

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXII • Mayo-Junio 1986 • Núm. 574

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. Ginés Cánovas Coutiño.
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:

«Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», por GER- MÁN GALLEGU DEL CAMPO	621
«El extranjero a la luz del Derecho Internacional Público», por José ANTONIO MIGUEL CALATAYUD	681
«La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Ci- vil», por ALBERTO MANZANARES SECADES	735
«El Mercado Hipotecario en Europa», por PEDRO DE ELIZALDE Y AY- MERICH	787

DICTAMENES Y NOTAS:

«Las unidades mínimas de cultivo ante el Tribunal Supremo», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	807
---	-----

ACTUALIDAD JURIDICA:

«Información legislativa y de actividades», por LA REDACCIÓN	821
---	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencia del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	837
II. Resoluciones de la Dirección General, por MANUEL CASERO ME- JÍAS, JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY, FERNANDO CANALS BRAGE, ALFONSO PRESA DE LA CUESTA, IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, JUAN PABLO RUANO BORRELLA, JULIO SOLER GARCÍA y RICARDO EGEA IBÁÑEZ	841
III. Sentencias del Tribunal Supremo, por FRANCISCO CASTRO LUCINI, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, JOSÉ QUESADA SEGURA, RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ y CARLOS MARÍN ALBORNOZ	901

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Derecho a la información frente al derecho a la intimidad. Su inci- dencia en el sistema de información estadística», de ADORACIÓN DE MIGUEL CASTAÑO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	983
--	-----

	<i>Págs.</i>
«Las sociedades de garantía recíproca: Estructura y funcionamiento», de L. RIBÓ DURÁN, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	986
«Doctrina civil del Tribunal Constitucional 1980-1982», de ANTONIO CANO MATA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	988
«Estudios sobre tributación bancaria», de A. MARTÍNEZ LAFUENTE, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	992
«Control y autonomías», de JOSÉ MARÍA GIL ROBLES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	995
REVISTA DE REVISTAS	1005

ESTUDIOS

Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Las diferentes posiciones doctrinales*: A. El Registro de la Propiedad como institución jurídica legitimadora del proceso desamortizador. B. El Registro de la Propiedad como institución ordenadora de las nuevas estructuras de propiedad. C. El Registro de la Propiedad como institución al servicio del crédito territorial.—III. *Los orígenes de un tópico: el reaccionarismo de la legislación hipotecaria*: A. Legislación hipotecaria y Derecho burgués. B. Registros de la Propiedad y Desamortización.—IV. *Hacia una revisión valorativa*.—V. *Desamortización y Registro de la Propiedad: Evolución legislativa y relaciones funcionales*.—VI. *La legislación hipotecaria y el orden jurídico del XIX español*: A. La Ley Hipotecaria y la obra legislativa de la burguesía revolucionaria. B. Seguridad del tráfico y orden burgués. C. Ordenamiento registral y sistemas de propiedad. D. Ordenamiento hipotecario y clases hegemónicas. E. La legislación registral como fenómeno de aculturación jurídica. F. La legislación hipotecaria y el problema agrario. G. Organización de los Registros y racionalidad administrativa. H. En torno a los primeros Registradores: 1) Procedencia profesional y componente ideológico. 2) Funcionariado y promoción política. 3) La función calificadora. I. Fiscalidad, formalismo y privilegio hipotecario en la Ley del 61.—*Conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

Tradicionalmente, la doctrina hipotecarista ha venido centrandó sus trabajos en el estudio dogmático de la legislación registral, descuidando el análisis de los componentes ideológicos y socioeconómicos que rodearon su implantación.

Han sido, en general, investigadores situados al margen de la especialidad quienes han intentado —siquiera incidentalmente— una aproximación al tema desde una perspectiva más amplia, que permitiera comprender y enjuiciar la institución registral a la luz de los cambios sociales que determinaron la quiebra del Antiguo Régimen y el advenimiento de la sociedad capitalista y el Derecho de la burguesía liberal.

El presente estudio tiene por objeto y finalidad la exposición de las

diferentes posturas valorativas sobre el tema; una reflexión crítica sobre el pretendido reaccionarismo de la legislación registral; el análisis de las relaciones funcionales entre Desamortización y Registros, y la fijación, en fin, de unas conclusiones en torno al significado ideológico del primitivo ordenamiento hipotecario.

II. LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES

La generalidad de los autores ha venido sosteniendo que la promulgación de la Ley de 1861 y el establecimiento de los Registros de la Propiedad guarda una estrecha relación con el fenómeno desamortizador. Y no sólo por la coincidencia cronológica entre la Ley Madoz de 1 de mayo de 1855 y el Real Decreto de 8 de agosto del mismo año ordenando la formulación del Proyecto de Ley de Hipotecas, sino también porque la totalidad del sistema registral viene a concebirse, en mayor o menor escala, al servicio de la nueva propiedad desamortizada.

Los distintos matices que se observan hacen aconsejable, sin embargo, un intento de sistematización de las diferentes posturas:

A. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA LEGITIMADORA DEL PROCESO DESAMORTIZADOR

En esta dirección dejamos acotadas las siguientes posiciones:

1. MARTÍNEZ CUADRADO (1): Aunque de forma incidental, y al estudiar las garantías jurídico-económicas del régimen de propiedad instaurado en el período liberal, apunta la conexión finalista del Registro con la tutela de los intereses de los adquirentes de bienes desamortizados:

«... Los compradores y poseedores de bienes reales o bienes raíces quedaban garantizados en la propiedad de la tierra, legitimándose así una situación histórica que creían firmemente resolutoria y aseguradora, para sí y sus sucesores, en la estabilidad y disfrute de los derechos conquistados a las manos muertas privilegiadas de la época absolutista. Los Registros de la Propiedad, Jueces y Tribunales o, en casos de conflicto, las fuerzas del orden, quedaron comisionados por el Estado liberal para tutelar y salvaguardar los sagrados derechos de la propiedad en general y de los concretos propietarios en particular».

