto mayor y multa de 50.000 a 1.500.000 pesetas en los actos citados anteriormente si se obra con ánimo de lucro, se trate de infringir los derechos de divulgación (la divulgación es concepto tipificado en la Ley en su artículo 4), usurpar la condición de autor o modificar la integridad de la obra.

Las penas se agravan en determinadas circunstancias e incluso se prevé que la sentencia ordene publicarse a costa del infractor en un periódico oficial, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil.

Entiendo que el legislador no ha querido matizar los conceptos delictivos —cuando es tan aficionado a definir— y en este caso había que haber sido muy preciso si se quiere proteger judicialmente —en el campo penal y en el civil— el delito y las responsabilidades civiles que del mismo pueden derivarse. El artículo afectado es el 534 del Código Penal, al que se añaden los 534 bis, a), bis b) bis c) y ter.

Globalmente enjuiciado el contenido de esta Ley —aparte de su regresión a niveles de legislaciones ya superadas—, entiendo que no proporciona la adecuada satisfacción a las demandas de nuestra sociedad actual. Era precisa una mayor imaginación y, sobre todo, una técnica jurídica que no se ha sabido aportar a la Ley al haberse suprimido de la Comisión todos aquellos elementos que podían suministrarla. La Ley está llena de contradicciones, de definiciones, de redacciones intencionadas que encubren intereses particulares y de derechos irrealizables. Al autor se le trata como «un menor protegido». Los problemas que afloran como principios ya estaban discutidos e incluso solucionados en la Ley anterior: no hay conquistas, sino reconquistas. Las novedades —que no son muchas— creo que no justifican la publicación. Desde el punto de vista registral la Ley significa un gran retroceso en cuanto no encauza la totalidad de la propiedad intelectual en un Registro que permita la obtención de un crédito y la seguridad del acreedor. Las novedades míticas de las plusvalías, participaciones en las reproducciones mecánicas, etcétera, exigen estructuras de muy difícil improvisación en un país como España. La pretendida protección ha sido recortada, no ya en el tiempo, sino en los cauces por los que se podía lograr y esa entelequia de las Entidades gestoras no encubre más que «intereses creados» de instituciones que en su existencia han vivido al borde de la Constitución. Ante leyes de este tipo el jurista debe someterse a ellas, pero nada impide que se sienta arrepentido de haber figurado en los primitivos cuadros que iniciaron la andadura de la reforma, aunque luego ésta se torciese.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Registrador de la Propiedad

Vocal permanente de la Comisión

General de Codificación

DICTAMENES Y NOTAS

2000-2001 年 10 月 1 日 至 2001 年 9 月 30 日

Las Sociedades Agrarias de Transformación en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONFIGURACION DE LAS SAT: A) *Su concepto y naturaleza* B) *Su papel en la agricultura asociativa*.—III. NORMAS FISCALES: A) *Evolución del régimen especial*. B) *Regulación actual*: a) Normas vigentes. b) Actos exentos. c) Requisitos para la protección.—IV. RAZONES DE LA EQUIPARACION: A) *Rango legal de las normas*. B) *La identidad de finalidades*.—V. CUESTIONES SOBRE LA APLICACION DE LAS NORMAS: A) *Interpretaciones administrativas*. B) *La cuestión en la doctrina*. C) *La práctica de las Oficinas Liquidadoras*.—VI. JURISPRUDENCIA: A) *Tribunal Supremo*. B) *Tribunal Económico-Administrativo Central*. C) *Audiencias Territoriales*.—VII. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que se desarrolla por su Reglamento de 29 de diciembre de 1981.

La aparición de estas normas ha servido, inexplicablemente, para que alguien haya pensado que debe darse por terminada la benevolencia fiscal que a lo largo de casi un siglo, desde la Ley de Exenciones de 1906, venía siendo aplicada sin discusión a las asociaciones agrarias y que tenía su base y justificación en el precario nivel del campo y la necesidad de incentivar la agricultura de grupo como medio para mejorar la economía nacional.

Parece como si la nueva legislación, que respeta sin duda el régimen fiscal de las cooperativas, viniese en cambio a hacer tabla rasa en lo que respecta a otras asociaciones de labradores y ganaderos, con-

cretamente las Sociedades Agrarias de Transformación (en adelante, SAT), que por idéntica finalidad merecen igual ese trato favorable. Aún diríamos que lo necesitan más, por sus especiales características y su entidad económica, generalmente más débil.

Quienes opinan que las SAT deben carecer de trato fiscal favorable en este Impuesto se basan en un razonamiento puramente formal, que, en apariencia, pudiera resultar convincente.

Es así, dicen, que la disposición transitoria segunda de la Ley del Impuesto deja sin efecto cuantas exenciones y bonificaciones no figuren expresamente en ella; los actos exentos que recoge su artículo 48, letra B), número 12, solamente son aplicables a las cooperativas, sin mencionar para nada a las SAT; por tanto, concluyen, éstas deben quedar sometidas a este Impuesto, sin bonificación alguna.

Pero esta conclusión no es tan clara como parece. Por el contrario, no sólo contempla un aspecto parcial, sino que, además, carece por completo de base y no tiene aplicación posible al supuesto que nos interesa.

Estamos convencidos, y trataremos de razonar tal convencimiento, de que lo justo es la igualdad de trato fiscal entre las cooperativas y las SAT, sin que sea preciso acudir a bases analógicas ni nada parecido. Es por la pura y simple razón de que hay normas en vigor, con base legal, que reconocen estas exenciones sin duda alguna. La propia disposición transitoria segunda de la Ley del Impuesto, que los contrarios enarbolan, deja a salvo estos derechos adquiridos emanados de normas anteriores que nunca han sido derogadas.

Precisamente la Ley de Exenciones de 1906, origen y base de este trato fiscal, que después se han apropiado y quieren monopolizar las cooperativas, se refería de modo exclusivo a los sindicatos agrarios, entendiendo como tales las asociaciones, sociedades y comunidades que se constituyeran para fines agrícolas, ganaderos o forestales. Las diversas normas a lo largo del tiempo, las disposiciones vigentes aplicadas continuamente en la práctica, la jurisprudencia invariable y otras razones de finalidad social y económica que veremos, abonan esta opinión de que no hay motivo alguno para variar el criterio favorable guardado hasta ahora de modo constante.

Por ello, decididamente, entendemos aplicable a las SAT el citado artículo 48, letra B), número 12, de la Ley del Impuesto de 1980, según el cual estarán exentos los actos de constitución, aumento de capital y fusión de estas sociedades, así como la adquisición por las mismas de bienes o derechos que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales.

II. CONFIGURACION DE LAS SAT

Antes de entrar en la discusión de las distintas cuestiones que plantea el trato fiscal de estas asociaciones agrarias en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, es conveniente fijar algunas ideas básicas sobre las que ha de girar posteriormente este estudio.

A) CONCEPTO Y NATURALEZA

Las SAT se regulan actualmente por el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que aprueba su Estatuto, desarrollado por la Orden ministerial de 14 de septiembre de 1982, que atribuye sus competencias al Instituto de Relaciones Agrarias, regula el procedimiento de constitución y la inscripción en el Registro especial. El artículo 1.º del Real Decreto las define como sociedades civiles de finalidad económico-social en orden a la producción, transformación y comercialización de productos agrarios, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrarios y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad. Tienen personalidad jurídica por su inscripción en el Registro correspondiente, central o de las Autonomías que lo tienen establecido, gozando de la plena capacidad de obrar, aunque limitada al ámbito agrícola, ganadero o forestal que constituya su objeto.

Lo que nos interesa resaltar para el aspecto fiscal es que las SAT son continuación de los antiguos Grupos Sindicales de Colonización, su precedente inmediato. Estos fueron reconocidos por la Ley de Colonización de Interés Local de 1940 y su nacimiento respondió a la necesidad de dar vida a agrupaciones de agricultores que se constituían con finalidades concretas, siendo objeto de varias reglamentaciones fragmentarias. Entre ellas estuvo la Orden del Ministerio de Agricultura de 5 de julio de 1941, aprobando el modelo de reglamento interno que se caracterizaba por una gran flexibilidad y una menor exigencia de requisitos personales y formales que las cooperativas. Ello permitía un fácil funcionamiento y trajo consigo una enorme proliferación de estos Grupos, toda vez que con menos trámites, que el labrador considera siempre engorrosos, gozaban de personalidad jurídica y accedían a ventajas económicas y fiscales muy apreciables.

Esta personalidad jurídica de los Grupos, admitida en la práctica, se reconoció expresamente por la Ley de Ordenación Rural de 1968.

Después, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 vino a confirmar la existencia y legalidad de estas agrupaciones. Está fuera de duda que esta figura caló hondamente en la realidad de los hombres del campo, que acudieron a ella para solucionar sus necesidades asociativas.

Su adscripción formal a la Obra Sindical de Colonización hizo que al promulgarse la Ley de Libertad Sindical se produjese un vacío normativo. Se llenó con el Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, que en su disposición adicional segunda, letra c), facultaba al Gobierno para «la regulación, adaptación y sistematización fiscal de los actuales Grupos Sindicales de Colonización, que, con la denominación de Sociedades Agrarias de Transformación, tendrán plena personalidad jurídica».

Y con esta base, de indudable rango legal, por Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, se aprobó su Estatuto, como ya hemos dicho, que aunque las define en principio como sociedades civiles resalta a seguido su finalidad económico-social ciñendo su campo a las actividades agrícolas, ganaderas y forestales. Pero, aun descollando el tinte social y agrarista y pese a no hablarse para nada de un pretendido ánimo de lucro, se hace a estas agrupaciones un flaco servicio al calificarlas de sociedades, con las secuelas gravosas que ello puede proporcionar.

El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 22 de septiembre de 1987, de la que ha sido Magistrado Ponente el docto agrarista don ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, resalta magistralmente estas finalidades sociales, señalando que las SAT y su figura antecedente, los Grupos Sindicales de Colonización, «nunca constituyeron meras comunidades de bienes carentes de personalidad jurídica, sino verdaderas asociaciones de agricultores y ganaderos para cumplimiento de los fines comunes de cultivo, producción y desarrollo de sus tierras y ganados», señalando todas las normas que han presidido el tránsito desde las antiguas agrupaciones incardinadas en una jerarquización sindical hasta las actuales asociaciones de mayor autonomía.

B) SU PAPEL EN LA AGRICULTURA ASOCIATIVA

Todos sabemos que ahora la tierra es un muy débil soporte de imposición. Los romanos consideraron básico el *tributum soli*, los fisiócratas dijeron que la agricultura era la única y auténtica fuente generadora de riqueza y en los tiempos de la Revolución Francesa se consideraba primordial la contribución del territorio.

Pero los tiempos y las coordenadas económicas han cambiado lo bastante como para considerar que el campo ya no es ni siquiera mediana

fuente de ingresos para el Fisco. Incluso los poco conocedores de sus problemas saben que el campo es ahora un sector deprimido, hasta el punto de que en algunas comarcas resulta difícil encontrar quien se quiera hacer cargo del cultivo de las tierras, aunque sea sólo a cambio de pagar la contribución y sin renta alguna.

Y es que la rentabilidad de las explotaciones rurales es tan escasa que la población rural ha emigrado en masa agobiada por los gastos crecientes.

Por ello serán buenos todos los esfuerzos para orientar la política fiscal en sentido social y económico, con el fin de abaratar la producción mediante la agricultura de grupo, contando con que el Impuesto puede y debe ser un poderoso cauce a la hora de proporcionar incentivos y estímulos.

Aunque aún quedan por esos campos algunos aislados numantinos, actualmente y con más razón desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas, es indispensable sustituir la antigua concepción del campesino azada en mano por la idea de cultivo organizado y asociativo de la tierra. Es preciso levantar el precario nivel de los hombres del agro y uno de los medios más idóneos es el apoyo incondicional a estas figuras asociativas que, aunando esfuerzos, aportan patrimonio y trabajo para conseguir unas mejoras indiscutibles.

La necesidad de asociarse viene determinada por varias causas (1). Son causas sociológicas el éxodo rural que origina falta de mano de obra, el envejecimiento de la población y el deseo de elevar el nivel de vida. Como causas económicas, la razón fundamental es que la asociación abarata los costes al conseguir unidades agrarias más rentables y especializadas, con posibilidad de acceder a asesoramientos jurídicos, contables y agronómicos que de otro modo serían impensables. Y como causas políticas, la posibilidad de obtener mejores estructuraciones de la empresa agraria y de la tierra, aptas para una agricultura a nivel de integración europea.

Las figuras asociativas son variadísimas en la realidad (2): Desde las comunidades familiares, parroquiales o municipales hasta las socieda-

(1) Pueden verse en *Ponencias y comunicaciones de las Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario*, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1977. En especial, el trabajo «La agricultura asociativa en la estructura jurídica de la empresa», de LLOMPART, Amparo, págs. 221 y sigs.

(2) Entre otros. ver: DE LOS MOZOS, José Luis: «Formas jurídicas de la agricultura de grupo», en su libro *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, pág. 111; LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1966; BALLARÍN MARCIAL, Alberto: *Derecho agrario*, Madrid, 1965, pág. 318, y «La empresa asociativa y comunitaria», en *Estudios de Derecho agrario y política agraria*, Madrid, 1975, pág. 325, y SANZ JARQUE, Juan José: *Derecho agrario*, Madrid, 1975, pág. 213.

des civiles o mercantiles, las cooperativas, las asociaciones o las agrupaciones. Lo importante es elegir la forma más adecuada y que mejor se adapte a las necesidades y al modo de ser del hombre del campo, poco receptivo a los papeleos, requisitos y limitaciones. Por ello no aceptan las formas de la sociedad mercantil y tampoco las cooperativas encuentran su sitio en la agricultura.

El prestigioso agrarista JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, buen conocedor de la materia (3), nos dice que la cooperativa presenta una serie tal de dificultades que no constituye un esquema adecuado para la agricultura de grupo, para lo que muestra notables deficiencias. Sigue diciendo que las cooperativas de producción, honradamente hablando, son un fracaso (*sic*); la cooperativa no es ni una sociedad de personas ni una sociedad de capital; tiene las desventajas de ambas y no goza de sus ventajas.

La realidad nos muestra que hay Sociedades Agrarias de Transformación a miles y es bastante limitado el número de cooperativas agrarias. Es un dato evidente a tener en cuenta.

Y, sin embargo, parece como si hubiera un empeño en absorber las SAT, que son típicas figuras asociativas extendidas por todo el agro nacional, para reconducirlas un tanto forzosamente al marco poco elástico y menos aceptado de las cooperativas. No hay más que ver la disposición adicional tercera de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, claramente captatoria, procurando, con abiertas facilidades de todo tipo y exenciones fiscales, el pase de las SAT a formar cooperativas.

Las SAT tienen, pues, una configuración especial, distinta, que juega un importante papel en la agricultura de grupo y por ello merecen todo respeto y ayuda. Está fuera de duda que la figura ha calado hondamente, ya lo dijimos, en la realidad cotidiana de nuestros campos. No hay más que ver los asientos de los Registros de la Propiedad de toda España para comprobarlo.

Efectivamente, esto demuestra que estas entidades deben subsistir con sus peculiaridades propias, porque el medio rural las necesita. No se soluciona la cuestión transformándolas en cooperativas, sino buscando su trato adecuado en todos los terrenos y especialmente en el fiscal. Vamos a verlo.

(3) Ver su trabajo, ya citado, *Formas jurídicas de la agricultura de grupo*, páginas 111 y sigs.

III. NORMAS FISCALES

A) EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL

La llamada «Ley de Exenciones» de 28 de enero de 1906 es la primera disposición que de modo orgánico y directo reconoce un sistema fiscal especial en beneficio de los sindicatos agrícolas, referido precisamente a los impuestos que entonces se llamaban de derechos reales y timbre. Su artículo 6.º declaraba exentos la constitución, modificación, unión o disolución de sindicatos agrícolas, así como los actos y contratos que tuvieran por objeto directo cumplir los fines que se enumeraban en el artículo 1.º que constituían su campo apropiado. Esa enumeración de finalidades agrícolas y sociales, contenida en el artículo 1.º de la Ley, era de tal modo el único fundamento del trato fiscal favorable que en el único párrafo del repetido artículo 6.º se ordenaba el cese fulminante de las exenciones tributarias para aquellas asociaciones que, aun con apariencia de sindicatos agrícolas, tuviesen fines diferentes a los señalados.

La Ley Sindical de 1941 derogó formalmente a la llamada de Exenciones, pero se cuidó, sin embargo, de dejar a salvo expresamente «los beneficios atribuidos a los sindicatos agrícolas por la Ley de 28 de enero de 1906», de los cuales podrán seguir gozando, cosa que siempre ha sido efectiva en la realidad.

La Ley de Cooperativas de 1942, iniciando el trato igual para todas las agrupaciones agrarias, estableció en el artículo 31 que «las sociedades cooperativas seguirán disfrutando de los beneficios de orden fiscal y exenciones de cualquier clase que tuvieran concedidas a la publicación de esta Ley, así como los determinados en la Ley de 28 de enero de 1906 para los sindicatos agrícolas».

La Orden del Ministerio de Hacienda de 27 de enero de 1948, determinando el alcance de las exenciones tributarias *en favor de sindicatos agrícolas y demás instituciones de carácter cooperativo*, así literalmente, reconoció esta equiparación total y sin restricciones.

El Decreto de 9 de abril de 1954 aprobó el Estatuto Fiscal de las Cooperativas, regulando orgánicamente las normas sobre bonificaciones a las figuras asociativas, señalando los requisitos y el alcance de la protección. Por Decreto de 17 de diciembre de 1959 se dispuso que las normas de dicho Estatuto eran plenamente aplicables a los Grupos Sindicales de Colonización.

B) REGULACIÓN ACTUAL

a) *Normas vigentes*

Tanto el expreso mandato del artículo 230 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 como la publicación subsiguiente de varios textos reguladores de impuestos hicieron necesaria la aparición de una nueva normativa especial. Y por Decreto 888/1969, de 9 de mayo, se aprobó el actual Estatuto Fiscal de las Cooperativas, que introduce algunas modificaciones respecto al anterior en cuanto a las condiciones exigidas para la protección.

Y por Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, se declara de aplicación a los Grupos Sindicales de Colonización, *constituidos para los mismos fines que caracterizan a las cooperativas del campo*, los preceptos contenidos en el Decreto 888 de 1969, *en idénticos términos y límites* (artículo 1.º).

Ya hemos visto que el Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, confirió al Gobierno la facultad de regular, adaptar y sistematizar fiscalmente las normas aplicables a los Grupos Sindicales de Colonización que pasan a llamarse Sociedades Agrarias de Transformación. En ejecución de esta autorización, de rango legal indiscutible, se regulan estas asociaciones; la disposición final del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, establece, literalmente: «Las Sociedades Agrarias de Transformación *continuarán* disfrutando de las exenciones fiscales y beneficios de cualquier clase actualmente reconocidos, sin perjuicio de las que, como sociedades de Derecho común, pudieran serles aplicables».

- Con vistas a un futuro que debe solucionar toda cuestión, señalemos que la disposición final quinta de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 encarga al Gobierno la remisión a las Cortes del proyecto de Ley sobre régimen fiscal de las cooperativas, que esperamos contenga las normas precisas para resolver todas las posibles dudas, incluyendo claramente el régimen de las SAT.

b) *Actos exentos*

Por el momento, y dada la paridad fiscal del régimen de las SAT con el de las cooperativas, consideramos actos exentos en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados los señalados en el número 12 de la letra B) del artículo 48 de la Ley reguladora, en su Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980, o sea:

- En cuanto a operaciones societarias: La constitución, aumento de capital y fusión de las SAT fiscalmente protegidas, con arreglo a su normativa específica.

- Y en cuanto a transmisiones patrimoniales onerosas: La adquisición por estas sociedades de bienes o derechos que tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales.

Fuera de estos actos habrá sujeción a los tipos normales. Así, en las operaciones societarias no hay exención para la disminución de capital ni para la disolución; en cuanto a la transformación, tampoco, salvo el caso especial que hemos de señalar a seguido.

También quedan fuera de los beneficios fiscales los actos jurídicos documentados que realicen: agrupaciones, segregaciones, divisiones de terrenos y obras nuevas que declaren, que quedan sujetas al tipo del 0,50 por 100 en general.

Como disposición especial, quedan exentos del Impuesto, según el número 7 de la disposición adicional tercera de la Ley de Cooperativas de 1987, todos los actos necesarios para la transformación en cooperativas de las SAT. Esta es la norma que antes hemos calificado de capatoria y de la que esperamos pocas aplicaciones.

Por último, digamos que también la Ley de Cooperativas vigente señala en su artículo 148 que en las uniones o cooperativas de segundo grado podrán ser socios las SAT integradas por titulares de explotaciones agrarias o trabajadores agrícolas. Pues bien, aquí también hay una bonificación en cuanto que el Real Decreto 1855/1978, de 29 de junio, basado también en el repetido Real Decreto-ley 31/1977, declara no sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados los actos y contratos realizados por las cooperativas de segundo o ulterior grado para que se constituyan conforme a las normas legales en vigor.

c) *Requisitos para la protección*

El Estatuto Fiscal clasifica a estas asociaciones a los efectos fiscales en protegidas y no protegidas. Para obtener la protección deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. *Personales y reales.*—Son estas:

1.º Según el artículo 6.º, que asocien para los fines propios de estas entidades a agricultores y ganaderos, siempre que no exceda de 300.000 pesetas la riqueza imponible por la contribución rústica de las fincas o explotaciones agrícolas o ganaderas que cultive o explote cada asociado dentro del contorno geográfico a que se extienda estatutariamente la

actividad cooperativa (4). Excepcionalmente se admitirá la concurrencia de otros asociados cuya riqueza imponible sea superior a la indicada siempre que el número de éstos no sea superior al 5 por 100 del total de socios y, además, la riqueza imponible correspondiente a los mismos no sume en conjunto más del 25 por 100 del total correspondiente a todos los asociados.

2.º Que no se den las causas de pérdida de los beneficios que se señalan en el artículo 8.º, tales como que la asociación adquiera materias o productos pertenecientes a personas extrañas para cederlas a terceros, con o sin transformación, así como cuando los productos agrícolas o ganaderos aportados por los socios sean objeto de algún proceso industrial antes de su venta.

2. *Formales.*—El artículo 2.º del Estatuto impone a todas las asociaciones, protegidas o no, la obligación de comunicar su constitución a la Delegación de Hacienda de su domicilio en el plazo de tres meses desde su inscripción en el Registro especial, acompañando una copia de sus Estatutos y de su aprobación.

Aunque el disfrute de las exenciones se entiende concedido de pleno derecho, según el artículo 12, y las asociaciones protegidas disfrutan automáticamente de los beneficios fiscales, en los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados corresponde la declaración de las exenciones en cada caso a la Oficina Liquidadora competente ante la cual se presenten los documentos que contengan los actos en cuestión.

IV. RAZONES DE LA EQUIPARACION

La opinión que defendemos de igualdad de trato con las cooperativas se basa en dos argumentos principales: la categoría legal de los preceptos que la establecen y la idéntica finalidad económico-social de ambas entidades.

A) RANGO LEGAL DE LAS NORMAS

A lo largo de la evolución hemos visto que siempre han sido Leyes, con mayúscula, las que han venido concediendo las exenciones fiscales

(4) Las cifras de riqueza imponible se han fijado por Ley 5/1983, de 29 de junio. Las corporaciones locales han hecho recientemente unas revisiones al alza tan drásticas que en la mayoría de los casos, si no se fija un tope mucho más alto (al menos, 600.000 pesetas), difícilmente podrán existir cooperativas o SAT que obtengan la calificación de protegidas. Debe preverse la modificación de topes para los casos de elevación de la riqueza imponible, tan frecuentes.

a los sindicatos y agrupaciones agrarias. Empezamos por la Ley de 28 de marzo de 1906, que reconoció la exención del Impuesto en favor de los sindicatos agrarios, y la línea sigue por la también Ley de 2 de septiembre de 1941, cuyo artículo 7.º estableció que los sindicatos agrarios gozarían de los beneficios atribuidos por la Ley de 1906.

La Ley de Cooperativas de 2 de enero de 1942 se apropió para éstas de los beneficios fiscales concedidos para los sindicatos desde la básica de 1906, con lo que a la vez repetía el reconocimiento en favor de éstos.

La Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 ordenó en el artículo 230 la adaptación del régimen fiscal especial de los Grupos Sindicales de Colonización y las asociaciones de agricultores y ganaderos oficialmente protegidas, y de este mandato legal surge el Decreto de 21 de mayo de 1970, que equipara dichos Grupos a las cooperativas, mediante la aplicación de su Estatuto Fiscal de 1969.

Por último, el régimen actualmente aplicable se basa también en una norma de rango legal indudable, que es el Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de julio. Este confirió al Gobierno la facultad de regular los beneficios fiscales a las SAT y esto se plasmó en el Real Decreto de 1981, aprobando su Estatuto, en cuya disposición final se establece, como hemos visto, la *continuación* en el disfrute de las exenciones ya reconocidas y aplicadas desde hace más de ochenta años.

Insistimos en la fundamentación legal porque se ha puesto en duda, como uno de sus argumentos, por un informe de la Dirección General de lo Contencioso al que luego nos referiremos.

Para rebatir tal opinión acudimos a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 21 de abril de 1986, que después comentaremos. En el litigio en cuestión se adujo por la representación del Estado que el repetido Real Decreto-ley 31 de 1977 carece de validez actualmente porque en la delegación al Gobierno no se habían cumplido los requisitos señalados en la Constitución: la alegación se rechaza por la Sala en cuanto que «la delegación legislativa que se discute se produjo *antes* de promulgarse la Constitución y al amparo del sistema de producción de normas entonces vigentes, con lo que el problema de la constitucionalidad no puede plantearse, ni siquiera acudiendo a la posible derogación por la disposición derogatoria tercera, inaplicable, por no tratarse de norma que afecte a ninguno de los derechos fundamentales recogidos en la sección 1.ª del capítulo II de la Constitución, únicas que por ser consideradas incompatibles, se consideran derogadas automáticamente por la misma».

Queda claro, pues, que, según el Real Decreto-ley de 1977, tiene pleno vigor el Real Decreto de 1981 íntegramente y el régimen fiscal de

las SAT por el momento no puede ser otro que el mismo de las cooperativas.

B) IDENTIDAD DE FINALIDADES

Tanto o más que el régimen actual, que ya es prácticamente transitorio, nos interesa el futuro, con vistas a la redacción del nuevo Estatuto que ha de incluir también el trato fiscal de las SAT. Por ello queremos resaltar este punto que consideramos fundamental de la identidad de fines.

Lo mismo las SAT que las cooperativas se califican en el artículo 1.º de sus respectivas normas reguladoras como sociedades que persiguen finalidades económico-sociales de carácter comunitario en favor de sus miembros.

Concretando más, las cooperativas agrarias, según el artículo 133 de la Ley General de Cooperativas tienen por objeto la prestación de servicios y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios; en el número 2 se señalan sus posibles actividades, centradas en la adquisición de animales, productos, maquinaria, bienes en general y terrenos destinados a la agricultura, ganadería o los bosques, construcción de obras e instalaciones y, además, conservar, producir, transformar, distribuir, transportar y vender los productos de sus explotaciones, en una detallada enumeración que culmina con el apartado *d)*, que incluye «cualesquiera otras actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral o ecológico de la cooperativa o de las explotaciones de los socios».

Pues bien, estos fines económico-sociales son idénticos a los señalados para las SAT en el artículo 1.º de su Estatuto; concretamente: «La producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrario y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad».

Y si hay identidad de fines, debe haber paridad de trato fiscal. No sólo lo dicen las normas, sino que lo exige la recta interpretación y aplicación de los beneficios tributarios. Así lo viene entendiendo de modo repetido el Tribunal Supremo al referirse a las exenciones fiscales en varias sentencias recientes. Así, en la de 11 de marzo de 1987 dice que «la naturaleza intrínseca y la función real de este instrumento de política económica son importantes para comprender y, en definitiva, interpretar las normas controvertidas». Y en las Sentencias de su Sala 3.ª,

de 13 y 27 de marzo, 28 de abril, 13 de mayo y 10 de junio de 1987, repite machaconamente la misma idea de que «los beneficios fiscales constituyen una modalidad de la función administrativa de fomento, con un contenido económico y un signo positivo. Se manejan, en definitiva, como incentivos o estímulos para conseguir orientar la voluntad de los particulares indirectamente hacia fines señalados por una política sectorial determinada». Así, se sigue diciendo en estas Sentencias, «han sido calificadas las exenciones por esta misma Sala en numerosas ocasiones, algunas muy recientes, no con un propósito académico o teórico, sino para poner de manifiesto su utilidad funcional y permitir así una comprensión más profunda que lleve, en consecuencia, a una interpretación finalista de las correspondientes normas reguladoras».

Estamos seguros que estas convincentes ideas calarán en la sensibilidad de quienes han de redactar los preceptos del nuevo Estatuto que esperamos.

V. CUESTIONES SOBRE LA APLICACION DE LAS NORMAS

A) INTERPRETACIONES ADMINISTRATIVAS

Aunque no se trate de interpretaciones oficiales que sean vinculantes, queremos reseñar dos documentos o informes un tanto dubitativos sobre la actual equiparación fiscal de cooperativas y SAT, que vamos a resumir en lo fundamental.

1. *Informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 20 de abril de 1983* (5).—Ya hemos dicho que no es de carácter vinculante y se emite a instancias de la Dirección General de Tributos. Dice que partiendo de la autorización dada al Gobierno por el Real Decreto-ley 31 de 1977, de 2 de junio, se dicta el Real Decreto de 3 de agosto de 1981 que regula las SAT, en cuya disposición final segunda se declara que las mismas seguirán disfrutando de las exenciones y beneficios fiscales de cualquier clase actualmente reconocidos. El informe dice a seguido que es dudoso que dicho Real Decreto tenga valor de Ley (!), por lo que ha de entenderse que forma parte de nuestro ordenamiento como simple norma de carácter reglamentario, *pero de aplicación obligatoria, por no haber sido declarada nunca su eventual ilegalidad*. Hace algunas consideraciones sobre diferencias entre cooperativas y SAT

(5) Texto íntegro en *Boletín del Colegio de Registradores*, noviembre 1984, páginas 1232 y sigs.

y dice que debe hacerse un examen pormenorizado de la regulación de cada uno de los impuestos.

En cuanto al de Transmisiones Patrimoniales se muestra el informe rotundamente negativo, basándose en el argumento de que el nuevo texto de la Ley se refiere solamente a cooperativas. Sin embargo, al final, en el apartado VII, parece contradecirse, ya que aclara que la atribución de los beneficios fiscales al binomio cooperativas-SAT no quiere decir que haya tenido que existir una identidad sustantiva en el régimen de estas instituciones. Bien al contrario, dice, se está en presencia de un supuesto de aplicación de la teoría de los grupos normativos. Según la misma, cada institución se rige por su propio bloque de normas o preceptos; en el caso que nos ocupa, la asimilación fiscal se justifica en razón a la proximidad de la naturaleza jurídica de las entidades respectivas, que se extiende sólo al campo tributario y no a la regulación sustantiva. El Real Decreto de 1981 cambia las normas por las que se regían los antiguos Grupos Sindicales de Colonización, manteniendo la personalidad jurídica de estas entidades, que es la misma siempre que se ajuste a la nueva regulación. En consecuencia, se afirma, *el único requisito que en el futuro debe constatar la Administración tributaria, para atribuir los beneficios fiscales que correspondan, es el de si las SAT se ajustan estrictamente a los preceptos de sus normas reguladoras*, hoy constituidas por el tantas veces citado Real Decreto de 3 de agosto de 1981.

El informe, que se autocalifica de extenso y prolijo, termina señalando que sería muy conveniente que en una próxima Ley se abordara la regulación tributaria integral de las SAT. Dicho todo lo cual, emite dos conclusiones sobre el extinguido ITE y el Impuesto de Sociedades, y no dice nada concreto sobre el de Transmisiones Patrimoniales que estamos tratando.

2. *Contestación del Gobierno, de fecha 23 de junio de 1984, a la pregunta del Senador don Juan Antonio Bolea Foradada (6).*—Tras resaltar su preocupación por el hecho de que algunos Organos de la Administración, con interpretaciones restrictivas, ponen en entredicho el antes generalmente admitido *status* fiscal de las SAT, el Senador citado formula la pregunta de si a juicio del Gobierno queda claro que las SAT tienen los mismos beneficios fiscales que las cooperativas del campo fiscalmente protegidas.

La contestación del Gobierno, firmada por el Secretario de Estado, viene a decir que la remisión del Decreto de 21 de mayo de 1970 al Estatuto Fiscal de las cooperativas ha quedado derogada «en buena par-

(6) Ver *Boletín del Senado*, noviembre 1984, pág. 1232.

te» en virtud de la reforma fiscal iniciada en 1978, por las nuevas leyes reguladoras de los distintos impuestos. Tras hacer disquisiciones de Derecho transitorio en el Impuesto de Sociedades, se afirma que las SAT no gozan de beneficio alguno en los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, porque, dice, esta figura no se recoge en su nueva Ley reguladora. Ya veremos cómo la Jurisprudencia opina de manera totalmente opuesta.

No obstante, se recoge al final el buen propósito de «dictar las normas precisas que faciliten la adaptación de las SAT al régimen jurídico propio de las cooperativas del campo, en aquellos casos en que, efectivamente, la actividad realizada sea coincidente e idénticos los fines perseguidos».

B) LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

Las opiniones doctrinales que conocemos no son acordes y las negativas se suelen apoyar en los argumentos ya reflejados en los dos informes anteriores, mientras que las positivas argumentan sobre bases finalistas y normativas.

La Inspectora Financiera y Tributaria CARMEN BOTELLA Y GARCÍA DE LA LASTRA, en su trabajo «Problemas derivados de la tributación de los antiguos Grupos Sindicales de Colonización y Sociedades Agrarias de Transformación», publicado en *Crónica Tributaria*, hace un buen estudio general de su personalidad jurídica y de la cuestión de su equiparación con las cooperativas. Contempla la situación de cada impuesto en particular y en lo que respecta al de Transmisiones Patrimoniales, aunque inicialmente se inclina por la tesis negativa, deja después la puerta abierta a la concesión de beneficios a las SAT, al decir que podrían fundamentarse interpretaciones contrapuestas y subyace la equiparación que a nivel general realizó en su día el Decreto 1515 de 1970 y la disposición final segunda del Real Decreto 1776 de 1981.

La citada Inspectora profundiza más en su acabado estudio «Fiscalidad de los Grupos y asociaciones de agricultores y ganaderos», en la obra *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, tomo XVIII, volumen 2 (págs. 407 y sigs.). Al exponer la situación fiscal actual recoge el Decreto de 21 de mayo de 1970, en cuyo preámbulo se afirma que los Grupos Sindicales de Colonización, si bien están sometidos al Derecho tributario común, tienen unas especiales características que son similares en cuanto a sus fines a las cooperativas del campo; tal afirmación, dice la autora, resulta de un valor innegable: La protección otorgada por el legislador a estas entidades tiene un marcado carácter fina-

lista; es en atención a la finalidad económico-social de promoción y desarrollo agrario, y de realización de mejoras en el medio rural, por lo que se concede un régimen fiscal especial, dentro del marco de la protección política otorgada por el Estado al sector agrícola.

Sobre si el régimen de los antiguos Grupos es aplicable a la nueva figura de la SAT entiende rectamente que no hay alteración de la personalidad, ni tampoco deben alterarse los derechos adquiridos por su adaptación a la nueva normativa, ya que el Real Decreto de 1981 refleja el pensamiento del legislador, que define a las SAT como sociedades de Derecho común a las que es de aplicación el régimen fiscal de las cooperativas del campo en los términos en que estuviera establecido anteriormente.

En definitiva, dice la autora que citamos, son varias las menciones explícitas del legislador reveladoras de que las SAT gozan del mismo régimen fiscal que las cooperativas del campo, si bien tal propósito resulta insuficiente en la práctica ante la falta de un contenido jurídico concreto.

Tras estudiar ampliamente y con gran profundidad el régimen fiscal de las SAT, resultante de la aplicación del Estatuto Fiscal de 9 de mayo de 1969, con las reformas legales posteriores, concluye, en esencia, que:

- Las SAT no tienen un régimen fiscal sustantivo y hay que remitirse a las normas de las cooperativas, aunque no hay entre ambas figuras una identidad tal que permita su aplicación en bloque.
- Sin embargo, quebrar el planteamiento tradicional sin ofrecer una regulación legal alternativa dejaría en indefensión a aquellas asociaciones que de buena fe confían en la protección del legislador y originaría una inseguridad jurídica dada la contradicción entre el enunciado de los principios legislativos y su desarrollo práctico.
- Si se considera que las SAT deben subsistir con sus peculiaridades propias, porque el medio agrario y rural las necesita, deben replantearse los principios orientadores de su régimen fiscal, lo que evidencia la necesidad de regular adecuadamente este régimen completando las muchas lagunas y problemas que en la actualidad se plantean.

Estamos completamente de acuerdo con estas conclusiones.

PILAR SUSINO BUENO, Inspectora Jefe del Impuesto de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales, en su trabajo «Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», publicado en «Impuestos» de la revista *La Ley*, hace una

enumeración de las normas que tratan de este régimen fiscal de las SAT y termina resumiendo el informe de la Dirección General de lo Contencioso, antes visto.

NARCISO PAZ, en su artículo «Nuevo Estatuto reglamentario de las SAT y la reforma de la legalidad cooperativa», publicado en la revista *Agricultura y Sociedad*, también piensa que el régimen establecido para las cooperativas no cabe extenderlo a las SAT, por impedirlo el artículo 24 de la Ley General Tributaria, que prohíbe extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones.

En cambio, JOSÉ AURELIO GARCÍA MARTÍN, Inspector, en su libro *Guía fiscal del agricultor*, editado por el Banco de Crédito Agrícola, se inclina abiertamente por la concesión de los beneficios fiscales cooperativos a las SAT (7). Nos dice que, por el momento y sin que se planteen excesivos conflictos, la práctica administrativa asimila las SAT a las cooperativas, haciéndolas partícipes del régimen de protección fiscal; recoge y expone las normas que fundamentan este tratamiento y reproduce la contestación del Gobierno a consulta del Senado, resaltando que este pronunciamiento se separa de la práctica administrativa y termina diciendo que existen argumentos, que relaciona, para fundamentar la asimilación de las SAT como destinatarias de los beneficios fiscales.

El Notario FRANCISCO CUENCA ANAYA, actual Decano del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla, en su trabajo «Nota sobre el régimen fiscal de las SAT», publicado en la *Revista de Estudios Agro-Sociales*, número 124 julio-septiembre 1983, páginas 49 y siguientes, también se inclina abiertamente por la concesión de beneficios fiscales a estas asociaciones, dada la identidad de finalidades con las cooperativas. Si según el Decreto de 1970 se hace referencia «a los mismos fines», que les son de esencia, el trato debe ser paralelo.

C) LA PRÁCTICA DE LAS OFICINAS LIQUIDADORAS

Recordemos que AURELIO GARCÍA MARTÍN, en *Guía fiscal del agricultor*, afirma reiteradamente que la práctica administrativa es constante en el sentido de considerar exentos de determinados actos de este Impuesto a los realizados por las SAT que estén calificadas como protegidas.

A lo largo de más de veinticinco años de servicio, nuestra experiencia personal como Liquidador del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales puede constatar que efectivamente es práctica normal la concesión de exenciones a los antiguos Grupos Sindicales de Colonización y a las

(7) Ver págs. 200 y sigs de dicha obra.

nuevas SAT. Y ese mismo testimonio hemos podido recoger de otros compañeros, por lo que está confirmada la práctica generalidad en la aplicación de las bonificaciones.

VI. JURISPRUDENCIA

Aquí sí que hay unanimidad y doctrina jurisprudencial constante en reconocer de modo rotundo la equiparación de las SAT con las cooperativas del campo en los beneficios fiscales.

Vamos a resumir las sentencias que conocemos al respecto:

A) TRIBUNAL SUPREMO

1. *Sentencia de la Sala 3.ª de 22 de octubre de 1981 (8).*—Se confirma Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona declarando exentos actos de un Grupo Sindical de Colonización. Para ello se basa en la equiparación con las cooperativas, según se razona en sus considerandos 2.º y 4.º

En el primero de ellos se dice que no hay duda ninguna de que el Grupo Sindical de Colonización ha de entenderse clasificado legalmente como cooperativa del campo, según el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1970, y, por tanto, con derecho a disfrutar los mismos beneficios que para las cooperativas se contienen en el Decreto de 9 de mayo de 1969, sin que sea admisible la duda, infundada y cuya alegación no se alcanza a ver, de que el párrafo 2 del artículo 1.º del referido Decreto de 21 de mayo de 1970 no sea aplicable a los Grupos Sindicales de Colonización, pues los términos son tan claros y contundentes que no permiten otra interpretación distinta, ya que en el primero se asimilan esos Grupos a las cooperativas y en el segundo se conceden los beneficios fiscales, por lo que *cualquier interpretación distinta de la igualdad entre Grupos Sindicales y cooperativas del campo, a efectos tributarios, es pretender algo que no puede inducirse ni deducirse de la letra o del espíritu que informe el precepto interpretado.*

En su cuarto considerando dice esta Sentencia que con esto no se puede afirmar que se haya infringido lo establecido en el artículo 24 de la Ley General Tributaria, que prohíbe la analogía para extender los supuestos de hecho a los beneficios fiscales, pues, en primer lugar, el precepto que se está aplicando concede una exención a unas cooperativas y lo que hizo la sentencia apelada fue examinar la naturaleza del solicitante de dicho beneficio y, en segundo lugar, *con el mismo*

(8) Repertorio Aranzadi, núm. 3.771, 1981.

o superior rango al de la letra escrita de la norma que se interpreta, están los principios que la inspiran y éstos no pueden ser otros que los de conceder los mismos beneficios a quienes se hallen en igualdad de situaciones, cualquiera que sea la denominación que se asigne a una persona jurídica de tipo cooperativo.

2. *Sentencia de la Sala 3.ª de 19 de mayo de 1984 (9).*—Ha sido dictada ya después del Real Decreto de 1981, por lo que se refiere expresamente a la denominación Sociedades Agrarias de Transformación. Fue ponente el Magistrado don JOSÉ MARÍA RUIZ JARABO FERRÁN.

El Tribunal Provincial de Zaragoza estimó la reclamación deducida por un Grupo Sindical de Colonización contra liquidación practicada a su cargo por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales con motivo de la compra de una finca por el Grupo recurrente. El Abogado del Estado, en nombre de la Hacienda Pública, interpuso recurso basado en que no se había acreditado por el Grupo adquirente la concurrencia de las circunstancias determinantes de su condición de entidad «protegida», al no haberse probado su total equiparación a las cooperativas del campo, a las que sí se reconocen los beneficios en cuestión.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la exención tributaria. En su tercer considerando se dice que, en contra de lo alegado por el Abogado del Estado, y como acertadamente se destaca en la sentencia apelada, en el Grupo Menor de Colonización solicitante del beneficio fiscal concurren las circunstancias que le hacen asimilable a las cooperativas del campo a los efectos de la obtención de dicho beneficio y, por ende, conforme se establece en el Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, le son aplicables los preceptos para aquéllas contenidos en el Decreto 888/1969, *sin que en la actualidad en la nueva normativa se haya establecido ningún tipo de innovación respecto al régimen anteriormente vigente en relación con los beneficios fiscales, según se deduce del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, regulador de las Sociedades Agrarias de Transformación, denominación que comprende los antiguos Grupos Sindicales de Colonización.*

B) TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

1. *Resolución de 18 de marzo de 1976 (10).*—Los hechos se concretan en que un Grupo Sindical de Colonización compró una finca rústica para su explotación, solicitando en la escritura, otorgada en 1972,

(9) Repertorio Jurisprudencia Aranzadi, núm. 2.885, 1984.

(10) Su texto se publicó íntegramente en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 540, septiembre-octubre 1980, págs. 1296 y sigs.

la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Girada una liquidación positiva, fue reclamada ante el Tribunal Provincial y éste desestimó, confirmando la liquidación. Contra dicha resolución, el Grupo interesado interpone recurso de alzada, que el Tribunal Económico-Administrativo Central estima, anulando la liquidación cuestionada, por las razones contenidas en varios considerandos, donde se estudian las normas precedentes, que ahora no hacen al caso.

En el octavo se dice: «Considerando que respecto a los Grupos Sindicales de Colonización, el Decreto de 17 de diciembre de 1959 vino a ser derogado expresamente por el de 21 de mayo de 1970, en cuyo preámbulo se desprende que se dictó en calidad de adaptación del régimen fiscal de tales entidades a las normas de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, al amparo del artículo 230 de dicha norma legal, y con el propósito de concretar las normas tributarias y de procedimiento que afectaban a los mencionados Grupos Sindicales, una vez publicado el nuevo Estatuto Fiscal de las Cooperativas, y a tal fin dispone que serán aplicables a los Grupos Sindicales constituidos para los mismos fines que caracterizan a las cooperativas del campo los preceptos que para éstas contiene el Decreto de 9 de mayo de 1969, y que, por tanto, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones formales, como al procedimiento a seguir en toda clase de reclamaciones y recursos y *alcance de los beneficios fiscales, se aplicarán las mismas normas, en idénticos términos y límites, establecidas en favor de las sociedades cooperativas* en el expresado Decreto».

2. *Resolución de 8 de mayo de 1980* (11).—A lo largo de catorce extensos y densísimos considerandos desarrolla con detalle toda la evolución normativa sobre esta cuestión y examina los requisitos para la protección fiscal de los antiguos Grupos Sindicales y las actuales SAT. Aunque son interesantes, extenderíamos demasiado este trabajo si intentásemos reproducirlos. Nos limitamos a la doctrina condensada en los fundamentos jurídicos nueve y diez: En el primero se dice que, basado en la Ley de Reforma Tributaria de 1964, se publicó el Decreto de 1970, acogiendo para los Grupos el mismo régimen fiscal que para las cooperativas, «sin que hasta la fecha presente el referido Decreto haya sido derogado ni modificado, por lo cual puede decirse que el estado de derecho regulador del trato fiscal a favor de los Grupos Sindicales de Colonización estaba constituido esencialmente, en la fecha en que tuvo lugar la transmisión de la finca a que el expediente se refiere, por el repetido Decreto de 21 de mayo de 1970 y por el Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 9 de mayo de 1969; debiendo añadirse que el Real

(11) Ver *La Ley*, 1980, págs. 1179 y sigs., sentencia 15 E-A.

Decreto-ley de 2 de junio de 1977, en su disposición adicional segunda, apartado c), ha facultado al Gobierno para la regulación, adaptación y sistematización fiscal de los Grupos Sindicales de que se trata, que, con la denominación de Sociedades Agrarias de Transformación, tendrán plena personalidad jurídica».

Y en el considerando décimo, tras citar de nuevo el Decreto de 21 de mayo de 1970, que se remite al Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 1969 y según el cual, en cuanto al reconocimiento y alcance de los beneficios fiscales, serán de aplicación a los Grupos las mismas normas, en idénticos términos y límites establecidos para las cooperativas, añade: «De cuyos preceptos se deduce que los beneficios fiscales aludidos no se confieren indiscriminadamente a todos los Grupos Sindicales, sino *sólo a los constituidos para los mismos fines que caracterizan a las cooperativas del campo, aplicándose a aquéllos en idénticos términos y con los mismos límites establecidos para estas últimas*».

3. *Resolución de 22 de junio de 1983 (12).*—En sus considerandos se sigue casi literalmente el razonamiento de la anterior, por lo que no es preciso reproducirlos. El considerando décimo perfila aún más los requisitos para gozar de los beneficios fiscales del siguiente modo: Uno) Que la entidad de que se trate asocie a personas que tengan la cualidad de agricultores o ganaderos, esto es, que gestionen todas ellas, por sí mismas, asumiendo los riesgos correspondientes, explotaciones agrarias o pecuarias. Dos) Que la riqueza imponible no exceda de las 125.000 pesetas, que es el tope actual. Tres) Que la asociación de tales agricultores o ganaderos se lleve a cabo para los fines propios de las cooperativas del campo.

C) AUDIENCIAS TERRITORIALES

Sentencia de la Audiencia de Albacete de 21 de abril de 1986 (13).—Resulta importante en cuanto que es ya una SAT la que interpone el recurso contra una liquidación por ITP motivada por la compra de un banal de tierra de secano para su cultivo en común, operación típica y perfectamente incluible en sus finalidades más características.

El Letrado del Estado, defendiendo la resolución del Tribunal Provincial, se oponía a la concesión de la exención porque ésta no estaba establecida, según él, por Ley formal, ni estar recogida en la normativa del Impuesto.

La Audiencia Territorial de Albacete. por esta sentencia. sienta que

(12) Ver *La Ley*, 1983, pág. 708, sentencia 260 E-A.

(13) Ver *La Ley*, 1986, págs. 107 y 108.

no hay innovación legal alguna que suprima los beneficios fiscales de las SAT. En el primer fundamento de Derecho dice: «El tema del presente recurso, exención del ITP en las adquisiciones de terrenos por las SAT, por aplicación de los artículos 48, 12, del Texto Refundido del Impuesto y 59, 11, del Reglamento, en virtud de su equiparación con las cooperativas fiscalmente protegidas a que se refieren estos preceptos, conforme a la disposición final segunda del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, en relación con los Decretos 1515/1970, de 21 de mayo, y 888/1969, de 9 de mayo, y sobre el que como alega la sociedad actora, *se pronunció esta Sala en sentido favorable a la exención en Sentencia 357/1983, de 12 de diciembre, recaída en Autos 103 de 1983, ha sido resuelto en igual sentido*. La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984, dictada en un supuesto semejante al presente en un recurso promovido por un Grupo Sindical de Colonización, donde se declara que en estos Grupos concurren las circunstancias que les hacen asimilables a las cooperativas del campo a los efectos de la obtención de dicho beneficio y, por ende, conforme se establece en el Decreto 1515/1970, de 21 de mayo, le son aplicables los preceptos para aquéllas contenidos en el Decreto 888/1969, sin que en la actualidad en la nueva normativa se haya establecido ningún tipo de innovación respecto al régimen anteriormente vigente en relación con los beneficios fiscales, según se deduce del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, regulador de las SAT».

Y el fundamento jurídico segundo sale al paso de la supuesta inconstitucionalidad de las normas que reconocen la exención. Aunque ya lo hemos citado antes, merece la pena su transcripción completa, dado lo rotundo de sus términos. Dice así: «Aunque la claridad de la Sentencia del Tribunal Supremo citada elimina toda duda sobre la aplicación de la exención discutida, excusando cualquier otro comentario respecto a la misma, el planteamiento que en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo se hace desde la perspectiva constitucional de la validez del Real Decreto 1776/1981, en relación con el Real Decreto-ley 31/1977 ante la reserva de ley que el artículo 82 de la Constitución española impone, que, aunque someramente, se haga constar la inaplicabilidad del precepto constitucional invocado, en cuanto la delegación legislativa que se discute se produjo antes de la promulgación de la Constitución y al amparo del sistema de producción de normas entonces vigente, con lo que el problema de la constitucionalidad no puede plantearse, como lo hace el Tribunal Económico-Administrativo, partiendo de una nulidad *ad radice*, sino tan sólo desde el aspecto de su posible derogación por la disposición derogatoria tercera, inaplicable en el presente supuesto al no tratarse de norma que afecte a ninguno de los dere-

chos fundamentales recogidas en la sección 1.ª del capítulo II de la Constitución, únicas normas preconstitucionales que por su incompatibilidad con nuestra Ley Fundamental se entienden derogadas automáticamente por la misma».

VII. CONCLUSION

La agricultura de grupo es, actualmente, no sólo conveniente, sino necesaria. Ya estamos adheridos a las Comunidades Económicas Europeas y la total integración exige que nuestras explotaciones agrarias se unan para poder competir. Es, por tanto, el momento oportuno para atender a estas necesidades con una atinada política agraria, uno de cuyos polos importantes es el de una adecuada fiscalidad.

Ante la próxima elaboración del Estatuto Fiscal de estas asociaciones queremos resumir nuestro trabajo recordando que la agricultura de grupo, para ser eficiente, se basa en dos pilares fundamentales: una explotación viable y una forma asociativa de características adecuadas.

Las explotaciones económicamente viables se obtienen adquiriendo las tierras necesarias, que son el factor básico e indispensable. Por ello hay que facilitar estas onerosas adquisiciones, muchas veces heroicas para el limitado bolsillo de los agricultores, mediante el sencillo procedimiento de declararlas exentas para las asociaciones protegibles. Para el Estado la pérdida sería de una entidad mínima, microscópica; para los labradores, el 6 por 100 del ITP supone una pesada carga. Quien no lo vea así es que no conoce el campo.

Y si se trata de encontrar la forma asociativa más adecuada, el que quiera cooperativa, que la acepte. Pero si hay asociaciones de otro tipo, como las SAT, con gran predicamento y enorme arraigo en el campo, por algo será. Los agricultores tienen un gran sentido práctico y no hay razón para llevarles la contraria, cuando ellos han elegido las SAT de forma absolutamente mayoritaria. Por esto también merecen protección en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en cuanto a sus actos societarios de constitución, aumento de capital y fusión, que deben declararse exentos igual que se hace con las cooperativas.

Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumento de la política económica general, atendiendo a las exigencias de la estabilidad y progreso social, para procurar una mejor distribución de la renta nacional. Así lo declara el artículo 4.º de la Ley General Tributaria y es llegado el momento de convertir este principio en realidad tangible, concediendo a las Sociedades

Agrarias de Transformación, en cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, al que nos ceñimos, los mismos beneficios fiscales que a las cooperativas, por perseguir los mismos fines económico-sociales y por sus especiales características de modestia y laboriosidad, dignas de todo apoyo.

Madrid, diciembre de 1987.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad
Vocal de la Junta Directiva
de la Asociación Española
de Derecho Agrario

Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción

LA AFILIACION ADOPTIVA

I. CONCEPTO

La filiación adoptiva es la que se establece en virtud de un especial acto o negocio jurídico conocido con el nombre de adopción. Esta palabra deriva del latín *ad* (a, hacia, respecto de) y *opto, as, are* (desear, elegir) encerrando, por tanto, la idea de preferencia, que destaca todo lo que de íntimo, personal y afectivo debe haber en el acto de adoptar una persona a otra.

Inicialmente puede entenderse por adopción el acto mediante el cual se recibe legalmente como hijo a quien no lo es por naturaleza o la elección de una persona para que ocupe el lugar que correspondería al hijo según la sangre, concepto al que responden las expresiones romanas «*adoptio imitatur naturae*», «*adoptio est aemula naturae, seu naturae imago*» (Ints. 1, 11, 4). Precisamente la exigencia de una diferencia de edad entre adoptante y adoptado responde a esta idea.

Cuando se pretende establecer el concepto jurídico de la adopción surgen las dificultades, porque las definiciones de los autores no siempre convienen o armonizan con una determinada legislación. Este diverso tratamiento legislativo incide sobre la naturaleza *de lege data* de la adopción. Ejemplo de ello lo tenemos en nuestra legislación. Si antes de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, podía calificarse a la adopción de negocio jurídico de Derecho de familia, a partir de dicha Ley no parece ello posible, ya que al manifestar que «la adopción *se constituye* por resolución judicial» y concederse amplio margen al Juez para valorar su conveniencia, a pesar de que pueda mediar el consentimiento de adoptante y adoptado, ello viene a demostrar que el eje de la adopción ha

dejado de ser el consentimiento de las partes (esencial para que pueda hablarse de negocio jurídico), que se ha convertido en simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del Juez, que no queda vinculada por tal consentimiento.

Conforme a la actual regulación y empleando una fórmula descriptiva, podemos conceptuar la adopción como el acto judicial mediante el cual una persona mayor de veinticinco años o ambos cónyuges, uno al menos de los cuales ha cumplido dicha edad, acoge como hijo a un menor no emancipado o al que siéndolo o teniéndolo dieciocho años haya convivido con él ininterrumpidamente desde los catorce años, no siendo una de las personas exceptuadas legalmente y existiendo una diferencia de edades de catorce años.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La adopción ha atravesado por tres grandes etapas: la primera, correspondiente a los Derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración cuasi pública de la institución, en la que se concibe a favor y en interés exclusivo del adoptante, bien para asegurarse un continuador del culto doméstico, bien con fines políticos (v.gr: adopción de OCTAVIO por CÉSAR y las de los sucesivos emperadores, y la antigua «transitio ad plebem»); una intermedia, en la que, al variar los presupuestos socio-políticos, pierde el favor de que anteriormente gozaba, regulándose como acto meramente privado de sentido paternalista o filantrópico, al que responden las codificaciones decimonónicas (y ello a pesar de que NAPOLEÓN fue un decidido partidario de la institución); y un período final o actual, en el que vuelve a ser valorada social y legislativamente, hasta el punto de considerarse como una función social, concibiéndose en interés del adoptado.

Limitándonos a nuestro moderno Derecho —pues el tiempo no da más de sí— diremos que el Proyecto de 1851 la introdujo un poco de matute y a manera de concesión particular, porque un vocal de la Comisión, natural de Andalucía, manifestó que en su tierra se daban algunos casos de ella. Concebida con perfiles muy estrechos, su primitiva regulación fue objeto de sucesivas reformas (Leyes de 24 de abril de 1958; 7/1970, de 4 de julio, y 11/1981 y 30/1981, de 13 de mayo y 7 de julio), tendentes a ampliar los derechos del adoptado y su asimilación al hijo por la sangre, sin lograrlo totalmente, pues, entre otros extremos, al lado de la adopción plena se mantiene la menos plena, luego llamada simple. Esta dualidad desaparece con la Ley 21/1987,

de 11 de noviembre, inspirada en los principios y con las novedades que veremos acto seguido.

III. PRINCIPIOS DE LA LEY 11/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, Y PRINCIPALES NOVEDADES QUE INTRODUCE

1) Intenta poner remedio a las deficiencias del sistema anterior, estableciendo al efecto un control previo de las actuaciones que preceden a la adopción, mediante la normal intervención de una Entidad pública, dirigida a evitar el odioso tráfico de niños, procurar la adecuada selección de los adoptantes y, en suma, lograr la verdadera finalidad de la adopción satisfaciendo plenamente la función social que debe cumplir consistente en la protección a los menores privados de una vida familiar normal.

2) Por eso la adopción permitida normalmente es la de los menores de edad no emancipados y sólo excepcionalmente se permite la de los emancipados o de los mayores de edad, desapareciendo la adopción simple.

3) Se inspira en dos principios fundamentales: su configuración como un instrumento de integración familiar y proteger el superior interés del adoptado, lo que se logra mediante la completa ruptura —salvo casos especiales— del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que se aplican las normas generales, al propio tiempo que se exige el consentimiento del adoptado a partir de los doce años.

4) Se regula el acogimiento familiar dando categoría civil a una relación hasta ahora regulada en dispersas normas administrativas, con un contenido esencialmente personal, que puede servir como fase preparatoria para la adopción y facilitar ésta.

5) Desaparece el carácter de negocio jurídico familiar, al desaparecer el otorgamiento de la escritura pública, y se configura como un acto judicial, en el que el consentimiento es simple presupuesto, pero no constituye la adopción, misión que cumple la resolución judicial.

6) Se fortalece el vínculo adoptivo al reducirse los casos de posible extinción por vía judicial.

7) Se establecen normas complementarias en orden a la tutela y guarda de los menores desamparados, la intervención de entidades privadas —pendientes de desarrollo reglamentario—, se da preferencia a la ley personal del adoptado y se procura mantener el secreto de la adopción, rodeándola de las correspondientes garantías procesales y sin que sea preceptiva la intervención de abogado.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Las principales teorías, esquemáticamente expresadas, respecto a la naturaleza jurídica de la adopción son las que la conciben como contrato, como acto jurídico distinto del contrato pero sin concederla calificación especial, como acto-procedimiento o acto complejo, como institución, como negocio jurídico familiar y como negocio procesal. Esta última calificación, que a primera vista pudiera parecer extraña, es la que parece convenir a la actual regulación en nuestro Derecho, dado que:

- Según el artículo 176, apartado 1, «la adopción *se constituye* por resolución judicial».
- No existe consentimiento que establezca vínculo contractual alguno, toda vez que el del adoptado sólo se exige cuando es mayor de doce años (lo que, dadas las directrices de la Ley, constituirá el caso menos frecuente) y el asentimiento de los padres (y menos aún el del cónyuge) del adoptando carece de la necesaria virtualidad para constituir el negocio, dándose además la circunstancia del secreto y su falta de necesidad en muchos casos (artículo 177).
- Se concede amplio margen al arbitrio judicial, con facultades casi discrecionales, teniendo en todo caso como norte el interés del adoptado (arts. 176, ap. 1; 173, ap. 2, CC, y 1.826 LEC).
- No se establece la posibilidad de pactos acerca del contenido de la adopción, como antes era permitido, por ejemplo, sobre el orden o la sustitución de apellidos, una vez que ya desapareció el pacto sucesorio, ni se dispone expresamente la necesidad de la inscripción registral.

CLASES

Como he dicho, desaparecida la adopción simple se reconoce sólo una clase de adopción, sin otro calificativo. En cambio, se regula la guarda y acogimiento de menores, conforme a las siguientes normas.

A) PERSONAS A QUIENES AFECTA

La guarda y el acogimiento de los menores afecta a los menores de edad (hay que entender no emancipados, aunque la Ley no lo especifica, lo que es un defecto) que se encuentren en situación de desam-

paro. Esta es una pura situación de hecho que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (artículo 172, ap. 1).

B) POR QUIENES SE EJERCE

La *guarda* se concibe por la Ley como una medida transitoria, como se desprende de los apartados 2 y 4 del artículo 172, al decir que la entidad pública la asumirá *sólo* durante el tiempo *necesario* y establecer que se procurará la reinserción del menor en la propia familia, que se ejercerá:

- Por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, la que, en todo caso, tiene por ministerio de la Ley la *tutela* de los menores desamparados y asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten, justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.
- Por el director de la casa o establecimiento en que el menor sea internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento (art. 172, ap. 1 y 2).

En todo caso se procurará que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, siempre que redunde en interés del menor (art. 172, ap. 4).

El *acogimiento* está pensado como una situación más duradera y exige ciertos requisitos formales y de procedimiento, conforme a los artículos 173 del Código Civil y 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sistematizados son:

- Promoción del mismo por el Ministerio Fiscal o la Entidad pública que tenga la guarda del menor, cuando sean conocidos los padres de éste que no estén privados de la patria potestad o el tutor y no consientan el acogimiento.
- Audiencia de las personas que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, consentimiento del posible acogido mayor de doce años y demás diligencias que el Juez estime oportunas (arts. 1.828 y 1.826 LEC).
- Resolución judicial mediante auto (art. 1.828 LEC).

En los demás casos, basta su formalización por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, del menor que haya cumplido doce años, de los padres no privados de la patria potestad o del tutor, determinando si tiene carácter remunerado o no (aquí parece preverse un supuesto análogo al norteamericano, tan criticado desfavorablemente en las obras costumbristas).

C) VIGILANCIA

Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores desamparados, conforme a lo que se establece en el artículo 174 del Código Civil.

D) EXTINCIÓN

El acogimiento del menor cesará:

1.º Por decisión judicial, indispensable cuando haya sido dispuesto por el Juez.

2.º Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública.

3.º A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía (art. 173, ap. 3, CC).

La iniciación del expediente de cesación judicial del acogimiento tendrá lugar de oficio o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal o de las personas que lo tengan acogido, quienes, en principio, deberán ser oídos por el Juez. Contra el auto judicial de constitución o de cesación cabe recurso de apelación en un solo efecto (art. 1.828 LEC).

Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la conveniente reserva.

REQUISITOS DE LA ADOPCION

Ha sido tradicional distinguir entre requisitos de fondo y de forma de procedimiento. Con un intento sistemático podemos enumerarlos así:

A) REQUISITOS DE FONDO

1.º Que al adoptante o uno de los adoptantes cuando adoptan ambos cónyuges tenga veinticinco años. A los cónyuges se equiparan la pareja de hombre y mujer unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (disp. adic. 3.ª).

2.º Que el adoptante o adoptantes tengan por lo menos catorce años más que el adoptado.

Es discutible si los veinticinco años deberán estar cumplidos al instar la adopción o basta con que se hayan cumplido al dictarse la resolución judicial.

3.º Que el adoptado sea un menor no emancipado o excepcionalmente un emancipado o mayor de edad cuando inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

4.º No mediar prohibición legal, ya que no puede adoptarse: 1) a un descendiente; 2) a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad; 3) a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela (art. 175 CC).

B) REQUISITOS DE FORMA O PROCEDIMIENTO

1.º Propuesta de adopción promoviendo el expediente por la Entidad pública, salvo que el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, sea hijo del consorte del adoptante, lleve más de un año acogido legalmente por el adoptante o bajo su tutela, o sea mayor de edad o menor emancipado (artículo 176, ap. 2, CC).

En estos casos el expediente lo promoverá el adoptante.

En la propuesta de adopción, formulada al Juez por la Entidad pública, se expresarán especialmente:

a) Las condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados.

b) En su caso, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante, cuando haya de prestar su consentimiento, y el de los padres o guardadores del adoptando.

c) Si unos y otros han formalizado su asentimiento ante la Entidad

pública o en documento auténtico. El asentimiento puede ser revocado si la revocación se notifica a la entidad antes de la presentación de la propuesta al Juzgado.

Cuando quien formule la solicitud sea el adoptante, expresará las indicaciones anteriores en cuanto fuesen aplicables y la alegación y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 176 del Código Civil.

Con la propuesta se presentarán los documentos a que se refieren los apartados anteriores, en su caso los informes de la entidad colaboradora y cuantos informes o documentos se juzguen oportunos (artículo 1.829 LEC).

2.º *Consentimiento, asentimiento o audiencia de ciertas personas.*

Habrán de *consentir* la adopción, *en presencia del Juez*, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de catorce años.

Este consentimiento estimo que no basta para calificar a la adopción de negocio jurídico familiar, toda vez que, a pesar de existir, el Juez puede denegar la adopción en interés del propio adoptando y, además, no determinan los efectos de la adopción, ni siquiera en una mínima parte.

Deberán *asentir* a la adopción, salvo que se encuentren imposibilitados para ello, bien antes de la propuesta ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez (en los dos primeros casos dentro del plazo máximo de los seis meses precedentes):

- El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
- Los padres del adoptando, siempre que tratándose de la madre hayan transcurrido treinta días desde el parto, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado.

Es importante señalar que en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiere a adoptantes determinados. Medida que tiende a garantizar el secreto de la adopción.

Deberán ser simplemente *oídos* por el Juez:

1.º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesaria para la adopción.

2.º El tutor y, en su caso, el o los guardadores.

3.º El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio (artículos 177 CC y 1.830 LEC).

3.º *Diligencias a practicar por el Juez.*

Si en la propuesta o la solicitud de adopción no constare el domicilio de los que deban ser citados, el Juez, en un plazo no superior a treinta días a contar desde el de la presentación del escrito, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio.

En la citación a los padres se precisará la circunstancia por la cual basta su simple audiencia. Si los padres del adoptando o el cónyuge del adoptante no respondieran a la primera citación, se les volverá a citar de nuevo, una vez que hayan transcurrido quince días naturales a contar desde la fecha en que deberían haberse presentado ante el Juzgado.

Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el artículo 180 del Código Civil (art. 1.831 de la LEC).

Además, el Juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que la adopción o su cesación resultarán beneficiosos para el menor, practicándose con la correspondiente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva.

4.º *Posible oposición.*

En caso de oposición de algún interesado no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.817, salvo en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieran alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal (artículo 1.827 LEC).

5.º *Intervención del Ministerio Fiscal.*

Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal y facultativa la dirección de Letrado (art. 1.825 LEC).

6.º *Resolución judicial*, que tendrá siempre en cuenta el interés del

adoptando, mediante la cual se constituye la adopción (art. 176, párr. 1.º, del CC). Adopta la forma de auto y sólo es susceptible de apelación (artículo 1.826 LEC).

7.º Competencia.

En las actuaciones judiciales sobre acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes Entidades públicas, sea competente el Juez de Primera Instancia o el que corresponda según la Ley Orgánica del Poder Judicial, del domicilio de la entidad y, en su defecto, el del domicilio del adoptante (art. 63, 16, LEC).

Es de tener en cuenta que es posible una *adopción reiterada* en caso de muerte del adoptante o cuando éste quede excluido de sus funciones (art. 175, ap. 4, CC) y una *adopción «post mortem»* cuando el adoptante haya fallecido después de haber prestado su consentimiento ante el Juez y concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 176, apartado 2, 1.ª a 3.ª, del Código Civil (art. 176, ap. 3, CC).

EFFECTOS

De acuerdo con la integración familiar del adoptado en su familia adoptiva se establece el principio general de que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.

De donde resulta que el adoptado deja de tener derechos sucesorios como legitimario o sucesor *ab intestato* respecto a su familia de origen y tampoco tiene derecho a ostentar los apellidos de sus padres por naturaleza, ni derecho a alimentos, etc. Es decir, se considera como si no hubiera formado parte de su familia por naturaleza salvo únicamente respecto a impedimentos matrimoniales.

Por excepción, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso:

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir (art. 178 CC).

Derivación del efecto principal al principio apuntado es:

- Cesa al derecho del padre o madre por naturaleza a relacionarse con su hijo adoptado menor de edad (art. 160 CC).
- Se tiene en cuenta la ley personal del adoptado para determinar el carácter y contenido de la filiación y relaciones paterno-filiales, si bien es de tener en cuenta que el extranjero menor de dieciocho años adoptado por español adquirirá la nacionalidad española (artículos 9.º, ap. 4, y 18 CC).

EXTINCION

El principio general es el que la adopción es irrevocable (art. 180, apartado 1, CC).

Sin embargo, el Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y la extinción no perjudique gravemente al menor (art. 180, apartado 2, CC).

La extinción de la adopción no origina la pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos patrimoniales anteriormente producidos y la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción (art. 180, apartados 3 y 4).

El adoptante, aunque no se extinga la adopción, puede quedar excluido por decisión judicial de las funciones tuitivas y los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado y sus descendientes a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, cuando incurra en causa de privación de la patria potestad, si bien, una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado dentro de los dos años siguientes y dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad (art. 179 CC).

El procedimiento, tanto para la extinción como para la exclusión, es el juicio declarativo ordinario que corresponda. Durante el mismo, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o incapaz (art. 1.832 LEC).

FRANCISCO CASTRO LUCINI
 Notario

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) ACUERDOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Convenio sobre Ley aplicable en accidentes de carretera.*—El *Boletín Oficial del Estado* de 4 de noviembre publica el Instrumento de ratificación del citado Convenio hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual en materia de accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la jurisdicción encargada de conocer del asunto.

Según el artículo 1, por accidente de circulación por carretera a los fines del presente Convenio se entenderá todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por la vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo.

Como regla general, el artículo 3 establece que la Ley aplicable será la Ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente.

Las reglas especiales se contienen en los artículos 4 y 5, que dicen:

ARTÍCULO 4

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, se hacen las siguientes excepciones al artículo 3:

a) Cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, la Ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado será aplicable para determinar la responsabilidad:

respecto del conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual,

respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su resi-

dencia habitual en un Estado distinto de aquél en cuyo territorio haya ocurrido el accidente,

respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado.

En caso de ser varias las víctimas, la Ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas.

b) Cuando estuvieren implicados varios vehículos en el accidente, lo dispuesto en a) sólo será de aplicación si todos los vehículos estuvieren matriculados en el mismo Estado.

c) Cuando estuvieren implicadas en el accidente una o más personas que se encontraren dentro del o de los vehículos en el lugar del accidente, lo dispuesto en a) y b) sólo será de aplicación si todas esas personas tuvieran su residencia habitual en el Estado en el cual el o los vehículos estuvieren matriculados. Lo mismo procederá, incluso cuando esas personas fueran también víctimas del accidente.

ARTÍCULO 5

La Ley aplicable en virtud de los artículos 3 y 4 a la responsabilidad con respecto al pasajero regirá también la responsabilidad por los daños producidos en los bienes transportados por el vehículo que pertenezcan al pasajero o hayan sido confiados a su cuidado.

La Ley aplicable en virtud de los artículos 3 y 4 a la responsabilidad con respecto al propietario del vehículo regirá la responsabilidad por los daños producidos en bienes transportados por el vehículo distintos de los previstos en el párrafo precedente.

La Ley aplicable a la responsabilidad por los daños producidos en los bienes que se encontraren fuera del o de los vehículos será la Ley del Estado en cuyo territorio hubiere ocurrido el accidente. Sin embargo, la responsabilidad por los daños en los efectos personales de la víctima que se encontrare fuera del o de los vehículos se regirá por la Ley interna del Estado en el cual el o los vehículos estén matriculados, cuando dicha Ley sea aplicable a la responsabilidad con respecto a la víctima en virtud del artículo 4.

2. *Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas sobre el seguro de crédito y caución.*—Con fecha 22 de junio de 1987 la Directiva del Consejo ha adoptado la Directiva 87/343/CEE por la que se modifica, en lo que se refiere al seguro de crédito y caución, la primera Directiva 73/239/CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, re-

glamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo, distinto del seguro de vida y a su ejercicio.

Transcribimos su texto completo:

EL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, el apartado 2 de su artículo 57.

Vista la propuesta de la Comisión.

Visto el dictamen del Parlamento Europeo.

Visto el dictamen del Comité Económico y Social.

Considerando que la primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo, distinto del seguro de vida y a su ejercicio, modificada por la Directiva 76/580/CEE, ha eliminado, para facilitar el acceso a la mencionada actividad y el ejercicio de la misma, determinadas divergencias existentes entre las legislaciones nacionales.

Considerando que la mencionada Directiva precisa, sin embargo, en la letra *d*) del apartado 2 del artículo 2, que no se aplicará en tanto no se produzca la coordinación ulterior que ha de tener lugar en el plazo de cuatro años a partir de la notificación de la presente Directiva, a las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con el apoyo del Estado; que la protección del asegurado prevista normalmente por la Directiva es proporcionada por el propio Estado, por cuanto las operaciones de seguro de crédito a la exportación se efectúan por cuenta o con la garantía del Estado y debe mantenerse, por lo tanto, la exclusión de dichas operaciones del ámbito de aplicación de la Directiva a la espera de una coordinación posterior.

Considerando que la mencionada Directiva precisa en la letra *c*) del apartado 2 del artículo 7 que, en tanto no se produzca la coordinación ulterior que ha de tener lugar en el plazo de cuatro años a partir de la notificación de la presente Directiva, la República Federal de Alemania podrá mantener la prohibición de acumular en su territorio el seguro de enfermedad, el seguro de crédito y caución o el seguro de defensa jurídica, bien entre sí, bien con otros ramos; que, a causa de ello, todavía subsisten obstáculos para el establecimiento de determinadas agencias y sucursales; que es necesario poner remedio a esta situación.

Considerando que los intereses de los asegurados están lo suficientemente protegidos, en lo que se refiere al seguro de caución, por la mencionada Directiva; que la posibilidad concedida por ésta a la República Federal de Alemania de prohibir la acumulación del seguro de caución con otros ramos debe suprimirse.

Considerando que las empresas de seguros cuyas operaciones de seguro de crédito representen más que una pequeña parte de sus operaciones totales deben constituir una reserva de estabilización no imputable al margen de solvencia; que dicha reserva debe calcularse conforme a los métodos fijados en la presente Directiva, que son reconocidos como equivalentes.

Considerando que la naturaleza cíclica de los siniestros cubiertos por el seguro de crédito exige que, para calcular la carga media de siniestralidad a los fines del apartado 2 del artículo 16 de la Directiva 73/239/CEE, el seguro de crédito debe asimilarse al seguro de riesgos de tormenta, granizo y helada.

Considerando que la naturaleza del riesgo cubierto por el seguro de crédito es tal que obliga a las empresas que lo cubren a constituir un fondo de garantía más elevado que el previsto actualmente por dicha Directiva.

Considerando que conviene conceder plazos suficientes a las empresas que deben cumplir dicha obligación.

Considerando que no es necesario imponer dicha obligación a las empresas cuyas actividades en este ramo no sobrepasen un determinado umbral.

Considerando que las disposiciones de la presente Directiva en lo que se refiere al seguro de crédito tienen por efecto que el mantenimiento, por parte de la República Federal de Alemania, de la prohibición de acumular el seguro de crédito con otros ramos deje de estar justificado y que, por lo tanto, se debe suprimir esta prohibición.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA

Artículo 1

La Directiva 73/239/CEE queda modificada de la siguiente manera:

1. La letra d) del punto 2 del artículo 2 se sustituye por el texto siguiente:

«d) En tanto no se produzca la coordinación ulterior, las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con la garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador.»

2. En la letra c) del párrafo segundo del apartado 2 del artículo 7, quedan suprimidas las palabras «el seguro de crédito y caución».

3. Se inserta el artículo siguiente:

«Artículo 15 bis

1) Cada Estado miembro obligará a las empresas establecidas en su territorio que cubran riesgos incluidos en el ramo clasificado en el punto A.14 del Anexo, en lo sucesivo denominado seguro de crédito, a constituir una reserva de estabilización que servirá para compensar la pérdida técnica eventual o la tasa de siniestralidad superior a la media que aparezca en este ramo al final del ejercicio.

2) La reserva de estabilización se calculará, según las reglas fijadas por cada Estado, con arreglo a uno de los cuatro métodos que figuran en el punto D del Anexo y que se consideran equivalentes.

3) Hasta los importes calculados con arreglo a los métodos que figuran en el punto D del Anexo, la reserva de estabilización no será imputable al margen de solvencia.

4) Los Estados miembros podrán eximir de la obligación de constituir una reserva de estabilización en el ramo de seguros de crédito a los establecimientos cuyos ingresos de primas o de cuotas para este ramo sea inferior al 4 por 100 de sus ingresos totales de primas o de cuotas y a 2.500.000 ECU.»

4. En el apartado 2 del artículo 16, la segunda frase se sustituye por el texto siguiente:

«No obstante, cuando las empresas sólo cubran esencialmente uno o varios de los riesgos de crédito, tormenta, granizo o helada, se tendrán en cuenta como período de referencia de la carga media de siniestralidad los siete últimos ejercicios sociales.»