(1) *Historia de España. Alfaguara*, tomo VI: «La burguesía conservadora», Editorial Alianza Universidad, Madrid, 1973, pág. 63.

2. NIETO (2): Al examinar el Derecho hipotecario dentro de los sectores del Derecho civil, y aun en el marco de una obra de divulgación, mantiene una crítica frontal y totalizadora frente al sistema registral, al que califica como un aparato estérilmente formalista, destinado a proteger la mala conciencia de la burguesía terrateniente injustamente enriquecida en el proceso desamortizador, y apuntalado además por los intereses corporativos y reaccionarios de la burocracia que lo sirve.

Tan duros juicios, de un apasionamiento apresurado, aparecen, no obstante, formulados con notable brillantez expresiva:

«El Derecho registral se ha convertido así en el miembro de peor fama de la gran familia, a decir verdad tenida en la actualidad por muy poco honorable, del Derecho burgués; pero que se tolera tanto por el peso de los intereses creados que de él viven, como por la circunstancia de que sus beneficiarios son al fin y al cabo propietarios dispuestos todavía a pagar una prima por su protección privilegiada».

«El Registro de la Propiedad —dice— supone un esfuerzo de la clase burguesa liberal del siglo XIX por rodear sus bienes inmobiliarios de garantías de defensa y delata una inequívoca mala conciencia social... Cuando una clase llega al poder se apresura lógicamente a afirmar su dominio económico, despojando a los otros grupos. Tal fue, en general, el comportamiento de los burgueses del siglo XIX a través fundamentalmente de las leyes desamortizadoras...».

«Pero esto no basta. Indefectiblemente se crea también un aparato jurídico, encargado de defender la nueva propiedad tan discutiblemente adquirida. Por lo que el tema considerado se refiere, éste es el papel que desempeña el Registro de la Propiedad... Ni que decir tiene que los burgueses atrincheran sus nuevas propiedades en el eficaz recinto del Registro de la Propiedad, protegido por unas normas privilegiadas y servido por dos clases de funcionarios que durante más de un siglo han sido los guardianes de la sociedad rural española: los Notarios y los Registradores de la Propiedad, a la que prestan su perfil, bien flanqueados por los Jueces de primera instancia y la guardia civil».

3. FIESTAS LOZA: En el único trabajo monográfico que conozco sobre la cuestión (3), mantiene una posición de radical reduccionismo, al sostener que el objetivo fundamental y prioritario de la legislación hipotecaria fue el de arbitrar un sistema capaz de proteger específicamente

(2) «Derecho: la estructura del Derecho», en *Enciclopedia temática Planeta*, Editorial Planeta, Barcelona, 1974, págs. 252-254.

(3) «La protección registral de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados», *Anuario de Historia del Derecho*, año 1983, tomo LIII, págs. 333 a 363.

a los adquirentes de bienes desamortizados de procedencia precisamente eclesiástica.

Para esta investigadora, los objetivos diseñados en la conocida Exposición de Motivos de la Ley de 1861 son «razones a medias» que encubren su principal finalidad: «La protección, a través del Registro de la Propiedad, creado por el propio texto legal, de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados, cuyas adquisiciones se habían visto en peligro a causa de la actitud adoptada por la Iglesia frente a las disposiciones desamortizadoras de Mendizábal, de Espartero y, sobre todo, de Madoz».

Las antiguas Contadurías de Hipotecas —señala— resultaban ineficaces para consolidar la nueva propiedad y, en consecuencia, «nuestros liberales intentaron y consiguieron establecer un medio nuevo que hiciera inatacables las adquisiciones de aquellos compradores. Este medio fue el Registro de la Propiedad».

Para FIESTAS LOZA, el principio de fe pública registral, la convalidación de los asuntos de los antiguos libros, las normas transitorias sobre acceso de título anteriores (art. 389, prorrogado por Reales Decretos de 1863 y 1865) y la aplicación restrictiva del principio de tracto sucesivo (se refiere, sin duda, a la Consulta de 20 de febrero de 1863, reiterada por Resoluciones de 23 y 25 de febrero) tuvieron por principal objetivo la tutela de los compradores de bienes desamortizados, en favor de los cuales considera que fueron, además, específicamente dictados el Real Decreto de 19 de junio de 1863 sobre inscripción del dominio de bienes pertenecientes al Estado y los Reales Decretos de 6 de noviembre de 1863 y 11 de noviembre de 1864 sobre registración de bienes nacionales.

El sistema de garantías así establecido es calificado, además, como manifiestamente atentatorio al principio de legalidad. Se trataba —dice— por todos los medios de «complacer a los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados». «Y es que —termina— en la sociedad liberal burguesa de la segunda mitad del siglo XIX, los intereses de estos compradores estaban por encima de todo. Por encima incluso de las Leyes.»

4. ALVAREZ DE MORALES (4): Refiriéndose a la publicación de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Notario, mantiene la presunción de que ambas «... habrían, sin duda, de satisfacer a los sectores más reaccionarios de la sociedad española». Con lo que deja también apuntada la relación del Registro con los núcleos conservadores de la nueva burguesía terrateniente.