5. El primer guión de la letra a) del apartado 2 del artículo 17 se sustituye por los guiones siguientes:

«— 1.400.000 ECU, respecto de los riesgos, o de una parte de ellos comprendidos en el ramo clasificado en el número 14 del punto A del Anexo. Esta disposición será aplicable a toda empresa cuyo importe anual de primas o cuotas emitidas en este ramo para cada uno de los tres

últimos ejercicios sobrepase 2.500.000 ECU o el 4 por 100 del importe global de las primas o cuotas emitidas por dicha empresa.

— 400.000 ECU, respecto de los riesgos, o de una parte de ellos, comprendidos en cualquiera de los ramos clasificados en el punto A del Anexo en los números 10, 11, 12, 13, 15 y, aunque no se aplique el primer guión, 14.»

6. En el apartado 2 del artículo 17 se añade la letra siguiente:

«d) Cuando una empresa que cubra el seguro de crédito deba alcanzar el fondo contemplado en el primer guión de la letra a) de 1.400.000 ECU, el Estado miembro de que se trate deberá conceder a dicha empresa:

- Un plazo de tres años para llevar el fondo a 1.000.000 de ECU.
- Un plazo de cinco años para llevar el fondo a 1.200.000 ECU.
- Un plazo de siete años para llevar el fondo a 1.400.000 ECU.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley de Propiedad Intelectual.*—En el *Boletín Oficial del Estado* del 17 de noviembre se publica esta Ley, de fecha 11 de noviembre de 1987, que sustituye a la centenaria de 1879 y que consta de 148 artículos: cinco disposiciones adicionales, ocho transitorias y una derogatoria.

Entre las novedades más importantes se encuentran las siguientes:

- Se establece un plazo de sesenta años después de la muerte para que los herederos de los autores puedan disfrutar de sus derechos, rebajando en veinte años el plazo hasta ahora vigente.
- Se reconoce y tutela el derecho de propiedad intelectual del autor por el solo hecho de la creación de la obra.
- Existe una expresa regulación del derecho moral, que, integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, tiene carácter irrenunciable e inalienable.
- Declara la nulidad de la cesión de derechos respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.
- Establece el derecho de participación proporcional de los ingresos derivados de la explotación de la obra.
- Se introduce el derecho del autor de artes plásticas a participar en el precio de venta de sus obras, así como el derecho de los autores, editores, productores y artistas e intérpretes ejecutantes

de las obras publicadas en forma de libro, fonograma o grabación audiovisual a obtener una remuneración compensatoria por las reproducciones efectuadas para uso personal.

- Regulación de los contratos de edición y representación, así como de las relaciones jurídicas derivadas de la creación de obras tecnológicamente avanzadas.

En el *Boletín Oficial del Estado* del mismo día (17 de noviembre) se publica una Ley orgánica con el tratamiento penal protector de la propiedad intelectual, castigando a los que intencionadamente reproduzcan, plagien, distribuyan o comuniquen públicamente las obras sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos de esta propiedad. También se protege penalmente en esta Ley la propiedad industrial.

2. *Ley de 11 de noviembre de 1987, sobre adopción.*—Se da nueva redacción a los artículos 172 a 180 del Código Civil, bajo la rúbrica «De la adopción y otras formas de protección de menores», y a los artículos 1.825 a 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que constituyen su título II del libro III, titulado «Del acogimiento de menores y de la adopción». Igualmente se redactan de nuevo los apartados 4 y 5 del artículo 9.º del Código Civil sobre el carácter y contenido de la filiación y la adopción.

Según su preámbulo, esta Ley configura la adopción como un instrumento de integración familiar y en beneficio del adoptado, rompiendo el vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación de una nueva relación de filiación de acuerdo con los artículos 108 y siguientes del Código Civil.

3. *Disposiciones sobre Contribución Territorial.*—La Ley 27/1987, de 11 de diciembre, regula los nuevos tipos de gravamen de las contribuciones urbana y de rústica y pecuaria, para cumplir el principio de reserva de Ley en materia tributaria, respetando a la vez la autonomía local en orden a la gestión de estos gravámenes, todo de acuerdo con la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero pasado. Se fija como tipo básico el 20 por 100, pero incrementable según los habitantes de cada municipio o por razón de capitalidad, transportes públicos u otros servicios de dichas localidades.

Por otra parte, el Real Decreto-ley 5/1987, de 11 de diciembre, establece que durante el ejercicio de 1988 se aplicarán los mismos líquidos imponibles y tipos evaluatorios que para 1987.

4. *Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.*—Lleva el número 29/1987, de fecha 18 de diciembre. Consta de una exposición de motivos, 40 artículos, dos disposiciones adicionales en las que se refor-

man los artículos 10 y 49 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, otras seis disposiciones transitorias y cuatro finales. Toda la Ley es importante, pues supone una modificación fundamental de la normativa vigente hasta ahora, con novedades muy salientes, que se detallan en su motivación.

Como la propia exposición de motivos de la Ley señala, es de destacar la mayor precisión del hecho imponible y, sobre todo, en lo referente a los beneficiarios de los seguros sobre la vida. Así, el impuesto se exigirá por:

a) La adquisición de bienes y derechos por herencia o cualquier otro título sucesorio.

b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito o *inter vivos*.

c) La percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguro sobre la vida cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario.

Novedad es la delimitación del impuesto a las personas físicas, resaltando su carácter de complementario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Los incrementos del patrimonio obtenidos por las personas jurídicas, por los conceptos ya mencionados, estarán sujetos al Impuesto sobre Sociedades.

También constituye innovación en el impuesto la nueva definición de su ámbito territorial. A este respecto, se elimina toda referencia a nacionalidad, tal y como ocurría en la regulación anterior, y se introduce el criterio de la residencia efectiva para delimitar la aplicación del impuesto. Esto entronca con el criterio existente en la actualidad en el IRPF y, por otra parte, con la legislación extranjera más próxima, así como con los convenios suscritos por España para evitar la doble imposición. Aparecen, entonces, los conceptos de obligación real y obligación personal de contribuir que ya se definen en el IRPF.

En cuanto a la base imponible del impuesto, estará constituida por el «valor real» de los bienes y derechos, deduciendo del mismo las cargas y deudas que lo aminoren. Dicho valor podrá ser comprobado por la Administración por los medios generales a que se refiere el artículo 52 de la Ley General Tributaria. Esto no constituye en sí ninguna novedad por cuanto se trata del criterio tradicional mantenido hasta ahora. La novedad la constituye el hecho de que el valor comprobado por la Administración, o el declarado por el contribuyente, en el caso de ser superior, será el aplicable a efectos de liquidar el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.

Se establece una tarifa única que sustituye a las siete existentes anteriormente. En segundo término, la Ley establece unos coeficientes multiplicadores que aumentarán el impuesto a ingresar dependiendo, por una parte, del grado de parentesco y del patrimonio preexistente del contribuyente. Es decir, pagará más impuesto aquel heredero que, en las mismas condiciones que otro, tenga un patrimonio superior. En tercer lugar, es nuevo el establecimiento, para las adquisiciones *mortis causa*, de unos mínimos exentos que se estructuran en forma de reducciones de la base imponible y que varían en función del grado de parentesco entre el causante y el causahabiente. Por último, y en cuanto a la gestión del impuesto, constituye una importante novedad la posibilidad de autoliquidación del impuesto. En efecto, la Ley prevé esta posibilidad, aunque será en el futuro desarrollo reglamentario de la Ley cuando se establecerá la regulación de la misma.

5. *Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Comunidades Autónomas*.—La Ley 32/1987, de 22 de diciembre, amplía el alcance y condiciones de la cesión de este impuesto a dichas Comunidades en los términos que se detallan en su artículo 2.º, a partir también del 1 de enero.

6. *Ley de Presupuestos del Estado para 1988*.—Es la Ley 33/1987, de 23 de diciembre. Como novedades salientes señalamos:

- El artículo 11 modifica los artículos 22, 23, 24, 25, 113 y 118 de la Ley de Contratos del Estado.
- En el artículo 12 se modifican los artículos 62, 63 y 95 de la Ley del Patrimonio del Estado, referente a la enajenación de sus bienes.
- El artículo 13 regula el Patrimonio de la Seguridad Social.
- El título VI contiene las normas tributarias, de gran interés en cuanto reforma varios impuestos que nos afectan.
- En la disposición adicional cuarta se fija el interés legal del dinero para 1988 en el 9 por 100, mientras que la demora a efectos de la Ley General Tributaria se fija en el 11,50 por 100.
- En la disposición adicional quinta se regula la asignación tributaria a fines religiosos.
- Y en la disposición transitoria séptima se regula lo referente al número de identificación fiscal.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Durante los meses de noviembre y diciembre de 1987 se han dictado las siguientes:

Andalucía

- Ley de 9 de diciembre de 1987, modificando determinados artículos de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad.

Cataluña

- Ley de 26 de noviembre de 1987, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalidad.

Madrid

- Ley de 18 de diciembre de 1987, por la que se prorroga la vigencia de la Ley 9/1985, de 4 de diciembre, especial para el tratamiento de actuaciones urbanísticas ilegales de la Comunidad de Madrid.

País Vasco

- Ley de 20 de noviembre de 1987, sobre creación de los Jurados Territoriales de Expropiación Forzosa.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Congreso de Derecho Eclesiástico Español.*—A mediados del mes de noviembre se ha celebrado este Congreso en Oviedo, organizado por la Facultad de Derecho de su Universidad, en cuyo Paraninfo se inauguró con una intervención del Director general de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia. La clausura corrió a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional.

Se desarrollaron dieciséis ponencias sobre estos temas: Sistemas de pactos de las confesiones religiosas con el Estado a la luz de sus fines y de los principios constitucionales. Otros asuntos sometidos a estudio giraron sobre la colaboración autonómica, los Tribunales eclesiásticos, la asistencia religiosa en centros públicos, la enseñanza, el matrimonio, la presencia de la Iglesia en los medios de comunicación y el patrimonio histórico-artístico.

2. *Jornadas Comunitarias del Seguro del Automóvil.*—La entrada

en España en las CEE ha sido el motivo de estas reuniones, en las que se han estudiado las Directivas en materia de responsabilidad civil por accidentes, los nuevos sistemas de liquidación de daños y la necesaria reforma del sistema procesal en materia de accidentes de tráfico. Otro tema importante debatido, ha sido el estudio de la nueva Directiva de defensa jurídica, que deberá entrar en vigor antes del 1 de julio de 1990.

Las Jornadas fueron inauguradas por el señor PEDROL RIUS, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

3. *I Simposium Internacional de Crédito Agrario*.—Con motivo de conmemorar el 25 aniversario de la fundación del Banco de Crédito Agrícola, se han celebrado en Madrid, a mediados de noviembre, varias conferencias sobre este tema, bajo el lema «De la especialización a la Banca universal», en las que se ha estudiado el futuro del crédito agrícola, los Bancos cooperativos en la CEE, las experiencias en Francia, Dinamarca, Alemania, Irlanda y Estados Unidos, todo ello encaminado al futuro de la financiación agroalimentaria española, intentando conseguir la universalización de los servicios a prestar por el Banco organizador y las Cajas Rurales.

4. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—Dos actos importantes hemos de reseñar: Por orden cronológico, el 16 de noviembre, apertura del curso 1987-88, y el 14 de diciembre, lectura del Discurso de ingreso de don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

Primero hablaremos de éste, ya que el nuevo académico es Presidente del Consejo de Redacción de la *Revista*, y ello nos alegra por el prestigio que supone. El tema elegido por el recipiendario fue «La doctrina del enriquecimiento injusto», desarrollado magistralmente y seguido con gran atención por el numeroso público que llenaba totalmente el salón de actos de la Corporación de la calle Marqués de Cubas. El discurso comenzó con el obligado preliminar de recuerdo al anterior académico, maestro de muchos de nosotros, el Profesor FEDERICO DE CASTRO; después, entrando en materia, centró el estudio para pasar a las distintas construcciones doctrinales sobre el enriquecimiento sin causa y terminar con la opinión propia del nuevo académico en la reconstrucción del problema, desentrañando los diversos tipos y supuestos particulares. Fue contestado por el académico, Notario de Madrid, don MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, quien expuso los méritos del recipiendario y le felicitó por su ingreso, como nosotros lo hacemos con gran complacencia, como Presidente de la *Revista* y amigo.

La apertura del curso tuvo lugar el 16 de noviembre, como ya hemos dicho, con la lectura del resumen del curso anterior por el Secretario de la Real Academia, Vocal de nuestro Consejo de Redacción, don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, pronunciando después el discurso inaugural el

Presidente de la Corporación, don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, sobre el tema «Ante la teoría pura del Derecho».

5. *Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*.—Organizados por el Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de dicha Universidad se han celebrado en San Sebastián una serie de Conferencias bajo el rótulo genérico de «Aspectos notariales y registrales de las sociedades cooperativas», en los días 24 a 27 de noviembre pasado, con el siguiente programa:

- «Función notarial y persona jurídica», por don JOAQUÍN DE PRADA, Notario.
- «Comentario sobre el estudio comparativo de las sociedades cooperativas en Europa, con especial referencia al régimen de las sociedades cooperativas en los países del Benelux», por el señor SCHWACHTGEN, Notario.
- «Planteamiento total de los Registros públicos, su división en Registros administrativos y Registros jurídicos, y especial nota crítica del Registro de Cooperativas», por don JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA, Registrador.
- «Las cooperativas en Italia: control estatal e intervención notarial», por don MARIO MICOLI, Notario.
- «La constitución de las sociedades cooperativas y el papel del Notario», por don ANTONIO VENTURA-TRAVERSE, Notario.
- «La publicidad registral y la legislación de cooperativas», por don JUAN ANTONIO PÉREZ DE LEMA, Registrador.
- «Garantías formales para la eficacia de la transformación y extinción de las cooperativas», por don JAVIER MANRIQUE PLAZA, Notario.
- «El régimen jurídico de los sociedades cooperativas en Alemania Federal», por don HELMUT FESSLER, Notario.
- «Algunos aspectos de la problemática registral en la Ley General de Cooperativas», por don NARCISO PAZ CANALEJO.

6. *Jornadas sobre Sociedades Agrarias de Transformación*.—Organizadas por la Confederación Nacional de dichas asociaciones han tenido lugar en Madrid, durante los días 3 y 4 de diciembre pasado, estas Jornadas, en las que se ha estudiado como tema general la «Viabilidad futura de las Sociedades Agrarias de Transformación».

Se desarrollaron las siguientes ponencias:

- 1.^a «Incidencia de las SAT en el sector agrario español».—Ponente: don JOSÉ IGNACIO GONZÁLEZ PINILLA, del Instituto de Relaciones Agrarias.

- 2.^a «La SAT como fórmula para el desarrollo de la empresa asociativa agraria».—Ponente: don JESÚS NAVARRO CARO, del Instituto de Relaciones Agrarias.
- 3.^a «Las organizaciones de productores».—Ponente: don EUFEMIO OLMEDO GONZÁLEZ, Jefe del Servicio de Estructuras Económicas y Relaciones Interprofesionales del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- 4.^a «Las SSAATT ante el régimen fiscal general. Impuesto de Sociedades».—Ponente: don LUIS VIDIELLA ALEIXANDRI, Economista, Censor Jurado, Asesor fiscal de Federación de SAT de Cataluña.
- 5.^a «Protección fiscal de las SSAATT. Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».—Ponente: don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad número 18 de Madrid, Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho Agrario.
- 6.^a «Ley de SAT. Seguridad jurídica de estas sociedades».—Ponente: don JULIO OLANO MARTÍNEZ, Abogado, Secretario General de la Confederación Nacional de SAT.

LA REDACCIÓN

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

2

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 10 de junio de 1987.*—DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—No se viola el artículo 24, 1, de la Constitución si la prueba no admitida no es básica para la cuestión; tampoco si la sentencia es congruente, aunque sea dictada por Juez distinto de aquel que celebró la vista.—Sala Primera.—Recurso de amparo número 458/1986.

Hechos.—1. Don Luciano Guillén López y don José López García interponen recurso de amparo constitucional contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro (Ávila) el 9 de enero de 1986, recaída en apelación de los autos de juicio verbal civil número 81/1984, procedente del Juzgado de Distrito del mismo partido.

Solicita que se declare la nulidad de la sentencia impugnada reconociendo el derecho de los recurrentes a que se practique la prueba documental admitida y no efectuada, y a que se dicte posteriormente una sentencia congruente con las pretensiones deducidas oportunamente en la apelación y por el Juez que haya conocido de la misma.

2. La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

a) El 15 de octubre de 1984 se presentó, ante el Juzgado de Distrito de Arenas de San Pedro, por parte de los solicitantes de amparo, demanda de juicio verbal civil ejercitando acción confesoria de servidumbre.

Admitida a trámite la demanda y celebrada la vista del juicio, se admitieron las pruebas propuestas por los demandantes, entre ellas una documental consistente en que por el Ayuntamiento de Lanzahíta se expidieran certificaciones en relación con acuerdos municipales y datos obrantes en sus archivos.

b) Practicada la prueba propuesta y admitida, excepto la documental pública a que se ha hecho referencia, por haberse negado el Ayuntamiento de Lanzahíta a expedir las certificaciones solicitadas, se dictó el 9 de febrero de 1985 sentencia por la que se desestimaba en todas sus partes la demanda.

c) Interpuesto recurso de apelación ante el Juzgado de Primera Instancia del partido, se celebró la vista con la única presencia de los apelantes, que expusieron las consideraciones que constan en el acta levantada al efecto. En dicho acto por la dirección letrada de los apelantes se hizo constar expresamente que se solicitaba la práctica de la prueba docu-

mental propuesta en Primera Instancia, donde no se pudo verificar como consecuencia de la negativa del Ayuntamiento. Se hizo constar, a tales efectos, la posible violación del artículo 24 de la Constitución.

El Juzgado de Primera Instancia, en Resolución de 9 de enero de 1986, revocó la sentencia apelada y, sin entrar en el fondo del pleito, estimó la excepción planteada de falta de legitimación pasiva.

La vista de la apelación se celebró ante el Juez titular del Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro, habiéndose dictado, en cambio, la sentencia por el Juez de Distrito, en funciones de Juez de Primera Instancia, casi un año después de celebrada la mencionada vista.

3. Los fundamentos jurídicos de la demanda son los siguientes:

a) Se ha producido una evidente vulneración del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho a la defensa, con violación del artículo 24, 1, de la Constitución, ya que el juzgador ha apreciado una excepción procesal que fue tácitamente rechazada en la sentencia apelada.

b) Se ha producido una vulneración del principio de congruencia íntimamente ligado a la anterior. Con independencia de la defectuosa construcción de la sentencia impugnada, ésta asume como «hecho probado» dos excepciones perentorias que se plantearon en la contestación a la demanda. Esta desviación de la sentencia es de tal naturaleza que en realidad se trata de un caso de *reformatio in peius*.

c) La sentencia vulnera también el artículo 24, 2, de la Constitución al negar, sin fundamento alguno, la práctica de una prueba propuesta y admitida en la Primera Instancia, no practicada por la negativa del órgano administrativo obligado a facilitarla y absolutamente necesaria para fallar el pleito.

d) En último término, se ha vulnerado también el artículo 318 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por consecuencia, el artículo 24 de la Constitución al infringirse el principio de la inmediación judicial, en tanto la vista, y, por tanto, la defensa del recurso, se realizó ante un Juez distinto al que finalmente dictó la sentencia.

Fallo.—Desestimatorio.

Fundamentos jurídicos.—1. Las cuestiones que este recurso plantea son tres: 1) Decidir si ha incurrido en incongruencia e indefensión la sentencia que, en grado de apelación, desestima el recurso interpuesto contra la dictada sobre el fondo en Primera Instancia, y, sin embargo, la revoca por entender que no ocurre legitimación activa ni pasiva en la relación procesal constituida. 2) Si infringe el derecho a la prueba la sentencia que se dicta sin que se practique un medio probatorio que habría sido previamente admitido. 3) Resolver si quebranta el derecho al proceso debido, causando indefensión y vulnerando la inmediación judicial, la circunstancia de que la sentencia sea dictada por un Juez distinto de aquel que celebró la vista.

2. Respecto al primero de los problemas, es sabido que un Tribunal no puede resolver, a menos que incurra en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquellas que le son formuladas por las partes. Le está vedado también alterar los términos del debate, resolviendo problemas que no han sido planteados por los litigantes.

En el proceso judicial previo, que ahora examinamos, se ejercitó una acción confesoria de servidumbre, que fue desestimada en cuanto al fondo por la sentencia de Primera Instancia con el argumento, entre otros, de que la acción ejercitada no puede prosperar porque la servidumbre que regula el artículo 585 del Código Civil exige que los predios dominante y sirviente sean colindantes, lo que no era el caso (considerando segundo, inciso último, de la resolución de instancia), argumento que es repetido por el denominado hecho probado dos de la sentencia de apelación.

Esta, en su identificación con la de instancia, afirma en el hecho probado uno: «Haciendo nuestros los hechos probados que se especifican en los considerandos de la sentencia recurrida, procede, en primer lugar: Estimar la excepción planteada en la contestación a la demanda de falta de legitimación activa y pasiva».

Resulta, por tanto, que, por encima de la dicción empleada, de la técnica errónea utilizada, y de la deficiente construcción de la sentencia definitiva, hay una identificación completa entre la sentencia de instancia y la de la apelación.

La aparente y única diferencia radica en que siendo el mismo fondo desestimatorio el de una y otra, la de instancia considera que lo que no existe es derecho, en tanto que la de apelación niega legitimación activa y pasiva, pero por ausencia de derecho.

Que esto es así, se acredita, además de por lo razonado, por las mismas alegaciones del recurrente en amparo, quien niega que el demandado planteara la excepción de falta de personalidad y que lo que planteó fue una cuestión de fondo.

Si todos los intervinientes en el proceso están de acuerdo en que lo planteado en ambas instancias y resuelto por ambas sentencias es lo mismo, es obvio que el principio de congruencia no alcanza a proteger a los litigantes de razonamientos jurídicos defectuosos o equivocados. Tampoco se produce indefensión por la circunstancia de que los derechos de las partes sean calificados de una o de otra manera, ya que por encima de las palabras empleadas, en la sentencia de apelación no se han alterado los términos del debate propuesto por las partes, ni se han resuelto cuestiones que no hayan sido planteadas por ellas.

3. Por lo que hace a la vulneración del artículo 24, 2, de la Constitución, que, en opinión del demandante, supone el hecho de no haber realizado la prueba documental propuesta y admitida, cabe decir que la infracción denunciada se produce cuando como consecuencia de la omisión probatoria los derechos de las partes quedan desprotegidos.

A estos efectos, la documental admitida y no practicada pretendía acreditar la naturaleza de bien patrimonial o de dominio público que correspondía a una franja de terreno que separaba las propiedades de los litigantes. Las sentencias de instancia y de apelación consideran irrelevante este extremo, puesto que la acción confesoria ejercitada, regulada en el artículo 585 del Código Civil, se fundamenta en que los predios dominante y sirviente sean colindantes, y como los predios de los litigantes están separados por un terreno propiedad del Ayuntamiento no existe la colindancia que el artículo 585 del Código Civil requiere. De este modo, lo relevante en la decisión no es la naturaleza pública o patrimonial del terreno que separa ambos predios, sino el que éstos no son colindantes.

Este razonamiento judicial, que hace innecesaria la prueba propuesta por el demandante, no es caprichoso ni arbitrario, y por éste no se ha

alegado nada que acredite que la realización de la prueba omitida hubiera modificado la solución del pleito.

Lo expuesto comporta que tampoco, en este extremo, se pueda entender producida la vulneración del derecho fundamental denunciado.

4. En lo referente a la infracción consistente en que el pleito no haya sido fallado por el Juez ante quien se celebró la vista, este Tribunal tiene declarado que pese a la trascendencia que desde el punto de vista de los derechos fundamentales amparados por la Constitución puede tener en la aplicación de las normas procesales, es claro que no toda infracción procesal tiene relevancia constitucional. En el asunto que resolvemos, y en el punto concreto que ahora analizamos, el demandante alega que se ha infringido el derecho al Juez predeterminado por la Ley; pero este derecho lo que garantiza, para un supuesto como el controvertido, es que la apelación de un juicio verbal civil sea resuelta por un Juez de Primera Instancia o por quien funcionalmente haga sus veces. Es evidente que esa garantía ha sido otorgada en el proceso previo. La norma constitucional no se extiende a garantizar un Juez concreto, como pretende el recurrente.

Se alega también que la sustitución del Juez que presidió la vista del recurso de apelación por el que dictó la sentencia que resolvió dicho recurso ha causado indefensión al demandante. Basta, sin embargo, una lectura del acta de la vista, en la que se plasmaron de modo detallado los motivos y causas de impugnación de la sentencia de instancia, para comprender que no se ha producido la indefensión denunciada, pues las alegaciones del demandante-apelante se incorporaron a las actuaciones y han tenido que ser examinadas por quien definitivamente ha resuelto el litigio, lo que no habría ocurrido si el acta de la vista hubiese sido breve y sucinta.

2. *Sentencia de 3 de junio de 1987.*—ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE AMPARO.—Es preciso agotar antes los recursos previstos en la legislación procesal. Se debió acudir al recurso de queja antes de formular el de amparo.—Sala Primera.—Recurso de amparo número 298/1986.

Hechos.—1. El Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios interpone recurso de amparo contra providencia del Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona.

2. Los hechos que se exponen en la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) La actora formuló solicitud de que fuese declarado en estado legal de quiebra don Jaime Vila Mariné, procediéndose así por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona.

b) Con fecha 23 de octubre de 1985, el Juzgado dictó providencia, confirmando íntegramente el estado de acreedores confeccionado por los comisarios, excluyendo un crédito de la hoy demandante de importe 500 millones de pesetas. Contra dicha providencia interpuso el Fondo de Garantía de Depósitos recurso de reposición, desestimado por Auto de 30 de diciembre de 1985.

c) Contra la resolución anterior se interpuso recurso de apelación, en el que —se dice en la demanda— se incurrió en error mecanografiado en la parte expositiva del mismo, al referenciarse el artículo 881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lugar del artículo 381 de la misma Ley.

Por Providencia de 13 de enero de 1986, se declaró no haber lugar al recurso interpuesto por haberse citado el artículo 881 de la Ley procesal, derogado en la actualidad.

d) Contra dicha providencia se interpuso recurso de reposición, en el que se alegó —se indica en la demanda— «que dicho error no puede impedir la tutela efectiva del Tribunal *ad quem*, puesto que se vulneraría el artículo 24, 1, de la Constitución». Por Auto de 17 de febrero de 1986, se desestimó este recurso, confirmándose la resolución anterior y añadiéndose que contra los autos resolutorios de los recursos de reposición sólo cabe el de apelación en un solo efecto, y que al haber sido interpuesto en dos efectos en este caso procedería rechazar la apelación así intentada.

e) Contra este auto se interpuso, al amparo de lo prevenido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de reposición previo al de queja, declarándose no haber lugar al mismo mediante Providencia de 25 de febrero de 1986.

3. La fundamentación en Derecho de la demanda de amparo es, resumidamente expuesta, la que sigue:

a) Afirma la representación actora que el juzgador *a quo* ha negado de modo sistemático a la demandante la posibilidad de poder ejercer el derecho constitucional a obtener la tutela efectiva de los Tribunales.

b) Se advierte, al efecto, que la inicial motivación dada por el Juzgado de Primera Instancia para inadmitir el recurso de apelación en su día intentado fue la invocación errónea de un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien —se observa—, tal error fue «únicamente mecanografiado, en la medida de que en el *petitum* del escrito de interposición se transcribía literalmente parte del artículo correcto y se consignaba claramente la voluntad de mi mandante de interponer recurso de apelación». Considera la recurrente que la «magnificación de dicho error mecanografiado» hasta el extremo de disponer la inadmisión del recurso, ha supuesto lesión en el derecho fundamental enunciado en el artículo 24, 1, de la Constitución, derecho que no puede ser comprometido u obstaculizado acudiendo a interpretaciones o aplicaciones contrarias al espíritu y finalidad de las normas procesales. Se invoca la Sentencia de este Tribunal 57/1984, de 8 de mayo.

c) En cuanto a la «nueva justificación» aportada en el Auto de 17 de febrero de 1986 (haber sido indebidamente interpuesto el recurso de apelación en ambos efectos), se aduce que aun reconociendo que el recurso sólo será admisible en un efecto, no por ello habría éste de inadmitirse, recordándose, para interpretar así el artículo 381, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el aforismo «quien pide lo más pide lo menos». También, por ello, habría violado en esta resolución el juzgador *a quo* el derecho reconocido en el artículo 24, 1, de la norma fundamental.

En el *petitum* se reitera la impugnación de la Providencia de 13 de enero de 1986, cuya declaración de nulidad se interesa, y como consecuencia de tal nulidad, se pide asimismo la nulidad de las subsiguientes resoluciones confirmatorias recaídas.

En otrosí se pide se acuerde la suspensión del procedimiento del que trae causa la providencia impugnada, «a fin de no impedir la efectividad de la pretensión de este proceso constitucional».

El segundo otrosí, invocándose el artículo 2 del Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 20 de diciembre de 1982, y afirmando haber gozado la actora del beneficio procesal de pobreza en el procedimiento que antecede (así declarado por Providencia de 2 de enero de 1984, del Juzgado de Primera Instancia núm. 11), se pide se conceda el beneficio de justicia gratuita en el presente proceso constitucional.

4. Mediante Providencia del día 14 de mayo de 1986, la Sección Segunda acordó poner de manifiesto a la representación actora y al Ministerio Fiscal, a efectos de que formularan las alegaciones pertinentes, la posible existencia en el recurso de la causa de inadmisión, regulada en el artículo 50, 1, b), en relación con el artículo 44, 1, a), ambos de la LOTC, por no haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. En sus alegaciones, la representación de la Entidad recurrente negó la existencia de tal causa de inadmisión, observando que, pese a haberlo pedido así en el escrito mediante el que interpuso recurso de reposición contra el Auto de 17 de febrero de 1986, el juzgador omitió el libramiento del testimonio interesado para interponer el recurso de queja previsto en los artículos 399 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso por concurrir en el mismo la causa advertida, toda vez que el recurso de amparo se interpuso sin previa formalización del de queja, incumpléndose así la exigencia prevenida en el artículo 44, 1, a), de la LOTC.

Fallo.—Sin entrar en el fondo de la cuestión, que sería interesante, puesto que se dilucida si el error mecanográfico al citar un número equivocado de un precepto tendría relevancia para rechazar una petición, el Tribunal Constitucional atiende a la alegación del Ministerio Fiscal y DESESTIMA el amparo tan sólo porque no se acudió antes al recurso de queja ante la Audiencia Territorial, previsto como recurso normal en la legislación procesal.

Fundamentos jurídicos.—1. No es posible entrar en el examen de la pretensión de amparo aquí deducida sin dar antes respuesta a lo alegado por el Ministerio Fiscal, para quien la presente queja resultaría inadmisibles —merecedora, en este estadio del procedimiento, de decisión desestimatoria—, al quedar afectada por la causa al efecto prevista en el artículo 50, 1, b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en relación con lo dispuesto en el apartado 1, a), del artículo 44 de la misma Ley Orgánica; esto es, por no haber agotado el demandante, antes de la presentación de la demanda de amparo, todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. Se opone este alegato sobre la base de que por la representación actora se omitió en su día la interposición del recurso de queja, previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para pedir la revocación de la resolución del Juez de Primera Instancia que denegase, como aquí efectivamente ocurrió, la admisión del recurso de apelación intentado por la parte.

Es doctrina muy reiterada de este Tribunal (por todas las resoluciones en este sentido, STC 53/1983, de 20 de junio) que los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado un recurso de amparo no resultan sanados sólo porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite, de tal forma que el examen de estos presupuestos para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse o reemprenderse en la sentencia, de oficio

o a instancia de parte, para llegar, en su caso, y si tales defectos son entonces apreciados o confirmados, a la desestimación del recurso. Este eventual examen, ya en la sentencia, de las condiciones de admisibilidad del recurso no queda impedido, desde luego, por el hecho de que en su día decidiera la Sala la apertura del trámite previsto en el artículo 50 de la Ley Orgánica de este Tribunal, pues en tal caso, la resolución preliminar de admisión dictada tras la sustanciación de dicho incidente puede adoptarse con el fin de posponer la consideración del defecto o defectos inicialmente advertidos a una fase ulterior en el procedimiento, ya porque lo alegado entonces por el actor en defensa de la viabilidad de su recurso suscite problemas nuevos de cuya resolución dependa la decisión sobre la admisión, ya porque, en todo caso, se juzgue conveniente aguardar hasta el momento en que las actuaciones correspondientes obren ante este Tribunal (art. 51 de la Ley Orgánica de este Tribunal) para resolver —con una cognición más amplia y en favor justamente del mantenimiento con vida del recurso— sobre un problema de admisibilidad que muestre alguna complejidad peculiar.

Así ocurrió en este caso. Ante la Providencia del día 14 de mayo de 1986, mediante la que se puso de manifiesto la posible falta de agotamiento de los recursos utilizables, la representación actora negó la existencia de tal defecto —también apreciado por el Ministerio Fiscal en su informe— aduciendo que el recurso de queja no pudo ser interpuesto, ya que en su última resolución (Providencia de 25 de febrero de 1986) el Juzgado declaró no haber lugar a la reposición que le fue entonces pedida, omitiendo toda decisión sobre la expedición del testimonio también interesado por la parte; todo lo cual —se concluyó— habría producido «una clara vulneración» de lo prevenido en el artículo 24, 1, de la Constitución. Se vino así a negar la existencia de la causa de inadmisión advertida aduciendo una actuación impeditiva del Juzgado de Primera Instancia para el planteamiento de la queja; actuación que habría vulnerado, una vez más, el derecho a la tutela judicial efectiva. Este nuevo y más complejo planteamiento aconsejaba remitir el examen de la admisión del recurso, sin prejuzgarlo en ningún sentido, hasta el momento de su resolución por sentencia, tras el examen de las actuaciones judiciales para comprobar la veracidad de las afirmaciones iniciales del recurrente.

2. A la vista de estas actuaciones no cabe acoger lo argüido por la representación actora para dar razón de su interposición del recurso de queja establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es claro, en efecto, que la Providencia de fecha 25 de febrero de 1986, mediante la que el Juzgado de Primera Instancia resolvió no haber lugar a la reposición pedida, no menoscabó —ni por tal rechazo preliminar de la reposición, ni por omitirse entonces cualquier referencia al testimonio que se pidiera por la parte— el derecho fundamental declarado en el artículo 24, 1, de la Constitución. En cuanto a lo primero, porque el juzgador razonó entonces suficientemente el porqué de la inadmisión de la nueva reposición interesada (sucesiva —y por ello improcedente— a la deducida frente al Auto del día 30 de diciembre). En cuanto a lo segundo, porque la falta de toda referencia a la solicitud de expedición del testimonio en esta resolución no descartó, como es evidente, el deber del Juez de ordenar, en el plazo que dice el citado artículo 398, su entrega a la parte para interponer la queja. Por lo demás, esta petición del testimonio de la

resolución por la que la apelación se inadmitió se debió ya formular por quien hoy demanda en su inicial recurso de reposición frente al Auto del día 13 de enero de 1986, no habiéndolo hecho así la actora, como es de ver en su escrito del día 17 del mismo mes, y sí sólo en la nueva reposición planteada, e inviable como tal, según se le advirtió por el juzgador.

Se sigue de todo ello, en definitiva, que la hoy demandante nada puede reprochar al Juzgado de Primera Instancia en orden al rechazo de la segunda reposición que intentara y también, por lo mismo, que tal rechazo —no lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva— en nada impidió a la representación actora acudir al recurso de queja frente al Auto de 17 de febrero de 1986, por el cual se desestimó el recurso de reposición planteado contra la providencia que inadmitiera la apelación. Que tal recurso de queja era aún utilizable le constaba a la actora, cuando menos, desde que se notificó a su representación, el día 20 de marzo de 1986, la Providencia del día 14 del mismo mes, mediante la cual el Juzgado denegó el libramiento del testimonio pedido —esta vez para incorporarlo a la demanda de amparo constitucional— con el argumento de que se hallaba aún pendiente, «en su caso», el recurso de queja. Esta última providencia, que tan abiertamente desmiente las protestas de la parte por habersele obstaculizado la interposición del recurso de queja, fue, sin embargo, silenciada por el demandante en sus alegaciones deducidas en el incidente de inadmisión y sólo ha sido conocida por este Tribunal, en consecuencia, al recibir del juzgador *a quo* las correspondientes actuaciones.

No hubo, pues, nada que impidiera a la parte acudir en queja ante la Audiencia para solicitar la revocación de la resolución que inadmitió su recurso de apelación. No surgió tal obstáculo de la Providencia de 25 de febrero de 1986, por la que el juzgador se limitó a rechazar un recurso de reposición sin duda improcedente. Tampoco entonces el órgano judicial descartó la viabilidad de la queja y, en todo caso, cualquier duda de la hoy demandante al respecto quedó despejada por el claro tenor de la antes citada Providencia del día 14 de marzo. Y ni siquiera en la hipótesis de que el testimonio para interponer la queja hubiese sido expresamente denegado quedaba eximida la actora de la carga de interponer ese recurso para dar cumplimiento a lo que se dispone en el artículo 44, 1, a), de la Ley Orgánica de este Tribunal, pues, como se dijo en el ATC 154/1984, de 7 de marzo, tal eventual negativa no impide a la parte perjudicada, aun sin el testimonio, formalizar la queja ante la Audiencia para que ésta decida sobre la procedencia de la admisión del recurso de apelación y la entrega del referido documento.

La demandante, en suma, omitió voluntariamente la interposición de un recurso sin duda hábil para defender en las vías ordinarias el derecho que hoy dice vulnerado, incumpliendo así un presupuesto procesal que se ordena a la preservación de la naturaleza subsidiaria de este proceso constitucional. Su petición de amparo acogiendo lo interesado por el Ministerio Fiscal ha de ser ahora desestimada.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JUAN PABLO RUANO BORRELLA y
RICARDO EGEA IBÁÑEZ

LAS INSCRIPCIONES POSTERIORES A UNA ANOTACION DE EMBARGO CONSTITUYEN UN OBSTACULO REGISTRAL EN CUANTO A LA ADJUDICACION EN EL PROCEDIMIENTO QUE MOTIVO AQUELLA, POR LO QUE ES NECESARIA SU PREVIA CANCELACION PARA PODER INSCRIBIR LA CUOTA EJECUTADA —A LA QUE AFECTABA LA ANOTACION— A FAVOR DEL ADJUDICATARIO (RESOLUCIÓN DE 31 DE JULIO DE 1987. «BOE» DE 21 DE AGOSTO DEL MISMO AÑO).

I. *Supuesto de hecho.*—1º En los autos ejecutivos seguidos el día 5 de noviembre de 1982 ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de Madrid, a instancia de «Philips Ibérica, S. A. E.», contra don Francisco Javier Torres del Molino sobre reclamación de la cantidad de 7.000.000 de pesetas de principal, intereses legales, gastos y costas, se despachó ejecución contra los bienes del demandado, embargándose por Providencia de 5 de enero de 1982 la participación de una quinta parte indivisa que le correspondía en *pro indiviso* y a título de herencia con cuatro hermanos en una finca urbana sita en la calle Divino Pastor, número 12, de Madrid.