(4) *Historia de las Instituciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

5. VILLARES (5): En una obra de notable interés, y al analizar la legislación burguesa y el régimen de propiedad, insiste en la función legalizadora del Registro, cuyo «objetivo prioritario» habría sido el de «legitimar de modo rápido la propiedad territorial tan diversamente adquirida desde los primeros años de la revolución liberal por medio de la desamortización, la conversión de jurisdicciones en territorios particulares y la incautación de comunales, baldíos y propios». «Por consiguiente —continúa—, la creación del Registro de la Propiedad supone dotar a la nobleza y burguesía española de base agraria de un instrumento que rápida, eficaz, pero también onerosamente, dé estado legal a sus derechos sobre la tierra, ya sean de reciente adquisición, ya procedan de viejos vínculos poco demostrativos.»

La tesis explicitada por VILLARES contiene, sin embargo, frente a las anteriores, importantes novedades:

a) La función legitimadora del Registro no se circunscribe únicamente a los bienes desamortizados, sino que abarca igualmente las nuevas estructuras de propiedad nacidas de la abolición de los señoríos y las medidas desvinculadoras.

b) Se reconoce, además, en la legislación hipotecaria un segundo objetivo: el de «inscribir la riqueza rústica en los cauces de la economía capitalista...», mercantilizando la tierra a través de la publicidad registral y la organización del crédito agrícola.

c) Y, por último, frente a las posiciones reseñadas, concibe la institución registral desde una perspectiva progresista. La Ley Hipotecaria no se reduce a «una mera legitimación de lo existente, sino que constituye un mecanismo transformador del derecho de propiedad, al postular la univocidad del propietario y la territorialidad del bien registrado». Se trata, en suma, de una normativa que viene a actuar «como agente transformador de la economía agraria española».

El significado reformista de la legislación registral explica así, a juicio de VILLARES, la resistencia unánime de los señores intermedios y la hidalguía rentista de las provincias del Norte, que veían en el sistema hipotecario una amenaza a la pervivencia del régimen de rentas forales.

(5) RAMÓN VILLARES: *La propiedad de la tierra en Galicia, 1500-1936*, Ed. Siglo XXI, Madrid, págs. 297 y ss.

B. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTITUCIÓN ORDENADORA DE LAS NUEVAS ESTRUCTURAS DE PROPIEDAD

Esta dirección, sin abandonar la clásica conexión entre Desamortización y Registro, parte, sin embargo, de una perspectiva más amplia, conectando la legislación hipotecaria con la nueva ordenación de la tierra surgida con la quiebra de la sociedad estamental del Antiguo Régimen.

En esta línea argumental se integran:

1. MOSCOSO DEL PRADO: Ya en 1875 (6) se alineaba en esta posición, cuando refiriéndose a la situación del tráfico inmobiliario en el último tercio del siglo señalaba: «El estancamiento de la propiedad producido por la amortización civil y eclesiástica, su consiguiente escaso movimiento y el poco espíritu de empresa de aquella época no hacían tan necesarias las Leyes Hipotecarias como hoy, en que la propiedad, exenta de trabas que la aprisionaban, circula más y más libremente».

La normativa registral se enlaza, por tanto, causalmente con las nuevas necesidades surgidas del libre tráfico inmobiliario.

2. TOMÁS Y VALIENTE (7), uno de los más autorizados estudiosos del fenómeno desamortizador, se manifiesta en el tema con notable prudencia. Ciertamente constata que «la proximidad de fechas entre el Decreto impulsor de la redacción de la Ley Hipotecaria y la Ley General de Desamortización de Madoz de 1 de mayo de 1855, así como también razones de lógica legislativa, inducen a pensar que la Ley Hipotecaria trató de proteger a los compradores de bienes desamortizados».

Pero esta afirmación aparece muy matizada y ajena a cualquier tentación reduccionista. La legislación hipotecaria —se nos dice— forma igualmente parte de «un conjunto más amplio de medidas tendentes a crear un nuevo régimen jurídico para las relaciones de producción y de intercambio, basado en los principios teóricos del liberalismo económico». La institución registral queda así conectada con las nuevas necesidades de la naciente economía burguesa: capitalización agraria, crédito territorial, mercado inmobiliario.

3. PESET (8): Al analizar las estructuras socio-económicas sobre las que incide la Codificación civil, apunta a un proceso en que las

(6) *Tratado de Legislación Hipotecaria*.

(7) *Manual de Historia del Derecho español*, Ed. Tecnos, 4.ª ed., Madrid, 1983, páginas 414-415-545.

(8) MARIANO PESET: «Propiedad y legislación», en *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, páginas 140 y 141.

«sucesivas Leyes estaban cambiando el panorama de las propiedades, como la desamortización o la desvinculación».

En esta situación, y abandonada la esperanza de una pronta promulgación del Código, la utilización normativa de Leyes especiales —y entre ellas debe contarse la Ley Hipotecaria— se concibe como un resorte técnico que posibilita la remodelación social, sin necesidad de concluir la empresa políticamente arriesgada de un Código Civil. «Las Leyes particulares podían realizar la revolución, sin que fuera necesario un Código que requiriera un mayor esfuerzo técnico y político.»

4. LACRUZ BERDEJO (9): En la misma dirección, entiende la legislación especial hipotecaria como una respuesta técnica arbitrada para ordenar el nuevo tráfico inmobiliario, caracterizado por la liberalización de las transmisiones y la mercantilización de la tierra.

«Debió coadyuvar —escribe— a hacer patente esta necesidad de una legislación más favorable al tráfico en materia de derechos reales, el hecho de la desamortización. Como observa NART, mientras que parte del suelo nacional estaba vinculado o en poder de las llamadas manos muertas, el sistema español de transmisión y gravamen de inmuebles funcionaba sin pena ni gloria. Mas cuando las cosas cambian, y las sucesivas Leyes desvinculadoras y desamortizadoras lanzan bruscamente al torrente circulatorio multitud de inmuebles, el viejo sistema resulta impotente para satisfacer las nuevas necesidades y hay que crear rápidamente otro nuevo.»

El sistema registral se concibe así como directamente vinculado a la ordenación de las nuevas formas de propiedad territorial.

C. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, COMO INSTITUCIÓN AL SERVICIO DEL CRÉDITO TERRITORIAL

Liberado el tráfico inmobiliario a través de las medidas desamortizadoras y desvinculadoras, la economía del siglo XIX ha de afrontar también los problemas estructurales derivados de la descapitalización y el estancamiento de la producción agraria. Y se ve obligada a fomentar y racionalizar los canales de financiación. En esta línea, la institución registral puede explicarse como instrumento inmediatamente asociado al aseguramiento y difusión del crédito y la garantía hipotecaria.

(9) *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, páginas 45 y 46.

TORTELLA CASARES (10), al analizar la legislación económica del Bienio progresista, estudia cuidadosamente las interacciones de la Ley Madoz, la Ley de Ferrocarriles y las Leyes de Sociedades y Bancos de Emisión. Retomando el tema, RAMÓN VILLARES (11) conecta también con estas disposiciones el Decreto de 1855, ordenando la redacción de la Ley Hipotecaria, y señala que esta interrelación «no le pasó desapercibida a los estudiosos del Derecho hipotecario, que justamente destacan la simultaneidad de la legislación reformadora del crédito comercial e industrial y del crédito territorial agrícola».

1. BIENVENIDO OLIVER (12): Se inscribe en la dirección que comentamos al describir, en un conocido texto, la situación económica del Bienio y sus intentos liberalizadores:

«En esta época habían adquirido en nuestra Patria extraordinario desarrollo los intereses materiales, merced a los impulsos que venían del extranjero y al cambio político ocurrido el año anterior en sentido favorable a la libertad en todas sus manifestaciones... Estimulado el Gobierno por la opinión pública y agradeciendo su riguroso impulso, dedicó toda su atención al estudio de los remedios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de la riqueza pública: la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros y más fuertes obstáculos que se oponían entonces a la realización de tan noble propósito nacían de la legislación mercantil, en lo que toca al crédito comercial e industrial; y de la legislación civil en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más breve plazo posible».

2. LA RICA (13): Conecta igualmente la idea del Registro con el desarrollo de la producción agraria y el crédito territorial. Se buscaba con la legislación hipotecaria el establecimiento de «instituciones crediticias potentes..., que sirviesen de cauce para canalizar el ahorro hacia la propiedad rústica y urbana, fomentándola y haciéndola prosperar con la savia vivificante del capital».

La entrada en el tráfico jurídico de gran número de explotaciones descapitalizadas hacía indispensable, además, su modernización: «El Estado —nos dice— había entregado a los particulares, mediante las Leyes desamortizadoras, una ingente masa de propiedad, antes poseída

(10) *Los orígenes del capitalismo en España*, Ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1982, páginas 48 y ss.

(11) *Op. cit.*, pág. 298.

(12) *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892, pág. 115.

(13) «Pervivencia del sistema registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, febrero 1961.

por las llamadas manos muertas, y esta nueva propiedad individual requería la ayuda del dinero, que sólo podía obtenerse en créditos seguros». «Estaba a la sazón en marcha la vasta obra de la desamortización... Los legisladores comprendieron la necesidad de facilitar el crédito con base en la tierra, y esta consideración fue el principal motor de su fecunda labor.»

Y en el mismo sentido se pronuncia CASSO, al comentar la Exposición de Motivos de la Ley (14).

3. DÍEZ PICAZO: Remite también los orígenes del Registro al fomento del crédito territorial. Y en un interesante trabajo (15) aporta varias ideas fundamentales, relacionadas con el presente estudio, que interesa retener por la originalidad y agudeza de su formulación:

a) Se considera que la interacción de las Leyes desamortizadoras con la Ley Hipotecaria del 61 no pasa del campo de la especulación posibilista. Y debe, además, cuestionarse que «incluso después de la desamortización se creara un mercado inmobiliario de envergadura suficiente».

b) Se reafirman las conexiones ya apuntadas entre la legislación registral y la legislación bancaria, fundamentalmente con la creación del Banco Hipotecario (16).

c) Se sostiene que la legislación hipotecaria de 1861 se corresponde en realidad con una primera fase evolutiva, cuya finalidad primordial y sustantiva es la protección de los acreedores hipotecarios. Por entonces, la publicidad de los cambios dominicales y de los derechos reales se concibe únicamente en función exclusiva del mercado de capitales, «como exigencia institucional del sistema y como un refuerzo de la protección que necesita el crédito hipotecario»:

(14) *Derecho Hipotecario*, Instituto de Derecho Civil, 4.ª ed., Madrid, 1951, páginas 15 y 16.

(15) «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», en *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo I, Ed. Castalia, Madrid, 1974.