Con fecha 12 de mayo de 1983 se dictó sentencia de remate por la que se mandaba seguir la ejecución despachada, haciendo trance y remate de los bienes embargados. Por Providencia de 28 de junio de 1984 se libró mandamiento al señor Registrador de la Propiedad número 5 de Madrid (hoy 27), a fin de que se lleve a cabo la anotación preventiva de embargo del bien trabado, que fue practicada el día 19 de julio del mismo año.

El 26 de octubre de 1984 se practicó la inscripción de la escritura de partición de herencia, otorgada el día 16 de julio anterior ante el Notario don Domingo Irurzun Goicoa, por la que al fallecimiento de don Luis Torres del Molino se adjudicó una quinta parte de la herencia por séptimas partes y *pro indiviso* a sus herederos, y el 24 de noviembre de ese mismo año se expidió por el Registrador de la Propiedad la certificación de cargas prevenida en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ella, conforme a los artículos 230 de la Ley Hipotecaria y 345 y 353 de su Reglamento, se hizo constar el titular de la cuota embargada, la anotación de embargo y, literalmente, el asiento de presentación de la escritura de partición anteriormente citada, en la que don Carlos Torres

del Molino y 14 señores más constituyen en régimen de propiedad horizontal la casa sita en la calle Divino Pastor, número 12, de Madrid, dividiéndola en 16 fincas independientes, adjudicándose seguidamente entre ellos los pisos resultantes de dicha división.

Por Providencia de 13 de diciembre de 1984 se libró mandamiento al Registrador para que certificara lo que respecto a la finca embargada resultara del Registro, y así extendió certificado, con fecha 8 de enero de 1985, en el que se hace constar que la citada finca aparece inscrita por partes indivisas a favor de sus titulares, con la anotación preventiva de embargo sobre la quinta parte indivisa propiedad del demandado, a favor de «Philips Ibérica, S. A. E.».

El día 29 de mayo de 1985 se inscribe la escritura de partición de herencia, otorgada el 16 de julio de 1984, por la que al fallecimiento de don Vicente Torres del Molino se adjudica la quinta parte indivisa que le corresponde en la referida finca, por quintas partes y *pro indiviso* a sus herederos.

El 7 de junio de 1985 se inscribió la escritura anteriormente citada, por la que los comuneros se adjudican los pisos o locales resultantes de la división.

Iniciada la vía de apremio, fue valorada la quinta parte indivisa embargada en la suma de 6.400.000 pesetas, ofreciendo la Sociedad demandante en tercera subasta la suma de 3.200.000 pesetas. Solicitando «Philips Ibérica, S. A. E.», la adjudicación de la citada quinta parte indivisa, fue aprobado el remate por resolución del Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de Madrid, con fecha 29 de noviembre de 1985.

2.º Presentado testimonio de la citada resolución en el Registro de la Propiedad número 27 de los de Madrid, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la quinta parte indivisa de la finca que se adjudica en el precedente documento judicial por observarse el siguiente obstáculo que surge del Registro (art. 100 del Registro Hipotecario): La referida finca en régimen de comunidad ordinaria, sobre cuya quinta parte indivisa se anotó el embargo, aparece ahora constituida en régimen de propiedad horizontal y dividida en fincas independientes (artículos 400 y 401, 2.º, del Código Civil) mediante la adjudicación a los comuneros, en proporción a sus cuotas, de los 16 pisos o locales que la integran: Tres de los cuales resultan inscritos por adjudicación en disolución de comunidad a nombre del comunero-deudor, y los 13 restantes a favor de otros 14 comuneros no deudores, según así consta de la inscripción 3.ª de la finca 229, folio 142, del tomo 4, y de las inscripciones 1.ª de las fincas números 2.752 al 2.782, en su numeración par, folios del 106 al 151 del tomo 36 del Archivo. No se ha tomado anotación de suspensión sobre las tres fincas inscritas en propiedad exclusiva a nombre del comunero-deudor en pago de su haber o cuota en la comunidad romana extinguida, porque no se ha solicitado, no obstante haberse propuesto y notificado el proyecto del posible asiento a practicar —en base a los artículos 400 y 401, 2.º, en relación con los artículos 399 y 450 del Código Civil, y con el apoyo de los artículos 258 de la Ley Hipotecaria y 358 de su Reglamento, siempre que hubiera mediado la conformidad, formalmente prestada, del actual adjudicatario o nuevo titular—. Contra esta calificación cabe interponer recurso ante el excelentísimo señor Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, y después, en su caso, recurso de apela-

ción ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a la regulación de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.—Madrid, 14 de noviembre de 1986.—El Registrador.—Firmado, Pablo A. Torres Bollain».

3.º El Procurador de los Tribunales don Paulino Monsalve Guerra, en representación de «Philips Ibérica, S. A. E.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la doctrina procesal considera que en el embargo hay que ver, ante todo, el efecto de un acto de voluntad y de autoridad del órgano jurisdiccional, por el cual los bienes y derechos del deudor a los que se refiera son declarados y quedan adscritos o afectados a la satisfacción del crédito del acreedor, así con el embargo adquiere el acreedor el derecho a que los bienes a los que afecta sean conservados en forma tal que cualquier acto de disposición del deudor sobre los mismos no produzca impedimento a la hora de su realización y a la fecha del embargo sirve de *dies a quo* para la aplicación del principio de prioridad. Que trasladando los principios anteriores al caso concreto: 1) Con fecha 19 de julio de 1984 (*dies a quo*) se practicó en el Registro de la Propiedad número 5 (hoy 27) de Madrid anotación preventiva de embargo, acordada por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid. El bien afectado por el embargo es una quinta parte indivisa que correspondía en *pro indiviso* al deudor, don Francisco Javier Torres del Molino, en la finca urbana número 12 de la calle Divino Pastor de Madrid, y a partir de la fecha citada, el bien embargado quedó afectado al pago de la deuda que el señor Torres mantenía con «Philips Ibérica, S. A. E.», y cualquier acto de disposición que el deudor realizara sobre el bien embargado no puede, por imperativo legal, y por razones obvias de existencia de la institución jurídica llamada «embargo», producir impedimento ni traba alguna a la hora de realizar el bien embargado. 2) No habiendo el deudor satisfecho al acreedor la deuda, éste instó la vía de apremio para realizar el bien embargado, dedicando su producto a satisfacer o minorizar la deuda, y como consecuencia el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid adjudicó el bien embargado a la acreedora «Philips Ibérica, S. A. E.», mediante Resolución de 21 de noviembre de 1985. 3) Cualquier acto de disposición realizado por el deudor sobre el bien embargado con posterioridad al día 19 de julio de 1984, no puede producir impedimento alguno a la hora de realizar la garantía constituida por el embargo, y, por supuesto, la sustitución del bien embargado por otro bien, realizada unilateralmente por el deudor, es algo que choca frontalmente con la esencia de la institución del embargo. 4) Lo anterior lleva a la conclusión de que sean los que fueren los actos de disposición que el deudor haya realizado sobre los bienes embargados, en ningún caso han podido modificar la naturaleza jurídica del bien embargado; no puede haber quedado sustituido por unos pisos concretos que, al parecer, han sido adjudicados al deudor en la disolución de la comunidad; es, pues, la quinta parte indivisa de la finca urbana referida y no otro bien el que ha de ser inscrito a nombre de «Philips Ibérica, S. A. E.», como consecuencia de la adjudicación realizada por la resolución citada. Que el obstáculo señalado por el Registrador de la Propiedad para la inscripción del testimonio de la adjudicación de la quinta parte indivisa embargada es la constitución posterior a la anotación de embargo en el Registro de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal; la existencia de un embargo que grave un bien no impide

a los propietarios del mismo realizar actos de disposición que afecten al bien embargado, pero tales actos de disposición no pueden, en modo alguno, modificar la naturaleza jurídica del mismo, porque ello constituiría una verdadera sustitución unilateral del bien embargado por otro, con lo que quedaría totalmente desnaturalizada la razón de ser del embargo. Que la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal constituida con posterioridad a la fecha de anotación del embargo ha nacido, pues, con una limitación: Sigue subsistiendo la quinta parte indivisa de la finca urbana, y como consecuencia jurídica de lo anterior: Cada uno de los pisos que integran la comunidad de propiedad horizontal está afectado por la existencia de una quinta parte indivisa, que al no poder ser sustituida ni dividida subsiste, y es la que, después que se ha practicado la liquidación de los impuestos correspondientes, ha de ser inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de «Philips Ibérica, S. A. E.».

4.º El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que el Registro refleja que, después de la anotación del embargo de la cuota-parte de un deudor comunero, se han transmitido por herencia otras cuotas no gravadas al fallecimiento de distintos comuneros, y que todos ellos han acordado extinguir la comunidad, y para realizar el pago de su haber efectivo, se han adjudicado los pisos o locales resultantes de la división. Que el folio correspondiente al edificio en conjunto queda sin cerrar y con su nota de enlace con las fincas divididas, en cada una de las cuales se expresa la procedencia de la matriz y sus cargas. Que la anotación de embargo queda vigente sobre ella, cualquiera que sea la operación modificativa que ésta haya sufrido, y por eso en las nuevas inscripciones se expresa el embargo de cuota, tal como establece el Reglamento Hipotecario en sus artículos 46, 47 y 48, como gravamen vigente de la finca total. Que el hecho de estar embargados los bienes inmuebles no impide su enajenación o gravamen posterior (art. 71 de la Ley Hipotecaria) y la posibilidad, por tanto, de que los titulares registrales efectúen modificaciones hipotecarias (arts. 400 y 401, 2.º, de la misma Ley) que afecten a la finca pueden determinar que llegado el momento del despacho del título judicial surja el obstáculo derivado del Registro; el derecho de cuota se ha concretado en un derecho exclusivo sobre bienes individuales, pero la anotación de embargo continúa vigente, cualquiera que sea la modificación que la finca haya sufrido.

Que la escritura de división, reflejada en la certificación de cargas, no pudo inscribirse al amparo del asiento de su presentación. La modificación operada en el Registro no ha llegado al proceso. El tracto registral ha pasado de las cuotas en comunidad a su materialización de pisos y locales; hay un problema de colisión: El título judicial adjudica cuotas y el Registro publica el efecto extintivo de una situación jurídica anterior, pero el embargo antes y después de la división continúa afectando la cuota. Que este obstáculo del Registro impide la inscripción, pero la anotación de embargo continúa incólume y no puede quedar sin efecto, la anotación está vigente y sin cancelar y con rango preferente sobre la cuota a la que afecta (art. 17 de la Ley Hipotecaria). Que a la anotación e inscripciones alcanzan los principios de legitimación y salvaguardia de los Tribunales (arts. 38, 1, v 1, 3, de la Ley Hipotecaria), pero la prioridad la tiene la anotación, y ésta está en la cuota. El folio matriz no se cierra para las cargas. Que en apoyo de lo expuesto cabe señalar el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. La inscripción de la cuota se ha transformado,

alterando sustantivamente el modo como estaban inscritos los derechos, y como dice la doctrina registral, el tracto sucesivo es aplicable no sólo a toda clase de enajenaciones, tanto voluntarias como judiciales, sino a todos los actos y contratos relativos a la misma finca (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 1890 y 5 de mayo de 1882). Como a las modificaciones de dominio, a las anotaciones, etc. (Resoluciones de 19 de mayo de 1863, 17 de marzo de 1919, 18 de julio de 1932, 19 de junio de 1935, 12 de diciembre de 1935, 5 de junio de 1946, entre otras).

Que en cuanto a la posibilidad de basar la calificación en obstáculos derivados del Registro (arts. 100 del Reglamento Hipotecario y 20 de la Ley Hipotecaria), destacan, entre otras, las Resoluciones de 30 de diciembre de 1905, 23 de julio de 1914, 25 de junio de 1943 y 5 de noviembre de 1969. Que el obstáculo derivado del Registro no permite, pues, la inscripción, pero tampoco puede quedar sin efecto la anotación de embargo, que sigue vigente sobre la cuota, con eficacia «desde entonces» o retroacción del contenido registral actual de la finca existente al tiempo de la anotación y vuelta a recorrer el camino a la inversa, dejando sin efecto la división mediante las cancelaciones pertinentes en virtud de la resolución judicial que proceda, porque los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos, y uno de ellos es el derivado del tracto sucesivo. Que la posibilidad de tomar anotación de suspensión sobre las fincas adjudicadas al deudor, con propuesta de asiento a practicar notificada al presentante, según resulta de la segunda parte de la nota calificadora, tiene como argumentos: Las normas de concreción específica contenidas en nuestro Código Civil a propósito de la «correlación» entre la cuota y su carga, artículos 490, 399 y 450 del Código Civil, y Sentencia de 7 de febrero de 1962, artículos 258 de la Ley Hipotecaria y 385 de su Reglamento, y la conformidad del acreedor adjudicatario.

Que el obstáculo derivado del Registro no permite la inscripción de la cuota adjudicada al acreedor, en tanto estén vigentes y sin cancelar las inscripciones de extinción de comunidad y división horizontal que se expresan en la nota calificadora.

5.º El Ilustrísimo Magistrado Juez informó que coincide con el criterio sustentado por el señor Registrador de la Propiedad número 27 de Madrid en la calificación e informe emitido. Que hay que considerar lo establecido en los artículos 400 a 402 y 396 del Código Civil, y que de modo alguno perjudica a las anotaciones anteriores lo establecido en el artículo 450 de dicho cuerpo legal, como señalan los artículos 71 de la Ley Hipotecaria y 46 a 88 de su Reglamento. Que los fines del embargo decretado y trabado en modo alguno han resultado defraudados, surtiendo todos sus efectos con la consumación de la ejecución despachada, sin que mediase acto dispositivo alguno del demandado-deudor que no transmitió su propiedad, encontrando tan sólo la dificultad registral de su inscripción derivada de la determinación de cuota o parte indivisa que lo constituía, que por otros medios puede encontrar satisfacción y a través de los procedimientos pertinentes y adecuados.

6.º El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, considerando que el problema no se refiere a la validez de la anotación preventiva de embargo, que permanece *erga omnes*,

y que no se discute, sino que se remite a la vigencia de las inscripciones de extinción de la comunidad ordinaria y de división horizontal mientras no se haya ordenado su cancelación, y el principio del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 20 de la misma Ley, impide la inscripción sin más de la adjudicación judicial de la quinta parte indivisa, ya que el derecho previamente inscrito para ese título judicial se ha transformado en el registro de un derecho exclusivo sobre bienes singulares, por concreción de la cuota, por efecto de la extinción de la comunidad.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 131, 17.º, de la Ley Hipotecaria, y 175, 2.º, y 233, del Reglamento Hipotecario:

1.º El Registrador suspende la inscripción de la adjudicación en la vía de apremio de la quinta parte indivisa de un edificio al acreedor correspondiente partícipe, porque después de practicada la anotación del previo embargo de dicha quinta parte, ha sido inscrita en el Registro la escritura pública en virtud de la cual los comuneros, a la vez que constituyeron el edificio en régimen de propiedad horizontal, dan fin al *pro indiviso* mediante la adjudicación de pisos o locales concretos. Informa el Registrador que respecto de las distintas nuevas fincas está expresada la vigencia del embargo de la cuota.

2.º La nota del Registrador debe ser indudablemente mantenida en cuanto suspende la inscripción de la adjudicación judicial, porque el único título que ha podido ser tenido en cuenta para la calificación ha sido el testimonio del auto de adjudicación. Dicha inscripción presupone la previa cancelación de los asientos relativos a la constitución del régimen de propiedad horizontal y subsiguiente disolución, y para ello se precisa la correspondiente resolución judicial. En la nota no se entra —y, por tanto, es prematuro que ahora se aborde en esta resolución— en la importante cuestión de determinar qué tipo de resolución judicial es la necesaria —lo que, en primer lugar, incumbiría al Juez—, si el simple mandamiento en que, de acuerdo con el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario (confróntese también arts. 131, 17.º, de la Ley Hipotecaria y 232 de su Reglamento), se ordene la cancelación de las inscripciones y anotaciones de créditos y derechos no preferentes al del actor, o si se requiere sentencia dictada en el correspondiente juicio ordinario por tratarse de un acto inscrito —la división— que puede, en cualquier momento, realizarse sin el necesario concurso del acreedor, y a pesar de ello, con plena eficacia incluso respecto de éste mientras no sea rescindida.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

III. COMENTARIO.—A) *Cuestión que se plantea:*

- Aparece en el Registro una anotación preventiva de embargo sobre la quinta parte indivisa de una finca.
- Dicha quinta parte indivisa se transforma —antes de la expedición de la certificación de cargas— en tres fincas concretas por efecto de una división horizontal. El correspondiente título se inscribe.
- Pregunta: ¿es posible inscribir la adjudicación de la primitiva cuota indivisa en virtud del remate en el procedimiento que motivó el embargo?

B) Distinción entre dos aspectos: sustantivo y formal:

La cuestión planteada presenta estos dos aspectos, cuyo análisis por separado es fundamental.

a) Aspecto sustantivo. En él debe responderse a la siguiente interrogante: embargada una finca a las resultas de un procedimiento —incluso extendida en este caso la correspondiente anotación preventiva del mismo—, ¿puede su dueño, y consiguiente deudor, realizar actos dispositivos sobre aquélla?

Sí, teniendo en cuenta:

1.º Que el acto dispositivo ha de entenderse en el sentido más comprensivo. Serán factibles, por tanto, transmisiones, segregaciones, declaraciones de obra nueva, constituciones en régimen de propiedad horizontal, etc. (Y no entro aquí en discutir si la naturaleza de los referidos actos lo es de disposición o de administración. Simplemente, caben todos ellos en la idea enunciada.)

2.º Que una transmisión en este supuesto no vulnera el artículo 1.205 del Código Civil («la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en el lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor»), pues no hay ningún cambio de deudor personal —el transmitente sigue siendo deudor con todo su patrimonio, conforme al artículo 1.911 del Código Civil—, sino que al pasar la finca a un tercero, éste, por causa de la relación real que tiene con la cosa adquirida, va a responder de la deuda con dicha finca.

3.º Que ni el embargo ni su anotación preventiva en el Registro impiden los actos a que me he referido en el número 1.º El embargo no es más que una medida procesal que tiene por objeto afectar determinados bienes a la finalidad de un proceso; en el embargo preventivo estamos ante una simple medida cautelar (art. 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y en el ejecutivo ante una afectación de los bienes de modo inmediato a la satisfacción de los intereses del ejecutante, pero ni en uno ni en otro caso queda cerrado el camino a la actuación real del titular de la cosa. Y la anotación preventiva de aquél tampoco impide esta actuación, como claramente resulta del artículo 71 de la Ley Hipotecaria («los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación») y del 145 del Reglamento, en cuanto circunscribe su ámbito a las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar del número 2.º del artículo 26 y número 4.º del artículo 42 de la Ley («las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar comprendidas en el número 2.º del artículo 26 y número 4.º del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular...»).

4.º Que los citados actos quedan sometidos a las resultas del procedimiento en cuestión, es decir, no van a producir efectos respecto al acreedor ejecutante. Razón: se deduce de lo ya dicho; ésa es la finalidad básica del embargo —y de su anotación respecto a terceros registrales—: afectar los bienes y derechos a las resultas del juicio.

b) Aspecto formal. En él cabe formular la siguiente pregunta: ¿es necesaria la cancelación del asiento en el que consta el acto dispositivo

posterior o, por el contrario, puede practicarse directamente la inscripción de la cuota indivisa a favor del adjudicatario, saltando, por así decirlo, el asiento de constitución en régimen de propiedad horizontal?

Han de tenerse en cuenta los siguientes preceptos:

1.º Artículo 1.º, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria: «Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Artículo 38 de la misma: «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...».

2.º Artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que regulador del principio del tracto sucesivo exige para inscribir títulos por los que se declare, transmita, grave, modifique o extinga el dominio o demás derechos reales, la previa inscripción de éste a favor de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados tales actos, debiendo denegarse la inscripción en el caso contrario.

3.º Artículo 100 del Reglamento Hipotecario, según el cual los Registradores calificarán, entre otros extremos, los obstáculos que surjan del Registro.

4.º Artículo 175, 2.º, también del Reglamento Hipotecario, según el cual cuando se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor.

5.º Y, por analogía procedimental, pueden citarse los artículos 131, regla 17, de la repetida Ley Hipotecaria (que referente al procedimiento judicial sumario exige la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de hipoteca que se ejecuta, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación de cargas) y 233 de su Reglamento (según el cual: «En el auto de adjudicación de bienes, a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley, se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores puestas al crédito del actor que hayan de cancelarse.. »).

De todos los preceptos expuestos resulta el asiento de inscripción del régimen de propiedad horizontal como un obstáculo que nace del Registro, que el Registrador debe calificar y cuyo contenido está protegido por los Tribunales y por el principio de legitimación; por lo cual, es necesario cancelarlo previamente para poder practicar la inscripción a favor del adjudicatario.

C) *Alegaciones de las partes:*

a) Del recurrente:

- «La doctrina procesal considera que en el embargo hay que ver, ante todo, el efecto de un acto de voluntad y de autoridad del órgano jurisdiccional, por el cual los bienes y derechos del deudor a los que se refiera son declarados y quedan adscritos y afectados a la satisfacción del crédito del acreedor. »

- «Con el embargo adquiere el acreedor el derecho a que los bienes a los que afecta sean conservados en forma tal que cualquier acto o disposición del deudor sobre los mismos no produzca impedimento a la hora de su realización...»

Como puede apreciarse, ambas afirmaciones son totalmente correctas y están en la línea no sólo del Presidente de la Audiencia y de la Dirección General, sino también de la otra parte.

Sin embargo, el recurrente olvida el aspecto formal del asunto, al que antes me he referido, es decir, la necesidad de cancelar el asiento de constitución en régimen de propiedad horizontal.

b) Del Registrador:

A mi modo de ver, estamos ante una argumentación correctísima del mismo, que deja el camino prácticamente expedito a la resolución.

Así, distingue claramente el punto sustantivo del formal, diciendo respecto al primero:

- «La anotación de embargo queda vigente sobre ella —la cuota—, cualquiera que sea la operación modificativa que ésta haya sufrido .», aunque «el derecho de cuota se concrete en un derecho exclusivo sobre bienes individuales ..».
- «El embargo, antes y después de la división, continúa afectando la cuota.»
- «El hecho de estar embargados los bienes inmuebles no impide su enajenación o gravamen posterior y la posibilidad, por tanto, de que los titulares registrales efectúen modificaciones hipotecarias .», pero «la anotación de embargo continúa incólume y no puede quedar sin efecto .., está vigente y sin cancelar y con rango preferente sobre la cuota a la que afecta...»; por ello, «la prioridad la tiene la anotación, y ésta está en la cuota».
- «La modificación operada en el Registro no ha llegado al proceso.»

Y, sin embargo, matiza en cuanto al segundo:

- «A la anotación e inscripciones alcanzan los principios de legitimación y salvaguardia de los Tribunales.»
- «El tracto sucesivo es aplicable . a todos los actos y contratos relativos a la misma finca.»
- «El obstáculo derivado del Registro no permite la inscripción de la cuota adjudicada al acreedor, en tanto estén vigentes y sin cancelar las inscripciones de extinción de comunidad y división horizontal. .»

D) *Conclusión: puntualización de la doctrina de la Dirección General:*

Los argumentos aportados por el Registrador —ya he dicho— son precisos y suficientes, por lo que la Dirección General resume su doctrina en unas breves frases: «Dicha inscripción presupone la previa cancelación de los asientos relativos a la constitución del régimen de propiedad horizontal y subsiguiente disolución, y para ello se precisa la correspondiente resolución judicial».

NO ES INSCRIBIBLE UN CONTRATO QUE SE DENOMINA POR LOS INTERESADOS «VENTA EN GARANTIA DE DEUDA», EN EL QUE LA OBLIGACION DE TRANSMITIR LA COSA NO SE CORRESPONDE CON LA CORRELATIVA DE PAGAR UN PRECIO, SINO QUE SOLO HAY UNA FINALIDAD EXCLUSIVA DE GARANTIZAR UNA DEUDA, ASUMIENDO EL COMPROMISO EL ACREEDOR DE «DEVOLVER» LA COSA SI LA DEUDA SE SATISFACE, SIENDO ASI QUE NO HUBO TRANSMISION ALGUNA NI DE DOMINIO NI DE POSESION (RESOLUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 1987. «BOE» DEL 22 DE JULIO).

1. *Hechos.*—El día 14 de junio de 1984 doña María del Pilar de Paz y el representante de «Gruponor, Sociedad Anónima», otorgaron ante el Notario de Valladolid don Arturo López-Francos Bustamante escritura pública en la que se expone que la citada señora es dueña de la dehesa ganadera descrita en la misma, denominada «Bascarrabal-Montecillo», en términos de Avila y La Colilla, y que reconoce adeudar 8.000.000 de pesetas a «Gruponor, Sociedad Anónima», que devengarán un interés anual no acumulativo del 10 por 100 de la cantidad que en cada momento adeudase; constando en la estipulación primera que en garantía de la deuda reconocida doña María del Pilar vende a la Sociedad acreedora la finca referida; según la estipulación segunda, la citada señora amortizará la deuda y sus intereses dentro del plazo de quince años, y al quedar cumplida la obligación designada «Gruponor, Sociedad Anónima», transmitirá a ésta o sus herederos la propiedad de la misma finca; la estipulación tercera prevé la posibilidad del pago parcial de la deuda y la retransmisión proporcional de la finca, y, por último, en la estipulación quinta se concede a doña María del Pilar o sus herederos habitar y utilizar las edificaciones y jardín de dicha finca durante el plazo de quince años si no se amortizase con anterioridad la deuda.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Avila, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del presente documento, por observarse la existencia de los siguientes defectos: 1.º En la estipulación primera no consta de forma clara la naturaleza jurídica del verdadero contrato que las partes quieren celebrar, ni cuál es la verdadera voluntad de las partes, ni se diferencia de forma clara el contrato real de transmisión de dominio con el de garantía de carácter obligacional, pudiendo existir por todo ello violación de las normas del Código Civil y de la Ley Hipotecaria reguladoras de la compraventa de los préstamos con garantía real. 2.º La estipulación segunda es contraria al artículo 1.508 del Código Civil. 3.º La estipulación quinta es contraria al artículo 525 del Código Civil. Considerándose tales defectos insubsanables, no se tomó anotación preventiva.—Avila, 14 de marzo de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible».

El Procurador de los Tribunales don Emilio García Fernández, en nombre de «Gruponor, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que en lo que se refiere al apartado primero de la nota, en la estipulación primera de la escritura consta de forma clara y terminante que se otorga contrato de compraventa de la finca descrita en garantía del pago de una deuda, quedando determinada la naturaleza jurídica del contrato como compraventa fiduciaria, y con la transmisión a «Gruponor, Sociedad Anónima», del dominio de dicha finca

se produce un derecho real, adecuado con las normas del Código Civil, en virtud de la libertad de pacto establecida en el artículo 1.255; a la Ley Hipotecaria, en su artículo 2, apartado tercero, y a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982, y hay que destacar que el apartado tercero del artículo 2 de la Ley Hipotecaria viene a ser un simple desarrollo del apartado primero del mismo artículo, ya que éste se refiere a los títulos traslativos y aquél a la inscribibilidad de las transmisiones fiduciarias en sus distintas modalidades, constituyendo la transmisión de dominio precisamente la garantía, ya que de otra forma no se constituiría propiamente la garantía que las partes desean y expresamente establecieron, válida plenamente frente a tercero, aunque con la obligación del adquirente de retransmitir la finca a la transferente o sus herederos, una vez amortizada la deuda y sus intereses dentro del plazo pactado. Que en cuanto al apartado segundo de la nota, se confunde la compraventa en garantía, que se rige por las estipulaciones de las partes y el plazo fijado para su cumplimiento, sin límite legalmente establecido de tiempo, con una figura jurídica aparente: El retracto convencional. Que en lo concerniente al apartado tercero de la nota, no es admisible, ya que el término «herederos» no está empleado en el concepto de herencia, sino para determinar otras personas, a falta del transferente por fallecimiento, las que adquirirán el derecho de uso y habitación por determinación del contrato y no por herencia, y, por tanto, no se infringe el artículo 525 del Código Civil.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que el artículo 1.255 del Código Civil establece el principio de libertad de estipulación, pero con las limitaciones del respeto a las leyes y a la moral, y no puede considerarse muy moral que en garantía de una deuda de 8.000.000 de pesetas, si ésta no se paga con sus intereses en quince años, «Grupanor, Sociedad Anónima», pueda quedarse definitivamente con una finca de más de 108 hectáreas, a poco más de un kilómetro de Avila, lo que traería consigo un enriquecimiento injusto por parte de la Compañía mercantil, y si la deuda se satisface en el plazo de quince años, la Sociedad recupera los 8.000.000 de pesetas y los intereses del 10 por 100 anual, pero además ha estado percibiendo los rendimientos de la finca (excepto el disfrute de la casa y el jardín) durante el plazo en que la deuda ha estado pendiente, lo que supondrá un interés que podría estar incluido en la Ley de Usura, considerándose, por tanto, dicho contrato un *pactum fiducia leonina cum creditore*. Que el referido pacto es obligacional y sólo tiene eficacia entre las partes, no debiendo tener acceso al Registro de la Propiedad. Que el caso contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982 es completamente distinto al que es objeto de este recurso. Que no consta de forma clara y terminante el carácter real del contrato, no respetándose las normas del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, ya que las inscripciones practicadas al amparo de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 2 de dicha Ley son totalmente distintas a las transmisiones fiduciarias realizadas en la escritura de referencia. Que si se pretende que se inscriba la estipulación segunda de la misma, dándole carácter real, las partes no tienen facultades para establecer, en perjuicio de posibles terceros, un plazo superior al señalado por el artículo 1.508 del Código Civil. Que la estipulación quinta es una mezcla de los derechos de acceso, usufructo, uso, habitación y precario; además, el derecho de

habitación está configurado en nuestro Código Civil como un derecho personalísimo y, por tanto, se infringe de pleno el artículo 525 del mismo.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la nota del Registrador, fundándose en que el contrato contenido en la escritura pública ha de configurarse como un negocio fiduciario, con el alcance y efectos que le son propios y queridos por las partes: en el artículo 1.255 del Código Civil; en el apartado tercero del artículo 2 de la Ley Hipotecaria; en las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1963, 19 de mayo de 1982, 23 de mayo de 1935, 23 de febrero de 1954 y 4 de enero de 1956, y en el artículo 523 del Código Civil, que excluye la aplicación del artículo 525 del mismo cuerpo legal, que es aplicable solamente en defecto de título constitutivo.

El señor Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que en el contrato objeto del recurso, la voluntad de las partes no es transmitir el dominio de la finca, cuando al liquidar los impuestos correspondientes, por el procedimiento de autoliquidación, la escritura se liquida como un simple préstamo. Que el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley Hipotecaria faculta a las personas a que se refiere a crear titulares registrales de pleno dominio y a dar un exacto cumplimiento al principio hipotecario del tracto sucesivo, cuyo cumplimiento sería imposible si dicha facultad no constara en el Registro; por el contrario, el presente recurso se refiere a un caso totalmente distinto que no se puede amparar en dicho precepto para que el contrato celebrado tenga acceso al Registro y eficacia *erga omnes*; sí se mantiene que se ha producido una transmisión de dominio, mediante un contrato real de compraventa, si bien sometida a una condición resolutoria, la del impago; si se cumple la condición, la transmisión del dominio se produce plenamente, con todas sus consecuencias, y el contrato sería inscribible en el Registro en virtud de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Que el derecho de habitación es un derecho personalísimo, característica que no se le puede quitar en el título constitutivo por mucha amplitud que se le quiera dar al artículo 523 del Código Civil, y la transmisibilidad de dicho derecho no entra dentro de las facultades que se dejan a la voluntad de los contratantes, ya que el artículo 525 de dicho Código no puede estar supeditado al artículo 523 del mismo, pues todo ello contribuiría a desvirtuar la naturaleza de los derechos de uso y habitación.

II. *Resolución.*—La Dirección General ha acordado estimar el recurso de apelación entablado, revocando el auto apelado, confirmar el defecto primero de la nota calificatoria y no entrar en la consideración de los otros dos defectos.

Para ello se ha basado en los siguientes:

III. *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 609, 1.261, 1.274 a 1.277, 1.281, 1.445, 1.450, 1.859 y 1.884 del Código Civil; 9 y 18 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de 23 de mayo de 1935, 20 de mayo de 1943, 7 de enero y 25 de mayo de 1944, 23 de febrero de 1954, 14 de diciembre de 1955, 4 de enero de 1956, 8 de marzo de 1963, 14 de marzo, 11 de junio y 15 de octubre de 1964, 18 de fe-

brero de 1965 y 19 de mayo y 2 de junio de 1982, y la Resolución de 16 de junio de 1922.

1. En el presente recurso se plantea la cuestión de la inscribibilidad de un contrato denominado de venta en garantía de deuda, que es objeto de reconocimiento, en el que la obligación asumida por una de las partes de transmitir la cosa vendida, no responde a una correlativa obligación de la otra parte de pagar precio alguno, sino a una exclusiva finalidad de garantía de la deuda que la primera reconoce en favor de la segunda, quien únicamente asume el compromiso de retransmitir si dicha deuda resulta efectivamente satisfecha en el plazo de quince años.

2. Alega el Registrador, como primer defecto de la nota calificatoria, la imprecisión acerca de la verdadera naturaleza jurídica del negocio celebrado, pudiendo existir violación de las normas reguladoras de la compraventa y de los préstamos con garantía real. A ello responde el auto recurrido con la tesis del negocio fiduciario como acto complejo, mixto, integrado por otros dos actos interdependientes de finalidad unitaria, uno de naturaleza real, por el que se transmite plenamente el dominio, y otro de carácter obligacional, que constriñe a la retransmisión en caso de pago oportuno del crédito cubierto e invoca el respaldo jurisprudencial reiterado de la misma (cf. Sentencias de 23 de mayo de 1935, 23 de febrero de 1954, 4 de enero de 1956, 8 de marzo de 1963 y 19 de mayo de 1982). En relación con esta pretendida jurisprudencia reiterada conviene observar que según la Sentencia de 19 de mayo de 1982, en la fiducia *cum creditore* no hay «enajenación propiamente dicha», sino «garantía o afianzamiento del débito», y de ahí «la limitada eficacia real de la venta en garantía» (cf. también la Sentencia de 2 de junio del mismo año). La automática aplicación de la doctrina del doble negocio o del doble efecto pasa por alto el problema preliminar de determinar si en el complejo negocial articulado existe un acto susceptible de provocar la transferencia plena y definitiva del dominio cuya inscripción se pretende, y en esta búsqueda debe tenerse en cuenta: a) Que en nuestro ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y transmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido; por una parte, rige la teoría del título y el modo para la transmisión voluntaria e *inter vivos* de los derechos reales (cf. art. 609 del Código Civil); por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento jurídico del fin práctico querido por los contratantes (confróntese arts. 1.261, 3.º; 1.274 a 1.277; 1.278, etc., del Código Civil). b) Que no cabe considerar fraccionadamente la total operación realizada, aislando primero la parte del negocio que tiene una pretendida naturaleza traslativa del dominio para, una vez reconocido este resultado, atenuarlo o modularlo en mayor o menor grado por la contemplación de la otra parte negocial de afirmado alcance obligacional; al contrario, no hay sino un negocio unitario que debe ser valorado globalmente en función de la efectiva finalidad práctica perseguida, de modo que sus determinaciones han de contemplarse como íntimamente vinculadas e integradas entre sí y cuyo alcance ha de ser decidido de conformidad con la causa unitaria.

3. En este sentido, en la operación celebrada —bajo la denominación, particularmente impropia, de venta en garantía, pues a diferencia de los supuestos ordinarios de ésta, en los que, al menos, se hace figurar un

precio, falta en el presente supuesto referencia a este elemento esencial en toda compraventa (cf. arts. 1.445 y 1.450 del Código Civil)—, al sacrificio traslativo de una de las partes contratantes no corresponde ninguna promesa o prestación correlativa a cargo de la otra (cf. art. 1.274 del Código Civil) que lo equilibre; la satisfacción de la exigencia de garantía que acompaña a la concesión del crédito a cubrir no puede merecer tal consideración; la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; a lo sumo, podría fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio proclamada, entre otros, en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil. Incluso hay que afirmar que esta finalidad de garantía se opone a que la verdadera voluntad de las partes contemple una transmisión actual definitiva, lo que necesariamente deberá repercutir en la valoración jurídica de la operación perseguida (cf. art. 1.281, 2.º, del Código Civil) y así lo corrobora la previsión restitutoria en caso de satisfacción adecuada contenida en la misma escritura.

4. Con todo, el rechazo del efecto de transmisión actual y plena del dominio no prejuzga qué tipo de titularidad real puede haber provocado el negocio realizado, en todo caso distinta y limitadora de la dominical que sigue persistiendo en el deudor, pues no es labor del Registrador calificador, a fin de procurar la inscripción, integrar y configurar en todos sus aspectos, a partir de la voluntad manifestada por las partes, el contenido y alcance de dicha titularidad; por el contrario, deberá atenerse a lo que resulte de la escritura presentada, y en función de ello, del contenido de los libros a su cargo y de las disposiciones vigentes, decidir su validez e inscribibilidad (cf. art. 18 de la Ley Hipotecaria), y debe, en consecuencia, negar la inscripción: *a)* Porque no puede reflejarse en el Registro, en favor del llamado comprador (la Entidad prestamista), el derecho a que se refiere la escritura, la propiedad misma (que según la escritura adquiere el prestamista y está obligado a retransmitir cuando pague el préstamo), ya que, como queda demostrado, del título resulta que el «comprador» no ha adquirido la propiedad. *b)* Porque no puede reflejarse tampoco el derecho real de garantía que la compleja operación haya producido en favor del prestamista, pues ni la naturaleza y extensión de este posible derecho real aparecen expresadas en la escritura con la precisión y claridad que exige el principio de especialidad (confróntese arts. 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria; 51, 5.º y 6.º, del Reglamento Hipotecario), ni puede el Registrador reflejar un derecho cuya naturaleza y extensión está en oposición con la denominación que se le da en la escritura, «propiedad», término éste al que habría de atenerse el Registrador de acuerdo con lo dispuesto en la regla quinta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

5. El análisis anterior hace inútil la consideración especial de los defectos segundo y tercero de la nota.

IV. COMENTARIO.—I. El primer considerando de la resolución citada dice que se trata de una venta en garantía de deuda. Hay una transmisión de la cosa vendida al comprador, pero éste no se obliga a pagar precio alguno, sino que sólo asume la obligación de transmitir la cosa al vendedor cuando éste pague en el plazo de quince años la deuda que tiene con el comprador. Se trata de una fiducia *cum creditore*, que es una

transferencia de propiedad que se hace al adquirente sin que éste pague precio alguno y que es lo que le diferencia del contrato de compra-venta.