(16) GABRIEL TORTELLÁ (*ibíd.*, págs. 312 y 313) sitúa los orígenes del Banco Hipotecario en el préstamo de cien millones de pesetas concedido por el Banco de París y de los Países Bajos al Gobierno español, acuciado por la guerra de Cuba y la rebelión carlista. Y en cuya negociación la rebaja del tipo de interés del 16 al 12 por 100 quedaba condicionada por el prestamista a que fuera aprobada la creación del Banco Hipotecario.

En 1891 el Registrador PAZOS Y GARCÍA, en su estudio *Sobre el Registro de la propiedad en la teoría y en la aplicación, particularmente en España*, señalaba —refiriéndose al Banco Hipotecario— que «fue su padre el famoso Credit Foncier y que tuvo por madre los apuros apremiantes de la Hacienda española, dama ésta de respetable antigüedad y caballero aquél, si bien más joven, de una constitución que dejaba mucho que desear, según los inteligentes».

«Únicamente en un momento más tardío —escribe—, cuando la protección de los acreedores hipotecarios es algo que puede considerarse consolidado ya, y cuando las transformaciones económicas determinan un progreso y un incremento del mercado inmobiliario, el sistema se completa con una más rigurosa protección de los adquirentes del dominio sobre inmuebles y sólo entonces llega a ser un auténtico Registro de la Propiedad».

d) Se mantiene la idea de que la tutela y reglamentación del crédito territorial viene a establecerse no tanto en interés de los prestatarios, cuanto en beneficio de los detentadores del capital financiero:

«Aunque en frecuentes ocasiones —comenta— se cantaran (17) las alabanzas de las nuevas leyes poniendo de relieve los idílicos beneficios que determinarían en los sectores económicos deprimidos, llamados a recibir las ventajas de la financiación, no parece que el interés real haya sido éste, sino el de proporcionar unos cauces dotados de la mayor seguridad jurídica posible a los inversionistas y a los poseedores de los medios de capital, deseosos de colocarlos en buenas condiciones».

III. LOS ORIGENES DE UN TOPICO: EL REACCIONARISMO DE LA LEGISLACION HIPOTECARIA

Si prescindimos del optimismo valorativo de ciertos sectores del hipotecarismo dogmático habremos de concluir —al hilo de la exposición anterior— que el enjuiciamiento de la legislación hipotecaria ha sido, en general, negativo. Y no sólo por la tibieza neutral de aquellos que reducen la institución registral a un mero instrumento formal de técnica jurídica, sino, fundamentalmente, por la crítica frontal de quienes conciben el Registro de la Propiedad como un recinto reaccionario al exclusivo servicio de un sistema de dominación jurídica.

La identificación de la legislación registral como instrumento técnico del reaccionarismo burgués tiene su origen y descansa, en mi opinión, en un doble prejuicio: a) La particular posición que desde una óptica socializante se piensa ocupa el ordenamiento hipotecario en el entramado del orden jurídico liberal. b) La específica conexión que trata de establecerse entre el Registro de la Propiedad y un proceso desamortizador históricamente descalificado.

(17) El mismo TORTELLÁ (*ibid.*, pág. 313) recuerda cómo el Proyecto de creación del Banco Hipotecario, que tuvo los orígenes a que se refiere la nota anterior, fue defendido en Cortes por el Gobierno, argumentando su utilidad como instrumento técnico capaz de allegar crédito barato para la agricultura.

Interesa al presente estudio analizar ambos aspectos y someterlos luego a una revisión objetiva:

A. LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y DERECHO BURGUÉS

Desde una posición crítica al sistema jurídico de las sociedades capitalistas, el ordenamiento hipotecario, en la medida en que se integra y forma parte del Derecho nacido con la burguesía liberal, se concebiría como una superestructura que expresa y consagra los intereses de la clase dominante. Pero además, si se entiende como específico medio de sacralización y defensa de un derecho de propiedad individualista y absoluto, y como especial institución destinada al fortalecimiento de los mecanismos de crédito, pasa, aún con mayor motivo, a convertirse en reprochable instrumento de expoliación del proletario campesino y de la pequeña propiedad parcelaria, al servicio exclusivo del capital financiero y la burguesía terrateniente. Y de este modo, la institución registral ha llegado, según vimos, a ser definida como «el miembro de peor fama de la gran familia, a decir verdad, tenida en la actualidad por muy poco honorable, del Derecho burgués».

La primitiva legislación hipotecaria se situaría, desde esta óptica, no tanto en la línea instrumentalista de PASHUKANIS, por cuanto lo novedoso de su reglamentación impediría considerarla como simple reflejo de las relaciones de producción e intercambio vigentes en la época de su implantación, ligadas todavía por entonces a formas arcaizantes y preindustriales, sino más bien en la línea voluntarista de REISNER y VYSCHINSKI, como reflejo normativo e institucional impuesto desde el Estado, como expresión de voluntad de la clase dominante, representada por la alianza de la nobleza terrateniente y la burguesía liberal (18).

La posición valorativa que comentamos, en cuanto al específico tema registral, toma sus orígenes en las referencias más o menos explícitas que podemos encontrar en los textos marxianos relativos al crédito agrícola, y de los que se deducen inferencias notablemente críticas.

Por su interés, conviene detenernos en su análisis, siquiera esquemático:

1. MARX: Conciernen fundamentalmente al presente estudio las referencias contenidas, sobre todo, en el texto de *Las luchas de clases en Francia* (19).

(18) Una interesante valoración de las distintas posiciones del pensamiento jurídico marxista puede encontrarse en NICOS POULANTZAS: *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Cuadernos P y P/48, Buenos Aires, y en UMBERTO CERRONI: *El pensamiento jurídico soviético*, Edicusa, Madrid, 1977.

(19) MARX: *Las luchas de clases en Francia*, Ed. Ayuso, Madrid, 1975.

En su introducción a la reedición inglesa de 1865, ENGELS señala «que fue el primer ensayo de MARX para explicar un fragmento de historia contemporánea mediante su concepción materialista partiendo de la situación económica existente».

La obra analiza el período revolucionario de 1848 hasta su estrangulamiento en el Segundo Imperio, con la consolidación de la gran burguesía y la aristocracia financiera.

Al referirse a las formas y estructuras de propiedad, MARX explicita también la tensión entre la gran propiedad territorial, vinculada a la nueva aristocracia bonapartista y al proceso de liquidación y venta de los bienes nacionales, y la propiedad parcelaria, integrada por una gran mayoría de pequeños propietarios, sometidos a un fuerte proceso de fraccionamiento en sus explotaciones, bajo el régimen liberal e individualista del Código napoleónico.

La mecanización se hacía inviable por la escasez de disponibilidades económicas, la división jurídica de los predios y la ignorancia rutinaria de los agricultores. La presión demográfica, unida a la fragmentación de las tierras, determina la escasez y el aumento irracional de los precios, a la vez que una fertilidad disminuida y unos rendimientos continuadamente decrecientes. Y este aumento artificial de los precios, y las propias necesidades de subsistencia en medio de un encarecimiento constante de los instrumentos productivos, conducía a un endeudamiento insostenible.

Para MARX (20), este endeudamiento queda asociado a la hipoteca y, en grado aún más intenso, a la usura:

«El título de deuda que grava el suelo —nos dice— se llama, en efecto, hipoteca, o sea, papeleta de empeño de la tierra. Al igual que sobre las fincas medievales se acumulan los privilegios, sobre la parcela moderna se acumulan las hipotecas». «... cuando el campesino no puede encontrar en su parcela una garantía para contraer nuevas deudas, es decir, cuando no puede gravarla con nuevas hipotecas, cae directamente en las garras de la usura y los intereses usurarios se hacen cada vez más descomunales».

«En Francia —sigue señalando— este proceso fue acelerado por la carga fiscal continuamente creciente y por las costas judiciales, en parte provocadas directamente por los mismos formalismos con que la legislación francesa rodea a la propiedad territorial».

Comentando una estadística de 1840, constata como de la cifra de 1.685.178.000 francos en que puede evaluarse el producto neto del suelo francés,

(20) *Ibid.*, págs. 187 y ss.

«hay que descontar 550 millones para intereses hipotecarios, 100 millones para los funcionarios de justicia, 350 millones para impuestos y 107 millones para derechos de inscripción, timbres, tasas del Registro hipotecario, etc., sin contar en esta suma la usura extrahipotecaria ni los costes de los abogados».

En suma —sintetiza—, cuando se prescinde de la forma es fácil observar que:

«El explotador es siempre el mismo: el Capital. Individualmente, los capitalistas explotan a los campesinos por medio de la hipoteca y de la usura; la clase capitalista explota a la clase campesina por medio de los impuestos del Estado...».

La descripción que hemos reseñado del proceso de endeudamiento, se recogía también en los *Manuscritos...* (21), y se reitera abundantemente en *El Capital* (22). En un régimen de propiedad parcelaria, «las Leyes generales del crédito no se adecúan al campesino». «Cuando la propiedad de la tierra constituye una condición vital y un campo de inversión imprescindible, se acrecienta el precio del suelo independientemente del tipo de interés y a menudo en forma inversamente proporcional al mismo, debido a que la demanda de propiedad de la tierra predomina sobre su oferta.» Por todas estas razones «aumenta así el precio de la tierra con un tipo de interés relativamente alto». Al interés generalmente bajo que extrae el campesino del capital desembolsado en la compra de la tierra, corresponde por el lado opuesto el elevado y usurario tipo de interés que el mismo debe abonar a sus acreedores hipotecarios.

Estas mismas ideas están todavía presentes en el *Manual de Economía Política*, Academia de Ciencias de la URSS (23):

«Un factor —se señala— que contribuye a despojar al campesino de su tierra es el crédito hipotecario, es decir, el préstamo de dinero con garantía de tierra y bienes inmuebles. Bajo la forma de los intereses, el campesino paga de hecho la renta de la tierra de la que es propietario nominal».

En realidad, MARX establece una clara distinción entre el préstamo hipotecario y el préstamo usurario. Aquél aparece ligado al capital monetario, al capital de préstamo, cuya cesión se compensa mediante la trans-

(21) MARX: *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, Grijalbo, Barcelona, 1975, págs. 63 y ss.

(22) MARX: *El Capital*, libro III, cap. 47-V, Siglo XXI Ediciones, mayo 1981.

(23) Editorial Grijalbo, S. A.; Barcelona, 1975, pág. 187.

ferencia, en forma de interés, de parte de la ganancia neta. Cuando la producción neta disminuye en forma que no puede garantizar una rentabilidad suficiente para hacer frente al interés hipotecario, el deudor se ve obligado a «caer en las garras de la usura», cediendo «no sólo toda la ganancia neta, sino incluso una parte del salario». A diferencia del capital de préstamo, el capital usurario le precede históricamente, como surgido bajo formaciones económicas anteriores, y sus altas tasas pueden llegar a devorar la totalidad del plusvalor e incluso expropiar a su víctima por la adquisición de la propiedad de sus mismas condiciones de trabajo.