El Derecho romano reconocía tres formas de garantía: la fiducia *cum creditore*, el *pignus* y la *hipotheca*; la fiducia *cum creditore* se constituía mediante una *mancipatio* acompañada de un pacto o *lex fiduciae*, que producía dos objetos distintos: por una parte, se transmitía la propiedad de la cosa al acreedor, y por otra parte, en virtud del pacto fiduciario, el adquirente asumía una serie de obligaciones. MIOQUEL (*Lecciones de Derecho romano*, pág. 212) dice que la fiducia *cum creditore* consta de un doble acto: primero, un acto formal de transmisión de la propiedad en virtud de una *mancipatio* o *in iure cessio*, y segundo, un pacto fiducia que es un convenio entre el enajenante y el adquirente fiduciario por el cual éste se obliga a volver a transmitir la propiedad al enajenante cuando éste pague su deuda. Todo esto supone que el fiduciario o adquirente es el acreedor y éste puede disponer de la cosa enajenando dicha cosa a un tercero; lo que ocurre en este caso es que asume la responsabilidad que puede exigirle el enajenante si ha satisfecho la deuda a su tiempo.

Dos cláusulas suelen convenirse en la fiducia, la *lex commissoria* y el *pactum distrahendo*; en virtud de la primera, que es una cláusula de comiso, el acreedor hace suya la cosa, es decir, adquiere el dominio permanente de ella si el deudor no paga a su debido tiempo; la otra cláusula o *pactum distrahendo*, el acreedor tiene la facultad de vender la cosa y cobrar el precio; en tal caso, sólo tiene derecho a cobrar el precio que sea igual a la deuda y el resto sobrante se le restituye al deudor; la venta por el fiduciario hace que el tercer adquirente se convierta en propietario de la cosa, pues el acreedor o fiduciario está legitimado para hacer este acto de disposición.

JÖRS-KUNKEL (*Derecho privado romano*, 1965, pág. 220) señala cómo la *lex commissoria* fue reconocida en el Derecho griego y de ahí pasó al Derecho romano, siendo usada en la época clásica; pero con el tiempo su uso puso de manifiesto el grave perjuicio que esta cláusula tenía para el deudor, ya que éste se veía privado de la propiedad de la cosa aun en el caso que ésta tuviera un valor superior a la deuda. El *pactum commissorio* fue declarado nulo por Constantino (C. 8, 34, 3).

La fiducia no sólo existe en el Derecho romano, sino en el Derecho germánico, y SCHULTZE ha puesto de relieve sus diferencias. CARIOTA FERRARA (*I negozi fiduciari*, 1933, pág. 10): En la fiducia romana, el fiduciario recibe con la cosa transmitida un poder ilimitado sobre ella; lo que ocurre es que en virtud del *pactum fiducie* el fiduciario o adquirente está obligado cuando recibe el precio a devolver la cosa, pero si el fiduciario no cumplía ninguna de sus obligaciones, el fiduciante sólo tenía respecto a él un derecho de resarcimiento de daños, lo que revela el poder pleno que el fiduciario tiene sobre la cosa transmitida. En el Derecho germánico, las obligaciones asumidas por el fiduciario son más intensas; el derecho que adquiriría el fiduciario era realmente ineficaz porque estaba sujeto a una condición resolutoria, condición que operaba si el fiduciario no cumplía sus obligaciones respecto del fiduciante.

Respecto al pacto comisorio, GARCÍA GÓYENA (*Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, tomo II, pág. 923) dice que el pacto comisorio estaba prohibido en el artículo 1.775, cuando dice que el acree-

dor no puede apropiarse de la cosa dada en prenda ni puede disponer de ella sino vendiéndola en pública subasta. Expresa la concordancia de este texto con los artículos 2.078 del Código Civil francés, 1.220 del Código Civil de Holanda y 461 y 463 del Código Civil de Austria.

No es válido el pacto comisorio, dice GARCÍA GOYENA, que conste en el contrato de prenda; ahora bien, la facultad de vender la cosa dada en prenda cuando no se paga la deuda a su debido tiempo forma parte de este contrato. Este criterio es recogido a través del Derecho romano por las *Partidas*, que hacen una regulación muy minuciosa sobre este punto. En las *Partidas* se dan tres casos: que se den facultades para vender la prenda o para no vender o se haya callado sobre este punto. En el primer caso, se ajusta a lo convenido, y en el segundo y tercer caso, se hace la venta en almoneda pública. La *Partida* V, título 13, Leyes 41 y 42, regulan esta cuestión y señalan cómo la venta se ha de hacer públicamente en almoneda, de buena fe y sin ningún engaño; la Ley 42 regula cuándo se puede vender la prenda, aunque nada se haya dicho sobre ello, y la Ley 44 dice que el acreedor no puede comprar la cosa dada en prenda.

GUTIÉRREZ (*Códigos y estudios fundamentales sobre el Código Civil español*, 1886, pág. 281), al estudiar el contrato de prenda, se refiere al pacto comisorio y dice que junto al contrato de prenda hay una serie de pactos lícitos, pero el pacto comisorio es ilícito; semejante pacto envuelve una venta condicional que cambia los fines legítimos del derecho de prenda y arrebatada al deudor la cosa que le pertenecía en propiedad; cita una serie de textos del *Digesto* que expresan la nulidad y la injusticia del pacto comisorio. La prohibición del pacto comisorio queda reflejada en el Código Civil, artículo 1.859, donde dice que el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda ni disponer sobre ellas. La prenda será vendida en subasta pública (art. 1.873 del Código Civil), y la hipoteca por medio de procedimiento ejecutivo ordinario (art. 222 del Reglamento Hipotecario), procedimiento judicial sumario (art. 225 del Reglamento Hipotecario) y procedimiento extrajudicial (art. 234 del Reglamento Hipotecario).

II. La segunda cuestión que se plantea en la resolución citada es que no ha habido transmisión de propiedad de M. P. a «Gruponor, Sociedad Anónima», por cuanto en nuestro Derecho no cabe la transmisión abstracta, es decir, que la sola voluntad de adquirir y transmitir la propiedad, tal como se ha expuesto en este contrato, no lleva consigo ninguna transmisión de la propiedad; en el Derecho español rige la teoría del título y el modo (art. 609 del Código Civil); por otra parte, la existencia del contrato presupone siempre la existencia de una causa (art. 1.261, 3, del Código Civil). Se va a exponer esta cuestión.

1.º Sistema francés. Hay tres sistemas básicos en orden a la transmisión de la propiedad. El sistema francés, en el cual el consentimiento es suficiente para transmitir la propiedad sin necesidad de *traditio*. El sistema francés sigue el principio de transmisión de propiedad sólo *consensu*. MAZEAUD (*Leçons de D. civil*, tomo II, 1966, pág. 1297) señala cómo en el antiguo Derecho francés la tradición fue evolucionando hasta quedar reducida a una mera expresión en las escrituras (vende y entrega). BRISSAUD decía que la tradición sobre el papel tenía el mismo efecto que la tradición real. LOYSEL revela la importancia que en el Derecho francés tiene

esta tradición fingida. DOMAT estima que si las cláusulas relativas a la tradición se omiten en el documento, deben ser entendidas como pactadas. GROCIO, dentro de la teoría del Derecho natural, dice que la propiedad podía transmitirse con la sola voluntad de las partes, y es POTHIER, el autor más afecto a la doctrina del Derecho romano, el que considera que la transmisión de la propiedad se verifica con la sola voluntad del vendedor y comprador si la tradición no puede verificarse.

En los trabajos preparatorios al Código Civil francés, PORTALIS, al presentar ante el legislador el proyecto del Código Civil francés, opuso frente al Derecho romano el sistema francés de transmisión de la propiedad sólo *consensu*. La oposición de CAMBACERES sobre la necesidad de la tradición como modo de adquirir la propiedad no tiene éxito, y PORTALIS dice se produce por el contrato una suerte de tradición civil que consuma el traspaso del derecho del enajenante al adquirente.

Como consecuencia de esto, los preceptos del Código Civil francés han admitido la transmisión de la propiedad sólo *consensu* y esto sin ninguna duda; así, el artículo 711 del Código Civil francés dice que la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, donación entre vivos y testamentaria o por efecto de las obligaciones, y el artículo 1.138, 1, de este Código Civil dice que la obligación de entregar una cosa es perfecta por el solo conocimiento de las partes. También los artículos 938, 1.583 y 703 del Código Civil francés.

2.º Sistema alemán. Es difícil sistematizar la transmisión abstracta dentro del Derecho alemán, pero se expone de la siguiente forma:

- Contrato causal u obligatorio, supuesto de compra-venta. En el Derecho alemán, el contrato causal u obligatorio no tiene efectos reales, por tanto, no transmite la propiedad por sí solo, pues únicamente tiene efectos obligacionales. El contrato causal crea una vinculación personal entre las partes y genera una serie de derechos y obligaciones entre ellas, pero sin ningún efecto real y, por tanto, de transmisión de propiedad; este punto es lo que la doctrina alemana llama contrato o relación básica.
- El segundo requisito es el convenio entre los interesados y la inscripción en el Registro de la Propiedad. *Die Einigung und die Eintragung ins Grundbuch*. Este convenio, como es lógico, tiene efectos reales y no puede confundirse con el anterior, que sólo tiene efectos obligacionales y representa, por tanto, un nuevo convenio; es un acto independiente del anterior, que supone una declaración de voluntad independiente de su causa, que es el contrato de compra-venta. Según el artículo 873 del BGB para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho es necesario el acuerdo (*Einigung*) del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en tanto la Ley no prescriba otra cosa. Antes de la inscripción, los interesados sólo están vinculados al acuerdo si las declaraciones se han documentado judicial o notarialmente, o se han emitido ante la Oficina del Registro, o se han entregado a ésta, o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a las disposiciones de la ordenanza regis-

tral. Hay que tener en cuenta que para parte de la doctrina alemana este convenio no es un contrato si no va unido a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Este contrato, como hemos dicho, está desligado del negocio causal de compra-venta.

- Inscripción en el Registro de la Propiedad: Hay que tener en cuenta que la inscripción en el Registro de la Propiedad es constitutiva en el Derecho alemán, pero puede haber limitaciones en la propiedad del transferente entre el acuerdo real y la inscripción en el Registro de la Propiedad. HEDEMANN (*Tratado de Derecho civil. Derechos reales*. Versión española de J. L. Díez Pastor y M. González, pág. 162).

Este tema del contrato obligacional y contrato real es explicado por LENT (*Sachenrecht*, Berlín, 1955, pág. 33). LENT dice que hay una profunda separación en el Derecho alemán entre los derechos reales y derechos de obligaciones, por ejemplo, en la venta y en la transmisión de la propiedad como consecuencia de ella; ambos contratos tienen un contenido distinto. Ambos ocupan una posición diferente en el Derecho: el contrato de venta pertenece al derecho de obligaciones, mientras que el contrato real (*Die Einigung*) pertenece al campo de los derechos reales; pero ambos son necesarios para la transmisión de los bienes inmuebles, además de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

LENT (*obra citada*, pág. 95) recoge el artículo 893 del BGB respecto a la transmisión de los bienes inmuebles; explica que *Die Einigung*, llamada *Auflassung*, no es posible sin una forma jurídica determinada, forma jurídica que aparece en el artículo 873, 2, del BGB.

Esta construcción del Derecho alemán no ha dejado de ser criticada. URSICINO ALVAREZ (*El problema de la causa en la tradición*, pág. 93) señala que en 1937 se publica la obra fundamental contra la transmisión abstracta por HECK. Defensor entusiasta de la jurisprudencia de intereses frente a la jurisprudencia de conceptos, su conclusión es que una transmisión causal es la que proporciona una solución más aceptable cuando los intereses están encontrados.

3.º En cuanto al Derecho español, la resolución citada dice que rige la teoría del título y el modo (art. 609 del Código Civil). Las *Partidas*, Ley 46, título 28, *Partida* III, dice que los hombres venden o dan en dote las cosas por alguna derecha razón, y aunque algunas veces no pueda equipararse derecha razón a causa. GREGORIO LÓPEZ formula sobre esta base la teoría del título y el modo. La Escuela de Bolonia mantiene la influencia de la teoría del título y el modo, y DOMINGO DE SOTO y LUIS DE MOLINA consagran en nuestro Derecho este principio.

CASTÁN (*Derecho civil español civil y foral*, 12 ed., tomo II, vol. 1, página 265) hace referencia a la teoría del título y el modo en el Derecho español (arts. 609 y 1.095 del Código Civil), que completa el anterior cuando dice que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.

Sin embargo, la teoría del título y el modo tiene dos excepciones: Una referente a Derecho civil sobre la base del artículo 1.473, donde dice que si una cosa se hubiera vendido a diferentes compradores, la propiedad si fuera inmueble pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, pero cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a

quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta A QUIEN PRESENTE TITULO DE FECHA MAS ANTIGUA, siempre que haya buena fe. La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 refleja la segunda excepción cuando dice que si hay venta y no hay tradición, no se traspasa al comprador el dominio; pero si hay venta y tradición, el comprador será dueño sólo con relación al vendedor. Y si el comprador inscribe su dominio en el Registro de la Propiedad será dueño frente a todos. ROCA SASTRE dice que no cabe inscribir una renta o acto análogo si de la titulación presentada en el Registro resulta que la tradición no ha tenido lugar; el Registrador debe negarse a esta inscripción.

III. La tercera cuestión recogida en esta resolución es la de la estructura del negocio fiduciario, pues la resolución recoge las dos concepciones de este tipo de negocio; la teoría del doble efecto, en virtud del cual hay un acto de transmisión del dominio al adquirente, pero éste, a su vez, se compromete a utilizar esta transmisión en virtud de la obligación que ha contraído con el transferente, o bien si es un negocio unitario que debe ser valorado en su finalidad práctica.

La teoría del doble efecto del negocio fiduciario se debe a un autor: REGELSBERGER. Esta teoría alcanza gran difusión en Italia por la obra de FERRARA. La traducción al español de la obra de FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, da lugar a la aceptación de la teoría del doble efecto por la jurisprudencia y la teoría jurídica.

La teoría del doble efecto consiste en dos contratos independientes: 1.º Una transmisión del dominio del transmitente-fiduciante al adquirente-fiduciario. Este tiene una plena atribución patrimonial sobre la cosa transmitida frente a todos. 2.º Un contrato obligacional que obliga al fiduciario y adquirente de los bienes a actuar en la forma convenida en la obligación pactada con el transmitente-fiduciario.

Una cuestión fundamental planteada en este contrato era la existencia de una causa que es esencial para la existencia del contrato (arts. 1.261, 3, y 1.274-1.277 del Código Civil). Se considera por JORDANO que la causa del negocio fiduciario es una causa atípica y que no está regulada en la Ley. La doctrina, GARRIGUES y ALBALADEJO consideran que la causa fiducia puede basarse en el artículo 1.274 del Código Civil, cuando dice que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o un servicio por la otra. Sobre la base de este texto, se considera que existe causa en cuanto hay una promesa obligacional del fiduciario de servirse de la cosa transmitida con arreglo a lo pactado por el transmitente.

La jurisprudencia española ha recogido la teoría del doble efecto. CASTÁN cita las STS de 21 de mayo de 1944 y 21 de enero de 1946, cuando dice esta última que el negocio fiduciario se compone en su esencia de dos negocios diferentes, uno de transferencia de propiedad y otro de garantía, y hay que distinguir entre negocio fiduciario y simulación y que la validez del negocio fiduciario es una cosa admitida por la doctrina española. Recoge en este punto las STS de 23 de febrero de 1951 y 3 de mayo de 1955; esta última se refiere a un caso de fiducia *cum creditore*, que se caracteriza por lo siguiente: la existencia de un contrato complejo integrado por dos negocios jurídicos interdependientes: uno real, de transmisión del dominio, y otro obligacional entre las partes, que obliga al comprador a un uso determinado en la obligación del derecho adquirido, sirviendo de causa al contrato la fiducia propia del vínculo obligacional.

Las STS de 18 de febrero de 1965 y 25 de marzo de 1966 han seguido aceptando esta teoría en los términos citados.

Frente a esta teoría del negocio fiduciario como dos negocios jurídicos interdependientes, la resolución citada recoge la figura del negocio fiduciario como un negocio unitario que debe ser valorado globalmente con arreglo a su finalidad práctica, y que es la tesis mantenida por CASTRO (*El negocio jurídico*, 1967, págs. 383 y sigs.).

Para CASTRO, el negocio fiduciario no está regulado en las leyes, lo que coloca al intérprete en la obligación de buscar la norma aplicable. La opinión de la doctrina y la jurisprudencia, que han impuesto en España la teoría del doble efecto, hacen urgente una revisión crítica de éste. CASTRO señala respecto a lo que se ha llamado negocio real, o sea, transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario, lo siguiente: No parece real o normal que el fiduciante o transmitente haya querido transmitir la propiedad al fiduciario de una manera definitiva; el examen de la práctica de estos negocios es negativo; el fiduciante no quiere transmitir la propiedad al fiduciario, sino que sólo quiere ofrecer una forma de garantía.

Hay que tener en cuenta que en España no hay negocios abstractos, como hemos visto en el Derecho alemán, y que la transmisión de la propiedad que aparece en la resolución citada no tiene causa —artículo 1.261, 3, del Código Civil—, porque a cambio de la transmisión de la propiedad no existe precio (art. 1.445). A la entrega de la cosa no se corresponde un precio porque éste no existe. Nos encontramos ante una escritura de venta, pero que carece de precio y, por tanto, de causa. Eliminada la existencia de la compra-venta por no existir precio y, por tanto, causa, este contrato de compra-venta aparece como SIMULADO o inexistente. Lo que aparece en este negocio jurídico es un mandato. La transmisión de la propiedad está sujeta a la teoría del título y el modo del artículo 609 del Código Civil. Pero cumplir un mandato o garantizar un cobro no son títulos jurídicos que sirvan para transmitir la propiedad de la cosa, como ocurre en el supuesto de hecho de esta resolución.

IV. El último problema examinado por la resolución es la titularidad jurídica del fiduciario. CASTÁN señala que existe cierta cautela en cuanto a la titularidad del fiduciario. La STS de 8 de marzo de 1963 considera al fiduciario que está en situación de *dominium impropae dictum*. La resolución citada dice que el rechazo de la transmisión no prejuzga qué tipo de titularidad real ha provocado este negocio jurídico.

Para CARIOTA FERRARA (*obra citada*, pág. 29), el fiduciario adquiriría una propiedad plena frente a todos, pero esta cuestión siempre ha planteado una serie de problemas. DERNBURG mantiene que el fiduciario frente a terceros aparece como un propietario, mientras que entre partes es solamente un mandatario. Para otros, el fiduciario tiene una propiedad formal, mientras que el fiduciante tiene la propiedad material. CARIOTA FERRARA se muestra contrario a esta teoría; una persona es propietario o no lo es, pero si lo es, lo es *inter partes* y frente a todos, y sin excepción; no hay un tipo de propiedad especial, es inexacto hablar de una propiedad formal y una propiedad real. No existe, según este autor, una propiedad limitada por el hecho de que su titular sea fiduciario. La propiedad sólo es limitada por la existencia de derechos reales de goce o de garantía. En la doctrina española hay que tener en cuenta la RDGRN de 14 de junio de 1922. JERÓNIMO GONZÁLEZ publicaba un comentario sobre esta resolución.

En esta resolución se atribuye al fiduciario una titularidad formal, ya que frente a terceros aparece como un titular real e *inter partes* se aproxima a la comisión o al mandato.

CASTRO (*obra citada*, pág. 422) es contrario a la teoría de la propiedad formal y propiedad real, como extraña al ordenamiento jurídico español, porque esto supone la creación de una serie de derechos reales extraños al régimen legal (arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario). Lo que ocurre en estos casos es la existencia de una titularidad fiduciaria que en el fondo se trata de un contrato simulado, el cual será válido respecto a los terceros de buena fe (art. 34 de la Ley Hipotecaria).

Hay dos cuestiones relacionadas con este comentario, pero que quedan fuera de éste para no hacer esta nota demasiado extensa. La quiebra y el negocio fiduciario (CASTRO, *obra citada*, pág. 409), y la otra, si es preciso que en el título sujeto a inscripción se exprese la causa jurídica. Sobre esta cuestión, URSICINO ALVAREZ (*obra citada*, pág. 124).

RICARDO EGEA IBAÑEZ

III. Sentencias del Tribunal Supremo

A) DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTOS COMUNES.—Obras. Artículos 5, párrafo 3.º; 7; 11, y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, y 1.255 y 1.281 del Código Civil (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santander, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes fundamentos:

1. La cuestión que es objeto de la presente controversia se concreta, según los términos en los que el actor don L. T. R., aquí recurrente, articuló sus pretensiones, a la declaración del derecho que como propietario de un local comprensivo de la planta sótano de tres edificios colindantes cree le asiste para realizar las obras de excavación de unos 40 centímetros, en relación con el estado anterior de los suelos de los locales de su propiedad, así como la construcción de una entreplanta horizontal y paralela a las alturas del techo, realizada de acuerdo con los proyectos técnicos que acompañaba (con la demanda), todo ello para ser destinada a garaje de guarda y custodia de vehículos. En razón a formar parte el local referido de tres edificios constituidos en el régimen de propiedad horizontal que la Ley de 21 de julio de 1960 regula, la pretensión se articula contra los representantes de las tres citadas comunidades, no siendo ocioso poner de relieve que el señor T. inició la obra a que esta litis se contrae, la que fue suspendida en procedimiento de interdicto de obra nueva en su contra deducido por las comunidades afectadas.

2. Frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmatoria en todas sus partes de la de en su día pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Santander, desestimatoria de la demanda, se formulan por el señor T.

cuatro motivos de casación, todos ellos deducidos con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción (aplicable al caso), lo que determina que las aseveraciones fácticas contenidas en los considerandos de la resolución impugnada, al no haber sido atacadas por el cauce del número 7 del citado artículo de la Ley Procesal, hayan quedado incólumes en este trámite de casación y a las mismas ha de estarse a los efectos de la decisión de los temas que los motivos plantean.

3. La sentencia recurrida en orden a los hechos que sirven de fundamento a su fallo pone de relieve, aceptándolo, lo que resulta de dictamen pericial, según el que, tras un análisis de las obras proyectadas y ejecutadas, determina que se ha ocasionado «una modificación del estado general de cargas a considerar sobre las zapatas», como «un aumento de la longitud de pandeo de los pilares y de la luz libre en los muros perimetrales», lo que comportaba cierto riesgo aun cuando fuera de cuantía mínima, por modificar el estado general de cargas en relación con los totales del edificio, concretando en otro de sus considerandos «que las obras litigiosas han supuesto la excavación del suelo y subsuelo entre 40 centímetros y un metro aproximadamente, la elevación de una entreplanta que carga sobre terreno común y afecta a cimentaciones, pilares, zapatas, etc., así como a la red general de saneamiento del edificio, habiéndose sustituido arquetas y canalizaciones, rebajando su cota primitiva», entendiéndose en razón a ello que las modificaciones operadas estaban sometidas al régimen de los artículos 11 y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal.

4. El actor-recurrente fundamentó su pretensión tendente a que se declarara su derecho a realizar las obras litigiosas, en la doble alegación que el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal no las prohibía y porque contaba, para efectuarlas, con la autorización que le concedía la cláusula letra D del título constitutivo del inmueble en régimen de propiedad horizontal, razón por la que articulando su recurso a través de cuatro motivos son de preferente y conjunto análisis los deducidos como primero y cuarto, en cuanto dirigidos a justificar su pretensión de que las obras realizadas y las proyectadas estaban comprendidas en la autorización que para efectuarlas concedía la norma estatutaria citada a los propietarios del sótano. En efecto, el motivo primero del recurso denuncia la violación por inaplicación del párrafo 3.º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y el cuarto, la vulneración por igual concepto del artículo 1.281 del Código Civil, así como interpretación errónea del artículo 1.255 del propio Código, refiriéndose ambos motivos a la cláusula de la letra D de los estatutos antes mencionados, que según tesis del motivo primero y con infracción de lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, no fue tenida en cuenta por la sentencia recurrida, y el cuarto, por el contrario, acusa a la resolución impugnada de no haber aplicado para la interpretación de la meritada cláusula estatutaria la norma de hermenéutica contenida en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil, resaltando, por ende, la patente contradicción entre los alegatos que sirven de fundamento a ambos motivos, puesto que si el pronunciamiento judicial impugnado analizó el alcance de la repetida cláusula para sentar sus conclusiones (como en realidad lo hizo), es obvio no violó por inaplicación el párrafo 3.º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal al no desconocer lo que la norma legal

autoriza en orden a las disposiciones que puede contener el título constitutivo de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, siendo cuestión distinta la del alcance que haya de concedérsele a dichas «disposiciones o reglas», como derivadas de su recta interpretación, lo que hace que la problemática que los dos motivos en análisis plantean quede reducida a la determinación de si la sentencia recurrida al proclamar que las obras ejecutadas y las proyectadas no estaban autorizadas por la cláusula de la letra D de los estatutos desconoció lo que aparecía de su litoral contexto, y en este sentido lo que resulta del contenido de la mencionada cláusula es analizado en el tercer considerando de la sentencia de la Audiencia y rectamente interpretado por la misma, por cuanto, aun prescindiendo de cualquier otro razonamiento, es inadmisibile autorice a realizar obras que, como las puestas de relieve en el tercero de los fundamentos de Derecho de esta resolución, significan la apropiación por el propietario de los locales radicados en el sótano de un elemento común, cual es el subsuelo de dichos locales, cosa bien distinta de la simple utilización o uso de los elementos comunes que la cláusula estatutaria tantas veces citada autoriza. Procede, en su consecuencia, la desestimación de los dos motivos aquí analizados.

5. Las alteraciones o modificaciones que el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal permite efectuar al propietario de cada piso o local dentro, como es obvio, de sus límites perimetrales, así como la división material de los mismos para formar otros más reducidos o independientes, y aumentarlos por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuirlos por segregación de alguna parte, que el artículo 8 de la propia Ley autoriza, requieren a más del cumplimiento de los requisitos que para uno y otro supuesto establecen los preceptos legales mencionados (dar cuenta previamente de las obras a realizar a quien represente a la comunidad o, en su caso, recabar y obtener la aprobación de la junta de propietarios), que las obras a realizar no signifiquen alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes, ya que este último supuesto queda claramente incardinado en la preceptiva contenida en el artículo 11 de la mencionada Ley, donde se contiene una regulación específica de los requisitos a llenar para que la obra pueda ejecutarse, y que no son otros que el acuerdo unánime de todos los copropietarios a que la norma 1.ª del artículo 16 de la repetida Ley se contrae.

6. La aplicación de la normativa legal resumida en el razonamiento que antecede a los hechos que el supuesto litigioso ofrece, según los términos en que han sido concretados en el tercero de los fundamentos de Derecho de esta resolución, determina el decaimiento de los motivos segundo y tercero del recurso, puesto que la sentencia recurrida no interpretó erróneamente los artículos 7 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, como se supone en el segundo motivo, y lejos de aplicar indebidamente el párrafo 4.º del artículo 5 y norma 1.ª del artículo 16 de la propia Ley, al sentar que las obras realizadas y proyectadas como incardinadas en el supuesto previsto en su artículo 11 afectaban al título constitutivo, por su incidencia en los elementos comunes del edificio, hizo una correcta aplicación de los mismos.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—CADUCIDAD DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. EJERCICIO DE ACTIVIDADES MOLESTAS.—*Artículos 7, párrafo 3.º, y 16, norma 4.º, de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1987).*

El actor, apelado y recurrido, ejercía su profesión de médico estomatólogo en dos pisos de un inmueble, uno de ellos de su propiedad y otro arrendado. La comunidad de propietarios del edificio calificó su actividad como ejercicio profesional de clínicas, estimándola peligrosa y molesta para los copropietarios y ocupantes del inmueble, por lo que le notificó el acuerdo contrario al ejercicio de la misma, el cual, una vez pasado el plazo de treinta días desde tal notificación, impugna el médico, basado en la Ley de Colegios Profesionales de 7 de febrero de 1974; el artículo 35, número 1, y el artículo 36 de la Constitución, y la normativa de la Ley de Propiedad Horizontal, a cuya demanda se opone la comunidad de propietarios aduciendo la prescripción de la acción de impugnación, conforme al artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, que no sólo ejerce como dentista, sino que también dedica una de las viviendas a clínica médica general, utilizando el *hall* de la planta como lugar de espera de los enfermos, lo que causa molestias a los demás copropietarios y, además, produce cierto peligro ante el paso y permanencia de enfermos contagiosos en el vestíbulo, y, en fin, tal actividad es contraria al artículo 4 de los estatutos.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 2 estimó la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, con base fundamentalmente a haber caducado la acción de impugnación, y en la segunda sentencia revoca la del Juzgado.

Los fundamentos de Derecho son los siguientes:

1. El párrafo 3.º del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 prohíbe al propietario y al ocupante de un piso desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, concediendo la normativa contenida en el artículo 19 de la propia Ley, cuando tales infracciones se produzcan, a la junta de propietarios acción para instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan, por lo que es obvio que requerido acuerdo de la junta de propietarios para deducir ante los Tribunales la acción correspondiente, cuando dicho acuerdo se toma, la norma 4.ª del artículo 16 de la referida Ley autoriza a impugnarlos ante la autoridad judicial, por los motivos en la misma establecidos a cualquiera de los propietarios disidentes, debiendo ejercitarse la acción de impugnación dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne.

2. Aunque la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, antes referida, únicamente legitima para el ejercicio de la acción de impugnación al propietario disidente, en el supuesto contemplado por su artículo 19, con expresa remisión, además, al párrafo 3.º del artículo 7,

tal legitimación, dada la reiterada referencia al «ocupante del piso o local» que la norma (art. 19) contiene, no puede menos de atribuirse también al arrendatario dado el indudable interés que le asiste a no ser privado del uso del piso o local, amén de que ello incluso podría significar para él la resolución del pacto locativo a instancia del arrendador por concurrencia de la causa 8.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

3. En la presente controversia el demandante, don Alfonso Mourelle, aquí recurrido, ejercita contra la comunidad de propietarios de la finca número 10 de la calle Santiago Bernabeu de esta capital, en su calidad de propietario del piso 4.º interior, letra C, y arrendatario del piso 1.º, letra D, del mismo edificio, la acción de impugnación que la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza, impugnando el acuerdo tomado por la junta de propietarios de dicha comunidad con fecha 25 de febrero de 1981, en el sentido de autorizar a su presidente para ejercitar las acciones que estimare oportunas, y ello con base a que la actividad de clínica médica desarrollada por el señor Mourelle en los referidos pisos, incluso los sábados, domingos y días festivos, fechas no laborables de portero, resultaba notoriamente incómoda para los restantes propietarios e incluso peligrosa, determinando la afluencia de clientes a las clínicas la ocupación por los mismos, como sala de espera, de elementos comunes, cual el vestíbulo.

4. Frente a la acción de impugnación ejercitada por el actor referido contra el acuerdo tomado por la comunidad de propietarios demandada el día 25 de febrero de 1981, se opuso por ésta en su contestación a la demanda la excepción de prescripción de la acción, con amparo en la preceptiva contenida en el párrafo 2.º de la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que, según alega, el señor Mourelle había ejercitado su pretensión transcurridos los treinta días siguientes al de la fecha en que el acuerdo impugnado le había sido notificado, desestimando expresamente tal excepción la sentencia del Juzgado, confirmada por la de la Audiencia, acogiendo, por demás, ambos pronunciamientos judiciales en su integridad las pretensiones de la demanda, articulándose en el particular referente a la desestimación de la excepción de prescripción dicha el segundo motivo del presente recurso, de preferente análisis habida cuenta que su estimación conllevaría, sin necesidad de analizar los deducidos como primero y tercero, la casación de la sentencia recurrida y la consiguiente absolución de la demandada de las pretensiones deducidas con el suplico de la demanda.

5. En efecto, en el motivo segundo del recurso, con amparo procesal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, se tacha a la resolución impugnada de haber infringido la preceptiva contenida en la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, concretando tal infracción, según resulta de los alegatos que sirven de desarrollo al motivo, a lo dispuesto en el párrafo segundo de dicha norma en orden a la prescripción o caducidad de la acción de impugnación, señalando que la sentencia del Juzgado, cuyos razonamientos aceptó en su integridad la recurrida, estableció que «el acuerdo es de fecha 25 de febrero de 1981 —folio 13—, llegó a noticia del señor Mourelle el día 24 de abril», y como a la denotada aseveración fáctica ha de estarse en este trámite casacional, no puede menos de admitirse que cuando la acción de impugnación objeto de la controversia fue

ejercitada por el demandante había transcurrido el plazo de los treinta días que el precepto que se acusa como vulnerado establece al respecto de su viabilidad, ya que, como consta al folio 24 vuelto de las actuaciones originales, la demanda fue presentada el día 26 de mayo de 1981 y turnada en el correspondiente reparto al Juzgado de Primera Instancia número 2 en el siguiente día 27, y al no entenderlo así la sentencia recurrida infringió el precepto a que el motivo se contrae, lo que hace proceda la estimación del mismo.

F. C. L.

ACCION REIVINDICATORIA. PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL. Artículo 38 de la Ley Hipotecaria. USUCAPION TABULAR. Artículo 35 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmando la del Juzgado número 10 de dicha capital, teniendo en cuenta que la sentencia recurrida, al hacer suyos los fundamentos de la apelada, sienta con meridiana claridad que el actor presenta título legítimo inscrito en el Registro de la Propiedad. Estimación correcta por cuanto el artículo 38 de la Ley Hipotecaria preceptúa que «a todos los efectos se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», disponiendo el artículo 1.250 del Código Civil que «las presunciones que la Ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas». Esta Sala, en Sentencia de 23 de noviembre de 1961, declaró que, como expresa la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de noviembre de 1944, el Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario, presumiéndose igualmente que el derecho inscrito existe y corresponde al titular, con lo que la presunción *iuris tantum* alcanza a todos los supuestos hipotecarios, gozando asimismo el titular registral de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. Y posteriormente, la Sentencia de 3 de febrero de 1955, recaída en juicio en el que se dio lugar a la acción reivindicatoria, declaró que al afirmar el Tribunal de Instancia la propiedad del reivindicante, se atuvo a lo dispuesto en los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria.

A mayor abundamiento ha de tenerse presente que el actor —con independencia de sus títulos de propiedad y de la correspondiente certificación registral— adujo oportunamente la usucapión (fundamento tercero de la demanda), y a este respecto conviene recordar lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, según el cual, «a los efectos de prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa». Y no ha de olvidarse que la *ratio* o motivación finalista del citado artículo 35 es posibilitar al titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 de la propia Ley, que pueda consolidar abreviadamente esta

adquisición por vía de usucapión ordinaria, cuando de otra suerte debiera utilizar la usucapión extraordinaria, o bien la de facilitar la usucapión ordinaria en orden a la prueba de las circunstancias exigidas por ésta. Por consiguiente, al estimar la sentencia recurrida que el actor presenta título legítimo no ha incidido en el error que se denuncia, razón por la cual procede desestimar el presente motivo.

F. C. L.

CENSO. RABASSA MORTA (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1987).

Pretendido por los actores en su demanda que son, respectivamente, usufructuario y nudo propietario de una finca, a pesar de que en el Registro de la Propiedad figuran como dueños del dominio directo y el demandado como titular del dominio útil, cuando en realidad sólo tiene el derecho de *rabassa morta*, el Juzgado de Primera Instancia de Igualada desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Como sienta el primer considerando de la sentencia recurrida, la cuestión fundamental debatida en ambas instancias, cuestión que se reproduce por tercera vez en este recurso de casación, queda centrada, sustancialmente, en determinar el alcance y sentido del contrato materializado en el documento privado de 30 de octubre de 1910, referente a la finca denominada «Las Planas», contrato que los actores califican de *rabassa morta*, aparcería u otro innominado de cultivo y al que el demandado le atribuye, única y exclusivamente, la finalidad de constatar y revisar las obligaciones convenidas en la escritura pública de 15 de marzo de 1886, en la que se constituyó o estableció un censo sobre el expresado inmueble; debiendo consignarse, a los efectos que aquí interesan, que la sentencia recurrida contiene las siguientes declaraciones básicas: 1.ª La referida escritura pública tuvo acceso al Registro de la Propiedad, y en sus asientos se consigna que los actores son titulares del dominio directo y el demandado del dominio útil de la expresada finca. 2.ª Que el meritado contrato, de 30 de octubre de 1910, «...no tiene otra finalidad ni mayor alcance que el de constatar el censo constituido en la escritura pública de 15 de marzo de 1886, modificando en algunos aspectos las prestaciones a realizar por el enfiteuta en favor del censalista, pero manteniendo la realidad del uso sobre la finca en cuestión, hecho que corrobora la escritura pública de manifestación de herencia y relación de bienes otorgada por los propios actores en 14 de octubre de 19... por ellos acompañada a su demanda..., donde consta la existencia del censo con dominio directo sobre la finca 'Las Planas' en cuestión, así como las prestaciones a percibir del hoy demandado don Buenaventura Bisbal Claramunt ».

2. Los motivos quinto y sexto, de examen preferente, con amparo en los ordinales 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal en su anterior redacción, y con cita de los artículos 359 y 361 de la misma Ley; denuncia

la incongruencia de las sentencias de Instancia en cuanto, pese a reconocer la existencia y validez del documento de 30 de octubre de 1910 y pese a que en el suplico de la demanda se pide, en primer lugar, la declaración de que el referido contrato regula actualmente las relaciones de cultivo entre demandado, como cultivador de la finca, y los actores, como usufructuario y nudo propietario, respectivamente, y en segundo término se suplica la declaración de que el referido negocio jurídico tenía la naturaleza de un contrato de *rabassa morta*, o, en defecto, de aparcería o de contrato innominado de cultivo, sin embargo, los referidos fallos son totalmente absolutorios sin contener pronunciamiento alguno sobre tales pretensiones. Tales motivos no pueden prosperar, pues aunque es cierto que, en principio y como regla general, no debe reputarse incongruente con las pretensiones formuladas en la demanda la sentencia absolutoria, y también lo es que, en determinadas circunstancias, la naturaleza de las cuestiones planteadas hace necesario o conveniente el pronunciamiento de determinadas declaraciones para que tengan las partes contendientes plena certeza de sus derechos y obligaciones en relación con las cuestiones debatidas (Sentencia de 19 de febrero de 1955), no es menos cierto que, en el caso de litis, no puede tacharse de incongruente la sentencia que no lleva al fallo declaración alguna respecto a que el contrato de 30 de marzo de 1910 es el que regula las relaciones entre actores y demandado, en cuanto, aparte de haber conformidad entre los litigantes sobre tal extremo, además, en los considerandos de las resoluciones de Instancia está admitida dicha pretensión, y es sabido que no es incongruente la sentencia que no lleva a su parte dispositiva una cuestión estimada o desestimada en sus considerandos mientras ello implique una simple omisión, como aquí ocurre, que pudo corregirse por la vía del artículo 363 de la Ley Procesal, todo ello con independencia de que la sentencia que absuelve de la demanda, después de afirmar que la relación jurídica existente entre las partes es la derivada de un censo enfiteúutico, resuelve en sentido desestimatorio tal pedimento; razonamientos los anteriores que llevan a la repulsa del tercer motivo, que por el cauce del número 1.º del citado artículo 1.692 e invocando la violación, interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de los artículos 1.091, 1.254, 1.255 y 1.256 del Código Civil; 320 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña; el artículo 1.656 del Código Civil; la aplicación indebida de los artículos 296, 297 y 299 de dicha Compilación, y, finalmente, la infracción de la doctrina de que la calificación de los contratos depende de las cláusulas y de su contenido y no de las palabras o calificación que le den las partes y que corresponde a los Juzgados y Tribunales su calificación (Sentencias de 27 de febrero de 1900, 16 de agosto de 1915, 15 de diciembre de 1920, 11 de diciembre de 1913, etc.), trata de combatir la resolución recurrida por los mismos invocados defectos, es decir, por no contener declaración alguna relativa a que el cultivo de los terrenos se regulaba por el contrato de 30 de octubre de 1910 y por no haberse declarado en el fallo la naturaleza de tal relación jurídica, repulsa que, además de por lo expuesto y por la larga cita de preceptos sin expresar el sentido de su singular infracción, procedería, igualmente, por la equivocada vía procesal utilizada, ya que, en definitiva, lo que denuncia es la incongruencia por falta de declaración en el fallo sobre alguna de las peticiones oportunamente deducidas en el pleito.

3. El primer motivo del recurso, deducido con apoyo en el número 1.º del repetido artículo 1.692, denuncia la infracción de los artículos 1.281 al 1.287, inclusive, del Código Civil, por violación, interpretación errónea y aplicación indebida, razonando, a tal efecto, que las sentencias de Instancia al interpretar el contrato de 30 de octubre de 1910 como una simple modificación o revisión del primitivo contrato de 1886, en el que se estableció el censo enfitéutico sobre la finca «Las Planas», está vulnerando los referidos preceptos, pues, a su entender, aquel contrato lo es de cultivo de tierras, completo, temporal, no perpetuo, autónomo y sin referencia al anterior, exégesis que se deduce, a su juicio, de los actos anteriores, como es el abandono del primitivo censo y nueva celebración del vigente sobre cultivo de las mismas tierras, coetáneos, como el abandono de los censos como consecuencia de la filoxera a finales del siglo pasado y la celebración de contratos de *rabassa morta* una vez superada aquella enfermedad, y posteriores, como el pago por los actores de la contribución territorial rústica y las contribuciones especiales municipales por motivo de alumbrado de calles, pavimentación, etc., y la no inclusión inicial en el inventario de la herencia del abuelo del demandado del dominio útil de la finca, aunque se incluye después; todo ello, continúa argumentando, además de que las palabras «establecimiento», «establecer» y «estabiliente» son comunes tanto a los censos enfitéuticos de carácter perpetuo, como a los contratos de carácter temporal de *rabassa morta*, y, finalmente, que en la época del contrato, año 1910, el uso y costumbre era el otorgar contratos de *rabassa morta* para el cultivo de viñas. El motivo decae: a) porque es doctrina de esta Sala que la interpretación de los contratos es facultad de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio debe ser mantenido en casación, salvo que se trate de interpretaciones que pugnen con las reglas de la lógica, supuesto que no es el de litis; b) porque de los términos del contrato de 1910 no se deduce ni que el anterior censo enfitéutico hubiera sido dimitido o renunciado con recuperación del dominio útil por los actores, ni que hubiera una solución de continuidad entre el cultivo amparado en el antiguo contrato y el apoyado en el nuevo convenio; c) porque el análisis del contenido de ambos negocios jurídicos pone de manifiesto las escasas alteraciones o diferencias existentes entre ellos en relación con las respectivas prestaciones, y en ambos se utilizan los términos «establecimiento», «establecer», «fadiga», etc., que si bien son propios también de la *rabassa morta*, no puede ignorarse que en las tierras objeto del contrato se cultivan, además de viñas, también cereales, legumbres, olivos, etc., cultivos éstos no accesorios, a los que no les son aplicables la normativa de la *rabassa morta*, y d) porque la propia conducta de los actores o sus causantes al incluir entre los bienes hereditarios sólo el dominio directo de la finca litigiosa y la subsistencia del asiento registral constatando sólo dicho dominio, conduce a la misma conclusión.

4. Igualmente debe rechazarse el motivo segundo, deducido al amparo del ordinal 7.º del artículo 1.692, y en el que se denuncia que las pruebas, en su conjunto, han sido mal apreciadas o apreciadas con error; y debe rechazarse, en primer lugar, porque ante la falta de precisión, si se entiende que lo denunciado es el error de hecho, falta de cita del documento auténtico del que resulte la infracción cometida, y si se estima que el error cometido es de Derecho, hay en la denuncia ausencia total

de cita del precepto valorativo de la prueba que lo evidencia; en segundo término, porque lo que en realidad se denuncia, según se desprende de la exposición del motivo, no es propiamente el error en la apreciación de la prueba, sino la infracción de normas de interpretación negocial, en cuanto se acusa a la sentencia de desconocer que el contrato de 1910 es autónomo, que en él no se hace alusión alguna al censo y que las palabras que emplea: «establecimiento», «establecer», etc., tanto se emplean por la normativa vigente en el censo, como en la *rabassa morta*, argumentación que debe rechazarse por lo expuesto, y además porque es doctrina indeclinable de esta Sala, para no convertir este recurso en una Tercera Instancia, el debido respeto a los hechos que, como probados, contenga la sentencia de Instancia y que sean fruto de la valoración probatoria llevada a efecto por el juzgador, si aquéllos no son impugnados eficazmente por el cauce o vía que, al efecto, abre el número 1.º del artículo 1.692, eficacia impugnatoria que, según lo expuesto, no se ha conseguido.

5. El mismo destino que los anteriores debe correr el cuarto motivo, apoyado en el ordinal 1.º del repetido artículo 1.692, y en el que se acusa la infracción de los artículos 38, párrafo 2.º, y 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, argumentando a tal efecto que si bien en la parte dispositiva de la sentencia no se ha declarado la existencia del contrato de 30 de octubre de 1910, ni tampoco se le ha calificado jurídicamente, comoquiera que se le da validez y se admite que existe y obliga modificando o revisando el antiguo establecimiento, resulta evidente, a su juicio, que debió declararse así y ponerse al día el Registro de la Propiedad; pero es lo cierto que si en los números 3.º y 4.º del suplico de la demanda se solicitaba la declaración de haberse extinguido o rescindido el dominio útil, que en el Registro figura a nombre del demandado y consolidado con el dominio directo, con la consiguiente nulidad de su inscripción registral y procedente cancelación, y si la sentencia absuelve de dichas peticiones y no se formuló ninguna otra alternativa en el sentido interesado en el motivo, es manifiesto que ninguna declaración podía hacerse en la sentencia que recogiera dicha modificación del primitivo censo por exceder de lo solicitado por las partes en sus respectivos escritos expositivos, sin perjuicio de que dicha modificación pueda reflejarse en los asientos registrales por vía convencional a través del correspondiente instrumento público o por vía judicial en el procedimiento pertinente.

F. C. L.

DACION EN PAGO DE HIPOTECAS. POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. USUCAPION. TERCERO HIPOTECARIO. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1.º La viuda e hijas de don J. R. B. formularon demanda contra el Instituto Nacional de Asistencia Social solicitando se les reconozca por la demandada la cualidad de usufructuaria vitalicia a favor de la primera y nudas propietarias a favor de las hijas sobre un molino harinero sito en Buñol (Valencia), que el señor R. dejó al morir, y se cancele la inscripción que de la misma finca consta en el Registro de Chiva a favor de la demandada. Al efecto, la demanda fue estimada en ambas instancias, excepto en el apartado *c)* del suplico, relativo a ordenar la inscripción en el Registro de la finca a favor de los demandantes. Como hechos probados de que se parte en ambas instancias para la estimación de la demanda se sintetizan los siguientes: *a)* Los hijos de don S. M. R. otorgaron ante Notario en 10 de junio de 1878 escritura de repudiación de herencia por hallarse en situación de concurso la herencia de su señor padre al morir éste, dejando los bienes a la libre disposición de los acreedores, y sólo cuando no los aceptasen los acreedores la aceptaban a beneficio de inventario. *b)* El causante de las actoras, don R. R. S., bisabuelo de aquéllas, era uno de los acreedores, el cual recibió de la expresada herencia un molino harinero en pago de su crédito, sin que se otorgase escritura pública, pero entrando desde entonces a poseer dicho inmueble en concepto de dueño. A don R. R. le sucedieron primero su hijo M. y en 1956, a su muerte, su nieto don J. R. B., que no habían dejado de poseer el citado molino. *c)* A este último, como ya se indica, a su muerte en 1972, le sucedieron su esposa e hijas, actuales demandantes y recurridas. *d)* Según se declara en la sentencia impugnada, los demandantes y sus antecesores vinieron poseyendo en concepto de dueño el inmueble litigioso, como se dedujo de un conjunto de pruebas consistente en pago de contribuciones e impuestos, compra de maquinaria y accesorios para el molino, seguro de incendios y actuación ante las oficinas públicas como dueños. *e)* Unicamente en el año 1958 recibieron un requerimiento de la Entidad Auxilio Social, antecesora de la demandada y actual recurrente, que había adquirido en 1944 el mismo inmueble, pero sobre el que no ejerció posesión alguna, en cuyo requerimiento se les apercibía de desalojo en el plazo de quince días. *f)* De los hechos acreditados deriva que durante más de setenta años los antecesores de los demandantes vinieron poseyendo en concepto de dueño el inmueble discutido.

2.º 1. Frente a esos hechos acreditados en autos, el recurso alega, en primer lugar, error de hecho en la apreciación de la prueba, lo que se hace al amparo del número 7.º del artículo 1.692, anterior redacción, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se presenta como documento auténtico al efecto el requerimiento aludido, verificado en 1958 por parte de la recurrente a las demandantes, en donde se califica de precaristas a quienes venían ocupando el inmueble como dueños ininterrumpidamente desde finales de la década de 1870 a 1880. El motivo debe ser rechazado: *a)* en primer lugar, porque el documento que se exhibe como auténtico no hace ningún reconocimiento de derechos a favor de la recurrente, sino que es un mero requerimiento cuyo contenido dependió del arbitrio de la Entidad requirente; *b)* además, el recurso desglosa el documento en cuestión del resto de la prueba, abundante, de donde la Sala de Instancia dedujo su conclusión estimatoria de la demanda, y esta Sala tiene declarado que no puede servir como documento auténtico el que se separa del resto de la prueba para intentar ser apreciado aisladamente, y menos prescindiendo

del hecho probado de la posesión *animus domini* de los predecesores de las demandantes desde el siglo pasado, es decir, por período muy superior a treinta años.

2. El motivo segundo, con amparo en el mismo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, alega error de Derecho en la apreciación de la prueba, con base en el mismo documento en que se apoya el motivo anterior, por entender que ha habido infracción por violación del artículo 1.218 del Código Civil sobre el valor probatorio de los documentos públicos. El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria, ya que el expresado documento, como se dice, no hace ningún reconocimiento de derechos y no acredita nada más que su fecha y el hecho del requerimiento, pero no que haya de aceptarse lo que el requirente ha manifestado en él, afirmación ineficaz a los efectos pretendidos y que contraría el sentido de la apreciación conjunto de la prueba que llevó a cabo el Tribunal de Apelación.

3. El motivo tercero se basa en el número 1.º del anterior artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y alega la infracción por violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina legal que dicho precepto interpreta. Plantea aquí el recurso una cuestión nueva que no fue tratada en los escritos de la fase alegatoria ni en ninguna de las sentencias de Instancia. Por ello, en este momento debe ser desestimado, y antes debió ser no admitido, a tenor del artículo 1.729, número 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero aunque no fuese así, el resultado desestimatorio había de ser el mismo, puesto que el comprador de un inmueble que lo inscribe en el Registro de la Propiedad carece de la condición de tercero, en cuanto es parte del contrato inscrito, y, por consiguiente, no se halla comprendido ni favorecido por los efectos de la fe pública registral que consagra el artículo 34 que se invoca, sin que pueda tergiversarse la doctrina para atribuir la condición de terceros a los demandantes, que ciertamente no son titulares registrales, sino meramente adquirentes de un bien inmueble por medio de la usucapión extraordinaria. En definitiva, la Entidad recurrente adquirente del inmueble discutido, que lo inscribió en el Registro, no tiene la condición de tercero hipotecario ni puede ampararse en el estatuto jurídico del mismo, como pretende dicha Entidad.

4. Por último, el motivo cuarto, con el mismo amparo procesal que el anterior, alega la infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 1.959 del Código Civil, en relación con el 1.941 del mismo cuerpo legal. Trata de impugnar este motivo el hecho de la posesión en concepto de dueño de las demandantes y el hecho de haber poseído en tal concepto más de treinta años las mismas y sus antecesores el molino harinero en litigio. Habiendo resultado infructuosa la alegación de los motivos primero y segundo, relativos a la cuestión de hecho, es evidente que ha de partirse de aquellos hechos probados y, en consecuencia, ha de admitirse que la Sala *a quo* no cometió la infracción que se acusa en este motivo y que al valorar los hechos que se dejan expuestos actuó dentro de su ámbito de apreciación de la prueba, por lo que decae también este último motivo.

F. C. L.

**ADJUDICACION EN PAGO A ACREEDORES A CALIDAD DE CEDER.
PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA
(SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1987).**

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción del artículo 129 y regla 10.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, estimando que es válida y debe admitirse la práctica general de adjudicar fincas a los acreedores en pago de su crédito con la calidad de ceder a tercero, a pesar de reconocer que tal práctica carece de respaldo legal expreso conforme a la Ley Hipotecaria, argumentando lo siguiente:

La regla 10.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria faculta a los acreedores ejecutantes, en el supuesto de que no hubiere postura admisible en la primera subasta, para pedir «la adjudicación de la finca o fincas en pago de su crédito por el tipo de aquéllas», que en el caso era el de los 9.000.000 de pesetas. Los acreedores ejecutantes solicitaron y obtuvieron la adjudicación de la finca en pago proporcional de sus respectivos créditos y consignaron la diferencia entre el importe de dichos créditos y el tipo que rigió en la subasta celebrada. La nulidad que se pretende se fundamenta en la única alegación de que la regla 10.ª no autoriza expresamente la adjudicación con la calidad de ceder el remate a un tercero, como así se hizo, presentándose a las cesionarias en cuyo favor recayó la adjudicación. Según entiende la parte demandante y recurrente (ya que las sentencias de la Instancia desestimaron la pretensión, imponiendo a dicha parte las costas procesales del primer grado), lo que únicamente aparece autorizado por la Ley Hipotecaria es la adjudicación en favor de los acreedores ejecutantes, pero sin que éstos puedan cederla.

La adjudicación en pago dentro de la vía de apremio se aproxima a la compraventa o a la novación, o más claramente al pago del cual sería una modalidad, según así se cuestiona en la doctrina siquiera en la práctica procesal se venga asimilando a la compraventa, pese a diferenciarla netamente de la misma el que la adjudicación no extingue el crédito del ejecutante sino hasta donde alcance el valor por el que se realiza la adjudicación, según los preceptos recordados; y si este valor excede al del débito debe abonarse la diferencia por el ejecutante al ejecutado, que es lo que se hizo en el caso origen del presente recurso, en que se consignó tal diferencia de 4.644.957 pesetas al tiempo de solicitarse la adjudicación; mas si, por el contrario, el valor es inferior al débito, subsiste éste por la diferencia. El punto concretamente cuestionado no está fuera de la cuestión de la naturaleza jurídica de la adjudicación y consiste concretamente en ventilar si el adjudicatario puede serlo con la calidad de ceder a tercero, lo que por modo expreso no está autorizado en la Ley, ni por la Hipotecaria ni por la de Enjuiciamiento Civil, si bien se practica con la incuestionable intensidad que la prueba ha revelado. Se descubre desde ésta que la declaración de nulidad que se postula apelaría un gran número de adjudicaciones cedidas a tercero y efectuadas en procedimientos ejecutivos ya consumados, según esa práctica que se ha puesto de

manifiesto merced a la prueba producida en el que ha originado el presente recurso, o es prudente censurar y excluir esa práctica, introducida pacíficamente y sin contradicción con nadie, máxime que no se descubre una razón determinante para ello y, desde luego, no se averigua en el juicio ni se propone por el único motivo del recurso, cuya argumentación se limita y contrae a notar que no se halla paladinamente prevista por el texto legal. Los acreedores ejecutantes pudieron licitar bajo la calidad de cedentes y efectuar desde ella la cesión, la que se cuestiona, en cambio, al haberla efectuado desde la condición de adjudicatarios; pero no se atisba razón alguna atendible de los acreedores hipotecarios posteriores, cual las entidades recurrentes, para obtener la nulidad, por cuanto su interés queda preservado merced a la sujeción de la adjudicación al tipo rector de la subasta, aparte las garantías significadas por ella. La acogida jurisprudencial de la práctica permisiva favorecerá la difusión que ya venía observándose por la vía de la analogía, y generalizada, unificará o aproximará, al menos, los procedimientos ejecutivos, eliminando las divergencias de criterio.

F. C. L.

COMUNIDAD Y SERVIDUMBRE DE PASTOS. DISTINCION. REDENCION PARCIAL (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Guijo de Avila contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Béjar, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. En el presente litigio, que versa sobre la redención de servidumbres o «servidumbre» de pastos, de que es titular el Ayuntamiento de Guijo de Avila, y grava, entre otras, las fincas de los demandantes, es de poner de relieve, por la íntima relación que guarda con las cuestiones, que los motivos que sirven de fundamento al recurso plantean la doctrina sancionada por la jurisprudencia de esta Sala, según la que: a) es clara, como resalta la Sentencia de 2 de febrero de 1954, la distinción entre la servidumbre de pastos y la comunidad de pastos, ya que los artículos 392, 530 y 531 del Código Civil contienen la clave precisa para la distinción a base de la calificación del inmueble o inmuebles de que se trate, como predio ajeno con respecto de alguno de los interesados en determinados aprovechamientos o como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute en común por todos ellos o en dominio plural proindiviso, y así, la existencia del predio ajeno conducirá a la apreciación jurídica de alguna utilidad de la finca por personas distintas del dueño y constituirá una limitación del pleno dominio por la concurrencia del gravamen real de la servidumbre, y b) el principio de la indivisibilidad de las servidumbres que, como regla general, establece el artículo 535 del Código Civil, y que tiene por objeto mantener en su originaria integridad el gravamen en que consistan, aun en el caso de dividirse entre dos o más el predio que las disfrute o el

que las sufra, no se opone al derecho que en absoluto y sin limitación alguna concede, «especialmente» el artículo 603 del Código Civil al dueño de todo terreno gravado con la servidumbre de «pastos», de redimir esa carga mediante el pago de su valor, sean uno o más los que tengan el derecho a la servidumbre (Sentencia de 11 de noviembre de 1982).

2. La doctrina sancionada en la Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1982, en orden a la redención parcial de la servidumbre de pastos, la justifica el sentido de interés público que inspira el precepto, puesto de relieve de manera incontrovertible en lo que dispone el artículo 602 del Código Civil, que para el caso de existencia de comunidad de pastos entre los vecinos de uno o más pueblos, permite al propietario que cercare con tapia o seto su finca liberarla de la carga que el derecho de la comunidad representa, sin indemnización de clase alguna y sí antes, por el contrario, conservando su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

3. La aplicación de la doctrina consignada en los fundamentos de Derecho que anteceden determina el decaimiento de los tres motivos que sirven de fundamento al recurso, por cuanto: a) en el motivo primero, formulado con amparo procesal en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando error de hecho en la apreciación de la prueba, la conclusión que por el Ayuntamiento recurrente se trata de fijar, derivándola del contenido de lo que denomina «Acuerdo del Ayuntamiento de Guijo de Avila de fecha 12 de octubre de 1879», de los documentos 1 al 12, ambos inclusive, de los acompañados por los actores a su demanda, como títulos de propiedad de sus fincas, y del informe pericial sobre temas propuestos por ambas partes y obrante a los folios 239 y siguientes de las actuaciones originales, es la de que las fincas gravadas con la servidumbre de pastos eran varias, así como sus propietarios, y aunque ciertamente en contra del criterio mantenido por la sentencia recurrida ello sea así, como lo demuestra el «Acuerdo» referido, concertado para la regulación del aprovechamiento de la servidumbre entre el Ayuntamiento y los vecinos de Guijo de Avila y Santibáñez de Béjar, propietarios de las fincas afectadas por el gravamen, no lo es menos que la denotada circunstancia de diversidad de fincas en nada empece para que la redención pretendida por alguno o algunos de los propietarios de las mismas opere, sin necesidad de que sea postulada conjuntamente por los titulares dominicales de la totalidad de los predios gravados, y de aquí que articulado el suplico de la demanda inicial de las actuaciones con una pretensión subsidiaria referida a la existencia de una sola servidumbre y otra principal para el supuesto de que se estimare la existencia de tantas servidumbres como fincas afectadas por el gravamen que representa, era indiferente, por aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 603 del Código Civil y doctrina legal que lo ha interpretado, que se estimara la existencia de uno u otro supuesto, al ser procedente en ambos casos la redención de la servidumbre interesada por los propietarios de una o varias de las fincas gravadas, razón por la que también carece de trascendencia que en los títulos de propiedad de los actores se exprese que la finca de cada uno de ellos está gravada con una servidumbre de pastos establecida a favor del Ayuntamiento de Guijo de Avila, con la conclusión, contradictoria con la alegada al referirse al «Acuerdo de 1879», que ello determinaba el carácter de «unicidad (servidumbre única)», así

como los datos que del informe pericial se ponen de relieve en relación a las medidas a tomar para el aprovechamiento agrícola de las fincas una vez redimida la servidumbre y, por último, carece totalmente de base la alegación del Ayuntamiento de que el derecho de que es titular va más allá del derecho o servidumbre de pastos, en atención al hecho de que en el «Acuerdo de 1879», al regularse el aprovechamiento de los pastos entre la Corporación Municipal y los propietarios afectados por la servidumbre, se convenga que el espigadero que quede después de levantar el fruto (en los años que se permite la siembra de las fincas), quede para ser aprovechado con el ganado que acuerde el Ayuntamiento; b) la sentencia recurrida, al no desconocer en ningún momento la existencia de la servidumbre que gravaba las fincas de los actores y la titularidad de la misma a favor del Ayuntamiento, no infringió por inaplicación el número 3 del artículo 6 del Código Civil, en relación con el párrafo 1.º del artículo 230 del Decreto de 12 de enero de 1972, que aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuya vulneración, por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el segundo motivo del recurso, pues lo que se dispone en el precepto últimamente citado es que el gravamen que como derecho real afecte a fincas objeto de concentración parcelaria pasará a recaer inalterado sobre las fincas de reemplazo, y siendo de este carácter la de los actores, que parten para su postulación del reconocimiento de la existencia de la servidumbre que originariamente afectaba a las fincas que fueron objeto de la concentración, no se alcanza el por qué ello pueda ser óbice a su redención, aplicando la preceptiva contenida en el artículo 603 del Código Civil, y menos que tal aplicación signifique sancionar un acto contrario a una Ley imperativa o prohibitiva, y c) por último, «la violación (por inaplicación) del artículo 535 del Código Civil, en relación con el artículo 545 del mismo Código, igualmente infringido, así como la reiterada jurisprudencia que los aplica e interpreta», que, con igual amparo procesal que el anterior, se acusa en la forma textualmente consignada en el motivo tercero del recurso, resulta la procedencia de su desestimación de la pertinente aplicación al hecho enjuiciado de la doctrina legal consignada en los dos primeros fundamentos de Derecho de esta resolución, sin necesidad de acudir a ninguna otra argumentación.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

**LA PRUEBA DE CONFESION NO TIENE MAS VALOR QUE LAS DEMAS.
LA DE PRESUNCIONES TIENE CARACTER SUPLETORIO (SENTENCIA
DE 3 DE OCTUBRE DE 1986).**

Doctrina de la sentencia.—Este Tribunal ha declarado (Sentencia de 27 de febrero de 1951) que no procede invocar la infracción del artícu-

lo 1.232 cuando la Sala sentenciadora aquilata el valor de la confesión judicial combinándola con los demás elementos probatorios, y deduce de todos ellos los efectos que procede dar a la misma, sin que en ningún caso la prueba de confesión judicial tenga carácter excepcional ni valor superior a las demás clases de prueba establecidas por la Ley.

La prueba de presunciones tiene un carácter supletorio y sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios del artículo 1.215.

J. Q. S.

ESTA RESERVADO A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA LA DETERMINACION DEL TIEMPO EN QUE HAN DE CUMPLIRSE LAS OBLIGACIONES CUYO PLAZO QUEDARE A LA VOLUNTAD DEL DEUDOR (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La determinación del período de tiempo en que deben cumplirse las obligaciones cuyo plazo hubiere quedado a la voluntad del deudor (*cum debitor voluerit*) es materia reservada por el párrafo 2.º del artículo 1.128 al libre arbitrio de los Tribunales de Instancia, como se infiere de los términos gramaticales en que está redactado dicho precepto, que al no contener disposición alguna en contrario, no permite conclusión distinta, conforme a lo dispuesto en el axioma *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*, de los textos legislativos que sirvieron de antecedente a esta norma, como la Ley 13 del título XI de la *Partida* 5.ª, que ordenó a los juzgadores «asmar según su albedrío hasta cuanto tiempo sería cosa guizada para poder cumplir lo que prometió», la persona obligada en tales condiciones, y de la doctrina científica y criterio jurisprudencial que calificaron este término como plazo discrecional.

J. Q. S.

EL HEREDERO FORZOSO SOLO PUEDE IMPUGNAR LOS CONTRATOS DE SU CAUSANTE AFECTADOS DE SIMULACION RELATIVA SI PERJUDICAN SUS DERECHOS LEGITIMARIOS (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la Sentencia de 19 de enero de 1950 que el hecho de la sucesión, con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación puedan resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos, ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable

conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión.

Asistiendoles como continuadores de su personalidad la facultad de ejercitar las acciones que al mismo correspondían, es indudable la que competía a su dicho causante para postular la ineficacia de un contrato con tacha de simulación absoluta, dada la nulidad radical del mismo, al no concurrir alguno de los requisitos que para su existencia exige la preceptiva contenida en el artículo 1.261 del Código Civil; no sucediendo así, por el contrario, si concurre supuesto de simulación relativa, en el que si se demuestra que aunque la causa expresada en el contrato no correspondiera a la realidad, el mismo estaba fundado en otra verdadera y lícita, pues en ese supuesto no asiste acción para impugnarlo al heredero forzoso que por la transmisión patrimonial operada no haya sido perjudicado en sus derechos legítimos.

J. Q. S.

PUEDE ELEVARSE EL PAGO DEL PRECIO A CONDICIONANTE ESENCIAL PARA LA VIGENCIA DEL DERECHO OPCIONAL (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a la jurisprudencia se configura la opción de compra como un convenio en el que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, cuyo incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento, así de la promesa como del contrato definitivo, efecto que se produce mediante la manifestación de voluntad del optante y la vinculación de la oferta —ya irrevocable— por parte del cedente vendedor, sin necesidad de nuevo contrato; estimándose que la opción supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos (lo que lo diferencia del *pactum de contrahendo*), pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después, no precisamente en el plazo establecido para el ejercicio de la opción, con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento.

La oferta no siempre se manifiesta de modo simple, sino con condicionantes elevados por el oferente a la cualidad de esenciales, de manera tal que si no se cumplen de modo estricto, no se produce el concurso de la oferta y la aceptación, lo que suele ocurrir cuando la opción va unida a otras convenciones o contratos, circunstancia que se da en el supuesto que nos ocupa, al ir unida la vigencia del derecho opcional de modo indisoluble al pago del precio.

J. Q. S.

EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA ES INAPLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El recurrente denuncia la violación por inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dado que, según los impugnantes entienden, de acuerdo con dicho artículo, al ser titulares registrales con buena fe y, por ende, gozar de la condición de terceros por haber adquirido la finca de persona que aparece con facultades para transmitirla, han de ser mantenidos en su adquisición, al gozar de la condición de titulares inscritos, aunque se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causa que no conste en el mismo Registro; motivo que necesariamente ha de perecer, habida cuenta de que los recurrentes olvidan que, en el caso enjuiciado, ambos son titulares inscritos, por lo que la controversia entre ellos en ninguna forma podrá ser resuelta aplicando dicha preceptiva, que solamente juega en aquellos supuestos en que la parte que en tal principio hipotecario de fe pública registral quiera ampararse, no tenga enfrente otro título asimismo inscrito, ya que si esto acaece, al poder apoyarse ambas partes en la misma normativa, está fuera de toda duda que es inaplicable para resolver la contienda, pues la realidad es que lo que surge es un problema de doble inscripción, al coexistir dos asientos de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, de tal manera que si los principios de fe pública registral y legitimación se aplicaran a ambos, el problema quedaría sin resolver, lo que hace preciso acudir a otra normativa, que no puede ser más que aquella a la que se refiere el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, que en los casos de doble inmatriculación remite a los titulares registrales a discutir su mejor derecho al inmueble, al proceso declarativo correspondiente; existiendo un amplio sector doctrinal que envía la solución de la controversia a la aplicación analógica del artículo 1.473 del Código Civil, que contempla el supuesto de doble venta.

J. Q. S.

DEUDA DE VALOR: NUESTRO DERECHO PROFESA EL NOMINALISMO (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Un contratista demanda a una Cooperativa de Viviendas para que le pague unas certificaciones de obra, que ascendían a más de 4.000.000 de pesetas y que aquélla le adeudaba desde ¡1970! El Supremo acoge la demanda, pero no accede a la actualización del valor de la suma adeudada.

Doctrina de la sentencia.—En cuanto a la pérdida del valor extranormal del dinero en que se cifraron las certificaciones de obra a cuyo importe se condena a la Cooperativa, y que el actor percibirá en la fase de ejecución de la sentencia, que condena a ésta al pago de aquel nominal, notablemente inferior al valor extranormal, según así lo evidencian los índices estadísticos a que se acoge, debe responderse que nuestro Derecho, como la mayoría de los existentes, si bien se abre a medidas correctoras, pero no obstante profesa el nominalismo, que inspira diversos preceptos: así, el artículo 312 del Código de Comercio, y dentro del Código Civil, el

artículo 1.170, en relación con el 1.753 y 1.754, que deben interpretarse en su conjunto, lo que determina que el motivo haya de decaer.

COMENTARIO.—La actual situación de acelerada pérdida del poder adquisitivo del dinero, junto al gran retraso que sufren los asuntos encomendados a la decisión judicial, sin duda motivados por la acumulación de casos, causa situaciones paradójicas y resultados reñidos con la equidad. Si una deuda de 1970 se va a pagar por el mismo nominal en 1986, parece claro que constituye una invitación a los deudores a que incurran en la mayor morosidad posible. El sistema nominalista de nuestro Código no estaba pensado para las actuales circunstancias sociales, sino para las que regían a fines del siglo XIX, por lo que en tanto no se solucione la depreciación monetaria, o se agilice la Administración de Justicia, parece que habría que incrementar fuertemente esas «medidas correctoras» de que habla la sentencia.

J. Q. S.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE CORRETAJE (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La naturaleza jurídica de este contrato de colaboración mercantil o corretaje consiste en que el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, poniéndolos en relación; se señala su falta de regulación legal y su licitud, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, así como la posibilidad de considerarlo atípico, innominado *sui generis*, *facio ut des*, principal, consensual y bilateral, o simplemente unilateral, por surgir sólo una obligación —la del que hace el encargo— de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación; resulta así que la esencia de la obligación del mediador consiste en realizar una actividad para aproximar a dos futuros contratantes, sin comprometerse a la obtención de un resultado concreto, aunque dada su falta de regulación legal, quepa no sólo el pacto de que el pago de la remuneración se condicione a que la mediación sea eficaz, otorgándose y perfeccionándose el contrato pretendido con la mediación, sino también que esto se establezca por los usos y costumbres; mas cuando se otorga o perfecciona, por el concurso de la oferta y la aceptación, el contrato a que tiende la mediación, cabe hablar de que ésta —la mediación— se ha consumado, lo que no debe confundirse con la consumación del contrato celebrado como consecuencia de dicha mediación, pues este resultado ya es independiente de la voluntad del mediador; lo normal es que el mediador tenga derecho a la retribución en el caso de que llegue a tener realidad el negocio jurídico objeto de la mediación, como consecuencia de la actividad por él desplegada, pero sin que se obligue a responder del buen fin de la operación, cosa que requeriría un pacto especial de garantía, expreso o determinado por el uso, cual se prevé en el artículo 272 del Código de Comercio para la comisión, al decir que si el comisionista percibiére sobre una venta, además de la comisión ordinaria, otra llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza.

J. Q. S.

EN LAS DONACIONES REMUNERATORIAS EL DONANTE ACTUA POR LIBERALIDAD. EL PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS NO RIGE CUANDO HAY ILICITUD DE CAUSA (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1986).

Hechos.—«Cuétara, S. A.», demanda la nulidad absoluta de un contrato de compraventa de unos bienes inmuebles, que otorgó a favor de un antiguo empleado, alegando la coacción e intimidación que sufría del presunto comprador, pues éste amenazaba con denunciarla a Hacienda por ciertas infracciones tributarias que había cometido. El demandado reconoce que la venta fue simulada por inexistencia del precio, pero alega que encubría una donación. No se acogen tales argumentos y prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En las donaciones remuneratorias el donante actúa por mera liberalidad, liberalidad que queda excluida cuando, como en el presente caso ocurre, la transmisión patrimonial está determinada por la amenaza de una denuncia fiscal, amenaza que, aparte de la valoración jurídica civil, puede bordear el ámbito penal; eliminado, pues, el *animus donandi*, queda sin causa la pretendida donación, y, en consecuencia, no puede estimarse la existencia de un negocio disimulado de donación bajo la apariencia de un contrato de compraventa. Las anteriores consideraciones privan también de base fáctica a la argumentación del motivo, que mantiene la existencia y la licitud de la causa del contrato disimulado de donación, en cuanto sostiene que no medió la amenaza causante del convenio, ni presión intimidatoria alguna por parte del señor Carmona para compeler a «Cuétara, S. A.», a otorgar su acto dispositivo; pero aun en tal hipótesis fáctica no aceptada, si lo que la invocada donación tratara de retribuir es el silencio, la no denuncia de unas infracciones tributarias, tal silencio elevado a la categoría de motivo causalizado convertiría a ésta en ilícita por contraria a la moral, pues contrario a la moral y a las buenas costumbres es obtener o provocar la transmisión gratuita de un inmueble, aunque no medie amenaza, por la promesa de un silencio ante la Administración respecto a la existencia de una determinada contravención tributaria.

El tercer motivo invoca la infracción por violación del principio general de Derecho de que nadie puede ir válidamente en contra de sus actos; motivo que debe correr la misma suerte desestimatoria, pues tal principio, cuya fuerza vinculante se apoya en la exteriorización de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una situación disconforme con la posterior conducta del sujeto, no es aplicable a los supuestos de inexistencia o de ilicitud de causa, por cuanto, a tenor del artículo 1.310 del Código Civil, sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261, pero no aquellos en los que falte tal esencial requisito de causa o que ésta sea falsa y no se pruebe que están fundados en otra verdadera y lícita, supuesto de licitud que ha quedado descartado, lo que conduce a la imposibilidad legal de confirmar lo que desde el inicio fue nulo, con nulidad absoluta e insubsanable.

J. Q. S.

PUEDE DARSE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA ENTRE LAS PARTES DE UN CONTRATO (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es doctrina de esta Sala que existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir al artículo 1.902, sin embargo, hay supuestos en que no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, lo que no puede predicarse del supuesto fáctico contemplado, en que sobrevino el hundimiento de la techumbre del edificio en que radica la vivienda del recurrente, obligando a sus moradores a abandonarla rápidamente, pretendiendo en esta litis que se declare una obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culposa de la arrendadora, indemnización que ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual; en el supuesto ahora visto se ejercitó la acción extracontractual y de manera complementaria se invocó también el contrato arrendaticio, pero no debe olvidarse que el artículo 1.101, sancionador de la infracción contractual, es aplicable a toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su origen, y que está bien aplicado el artículo 1.902, aunque en la demanda, por argumento *ad maiorem*, se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual. Aun habiendo relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídico-procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artículo 1.902, el Tribunal de Instancia no debe entender ejercitable la acción contractual.

Por último, es de interés denotar que la jurisprudencia de casación de Italia, en supuestos como el que es objeto de este recurso, admite la acumulación de la acción contractual y la extracontractual, al permitir al locatario obtener el pleno resarcimiento del daño por ruina del inmueble arrendado.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: EVOLUCION HACIA SOLUCIONES CUASI-OBJETIVAS (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia no hace más que apartarse del estricto principio de la responsabilidad por culpa, invirtiendo la carga de la prueba, para obligar al autor a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos con toda la prudencia precisa para evitarlo, por entender no sólo lo contrario a la Ley el ilícito, sino que debe ir acompañado de la diligencia, exigiendo el artículo 1.104 del Código Civil, relativo a la culpa extracontractual, que por analogía ha extendido a la extracontractual, no sólo la diligencia siempre, sino la que se derive de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, determinando que un acto lícito en sí puede dar lugar a culpa si no se realiza con la prudencia que exigía la circunstancia concreta del caso.

La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana ha ido evolucionado hacia un sistema que, sin hacer plena alteración del factor

moral o juicio lógico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguiente al desarrollo de la técnica, y el principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por actividad peligrosa, doctrina que impide aplicar el sistema subjetivista de la culpa.

La doctrina y la jurisprudencia, en la esfera del Derecho de daños, amparan el deber de indemnizar en la teoría del riesgo, a no ser que el suceso tenga su causa en la culpa exclusiva y manifiesta del perjudicado, sin actuación culposa concurrente de la otra parte.

J. Q. S.

F) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PROHIBICION TESTAMENTARIA DE DISPONER. ARRENDAMIENTO. INTERPRETACION DE TESTAMENTO.—Artículo 675 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 11 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Son antecedentes fácticos a tener en cuenta para resolver este recurso: Uno) Que doña S. F. J., aquí recurrente, era legitimaria de su madre doña M. J. M., quien falleció el 8 de mayo de 1977 con testamento otorgado el 25 de abril de 1972. Dos) Que, a su vez, doña I. F. C., recurrida y en el pleito que ahora concluye demandada, fue designada por la referida señora en indicada disposición heredera universal de todos sus restantes bienes. Tres) Que en dicho testamento aparece instituido usufructuario universal de la citada herencia don B. F. J., hermano de la actora y demandado juntamente con la anterior en la misma litis. Cuatro) Que el indicado usufructo se extinguió, reintegrándose a la nuda propiedad, cuando la referida heredera cumpliere los veinticinco años de edad, lo cual tuvo lugar el 26 de septiembre de 1979. Cinco) Que llegado dicho momento, doña I. interesó y obtuvo la cancelación del mencionado usufructo y con ello la consolidación en su persona de la plena propiedad de los bienes hereditarios, lo que dio lugar a la inscripción número 22 en el Registro de la Propiedad correspondiente. Seis) Que como tal propietaria, doña I. arrendó a la Caja de Ahorros de Sabadell, el 10 de marzo de 1980, el local constituido por los sótanos, bajos y entresuelo de la casa número 82 de la Rambla de San José de las Flores, en Barcelona, inmueble perteneciente al caudal de doña M. J. M. y, por tanto, heredado por doña I. Siete) Que en el tantas veces indicado testamento se contiene una disposición, la «quinta», del siguiente contenido: «Autorizo al usufruc-

tuario durante la vigencia del usufructo para que por sí solo y sin la concurrencia del nudo propietario pueda vender bienes de la herencia si es para pagar los legados relacionados, *prohibiéndole, empero, que pueda vender, gravar y ni siquiera arrendar* la casa sita en esta ciudad formando esquina a la Rambla de las Flores y calle Cardenal Casafloas, al igual que el negocio radicado en la planta baja de dicho inmueble, puesto que es mi voluntad, cumpliendo con ello el deseo, repetidamente manifestado por el que fue mi esposo, de que tales casa y negocio, que constituyen una unidad, permanezcan siempre en el patrimonio del heredero o herederos que seguidamente paso a instituir». Ocho) Ejercitada por doña S. F. J. acción dirigida a interesar fundamentalmente la nulidad y consiguiente ineficacia del contrato de arrendamiento citado, el Juzgado de Primera Instancia y luego la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictaron, respectivamente, sentencias desestimando, el primero, la demanda, y la segunda, el recurso de apelación formulado por la actora.