Por último, interesa retener la aguda reflexión marxista en torno al fetichismo de los títulos de propiedad:

Después de describir cruda y reiteradamente «la situación de los campesinos endeudados, esquilados por la usura y agobiados por los impuestos», se ve obligado a confesar, con escéptico desencanto, que, pese a ello, «esta clase de población es absolutamente incapaz de ninguna iniciativa revolucionaria».

Para MARX, la explicación debe buscarse en la mística irracional de la propiedad nominal, en el fetichismo del título de dominio: «El título de propiedad del campesino es el talismán con que el capital le fascina, el pretexto para azuzarle contra el proletariado industrial». Todo, en suma, se soporta bajo el pretexto de ser propietario privado, por el incomprensible «goce de hacer valer fanáticamente una propiedad imaginaria» (24).

2. ENGELS: Retomando y asumiendo los textos marxianos, ENGELS (25) insistirá también en los efectos expoliadores del instrumento hipotecario.

Y así, refiriéndose a la génesis del Estado ateniense, nos dice:

«El principal medio de oprimir la libertad común fue el dinero y la usura. Difundido el tráfico de dinero en las antiguas comunidades agrícolas, se produjo la ruina de los pequeños agricultores de la Atica». «El crédito y la hipoteca (porque los atenienses habían inventado ya la hipoteca) no respetaron ni a la *gens* ni a la *fratria*». «Por eso la plutocracia... creó un nuevo derecho consuetudinario para garantía del acreedor contra el deudor, y para consagrar la explotación del agricultor en pequeña escala por el poseedor del dinero. Todas las llanuras de la Atica estaban erizadas de postes hipotecarios, en los cuales estaba escrito que los fundos donde se veían puestos hallábanse empeñados».

(24) *Las luchas...*, págs. 215, 190 y 191.

(25) ENGELS: *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Editorial Claridad, Biblioteca de Cultura Socialista, Buenos Aires, enero de 1964, páginas 128, 193 y 194.

El suelo, en el devenir histórico, pasa a convertirse en una mera mercancía que se vende y se empeña. La introducción de la propiedad territorial implicará la aparición de mecanismos y técnicas de apropiación:

«Apenas se introdujo la propiedad territorial, quedó inventada también la hipoteca... agarrada a los faldones de la propiedad inmueble».

Y fue así, concluye,

«como en la extensión del comercio, del dinero y la usura, la propiedad territorial y la hipoteca, la concentración y centralización de la fortuna en manos de una clase poco numerosa, hicieron rápidos progresos simultáneamente con el empobrecimiento de las masas y el aumento numérico de los pobres».

De todo cuanto queda expuesto, se deduce no sólo una descalificación global del Derecho burgués, sino que también puede inferirse de los textos marxianos una crítica específica de los sistemas hipotecarios, que podemos resumir en los siguientes extremos:

a) La institución registral y los libros fundiarios, en cuanto se constituyen en agentes colaboradores de la tributación inmobiliaria, contribuyen de forma directa a la explotación del campesino por medio del impuesto.

b) La legislación registral, al exigir el pago y abono de «los formalismos con que se rodea a la propiedad territorial», que es, en el fondo, «una propiedad imaginaria», «una propiedad nominal», incrementa los gastos improductivos y contribuye a la disminución del producto o la ganancia neta.

c) Si, como se afirma, «los capitalistas individualmente explotan a los campesinos por medio de la hipoteca», la normativa registral que la disciplina y reglamenta, y la inscripción tabular que la constituye, sacraliza y explicita, representan un instrumento técnico al servicio específico de esa explotación.

d) Si se constata que la propiedad parcelaria ha sido «absolutamente incapaz de ninguna iniciativa revolucionaria», y si se sostiene que esta actitud pasiva, de silenciosa complicidad, ha sido obtenida por el capital mediante el señuelo, «el talismán», «la fascinación» de títulos de propiedad vacíos de significado económico, pero que posibilitan «hacerla valer fanáticamente», debe concluirse que la Oficina registral, en cuanto expendedora y sacralizadora de estos títulos, se concibe como un ins-

trumento en manos de la burguesía dominante, orientado al adormecimiento de la conciencia revolucionaria, mediante la dilución de auténticos intereses de clase en el fraude formal de las inscripciones de dominio.

B. LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y DESAMORTIZACIÓN

En la exposición previa de las diferentes posturas doctrinales hemos visto las conexiones directas que han querido establecerse entre el proceso desamortizador y el establecimiento de los Registros de la Propiedad.

El carácter fragmentario de los estudios e investigaciones en torno a la historia económica de la Desamortización, no permiten todavía hablar de resultados generales. Y en este sentido se pronuncian estudiosos tan autorizados como TOMÁS Y VALIENTE (26), VICENS VIVES (27) o JOSEP FONTANA (28). FONTANA denuncia, además, la desorientación metodológica y la visión simplista de muchas investigaciones, que han conducido a una deformación tópica del proceso desamortizador.

Pero es lo cierto que la inmensa mayoría de las conclusiones presentan una connotación negativa. El proceso desamortizador se juzga, en general, duramente: De un lado, por considerarlo como una oportunidad perdida para reformar las estructuras agrarias, y de otro, por entender que sirvió para el enriquecimiento torticero de especuladores y logreros, consolidando y robusteciendo a la vez a la nobleza terrateniente y la burguesía absentista.