2. El presente recurso se inicia con una motivación instaurada sobre el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, en el que se denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, consistente, en opinión de la impugnante, «en haber silenciado u omitido, en la sentencia recurrida, declarar expresamente como hechos invocados en la demanda como base de su *petitum*, y que resultan de los documentos auténticos obrantes en los autos y que se citan», los siguientes: silenciar «que la actora (legitimaria *ex lege*) ostenta la condición de legataria por voluntad de la causante, manifestada en su testamento; que en los bajos de la casa de autos existe, al tiempo del fallecimiento de la causante, el negocio familiar, el cual es el objeto de la manifestación de voluntad contenida en la cláusula quinta del testamento de autos.», y, por último, «que la heredera doña I. ha dismantelado y 'hecho desaparecer' el referido negocio familiar».

3. El motivo está condenado al fracaso, en primer lugar, por su confusionalismo casacional, en cuanto habida cuenta su redacción no puede conocerse debidamente si lo que a través de él se pretende es denunciar un error de hecho o una interpretación del testamento de doña M. J. M. distinta de la realizada por el Tribunal *a quo*; en segundo lugar, porque lo que está haciendo la motivación no es construir lo que constituye su razón de ser, esto es, el error de hecho, sino aludir a silencios u omisiones de la sentencia impugnada, censura ésta que no puede hacerse en casación por el cauce elegido, sino por el de la incongruencia; por último, y en tercer lugar, porque la resolución aquí combatida ha contemplado y valorado toda la documentación que las partes han aportado a la litis, y por lo que al testamento aludido se refiere, llama la atención que la Sala de Apelación con ocasión de aludir a la posición mantenida por la recurrente da por reproducidos los fundamentos del Juzgado, de los cuales, el noveno dice «que la interpretación que se verifica en la demanda, sobre las cláusulas cuarta y quinta del testamento de fecha 25 de abril de 1972, resulta totalmente arbitraria y caprichosa, no siendo lícito ni siquiera medianamente lógico extender a la heredera universal limitaciones que están perfectamente concretadas al usufructuario».

4. El mismo destino de inviabilidad corresponde al motivo segundo, en el cual y bajo el número 1.º del mismo precepto procesal que el prece-

dente, se imputa a la sentencia aquí combatida la inaplicación del artículo 675 del Código Civil y de la doctrina de esta Sala sobre él construida. Para la recurrente, la resolución impugnada no ha respetado la cláusula quinta del tantas veces citado testamento, conforme a la cual es voluntad de la testadora que la casa y negocio cuestionados permanezcan siempre en el patrimonio del heredero. El perecimiento de la motivación se produce porque toda ella viene construida en torno a unos aspectos que ya comienzan a plantearse en el primer motivo intentando con ello involucrar lo que la sentencia recurrida separa: las obligaciones impuestas al usufructuario en referida disposición testamentaria y las que puedan corresponder a la heredera universal, derechos y obligaciones que, como muy bien indica el Tribunal de Apelación, no deben confundirse. Pero es que además y como se indica en el fundamento segundo de la sentencia aquí impugnada, para que pudiese prevalecer la tesis de la apelante era preciso acreditar «que ese contrato —el de arrendamiento— perjudicaba su cuota legitimaria, pero como esto ni siquiera se ha intentado probarlo (y, por el contrario, según se consigna en el texto de las posiciones sexta y octava, al folio 270 vuelto, se expresa que por dicho arrendamiento se percibieron 25.000.000 de pesetas) es de concluir la desestimación de la pretensión de la actora y apelante». Con ello, el Tribunal *a quo* justifica y, por tanto, admite la legitimación activa de la hoy recurrente (y en su día actora), faceta distinta de la que inadecuadamente se pretende aquí imbricar, relativa a que pueda existir perjuicio de su legítima, aspecto éste que se resuelve en la sentencia impugnada, cual queda expuesto negativamente.

F. C. L.

2. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PRESTAMOS HIPOTECARIOS. EXENCIONES. CUMPLIENDO LOS REQUISITOS LEGALES PREVISTOS ESTA EXENTO EL PRESTAMO CONCEDIDO A UN MODESTO AHORRADOR PARA ACCESO A LA PROPIEDAD DE VIVIENDA, NO EL CONCEDIDO A LA INMOBILIARIA QUE CONSTRUYE (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Cierta inmobiliaria otorga escritura mediante la cual se constituye hipoteca para garantizar la devolución de un préstamo concedido por cierta entidad, préstamo cuyo objeto es la construcción y facilitar el acceso a la propiedad de los diversos pisos del edificio que se hipoteca a los futuros compradores. En la propia escritura se solicita expresamente la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, al amparo del número 67, 1, del artículo 65 del Texto Refundido de 1967.

Presentada a liquidación, la oficina liquidadora no estimó aplicable la exención pretendida, girando una liquidación contra la cual se recurre, siendo desestimados los recursos por los Tribunales Provincial y Central y también por la Audiencia Territorial de Madrid.

Interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—1.º El tema debatido en este recurso se centra en la interpretación del artículo 65, 1, 67, del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967, en el que se declaran exentos del impuesto «los préstamos concedidos por las Cajas de Ahorros en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca, siempre que se otorguen a los tipos de interés, en las condiciones y en la cuantía fijados por el Ministerio de Hacienda». Por su parte, la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril de 1962, al tratar en su base quinta de la reorganización y operaciones de las Cajas de Ahorro, dispone en su apartado b) que «las operaciones de las Cajas de Ahorro se reformarán dictando disposiciones para que se otorguen por aquéllas con mayor amplitud créditos. a los modestos ahorradores para acceso a la propiedad en particular . de vivienda». Conjugando los dos preceptos transcritos, se ve que lo que ha pretendido el legislador es eximir del pago del impuesto a los préstamos que se conceden a los modestos ahorradores para poder acceder a la propiedad de la vivienda. No se menciona en absoluto a las

sociedades que dediquen su actividad a la construcción de éstas, sino a quienes una vez construidas, las adquieren; tampoco menciona la Ley la forma de garantizar estas operaciones, esto es, si basta la garantía personal o es necesario constituir una garantía real, como en el caso debatido; pero lo que es evidente es que, según las normas que se invocan para obtener la exención, la inmobiliaria apelante no está comprendida en el supuesto de hecho, ya que no es modesto ahorrador ni intenta obtener el préstamo para acceder a la propiedad de una vivienda.

2.º Considerando que no se desvirtúa lo anterior por el argumento de que la inmobiliaria actúa como representante de los futuros compradores, exponiendo una serie de dificultades ante las que éstos se hallarían para obtener el préstamo. Este argumento no puede aceptarse porque se está pretendiendo constituir una representación sin representado, celebrando un contrato a nombre de otro cuya identidad y circunstancias se desconocen, y que, por tanto, no pudo ni dar su autorización ni conferir su representación. Aparte de lo que antecede, el negocio jurídico al que dio vida la declaración de voluntad del presunto representante no produce todos sus efectos en el representado —si es que alguno produce—, ni tampoco el representante queda al margen de dicho negocio, puesto que solicitado un préstamo, el representante obtiene una importante cantidad en beneficio propio y para su aprovechamiento exclusivo, pretendiendo diluir tal beneficio mediante la atribución de una parte sólo del negocio en favor o en beneficio del ignorado representado. Esto y no otra cosa significa el destino de la mitad de la cantidad obtenida en concepto de préstamo, a la construcción de viviendas, y la otra mitad, a disminuir el precio de compra en la cantidad por la que cada vivienda responde de su devolución, mediante su afección a una garantía hipotecaria.

3.º El legislador no ha establecido la exención para casos como el debatido; la estableció en favor de los ahorradores modestos y para la adquisición de la vivienda, no para su construcción. Y tampoco ha contemplado la exención de sólo una parte, sino que contempla el negocio celebrado en su totalidad. Si éste no se celebra por quien subjetivamente tiene concedida la exención, ni las circunstancias objetivas están dentro del supuesto de hecho al que la Ley asocia el beneficio de exención, es evidente que no puede pretenderse ésta. Como la sentencia apelada llegó a la misma conclusión, procede confirmarla, lo que produce como consecuencia la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

C. M. A.

PRESTAMOS HIPOTECARIOS. EXENCION. PARA QUE PROCEDA APLICAR EXENCION A LOS PRESTAMOS CONCEDIDOS PARA CONSTRUIR VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL ES PRECISO QUE SE SOLICITE EXPRESAMENTE LA EXENCION, EN BASE A LO ESTABLECIDO EN EL APARTADO 63 DEL ARTICULO 65 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO DE 6 DE ABRIL DE 1967 (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1986).

Hechos.—Por escritura pública otorgada el 27 de diciembre de 1976 cierta Caja Postal de Ahorros concede a determinada entidad préstamos con garantía hipotecaria.

Presentada la escritura a liquidación del impuesto, se solicita exención al amparo de lo establecido en el artículo 65, número 67, del Texto Refundido de 1967.

Denegada la exención, se gira liquidación, interponiéndose contra ella reclamación económico-administrativa, solicitándose la aplicación de la exención del número 67 del artículo 65 del citado Texto Refundido o alternativamente la del número 63 del propio artículo.

El Tribunal Provincial denegó ambas exenciones, lo mismo que el Tribunal Central; no así la Audiencia, que anuló ambas resoluciones, así como la liquidación girada, reconociendo el derecho de la entidad a disfrutar de la exención del número 63 del artículo 65.

Interpuesto por el Letrado del Estado recurso de apelación contra esta última sentencia, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, lo estima en base a la siguiente:

Doctrina.—1.º Debe resaltarse que ni en el expediente administrativo ni en el período probatorio del recurso contencioso aparece la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, que fue el documento presentado a liquidación, cuya impugnación motiva este recurso; por tanto, no se conocen los términos exactos de este documento, y hay que estar a lo que, respecto de él, expresa el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central en su resolución resolviendo el recurso de alzada, cuyos términos no han sido objeto de impugnación expresa por parte del actor apelado, a quien, en caso de no ser exactas tales afirmaciones, correspondía la prueba de los hechos constitutivos de su derecho, según el artículo 114 de la Ley General Tributaria.

2.º En la referida escritura de préstamo solamente se solicitaba que fuera concedida la exención del número 67 del artículo 65 del Texto Refundido de abril de 1967, esto es, la que beneficia «los préstamos concedidos por las Cajas de Ahorros en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca, siempre que se otorgue a los tipos de interés, en las condiciones y por la cuantía fijada por el Ministerio de Hacienda.

3.º Por tanto, si en la escritura presentada a liquidación no se solicitaba más que la concesión de la exención del número 67 de dicho artículo 65, y no se hizo petición alguna de la exención del número 63 del mismo artículo, es por lo que la Oficina Liquidadora del Impuesto no podía de oficio conceder otra exención distinta de la solicitada.

4.º La necesidad de pedir expresamente esta exención resulta de los propios términos del número 63 del artículo 65 del Decreto de 6 de abril de 1967, cuyo párrafo final se remite a «la prevención establecida en el último párrafo, el número 28 de este artículo»: «El número 28 contiene tres párrafos: el primero, en el que se concede exención a determinados negocios jurídicos relacionados con las viviendas de protección oficial; el segundo, que establece que para el reconocimiento de esta exención bastará con que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad expresada (de construir viviendas de protección oficial). En cambio, el tercer párrafo dispone que la exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas. Es decir, que así como para los negocios jurídicos —compra, promesa de venta, arrendamiento— que tienen por objeto cons-

truir viviendas de protección oficial sobre los terrenos basta con que se exprese que se adquieren con esa finalidad para que haya de concederse la exención, porque así lo establece el párrafo 2.º del número 28 del artículo 65; en cambio, para que proceda conceder la exención del número 63 hay que pedirla expresamente, porque ni el número 63 de ese artículo, ni el párrafo 3.º del número 28, exoneran de la necesidad de pedir expresamente el beneficio, por lo que al no haberse solicitado en el caso debatido la liquidación girada, que no la tuvo en cuenta, está ajustada a derecho.

5.º Esta es la doctrina que ya estableció esta Sala en su Sentencia de 30 de octubre de 1980 en un caso en el que el posible beneficiario solicitaba le fuera concedida la exención del número 63 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto —el mismo beneficio que ahora se pretende—, frente a cuya petición la sentencia entiende que «para que tal beneficio fiscal pueda ser concedido en cada caso individual, el destino del préstamo ha de quedar predeterminado en la escritura pública de su constitución, haciendo constar en ella, expresa y claramente, el motivo de la solicitud del préstamo y su destino, requisitos totalmente omitidos en la otorgada y que dio lugar a la liquidación impugnada»; estas omisiones no son susceptibles de posterior subsanación, como expresa la referida sentencia, sino que deben de concurrir en el momento en que se presente la escritura a liquidación, que es cuando debe ser solicitada la exención, como antes se ha dicho.

6.º Tampoco se hizo mención alguna, en la escritura presentada a liquidación, de que las cantidades recibidas en préstamo garantizado con hipoteca se destinaban a la construcción de unas viviendas aún no finalizadas en su construcción, sino que se manifestó que la cantidad recibida se destinaría a la adquisición de viviendas por sus posteriores compradores, aún indeterminados; esta omisión, junto con las antes mencionadas, obligan a concluir declarando la improcedencia de la exención solicitada, como acertadamente hizo el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y ratificó el Central, con los acertados y extensos razonamientos del acuerdo que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el antes dicho, por lo que no habiéndolo entendido así la sentencia apelada, que anuló ambos acuerdos, procede revocar ésta, confirmando aquéllos, lo que produce como consecuencia la estimación del recurso de apelación interpuesto.

C. M. A.

ADJUDICACION EN SUBASTA JUDICIAL. LA TRANSMISION DEL DOMINIO DE INMUEBLES ADQUIRIDOS EN ESCRITURA PUBLICA, OTORGADA COMO CONSECUENCIA DE LA ADJUDICACION DE LOS PRECITADOS INMUEBLES EN UNA SUBASTA JUDICIAL, NO ESTA AMPARADA EN LAS EXENCIONES DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES RECOGIDAS EN LOS NUMEROS 4 Y 12 DEL ARTICULO 59, 1, B, DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE 29 DE DICIEMBRE DE 1981 (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Los trabajadores de una empresa afectada por una crisis laboral que determinó su cierre, obtuvieron en procedimiento ejecutivo se-

guido en la vía jurisdiccional laboral sentencia condenatoria del empresario, y ante el impago por éste de las indemnizaciones laborales fijadas, se embargaron determinados bienes de dicho empresario, siendo posteriormente adjudicados a los citados trabajadores en la tercera subasta de los mismos, otorgándose, en consecuencia, la correspondiente escritura pública, en la que el Magistrado de Trabajo actuó en representación del ejecutado y anterior titular dominical de los bienes transmitidos.

Presentada en la Oficina competente la citada escritura, se gira liquidación, la cual se recurre en las distintas sentencias, todas ellas desestimatorias, criterio igualmente mantenido por el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz-Jarabo y Ferrán, en base a la siguiente:

Doctrina.—1.º Que como con acierto se ha declarado ya en la sentencia apelada, ninguna de las exenciones cuya aplicación se pretende por los apelantes puede tener virtualidad en el presente caso, dado que, y por lo que se refiere a la señalada con el número 4 del artículo 59, 1, B, del vigente Reglamento de 1961, y que aparecía ya recogido en el artículo 65, 1, 6.º, del anterior Reglamento de 6 de abril de 1967, la misma contempla única y exclusivamente «las entregas de dinero que constituyan el precio de bienes o se verifiquen en pago de servicios personales, de créditos o indemnizaciones»; y en el supuesto ahora enjuiciado no ha existido ninguna entrega de dinero, sino la adquisición voluntaria de unos bienes inmuebles por quienes acudieron a una subasta judicial para reintegrarse económicamente de las indemnizaciones laborales impagadas por el titular de la empresa en que aquéllos prestaban sus servicios, debiendo resaltarse que el importe de los bienes adjudicados en la mencionada subasta, según fueron los mismos valorados por la Oficina Liquidadora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, era muy superior, casi seis veces, al importe total de las indemnizaciones laborales, según al efecto se hace constar esto último en el Auto de 14 de febrero de 1979 de la Magistratura de Trabajo, de todo lo cual resulta tanto la inexistencia de la circunstancia objetiva determinante de la exención ahora estudiada —entrega de dinero—, como la realidad de una transmisión onerosa de unos bienes inmuebles que por ello, y de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 1.º, y 7, 1, A, del Reglamento de 1981, es acto sujeto al referido impuesto.

2.º Que menos aún es aplicable al presente caso la exención establecida en el número 12 del ya mencionado artículo 59, 1, B, pues además de que tal exención, referida a actuaciones y resoluciones judiciales, se proyecta sobre el impuesto que grava los actos jurídicos documentados, como con acierto se declaró ya en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial referenciada en este proceso, ya que nunca tales actuaciones y resoluciones pueden ser objeto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, sino únicamente los documentos públicos que de ellos traigan consecuencia; además de ello, repetimos, en el presente caso la transmisión de dominio objeto de la liquidación tributaria combatida fue resultado, según ya hemos dicho, de una actuación voluntaria de los hoy apelantes, acudiendo a una subasta judicial de los bienes por ellos adquiridos, lo que determinó, ante la inacción del ejecutado en el correspondiente procedimiento judicial, anterior titular dominical de los bienes in-

muebles transmitidos, la intervención del Magistrado de Trabajo en el otorgamiento de la escritura de compra-venta, no pudiendo deducirse de ello una intervención judicial motivadora de una exención que, insistimos, recogida en el número 1, ya aludido, se refiere exclusivamente al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

C. M. A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

PÉREZ ROYO, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986. Un tomo de 440 págs.

Ya sabe todo el mundo que los actos ilícitos en materia tributaria pueden llegar a ser configurados como delitos si alcanzan determinada cuantía. Los profesionales, por oficio, y el público en general, porque se enteran mediante los periódicos y otros instrumentos de difusión, conocen la existencia de casos, aviesamente aireados con pretendido ánimo de ejemplaridad, para que todos sepan que «va en serio» esto de aplicar las normas punitivas en esta materia.

Antaño, las infracciones y sanciones tributarias se movían en una esfera puramente administrativa, limitándose a sanciones pecuniarias, por muy fuertes que éstas fueran. Ahora, las cosas podrían ser más graves en cuanto que existe la posibilidad de llegar a penas de privación de libertad; así se ha venido a establecer en los nuevos preceptos del Código Penal relativos a delitos contra la Hacienda Pública, redactados de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril.

Puestos estos artículos en relación con la Ley General Tributaria, reformada por Ley 10/1986, de 26 de abril, que disciplina las infracciones y sanciones tributarias, puede construirse lo que se ha empezado a llamar «Derecho penal tributario», que comprendería tanto los principios y normas relativos al ámbito estrictamente penal o criminal, como las ilicitudes sancionadas únicamente y de modo directo por la Administración.

Y este estudio conjunto es lo que hace en el libro que comentamos su autor, FERNANDO PÉREZ ROYO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla, el cual tiene acreditados conocimientos sobre la materia desde que ya publicó en 1972 otra obra sobre «Infracciones y sanciones tributarias». Promulgadas las nuevas leyes citadas sobre delitos contra la Hacienda Pública y la de reforma de la General Tributaria, el profesor PÉREZ ROYO escribe ahora una completa obra que será de suma utilidad a los profesionales y funcionarios que hayan de trabajar, desde distintas trincheras, en esta materia que lleva visos de adquirir una viva y cada vez más importante actualidad.

Nos dice el autor que la distinción entre delito y sanción administrativa no estorba a su tratamiento unitario, sino que esto es más bien aconsejable, porque aparte la identidad sustancial de las instituciones represivas, sean estrictamente penales o sólo sancionadoras, hay que tener en cuenta que la regulación positiva de estos distintos sectores se ha producido en el ánimo del legislador de forma coordinada y prácticamente coincidente en el tiempo, lo que pone de manifiesto claramente un diseño unitario en el intento de represión de los actos de defraudación de los tributos.

Sin embargo, para una mejor exposición y obedeciendo a razones estrictamente formales, según nos explica el autor, el libro se halla dividido en dos partes: una primera dedicada a los delitos tributarios, y la segunda referida a las infracciones y sanciones. Ambas se centran en la exposición y análisis de las correspondientes normas de Derecho positivo que regula la materia, precedidas de breves estudios históricos y de Derecho comparado.

PRIMERA PARTE: LOS DELITOS TRIBUTARIOS

En el capítulo I se estudia el Derecho comparado y los antecedentes españoles. En Alemania estos delitos no se encuentran regulados en el Código Penal común, sino en la Ordenanza Tributaria, donde se consideran como tales los delitos de resultado que buscan la evasión o reducción de los impuestos o la obtención ilícita de beneficios fiscales. En Italia, la disciplina se encuentra diseminada en varias leyes, que han sido objeto de numerosas modificaciones; aquí se configuran los delitos tributarios como violaciones de deberes formales que constituyen hechos preparativos de la evasión. En Francia, los ilícitos penales tributarios se regulan, junto con las infracciones administrativas, en el Code General de Impôts, bajo el título genérico de «Penalités»; se considera fraude a la tentativa de sustracción de la liquidación o pago total o parcial de los impuestos; basta con el ánimo de evasión.

En España, el antecedente inicial se encuentra en el Código Penal de 1870, que penaba el delito de «ocultación de bienes o industria». Después el autor estudia la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977, que incluyó en el artículo 319 del Código Penal la figura delictiva de defraudación a la Hacienda estatal o local, mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales, cuando la cantidad defraudada superase los dos millones de pesetas.

En el capítulo II entra ya en el estudio de la caracterización genérica de los delitos tributarios, analizando el contenido de la reforma introducida en el Código Penal por la citada Ley Orgánica de 29 de abril de 1985, que distingue dos grupos:

- Delitos tributarios propiamente dichos, que son la defraudación o evasión de tributos (art. 349) y el incumplimiento de deberes contables (art. 350 bis).
- Fraude de subvenciones, que en realidad es una forma especial de la estafa (art. 350).

¿Cuál es el bien jurídico que se protege en estos casos? El autor repasa las distintas doctrinas que tratan de justificar la adopción de medidas sancionadoras para proteger al Fisco: Aparte los que opinan que los delitos tributarios son meramente formales y carentes de bien jurídico protegible, hay teorías que consideran a estos actos defraudatorios como contrarios al orden económico general, al poder tributario en particular, lesivos al Erario Público o que impiden o dificultan la función tributaria. Esta última teoría es la que acepta el autor al decir que el objeto protegible penalmente está constituido por la función tributaria. Sea cual sea,

nos dice, el tipo de injusto que consideremos dentro de este género de delitos, debe incluir como un momento necesario para su realización la vulneración de algunos de los deberes, generalmente formales, que vienen impuestos a los particulares; incluso en los tipos en que la descripción legal se centra en el elemento del perjuicio patrimonial, de la evasión tributaria, la consideración de ésta como delito requiere algo más que el simple incumplimiento del deber de pagar; es necesario, sigue diciendo, que se haya producido dicho resultado mediante la violación de algunos de los deberes formales *que en el marco de la función tributaria vienen impuestos al sujeto pasivo.

La defraudación tributaria, en su sentido penal, definida por el nuevo artículo 349 del Código Penal, se estudia en el capítulo III del libro, repasándose las distintas posibilidades de caracterización, bien como delito patrimonial, como falta del contribuyente de su deber de veracidad respecto a la Hacienda o como delito contra la función tributaria con resultado de perjuicio patrimonial para la recaudación. A continuación examina el autor los supuestos referentes a los sujetos activo y pasivo de estos delitos, entrando en la cuestión del sujeto pasivo en las defraudaciones relativas a tributos cedidos y en los de recaudación compartida y en la de si pueden entrar en este concepto las Haciendas institucionales o la Seguridad Social, cuestiones a las que PÉREZ ROYO contesta negativamente.

Con igual detalle penetra en el entramado objetivo de estas figuras penales, definiendo la elusión como conducta que consiste en el incumplimiento del deber de satisfacer la deuda tributaria; respecto al beneficio fiscal, su aprovechamiento ilícito radicaría en excederse en cuanto al mismo fuera de sus límites estrictos, tal como señala el artículo 350 del Código Penal; con estos hechos básicos y el componente defraudatorio se puede cometer delito incluso por omisión.

Respecto a la cuantía defraudada para alcanzar la consideración penal, sabido es que el artículo 349 exige que la cuota defraudada o el beneficio fiscal obtenido excedan de 5.000.000 de pesetas. En el libro se analiza esta cuestión del mínimo desde el punto de vista de la política legislativa, estudiando las reglas para determinar esta cuantía, sobre todo en casos de posible acumulación.

En el aspecto subjetivo se estudia el elemento doloso en estos delitos y la posibilidad de formas culposas, así como las causas de exculpación. También se exponen, naturalmente, las penas principales y accesorias aplicables a los diversos grados de perfección del delito, sea la consumación, la tentativa o la frustración, y que corresponderán de modo directo a los sujetos pasivos del delito, con modalidades en cuanto a las personas jurídicas. Termina el capítulo con una exposición detallada del posible concurso de este delito con otros, como fraude de subvenciones, falsedades, alzamiento de bienes, estafa y apropiación indebida, que el autor analiza ampliamente.

Los fraudes contables son otras de las nuevas figuras de delito tributario que se han tipificado en el artículo 350 bis del Código Penal. Se estudian en el capítulo IV del libro, donde se siguen la misma metodología antes vista para las defraudaciones propiamente dichas. Se castiga con arresto mayor y multa de 500.000 a 1.000.000 de pesetas a quienes estando obligados por Ley tributaria a llevar contabilidad incumplen esta obliga-

ción, lleven contabilidades distintas o no hagan las debidas anotaciones correctamente o las hagan ficticias. El bien jurídico específicamente tutelado es el representado por el interés público o la llevanza de una contabilidad en regla que permita conocer la auténtica realidad económica de los sujetos obligados.

Por tratarse de un delito que el autor califica de «especial», el sujeto es sólo el que se halla obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales. A continuación se hace análisis de los cuatro apartados del artículo 350 bis: *a)* falta absoluta de contabilidad en régimen de estimación directa; *b)* doble contabilidad; *c)* y *d)* omisiones o falsedades en los asientos contables. Como ya dijimos antes, también se estudia respecto a este delito su tipo subjetivo, la antijuridicidad, culpabilidad y penas en la consumación y formas imperfectas, a los autores y otros partícipes, tanto por el delito en sí como en los casos de concurso de la típica falta de contabilidad con la defraudación tributaria y otras falsedades documentales.

SEGUNDA PARTE: LAS INFRACCIONES TRIBUTARIAS

Tal como avisaba el autor en la introducción, en su idea de la posibilidad del tratamiento unitario de las nuevas figuras delictivas vistas, como de las infracciones de corte tradicional, al estudiar éstas se sigue la misma metodología, empezando también por unos toques de Derecho comparado, presentando el trato que estas infracciones reciben en Alemania, Italia y Francia. También repasa los antecedentes históricos españoles que arrancan del Reglamento de la Inspección de Hacienda de 1926, para pasar, a través de la Ley de Inspección de los Tributos de 1952, hasta la Ley General Tributaria de 1963, básicamente vigente, con los retoques de 1986.

Ya en la regulación actual, según el artículo 77 de dicha Ley General, son infracciones tributarias las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las leyes; las infracciones tributarias son sancionadas incluso a título de simple negligencia. A lo largo del capítulo VI, el autor estudia extensamente los elementos conceptuales que integran la infracción, empezando por la tipicidad y la legalidad, pues ya se ha visto que sólo se pueden calificar como infracciones a los actos u omisiones perfectamente perfilados por la norma legal. Quiénes sean los posibles sujetos infractores vienen enumerados en el propio artículo 77, haciendo el profesor PÉREZ ROYO un detenido estudio de los diversos supuestos y sus cuestiones adjuntas. Igualmente contempla el elemento subjetivo intencional, especialmente la negligencia, que en la reforma de 1986 se ha traducido en una rotunda redacción del número 1 del artículo 77: «Las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia». La fórmula no agrada del todo al autor, aunque, dice, hay que reconocer que se deja a salvo el principio básico de que no hay responsabilidad sin culpa y, además, puede dulcificarse con las circunstancias eximentes que contiene el artículo 74, 4, que se examina también.

A partir de la reforma de la Ley General Tributaria de 1985, las infracciones tributarias se clasifican en dos grupos: simples y graves; esta clasificación ha venido a sustituir a la antigua, que distinguía entre in-

fracciones simples, de omisión y de defraudación. En el capítulo VII del libro se estudia la actual clasificación, que puede sintetizarse así:

Son graves, según el artículo 79:

- Omisión de ingresos tributarios, pagos fraccionados o a cuenta, así como de las retenciones. Se equipara la deuda omitida a la ocultada, lo que resulta un tanto drástico; se distingue, en cambio, entre deudas contraídas y autoliquidadas y entre la falta total de ingreso y el ingreso espontáneo, aunque fuera de plazo.
- Disfrute indebido de beneficios fiscales o desgravaciones.
- Falseamiento de deducciones a practicar.
- Y falseamiento de resultados por entidades en régimen de transparencia fiscal.

Son simples, según el artículo 78, 1, cuando no constituyan infracciones graves. Se sigue, pues, un sistema residual o de exclusión; lo que no es negro, es blanco..., ¿y no puede haber gris? El autor, basado en los preceptos de la Ley General Tributaria, repasa las infracciones simples cualificadas, que divide en relativas a los deberes contables y registrales o a la falta de colaboración con la Administración.

El último capítulo del libro, el VIII, se refiere a las sanciones tributarias, pronunciadas por una autoridad no jurisdiccional, aunque sean asimilables a las penas, tanto por su estructura como por su finalidad. El artículo 80 distingue entre multas, fijas o proporcionales, y las sanciones consistentes en la pérdida o suspensión temporal de determinados derechos a facultades. El autor recoge todo el abanico legal de sanciones de las infracciones graves o simples, que se mueven generalmente dentro de un cuadro que permite diversas gradaciones según los criterios del artículo 82 de la Ley General Tributaria.

El concurso de infracciones, el procedimiento de imposición de sanciones de privación de derechos y las causas de extinción de la responsabilidad cierra esta completísima obra, que es exhaustiva en la materia.

Por ello consideramos acertado el juicio que expresa el propio Instituto de Estudios Fiscales al decir que el autor no elude aspecto alguno en su análisis y en su comentario, siempre lúcidos y profundos; estudia un fenómeno múltiple en sus proyecciones políticas, éticas, sociológicas y económicas, en su doble tratamiento penal y administrativo. Será un libro muy utilizado y consultado por su vertiente indudablemente práctica, lo que se añade a su alto nivel científico y teórico, que constatamos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CHICO ORTIZ, J. M.: *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Editorial Pons, Madrid, 1987. Un tomo de 692 págs.

Hace poco leí, no sé dónde, la malévola frase de que la segunda edición de un libro sólo sirve para aumentar dos cosas: el precio y los errores de la primera.

Sin embargo, esto no puede aplicarse al que me propongo presentar y comentar, entre otras cosas, porque no se trata realmente de una reedi-

ción del libro que escribió JOSÉ MARÍA CHICO en 1977 con el título *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, sino que es una obra más completa y compleja. Hay una primera parte —la de la calificación— que se pone al día; la segunda parte, totalmente nueva, es la de los conceptos básicos, y el libro termina con una tercera parte, que es mitad vieja y mitad nueva. Después explicaremos este aparente jeroglífico.

Por tanto, si no hay verdadera segunda edición que valga, no podremos aplicarle la ponzoñosa sentencia de nuestro comienzo. Es algo parecido a aquel cuento que tenía por protagonistas al curita de una aldea y a su obispo: al llegar éste en visita pastoral, se sorprendió de que no le recibiesen con el litúrgico y preceptivo repique de campanas, y al preguntar el motivo, le dijo el cura que había cincuenta causas: la primera, que la humilde parroquia no tenía ni un mísero esquilón... «¡Pues no diga usted más!»

Pero yo sí diré más, pues resulta, primero, que no puedo comparar los precios de los dos libros en cuestión, ya que me los regaló amablemente su autor, y segundo, que los posibles errores ya estaban corregidos, pero no aumentados. Y la corrección, para quien no lo sepa, ya la hizo el propio autor en una «Nota de colaboración» llena de donaire y ocurrencias, muy propias de JOSÉ MARÍA, que se publicó en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad* (pág. 141, del año 1978). Cediendo a los requerimientos afectuosos de nuestro compañero IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA, tan imperativos como los del propio KANT, el autor en dicha nota, titulada «Fe de erratas y corrección de errores», recogía algunos que, más que materiales o de redacción, obedecían a la superación de algunos puntos concretos de la obra originaria, causada simplemente «por esa obsesiva publicación de normas que caracterizan a los tiempos modernos».

Desde 1977 hasta 1987 han pasado nada menos que diez años, lo que es un período enorme si se mira bajo el prisma de esa catarata normativa que ha invadido incluso esferas tan de suyo apacibles como el Derecho privado.

No hay más que ver las varias reformas o retoques de nuestro Reglamento Hipotecario. Concretamente, en el tema central objeto del libro, la calificación, el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, supone la innovación importante de introducir una «precalificación» que puede significar hasta la exclusión del asiento de presentación en los casos que señala el nuevo artículo 420: los documentos privados, los que contengan fincas «foráneas» y los referentes a negocios no registrables.

Así que de segunda edición nada. Libro nuevo y bien nuevo, que se saca de su prolífica manga JOSÉ MARÍA CHICO, autor tan conocido de nuestros lectores, dentro y fuera del ámbito profesional, que sería ridículo que ahora tratásemos de presentarlo. Por ello, ya está bien de preámbulos y vamos con el libro.

PRIMERA PARTE: CALIFICACIÓN JURÍDICA

Empieza su libro JOSÉ MARÍA CHICO diciendo que la gran fuerza publicitaria que la Ley otorga a los asientos registrales y los efectos que de ella se derivan están basados en el requisito previo que debe cumplirse

para que el acto entre en el Registro, que es la calificación registral. Sin que el título o documento que contenga el acto inscribible sea sometido a ese control jurídico, no puede practicarse ningún asiento en los libros correspondientes del Registro.

Esta actividad del Registrador, sigue diciendo el autor, supone, aparte de una distinción legal, un poder y un deber, ya que si el poder honra y eleva, también exige. Para explicar la razón de ser de la calificación se recogen las opiniones de los más destacados hipotecaristas y las disposiciones legales que constituyen actualmente su régimen legal.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la calificación? Ya conocemos tanto las diversas teorías clásicas (función judicial, acto administrativo, acto de jurisdicción voluntaria, acto *sui generis*, etc.) como las modernas que acercan la institución registral al campo administrativo, configurándola como «servicio público». El autor, tras repasarlas y analizarlas, echa su cuarto a espadas ofreciendo su opinión. En cierto modo, se une a la tesis defendida por LACRUZ BERDEJO, y basándose en el principio de la seguridad del tráfico que ofrece el Registro, concluye que estamos ante una actuación especial, registral o hipotecaria, que teniendo contactos con la judicial, la administrativa y la de jurisdicción voluntaria presenta caracteres propios y ocupa lugares especiales.

Estos caracteres propios de la actividad calificadora a que alude, la hacen cobrar cierta autonomía frente a otras. CHICO señala que es una labor jurídica independiente en su ejercicio en cuanto que el Registrador al calificar sólo está vinculado a la norma; es, por tanto, responsable, según marca sin lugar a dudas el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y su actuación es ineludible.

A continuación desentraña todo el enorme contenido que resulta del citado precepto legal y estudia ampliamente la extensión de la función calificadora según los diferentes documentos (notariales, judiciales, administrativos y aun privados, cuando se admitan) y que se extiende a los conocidos campos de la capacidad de los otorgantes, validez intrínseca de los actos, forma de los documentos, sin olvidar las competencias de las autoridades o funcionarios y los requisitos fiscales, que ahora son tan importantes. El autor hace un detalladísimo repaso de todos y cada uno de los supuestos, con actualización de la enorme y compleja normativa, no sólo nacional, sino regional o autonómica; también incluye las correspondientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y las opiniones doctrinales que hacen al caso, todo lo cual resulta utilísimo y hasta imprescindible para un buen ejercicio profesional.

Los efectos de la calificación se manifiestan en tres direcciones: la inscripción solicitada, si el título es adecuado en fondo y forma; la suspensión de la misma, si existen defectos subsanables, o la denegación de los asientos, si se estiman insubsanables tales defectos. Todos estos resultados dan como consecuencia una situación inatacable o una oposición que los interesados pueden realizar mediante los recursos que les concede la Ley.

Frente a la decisión del Registrador de denegar o suspender, únicamente cabe el llamado recurso gubernativo regulado en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento. JOSÉ MARÍA CHICO rechaza como tal el llamado «recurso judicial», que arbitra el propio artículo 66 de la Ley Hipotecaria, pues la sentencia que recaiga habría

de ser también calificada por el Registrador, aunque por razones distintas de la nulidad o validez del título, y caso de ser esta calificación negativa, tendría que decidir la Dirección General.

La Resolución de 26 de junio de 1986 excluye el recurso contencioso-administrativo sobre la base del artículo 1, 7, del Decreto de 10 de octubre de 1958, que sólo se refiere a los procedimientos administrativos de los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria, pero no en los demás, que quedan fuera de su competencia.

SEGUNDA PARTE: CONCEPTOS BÁSICOS

Por orden alfabético de voces, recoge el autor los conceptos que resultan generales y básicos dentro de la materia y en los que se condensan la noción, doctrina, normativa y bibliografía fundamentales. Se contienen ochenta conceptos, desde «actos inscribibles» hasta «tradición o entrega», ambos inclusive.

Constituye un *vademecum* práctico y una fuente de rápida consulta sobre puntos concretos, que nos puede salvar de repentinos fallos de memoria, ayudándonos a encontrar los preceptos, las obras o los comentarios doctrinales inmediatos, para pasar después a estudios más serenos.

TERCERA PARTE: FORMULARIOS REGISTRALES

Frente a las veintidós fórmulas que, a título de guía, incluye el Reglamento Hipotecario, JOSÉ MARÍA CHICO ya nos ofrecía en su libro de 1977 nada menos que 164 modelos de distintos asientos posibles a practicar en el Registro de la Propiedad. En este libro, el número de modelos o fórmulas ha aumentado hasta 230, ya que se incluyen los del Registro Mercantil y de Buques, lo que constituye una buena ayuda para la tarea diaria de las oficinas. Aunque cada maestrillo tiene su librito y la sapiencia y buen hacer de los Registradores son suficientes para redactar correctamente cualquier asiento, no viene nunca mal tener a la vista una guía o patrón que facilite la tarea y alivie el temor a omitir alguna circunstancia importante en el cuerpo de un asiento.

Hay un interesante apartado donde se recogen los formularios de instancias, certificaciones y demás obligaciones y papeleos que se han de realizar y aun soportar en los Registros de la Propiedad, considerados como oficinas, con sus correspondientes calendarios. Desde la toma de posesión, los distintos partes y servicios más o menos administrativos que es preciso cumplir, contratación del personal auxiliar y más y más papeles, todo queda explicado con sus cuadros de fechas y requisitos.

Por fin, en el apéndice se recogen las disposiciones penúltimas (las últimas, sólo Dios sabe cuándo y cuáles serán), sobre mecanización y publicidad de los Registros, alcanzando a las Resoluciones de 26, 27 y 31 de agosto de 1987.

Con lo que llevamos dicho no es preciso insistir en lo útil que resulta, en el fondo y en la forma, este libro, que Dios mediante tampoco será el último de JOSÉ MARÍA CHICO, siempre dispuesto a escribir más y más.

Y como lo hace muy bien, esperemos sus nuevas apariciones editoriales, valiosas y útiles.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

OSSORIO SERRANO, J. M.: *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*. Universidad de Granada, 1986.

Este es el primer trabajo de investigación y tesis doctoral actualizada del autor leída en la granadina Facultad de Derecho. Para tan señalada ocasión ha escogido OSSORIO una figura eminentemente hipotecaria: la anotación preventiva de embargo. Recorramos el camino seguido.

Inicia su andadura estudiando los antecedentes en nuestro Derecho de esta importante institución hipotecaria. Aunque la expresión «anotación preventiva» fue creación de los legisladores de 1861, sin embargo, ya en el siglo XIV y en la legislación catalana puede encontrarse un remoto antecedente, y sobre todo, en la antigua denominación de hipoteca judicial, reconociéndose, empero, que la nueva figura jurídica «va mucho más allá que su antecesora en el tiempo». Es, pues, en la Ley de 1861 donde quedan explicitados los casos en los que procedería el asiento pretendiendo «restringir la facultad de los particulares para solicitarla y del Juez para decretarla». En la Ley de 1869 se añade la anotación que podrá «practicar el heredero de la solicitud de inscripción a su favor de bienes hereditarios dentro del plazo de ciento ochenta días». En la de 1909 se da nueva redacción al importante artículo 44, precepto que «pierde claridad». Y por las Leyes de 1944-46 ingresará en el Registro el derecho hereditario en abstracto, admitiéndose, además, la caducidad de las mismas pasado cierto tiempo.

¿Qué es la anotación preventiva de embargo? Ante la dificultad de encontrar un concepto válido y coherente, el autor opta por una definición de tipo descriptivo: «un asiento registral mediante el cual se lleva a cabo la afección en el Registro correspondiente, ordenada por un organismo gubernativo, de determinados bienes inscritos en el mismo, con el fin de que dicha afección sea eficaz y surta todos los efectos que con ella se pretenden».

En cuanto a los supuestos en que procede y habida cuenta de la dispersión de la legislación sobre la materia, pese al fundamental artículo 42 de la Ley Hipotecaria, se enumeran hasta doce casos posibles, todos ellos muy conocidos, de anotaciones de embargos. En base a la literalidad del artículo 43, 2.º, de la Ley Hipotecaria, el autor mantiene la tesis de la obligatoriedad de la anotación preventiva de embargo, fundamentalmente del decretado en juicio ejecutivo, pese a las tajantes declaraciones en contrario de la jurisprudencia y de la Dirección General de los Registros.

Según OSSORIO, corresponde al Juez que esté conociendo o vaya a conocer del proceso decidir acerca de la procedencia o no de la anotación preventiva, precisándose una resolución judicial que expresamente la decreta. Esta orden se lleva a cabo mediante mandamiento expedido por el Juez que corresponda, y toma de CARRERAS la siguiente definición de mandamiento: «el acto procesal de comunicación consistente en una declaración de voluntad llevada a cabo por un titular del órgano jurisdiccional enderezada a poner en conocimiento del Registrador de la Propiedad la

afección decretada sobre determinado bien inmueble y a ordenarle tomar dicha anotación en el Registro de la Propiedad».

Muchas de estas afirmaciones habría que ponerlas hoy en tela de juicio a la luz de los pertinentes preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Quedan igualmente desfasadas las reflexiones del autor sobre el órgano competente para la expedición del mandamiento tras la interpretación realizada por la Dirección General de los Registros del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual el artículo 165 del Reglamento Hipotecario «ha devenido incompatible con el cambio operado tras la reforma» de la Ley de Enjuiciamiento; pero mantienen su vigencia, con las conocidas interpretaciones del Centro Directivo, los restantes requisitos exigidos por los artículos 165 y 166 del Reglamento Hipotecario. Tras analizar los extremos a los que debe ajustarse la actividad calificadora del Registrador, se examinan distintos supuestos de esta anotación: sobre bienes no inscritos, sobre bienes inscritos a nombre de persona distinta del deudor en materia sucesoria y sobre bienes comunes de la sociedad conyugal, cuya exposición está en buena medida invalidada por la reforma del artículo 144 del Reglamento, operada por el Decreto de 12 de noviembre de 1982, que inexplicablemente, dada la fecha de publicación del libro, no es tenida en cuenta.

¿Es constitutiva o declarativa la anotación de embargo? A esta cuestión axial se dedica la parte cuarta —el libro en lugar de en capítulos, se divide en partes— del estudio. Para el autor, la inscripción es constitutiva cuando, junto a otros actos y formando parte de un proceso modificativo de los derechos reales, dicha inscripción es precisa para la eficacia jurídica de lo que se trate, siendo, por tanto, elemento esencial, parte integrante y requisito *sine qua non* en la constitución, modificación o extinción de los derechos reales. «Por el contrario, es la inscripción declarativa cuando ésta se limita a publicar un cambio jurídico real acaecido al margen del Registro». Tras exponer las opiniones favorables al carácter declarativo y las corrientes partidarias del carácter constitutivo, el autor entiende que la anotación preventiva de embargo tiene carácter constitutivo, que es una de aquellas que «publican constituyendo». «No nace —dice— plenamente a la vida jurídica el embargo solamente a partir del pronunciamiento judicial, sino que es necesaria la concurrencia de todos los actos que integran el procedimiento para que la afección del bien sea plena y produzca sus efectos jurídicos fundamentales.» Pues bien, el primer acto sería el realizado por el organismo judicial, «declarando la procedencia del embargo pretendido, y el último sería el que refleja ese embargo en los libros registrales, reflejo registral que tendría la consideración de *conditio iuris*». Y compara la anotación preventiva de embargo con la hipoteca, de la que afirma que «mientras no se inscribe, el contrato produce plenos efectos obligacionales». Otro argumento: «resulta un tanto absurda la existencia de una institución jurídica que si no se lleva hasta sus últimas consecuencias puede resultar inoperante». En definitiva: «el embargo sin anotación no es plenamente eficaz».

Esta última afirmación es certísima, pero de ahí a considerar constitutiva la anotación del embargo media un abismo. Una cosa es, en efecto, que la anotación del embargo de bienes inmuebles sea obligatoria en interpretación literal del artículo 43, 2, de la Ley Hipotecaria —tesis, como antes dijimos, no asumida por la jurisprudencia, y téngase en cuenta que

la Ley no es la Ley, la Ley es la Ley jurisprudencialmente interpretada—, y otra muy distinta que si la anotación no se produce el proceso de ejecución adolezca de un vicio de nulidad, como ocurriría si dicha anotación fuese constitutiva.

Bajo la rúbrica «Efectos que produce» se analizan en la parte más extensa del libro una serie de cuestiones que sólo quizá forzosamente pueden entenderse como efectos típicos de la anotación de embargo. Veámoslos separadamente.

En primer lugar, se pasa revista a la oscura y compleja figura del tercero hipotecario, sobre la que recoge la cita de LA RICA de que es imposible encontrar una definición unitaria válida para la misma, por lo que no se deberá tan siquiera intentar, y al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y al requisito esencial de la buena fe, terminando con los terceros en la anotación de embargo para puntualizar dos clásicas situaciones: adquisición por título de fecha anterior a la anotación y adquisición por título de fecha posterior a la anotación.

En segundo lugar, se ponen de relieve las semejanzas y diferencias entre hipoteca y anotación preventiva de embargo.

En tercer lugar, se intenta encuadrar la institución estudiada dentro de la categoría de los derechos reales de garantía, debatidísima y vieja cuestión que hubiera precisado más profundidad si se tiene en cuenta que tal carácter es discutido incluso para la hipoteca. Por eso me parece insuficiente el triple argumento de los antecedentes legislativos, de las notas tipificadoras de los derechos reales y de la tesis de *numerus apertus* de nuestro ordenamiento.

En cuarto lugar, se exponen con claridad y detenimiento los nucleares efectos de estas anotaciones, referidos a la prelación de créditos con una exploración minuciosa de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 y 1.927 del Código Civil.

En quinto y último lugar, se reflexiona sobre el privilegio de los créditos de la Hacienda Pública en base a los artículos 71 y 132 de la Ley General Tributaria, salvando la indudable antinomia entre ambos preceptos no a favor de la «superanotación» de embargo del artículo 71, sino de la prevalencia del artículo 132, que remite al 44 de la Ley Hipotecaria, siguiendo las orientaciones reiteradas de la jurisprudencia y de la doctrina de los autores en este punto.

Termina la monografía recapitulando las formas más frecuentes y conocidas de extinción de esta anotación preventiva: por finalización del correspondiente proceso —alzamiento del embargo, enajenación o adjudicación en pago de la finca o derecho, abandono o desistimiento de la acción, caducidad de la instancia—, por caducidad, por renuncia, por nulidad de la anotación, por extinción de la finca y por cancelación.

La bibliografía sobre la anotación preventiva de embargo, sin duda la de práctica más frecuente en los Registros de la Propiedad, comienza a ser importante y numerosa. Por eso son muy escasos los aspectos de la misma que permanecen sin estudiar, especialmente tras el libro capital de RIFÁ SOLER. Transitar por un terreno tan trillado aportando novedades es tarea ardua que muy pocos pueden alcanzar. La breve monografía de OSSORTO, bien contruida de principio a fin, y en un estilo claro y directo, es un paso más hacia la clarificación de una figura tan rica de matices,

de tan viva actualidad, de jurisprudencia indecisa, vertebral en nuestro sistema hipotecario.

MANUEL LAVADO MOLINA

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo*. Civitas. 5.^a edición, en tres tomos. 1988.

Con la advertencia de que esta recensión, realizada a instancia de parte y no de oficio, debe ser considerada en mi lista de espera anterior a mi decisión de iniciar el año «sabático» en materia de publicación de recensiones en esta *Revista*, arranco con la misma recordando unas frases que CASTÁN TOBEÑAS utilizaba para explicarnos la extensión del dominio en «sentido vertical». Decía que «los antiguos jurisconsultos, adoptando una fórmula iniciada, al parecer, por CINO DE PISTOIA, decían que la propiedad se extiende por arriba hasta el cielo (*usque ad celum, ad sidera*) y por abajo hasta el centro de la tierra (*usque ad centrum, ad inferos, ad profundum*). Esta hiperbólica teoría, más que romana, romanista, fue recogida por algunos Códigos modernos, como el francés y el italiano. Pero los progresos técnicos de la vida moderna han puesto de manifiesto lo 'absurdo' de este principio ».

La verdad es que si en algún momento la citada teoría tuvo su encaje en alguna de las concepciones españolas que sobre la propiedad se diseñaron, cedió totalmente al publicarse la ya «vetusta» Ley del Suelo del año 1956. Esta Ley, cuyos comentarios más acertados y precisos los hice en su primera edición JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, ofreció una singular manera de entender el derecho de propiedad a través de aquel concepto que todavía la doctrina no ha sabido definir: el Plan de Ordenación. El Plan terminó con CINO DE PISTOIA y su teoría y trajo una serie de conceptos nuevos, terminologías técnicas que tardaron mucho tiempo en ser admitidas no sólo por los juristas, sino por los Tribunales. Los mismos administrativistas estaban asombrados de lo que se había podido conseguir en un país tan conservador y tan apegado al siglo decimonónico de su Código Civil. En la escena de los comentarios aparece la obra de GONZÁLEZ PÉREZ en su primera edición, publicada por el BOE en el año 1968, y que, fuera modestias, comenté en estas páginas o en las de otra *Revista*. Las sucesivas ediciones de esta obra también han sido comentadas por mí, en esta especie de monopolio que JESÚS me concedió en su día y que yo lo estimo como un privilegio.

Aunque en aquella época yo militaba con asiduidad en el campo del urbanismo (campos que uno intenta dominar o conquistar y de los que uno vuelve al hogar en forma distinta de los romanos: sin la idea del Derecho), recuerdo que me fue duro comentar una obra tan apretada de sugerencias y precisiones, cosa que me vuelve a suceder con ésta, donde al urbanismo ya le di el pase de pecho final que remataba mi faena. Pero es que desde que comenté la cuarta edición de 1981 de la misma obra, en el escenario legislativo español han sucedido muchas cosas y a mi pobreza de conocimientos se unen ahora nada menos que una Ley de Bases de Régimen Local del año 1985 y el Texto Refundido del año 1986, aparte de que sobre el texto legal de la Ley del Suelo se han

volcado los Reglamentos que desarrollan la Ley y que no sólo inciden, sino que excitan el régimen de la acción municipal en materia urbanística. Y como aquí, en España, puestos a ser mejores que nadie en cualquier materia, hemos ofrecido a las Comunidades Autónomas —por supuesto, constitucionalmente— la posibilidad de dictar normas sobre urbanismo y ordenación territorial y el muestrario es infinito: la maceta se ha convertido en predio, el predio en finca, la finca en cortijo y lo que antes era secano ahora es regadío. Miles de disposiciones acompañan ahora el paso dudoso del jurista que se mueve en esos caminos. GONZÁLEZ PÉREZ ha necesitado tres tomos y muchas horas para ofrecernos este enorme panorama: este disparatado panorama.

Por ello quizá no pueda calificarse a esta obra como quinta edición (quede bien claro que en terminología taurina ya se sabe: no hay quinto malo), sino como un nuevo libro en el que toda la labor acumulada por el autor desde los primitivos comentarios ha tenido que ser filtrada, coordinada y relacionada con todo ese cúmulo de materias que se han volcado sobre el problema del urbanismo. La obra cobra así la tremenda dimensión de ser necesaria para la consulta, exigible para el estudio e imprescindible para poder entender cualquiera de los problemas que el urbanismo ofrece.

Hay un *slogan* publicitario que CIVITAS utiliza en su propaganda: una respuesta concreta, doctrinal y jurisprudencial a cada cuestión planteada por la compleja reglamentación jurídica del urbanismo. Y así es, en efecto, pues son miles las citas de doctrina, las sentencias y resoluciones utilizadas y la rigurosa sistemática que permite llegar con toda claridad a la respuesta concreta. A mí la obra me la ha regalado su autor con una dedicatoria, pero si la hubiera tenido que comprar —y la hubiera comprado, pues yo soy comprador y lector de libros—, hubiera utilizado otro *slogan* publicitario que vi en Alemania hace tiempo en una tienda de zapatos (y perdón por la comparación), donde se decía: *del precio te olvidarás; de la calidad, no*.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; TOLEDO JAUDENES, J., y ARRIETA ALVAREZ, C.: *Comentarios a la Ley de Aguas*. Editorial Civitas, S. A., 1987.

Me llega el volumen que contiene el trabajo de los tres autores citados sobre la Ley de Aguas un poco antes de tomar la decisión de hacer una especie de cura («termal», en este caso) de recensiones. En una que se adelanta a ésta ya lo anunciaba: era necesario un año sabático para pensar y meditar sobre ciertos puntos que en la recensión citaba. Pero aquí aplico la prioridad de las anotaciones preventivas de embargo (curioso problema hipotecario de constantes comentarios), y como este libro es un crédito preferente, aunque ya se haya publicado mi propósito, debo publicar la recensión, que, de otra parte, tenía prometida al primero de los autores de la obra.

La verdad es que yo no he abusado nunca del agua. He sido en este punto parco en ingestiones —aunque se tratase de aguas milagrosas o medicinales— y moderado en abluciones. No se me puede encuadrar entre

los que podríamos denominar «aguadictos». Sin embargo, he estado muy cercano al agua y a su problemática jurídica. Mis dos asesorías del Canal de Isabel II e Hidráulica Santillana, en las que tuve que cesar al llegar la legislación de incompatibilidades, aunque económicamente ni había razón ni motivo para ello y más de un alto «mandamás» se sonrojó al comprobarlo, me pusieron en lo que podríamos llamar «orilla» del agua. Recuerdo que al primero de los autores de este libro le suministré en su día datos para un informe sobre un tema apasionante: *las láminas de agua*. También recuerdo que al filo del centenario de la ya derogada Ley de Aguas escribí en el ABC un artículo que debió leer poca gente, en el que hacía un panegírico de la Ley y sus servicios prestados, así como la evolución que el agua había tenido hasta convertirse en «finca» por obra y gracia de la legislación hipotecaria. Al final hablaba de la sonrisa jurídica del agua...

Cuando uno ve la realidad de una nueva legislación no se arrepiente de haber despedido aquella Ley centenaria —producto de un fracaso codificador y de una urgente necesidad—, aunque contemple con asombro el giro de noventa grados que la nueva ofrece: de aquella finca de la que yo hablaba sólo queda una charca.

La Ley exigía —aparte de comentarios fragmentarios que se han ido publicando en diversas revistas— un tratado serio, sistematizado y profundo de los diferentes problemas que plantea la interpretación y aplicación de los principios por los que se rige la nueva legislación. Y entiendo que esta labor está condensada en la publicación que traemos a comentario. Por ello debo dejar mis paseos por esas nubes de «poesía y ensueño» y desciendo a la realidad para comentar lo que dicen del nuevo texto los tres autores, que en la nota preliminar aclaran su debida participación en la redacción.

De cualquier forma, no me resigno a reproducir —frente a la fría prosa de una Ley imperativa— aquello que leí en algún sitio: «El agua le pone nombre a las cosas. Al hombre en la pila bautismal y a la geografía en su promesa de cosechas y ferias. Si llega en manos de la lluvia, se la refiere con apelativos familiares, como a los hijos pequeños: sirimiri, orballo, garúa, cernidillo, chipichipi. Camino de la mar, que es su vivir, su masculino brazo forma el río, rodea el tallo de la ciudad, que se hace puente para asomarse a verla. Si tarda en llegar, hasta los santos y las vírgenes salen a hombros de devoción a pedirla. Se hace perezosa, fecundante, en el laberinto de las acequias, ágora y palique en el lavadero, samaritano socorro en la fuente, poema miniado con árabes paciencias en el surtidor...». ¿Sigo? No, no debo seguir, ya que el legislador me espera y me dice perentoriamente: Las aguas continentales superficiales, las subterráneas renovables, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico... ¡A sus órdenes mi comandante!

Los comentarios se hacen siguiendo el orden que marca la Ley en su división de siete títulos, disposiciones transitorias, adicionales y finales, pero los autores añaden a este estudio unos anexos legislativos de indudable utilidad, ya que en ellos se recogen, de una parte, las Directivas del Ordenamiento de la Comunidad Económica Europea, y de otra, los Ordenamientos de las diecisiete Comunidades Autónomas. Entiendo que la recensión de esta obra para ser completa exigiría un minucioso examen

de cada uno de los temas que ofrecen los títulos de la Ley: competencias, dominio público, administración pública del agua, planificación hidrológica, utilización del dominio público hidráulico, protección del dominio público hidráulico y calidad de las aguas continentales, del régimen económico-financiero de la utilización del dominio y de las infracciones, sanciones y competencia de los Tribunales. Pero este examen conduciría a una constante remisión al texto y es más fácil acudir al mismo en consulta. Aquí creo que lo que hay que destacar es cómo cada artículo comentado tiene un esquema sistematizado de los problemas que puede presentar el texto legal, añadiéndole notas bibliográficas y jurisprudencia. Por ejemplo, el artículo 4, que define los cauces o albeos naturales del agua, lleva la siguiente sistemática de problemas: la superficie que ocupan las aguas, los cauces de las aguas corrientes, los límites de los cauces y el procedimiento de deslinde. Cuento en las notas cinco autores citados y sus obras correspondientes.

Ello debe proporcionar al que trate de saber el contenido y la utilidad de la obra, la riqueza del comentario de cada artículo y el servicio que puede prestar en cualquier estudio o consulta. La obra, por supuesto, lleva unas claves de abreviaturas empleadas y un índice analítico de conceptos que facilita su manejo.

Y termino con el agua que «siempre está bendita, en la tinaja y en el aguamanil, en el aguador y en la lavandería. Su ausencia se llama lágrima. Y después de su visita todo es nuevo, huele la tierra a enamorada, sale el sol...». Una pena de no ser Moisés para tocar la deforme roca y convertirla en manantial.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CARRETERO GARCÍA, T.; FERNÁNDEZ CABALEIRO, E., y AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1987. Un tomo de 1.535 págs. Ordenados por Enrique MADERO JARABO.

Una de las secciones más cuidadas, desde siempre, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ha sido precisamente la dedicada a comentar las Resoluciones de la Dirección General recaídas en los recursos llamados gubernativos contra las notas suspensivas o denegatorias que extienden los Registradores de la Propiedad por mor de su derecho —más bien su deber— de calificar los títulos que se presentan a inscribir. Y hemos dicho «desde siempre» porque, efectivamente, a partir de su número primero, hace más de sesenta años, en enero de 1925, tal publicación ha venido dedicando una sección a comentar la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como la de nuestro Centro Directivo.

Buena parte tuvo el propio fundador de la *Revista*, el mítico hipotecarista don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en el prestigio alcanzado por estas Resoluciones, las cuales, sin constituir propia «jurisprudencia» ni ser fuente di-

recta del Derecho, como todos sabemos, han conseguido, sin embargo, un respeto unánime que se basa en la altura y contenido de su doctrina.

Como recuerda nuestro Decano en la presentación de este libro, esta sección de comentarios jurisprudenciales estuvo inicialmente a cargo de GENARO GIL SOCIL, para pasar después a LUIS RODRÍGUEZ LUESO, que llegó hasta 1936. El paréntesis doloroso de la guerra supuso un colapso general, que alcanzó también a la *Revista*; no pudo ésta publicarse en los tres años, siendo sustituida por un modesto boletín lleno de amargas noticias, aunque no faltase alguna animosa pincelada profesional, según hemos referido en otra ocasión. A partir de 1940 y hasta 1968 llevó la sección nuestro recordado compañero GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, recientemente fallecido, el cual publicó a lo largo de este amplio periodo numerosos comentarios lucidísimos y algunos no siempre concordes con la doctrina directiva.

Al jubilarse GINÉS CÁNOVAS dio paso, en un obligado relevo de testigos, pues el tiempo no perdona, a una nueva generación compuesta por los tres compañeros mencionados en la cabecera. De ellos ya nos falta también TIRSO CARRETERO, cuya talla de gran jurista quedó reflejada en los testimonios recogidos en el libro que en su homenaje publicó el Colegio de Registradores y ha quedado patente en sus insuperables estudios jurídicos.

Tampoco es preciso encomiar la valía y buen hacer de los otros dos autores que le acompañaron en estos comentarios que ahora se recopilan, ambos prestigiosos Registradores de la Propiedad de Madrid. Basta con leer los documentados comentarios que se ofrecen al lector para comprobar la altura de sus conocimientos jurídicos.

Como se dice en la presentación del libro, esta etapa se caracterizó no sólo por la pluralidad de buenos colaboradores, sino por la ambición que la preside. En efecto, la sección de jurisprudencia registral de la *Revista Crítica* no se limita a ser una mera crónica o reproducción sintética de las Resoluciones, sino que en cada comentario se estudia con detenimiento el caso presentado, recogiendo los antecedentes de hecho o «resultandos», que se decía entonces, se examinan los fundamentos jurídicos o «considerandos» y después se hacía el correspondiente comentario, sometiendo todo a una crítica rigurosa y serena. De este modo, se hacía verdadera ciencia jurídica, construyendo teoría a partir de cada caso concreto sometido a consideración.

El Colegio de Registradores presta con este libro un estimable servicio a los estudiosos y profesionales juristas, y en especial a los Notarios y Registradores, que tienen una relación más directa con la doctrina emanada de su Dirección General, en cuanto que la difusión de la misma contribuye de modo decisivo en la permanente preparación y actualización de sus conocimientos jurídicos.

En esta obra, muy bien presentada y decorosamente encuadrada, se recogen todos los comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se publicaron, como ya se ha dicho, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* desde 1969 hasta 1982, incluyendo también aquellas afectadas por ulteriores reformas legislativas o reglamentarias, en atención a que es conveniente conocer la normativa que existía entonces, precisamente para calibrar el alcance de la reforma y comprobar que, a veces, estas Resoluciones y sus comentarios son los

que dieron lugar a tales retoques reglamentarios, usando en ocasiones hasta sus propios términos.

Nuestro compañero ENRIQUE MADERO JARABO, Registrador de la Propiedad de Tarancón, ha llevado a cabo con gran acierto la recopilación y ordenación de los comentarios. Esta ordenación tiene como base la división de los comentarios dentro de cuatro grupos: Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro de Hipoteca Mobiliaria y Registro Civil. El más amplio es el primero, con nada menos que 1.200 páginas, o sea, las cuatro quintas partes del libro, ya que el Registro de la Propiedad origina la gran mayoría de los recursos gubernativos y, por ende, de las Resoluciones que los dirimen. Le sigue la parte del Registro Mercantil, con casi 200 páginas, y después los otros dos grupos. Dentro de cada uno de ellos, las Resoluciones y sus comentarios aparecen ordenados cronológicamente, por sus fechas.

Por supuesto, el manejo del libro no sería fácil si no se incluyesen varios utilísimos índices que hacen asequible la consulta de las materias concretas que se desea buscar:

Hay primero un índice cronológico de las Resoluciones comentadas, clasificadas dentro de los cuatro grandes grupos dichos con inclusión de un breve extracto de su contenido y doctrina, a modo de guía perentoria.

Sigue otro índice, ya alfabético, de materias, tocando cada una de las cuestiones principales estudiadas dentro de las respectivas Resoluciones y también distribuidas en los cuatro grupos indicados.

El tercer índice es enormemente práctico, pues recoge las disposiciones legales o reglamentarias citadas en los «vistos» de las respectivas Resoluciones, vigentes en sus fechas, en las que basaron la doctrina interpretativa y aplicable que de ellas emana. Aquí se hacen siete apartados referentes a la legislación civil, hipotecaria, notarial, mercantil, procesal, fiscal y administrativa.

Y, por último, hay otro índice de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la propia Dirección General que se cita en las Resoluciones y en sus comentarios.

Antes de terminar, diremos que, además de poner de manifiesto la labor enorme y de gran naturaleza de los autores de los comentarios, el Colegio de Registradores ofrece este libro como emocionado homenaje a la memoria de TIRSO CARRETERO, que de esta forma prolonga el magisterio que ejerció en vida entre sus compañeros y amigos.

En definitiva, si la doctrina de la Dirección General no precisa ponderación, si el contenido de los comentarios está de acuerdo con la encomiable altura científica de sus autores, si la ordenación y los índices merecen todo elogio, la conclusión natural es que podemos cumplir a gusto el dar la noticia de que se trata de un libro utilísimo y bien hecho.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 516 (Septiembre 1987)

La reforma del Reglamento del Registro Civil por los Reales Decretos de 29 de agosto de 1986 y 8 de mayo de 1987 y por la Ley de 24 de diciembre de 1986, por LUIS FRANCISCO DE JORGE MESAS, pág. 4645.

Legislación neerlandesa relativa a la utilización abusiva de personas jurídicas. Responsabilidad de los gerentes o administradores y de los supervisores o comisarios, por EDUARDO C. BOUTER, pág. 4677.

El delito de parricidio en el supuesto de cónyuges separados, por JOSÉ MARÍA MERLOS, pág. 4685.

La imposición de las costas al allanado, por ANTONIO CÁNOVAS, pág. 4701.
Reflexiones sobre la constitución de los Estados Unidos de América, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 4711.

Consideraciones sobre inmunidad de los parlamentarios, por PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, pág. 4739.

Constitucionalismo español: 1808-1978. Ensayo histórico-jurídico, por EMILIO ATTARD, pág. 4749.

El derecho al honor del artículo 18 de la Constitución española de 1978, por MANUEL MENÉNDEZ ALMAZORA, pág. 4859.

El contrato de pasaje o de transporte de viajeros, por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ, pág. 4929.

La Directiva comunitaria de responsabilidad civil, productos y ordenamiento español, por FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, pág. 4967.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Octubre 1987)

Nuevos elementos patrimoniales en la explotación agraria. La cuota remolachera en particular, por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, págs. 851 a 861.

El artículo 73, 4, del Código Civil (notas para su estudio), por SALVADOR CARRIÓN, págs. 862 a 886 (continuación).

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 5 (Septiembre-Octubre 1987)

En el II Centenario: Reflexiones sobre la Constitución de los Estados Unidos de América, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 7.

- La protección del medio ambiente en materia urbanística*, por A. PALOMAR OLMEDA, pág. 27.
- Las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil*, por VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, pág. 37.
- Réquiem constitucional para el «versare in re illicita»*, por ROBERTO L. SÁNCHEZ-OCAÑA CHAMORRO, pág. 45.
- Doctrina constitucional sobre prisión provisional*, por M. JAÉN VALLEJO, página 53.
- Sobre la Ley General de Cooperativas y el nuevo Derecho cooperativo*, por JUAN J. SANZ JARQUE, pág. 63.
- La interpretación de la norma conforme a la realidad social*, por ISIDORO ALVAREZ SACRISTÁN, pág. 71.
- Interventores de Administración Local*, por J. J. ORTIZ MARTÍNEZ, pág. 79.

DOCUMENTACION JURIDICA

Monográfico dedicado a la Ley Cambiaria y del Cheque
de 16 de julio de 1985
Núm. 49/50 (Enero-Junio 1986)

- El aval de la letra de cambio*, por JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, pág. 11.
- El protesto y otras manifestaciones de la fe pública en la Ley Cambiaria y del Cheque*, por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, pág. 53.
- La cesión de la provisión*, por GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, pág. 79.
- La protección del acreedor cambiario ante el impago de la letra*, por EDUARDO POLO, pág. 111.
- Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario*, por VÍCTOR MORENO CATENA, pág. 133.
- Las normas sobre conflicto de leyes en la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985*, por ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, pág. 159.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 4 (1987)

- Panorámica de la nueva Ley de Patentes española (1.ª parte)*, por JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADÉ, pág. 839.
- La fecundación artificial «post mortem»*, por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 871.
- El derecho de asilo y la condición de refugiado*, por EDUARDO SEGARRA TRÍAS, pág. 905.
- Acumulación de las acciones de reclamación y de impugnación de paternidad*, por CORONA QUESADA GONZÁLEZ, pág. 927.
- Secreto profesional e independencia del abogado según el Derecho español*, por ANTONIO PLASENCIA MONLEÓN, pág. 951.
- Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad*, por JAVIER PIBERNAT DOMENECH, pág. 971.
- La vivienda familiar y su protección*, por EDUARDO VENDRELL FERRER, pág. 985.

Ganancialidad y tercera de dominio, por JAIME M. DE CASTRO FERNÁNDEZ, página 1011.

El fraude a la Ley en la reciente jurisprudencia, por ALBERTO SOLS, página 1023.

El valor probático del télex, por LL. MUÑOZ SABATÉ, pág. 1040.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 181-182 (Julio-Diciembre 1986)

Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas, por VICENTE MAMBRILLA RIVERA, pág. 301.

Algunas claves del Derecho antitrust de los Estados Unidos, por FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT, pág. 367.

La adquisición «a non domino» de letra de cambio, por LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, pág. 423.

La aportación de bienes de dominio público a la sociedad privada municipal (comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985), por ÁNGEL LUIS MONGE GIL, pág. 467.

El nuevo Derecho de Sociedades portugués, por MARÍA LUISA APARICIO GONZÁLEZ, pág. 495.

Introducción al Derecho de Sociedades en los Países Bajos y las Antillas Holandesas, por EDUARDO C. DE BOUTER, pág. 505.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

(Julio-Diciembre 1986)

Testar a la navarra. Derecho consuetudinario guipuzcoano o descodificación, por LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI, pág. 7.

La formación permanente del Notario, por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, página 51.

El mecanismo resolutorio de la venta de bienes inmuebles por impago de los intereses, por JOSÉ IGNACIO CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, pág. 69.

Sobre el embargo ganancial, por SANTIAGO ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, página 91.

Un supuesto de crédito hipotecario (escritura notarial fechada en Oviedo a 26 de septiembre de 1584), por JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, pág. 181.

Sobre la ética profesional del Notario (introducción para Notarios electos), página 209.

La sociedad unipersonal, por ANTONIO SOTO BISQUERT, pág. 261.

La partición hereditaria, con heredero sujeto a tutela, representado por defensor judicial, por EMILIO CASASÚS HOMET, pág. 315.

Síntesis de las ponencias nacionales al tema III —La influencia del Derecho público sobre el Derecho de la contratación—, por ROBERTO BLANQUER UBEROS, pág. 325.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 141 (Julio-Septiembre 1987)

Algunas consecuencias de la entrada de España y Portugal en la CEE, por J. H. SANDERS, J. K. BINKLEY y M. A. MARTIN, pág. 9.

El desarrollo agrario frente a la diversidad de la agricultura francesa, por FRANÇOIS COLSON, pág. 35.

Relaciones entre el Estado y las Organizaciones Profesionales Agrarias en Francia. Algunos elementos sobre su evolución reciente, por DANIELLE BARRES, pág. 55.

Trabajo femenino y agricultura marginal: la mujer en la explotación agraria de las Alpujarras, por MARÍA ROSA VERICAT NÚÑEZ, pág. 65.

El riesgo físico y económico de los cultivos de secano en la Comunidad de Madrid. Sus índices de performance, por MARÍA TERESA IRURETAGOYENA OSUNA y ARTURO SERRANO BERMEJO, pág. 85.

Caracterización estructural de la industria agroalimentaria de primera transformación en áreas urbano-industriales: el caso de la Comunidad de Madrid, por JAVIER SANZ CAÑADA, pág. 113.

La Hacienda Pública y el sector agrario en la II República Española, por CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, pág. 157.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núm. 6-7 (Octubre 1986-Marzo 1987)

Capacidad para arrendar, ser arrendatario y prohibiciones de serlo, según la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, por G. GARCÍA CANTERO, página 3.

Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, pág. 11.

La aplicabilidad del artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos a los procedimientos ejecutivos y forma de cumplimentarlo, por A. PRE-SA DE LA CUESTA, pág. 18.

Reforma de estructuras y concentración parcelaria, por C. VATTIER FUENZALIDA, pág. 21.

Situación de los mercados agrícolas en la CEE (mercado del aceite de oliva, mercado del vino), por M. VÍLCHEZ PARDO, pág. 37.

Los asentamientos en la Ley de Reforma Agraria Andaluza, por F. CUENCA ANAYA, pág. 43.

Consideraciones sobre la definición de competencia (exclusiva) en colaboración con el Estado de las Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen, por L. G. VAQUE, pág. 50.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Núm. 889 (1986)

Embargo preventivo. Levantamiento. Reconocimiento de la deuda, por OSCAR E. SARUBO, pág. 1163.

- Fundamentos del Anteproyecto de Ley de Multipropiedad Inmobiliaria*, por ANGEL AGUSTÍN FRONTINI, pág. 1169.
- I. Generalidades. II. Sociedades de hecho. III. Intervención judicial. IV. Sociedad Anónima*, por EDUARDO M. FEVIER DUBOIS (h.), pág. 1189.
- Escrituración en expediente judicial. Necesidad de la escritura pública*, por MIGUEL N. FALBO, pág. 1201.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION Núm. 179 (Enero-Junio 1986)

- Origen de algunos principios básicos de la institucionalidad política establecida por la Constitución de 1980*, por MARIO CERDÁ MEDINA, pág. 7.
- Marco teórico del derecho de participar y la participación universitaria*, por LAUTARO RÍOS ALVAREZ, pág. 31.
- La equidad en el Derecho internacional*, por SAMUEL DURÁN BACHLER, pág. 41.
- Naturaleza jurídica del recurso de protección y del auto acordado que lo reglamenta*, por HÉCTOR OBERG Y. y JULIO SALAS V., pág. 55.
- El derecho a asesoría jurídica*, por ELEODORO ORTIZ S. y CARLOS PECCHI C., pág. 59.
- La determinación de la renta bruta global*, por ELIZABETH EMILFORK SOTO, pág. 65.
- Acerca del objeto en la Sociedad Anónima*, por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 75.
- La asistencia social. Estudio de algunos beneficios asistenciales establecidos en la legislación chilena*, por MAFALDA MURILLO REYES, pág. 83.
- La incomunicación*, por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 99.
- Comentarios iniciales sobre los nuevos Juzgados de Letras del Trabajo y su competencia y procedimientos*, por HÉCTOR PALACIOS PIÑA, pág. 107.
- Prescripción, caducidad y pagaré a la vista*, por RAMÓN DOMÍNGUEZ A. y RAMÓN DOMÍNGUEZ B., pág. 115.

NOTICIAS CEE

Núm. 34 (Noviembre 1987)

- El Acta Unica Europea*, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 11.
- La financiación de las Comunidades Europeas durante el período 1988-1992: Propuestas de reforma del sistema de recursos propios*, por RAMÓN FALCÓN Y TELLA, pág. 21.
- El Documento Unico Aduanero. DUA*, por JOSÉ LUIS ARES PETIT, pág. 35.
- La aplicación de medidas globales al IVA no deducible que grava los gastos de carburante de los vehículos de empresa*, por CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, pág. 41.
- Franquicias fiscales: Novedades introducidas por el Real Decreto 2105/1986, de 25 de septiembre*, por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RANZ, pág. 45.
- Propuesta de Directiva sobre aproximación de tipos de IVA*, por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, pág. 55.

- Joint-Ventures y las reglas de la libre competencia de la CEE*, por FERNANDO BELTRÁN MENDIZÁBAL, pág. 63.
- El abuso de posición dominante mediante los precios*, por PHILIPPE LAURENT, pág. 67.
- Comentario a la decisión X - «Open Group»*, por CARMEN LÓPEZ DRIEBEEK, página 73.
- La propuesta de Directiva sobre «Insider trading»*, por LUIS DE CARLOS BERTRÁN, pág. 77.
- Ante la reforma del Derecho societario español: la representación de la Sociedad Anónima*, por VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA y otros, página 83.
- La Sociedad Europea de Ingeniería Financiera (SEFI)*, por JOSÉ IGNACIO DE RAMÓN y OSCAR GARCÍA SENÍS, pág. 89.
- La reestructuración siderúrgica en España*, por JUAN LUIS BURGOS MARÍN, página 93.
- La política regional europea: el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)*, por ANDRÉS ESPINOSA FERNÁNDEZ, pág. 101.
- La política regional frente al reto comunitario*, por MILAGROS GARCÍA CRESPO, pág. 109.
- La financiación de las Comunidades Autónomas y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional*, por FRANCISCO TORRES COBO, pág. 121.

LA REDACCIÓN