En el primer sentido, se ha hablado de frustración de la gran oportunidad histórica de realizar «una verdadera reforma agraria que estabilizase la suerte del campesino» (29). Y se ha constatado, en punto a las estructuras del régimen territorial, que o bien «se reforzaron los latifundios existentes» (30) o, al menos, se consolidó en cada zona la estructura de la propiedad preexistente (31).

En el segundo, y al analizar la procedencia social de los compradores, se habla de «especuladores..., ricachones de pueblo integrados al sec-

(26) *El marco político de la Desamortización en España*, Ed. Ariel, Barcelona, 1971, págs. 9 y 163.

(27) *Historia económica de España*, 8.ª ed., Ed. Vicens-Vives, Barcelona, 1971, páginas 576 y ss.

(28) «La desamortización de Mendizábal y sus antecedentes», en la obra colectiva *Historia agraria de la España contemporánea*, Ed. Crítica, Barcelona, 1985, página 242.

(29) VICENS-VIVES: *Historia social y económica de España y América*, Barcelona, 1959, pág. 355.

(30) M. TUÑÓN DE LARA: *La España del siglo XIX*, 7.ª ed., Ed. Laia, Barcelona, 1975, pág. 119.

(31) En este sentido, APARICIO MUNERA en *Historia General de España y América*, Ed. Rialp, Madrid, 1983, tomo XIV, págs. 87 y ss.

tor latifundista y burgueses de las ciudades que arrendarán sus nuevas propiedades» (32). O se evoca el conocido texto de ANTONIO FLORES sobre la venta de bienes nacionales, que pasaron «de la comunidad de los frailes a la comunidad de los bolsistas».

A la vista de cuanto queda dicho, es claro que la conocida tesis que asimila y vincula los Registros de la Propiedad a la defensa de los adquirentes de bienes desamortizados y, por tanto, a la tutela de intereses tan dudosamente conquistados, supone considerar y convertir a la institución registral en un instrumento técnico manifiestamente reaccionario.

IV. HACIA UNA REVISION VALORATIVA

Analizadas las diferentes posturas valorativas acerca de la legislación hipotecaria y también los orígenes de los prejuicios tradicionales, que condujeron a su enjuiciamiento negativo y crítico, procede ahora intentar una revisión objetiva. Para ello, alterando el orden expositivo, y pasando de lo específico a lo general, habremos de estudiar:

a) Las posibles relaciones entre el proceso desamortizador y el establecimiento de los Registros de la Propiedad. b) La posición y real significado de la legislación hipotecaria en el entramado jurídico del siglo XIX español.

V. DESAMORTIZACION Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Frente a las posturas que he dejado reseñadas en la primera parte de este trabajo, y que defienden la conexión directa, radical e inmediata entre la promulgación de la legislación hipotecaria y el proceso desamortizador, mantengo, por el contrario, la tesis de que el establecimiento de los Registros de la Propiedad no dependió causalmente de la decisión política desamortizadora, ni fue concebido tampoco como específico instrumento de defensa en favor de los adquirentes de bienes desamortizados.

A. EL PRETENDIDO PARALELISMO LEGISLATIVO

No existe una política legislativa paralela ni congruente, que permita argüir una relación directa entre Desamortización y Registro:

(32) TUÑÓN DE LARA: *Ibíd.*, pág. 119.

1. La legislación hipotecaria se superpone y proyecta sobre las nuevas formas de propiedad de la tierra surgidas a la quiebra del Antiguo Régimen. Pero estas nuevas formas no son sólo producto de la Desamortización. La Desamortización constituye una más, y ni siquiera la más importante, de las diversas medidas políticas y legislativas dirigidas al establecimiento de una propiedad individual, libre y plena.

Si atendemos al volumen de capitales implicados, al número de fincas transferidas, o incluso el grado de incidencia social, se ha de reconocer que los procesos de desvinculación de mayorazgos y de abolición de señoríos tuvieron mucha mayor trascendencia. Y aún a estas medidas deben sumarse la supresión de los diezmos, el cerramiento de tierras o la desaparición de la Mesta.

En la línea investigadora, que tiende hoy a reconducir la importancia de la Desamortización a sus justos límites, escribe FONTANA (33):

«La verdad es que la Desamortización no es más que una pieza de un programa complejo que facilitó la metamorfosis de la propiedad y que no puede comprenderse adecuadamente más que en una consideración conjunta, uniéndolo a la desvinculación, la abolición del régimen señorial y de los diezmos, el cercamiento de tierras, la supresión de la derrota de mieses, la apropiación del agua, etc.».

Y en el mismo sentido se pronuncian GARCÍA SANZ (34) o ARTOLA (35).

En consecuencia, si se concibe el Registro de la Propiedad como una institución ligada a las nuevas formas de propiedad territorial, su origen no puede hacerse depender, ni exclusiva ni fundamentalmente, de la legislación desamortizadora, cuyo papel en la gestación del nuevo modelo inmobiliario es solamente parcial y fragmentario. Entenderlo de otro modo equivale a incurrir en un reduccionismo arbitrario.

2. No existe tampoco paralelismo ni correspondencia entre el arranque del proceso desamortizador y los precedentes de la legislación hipotecaria.

El primer intento serio de instaurar un sistema registral por medio de una Ley especial desgajada de la codificación civil, se planteó con el Decreto de 1855, ordenando a la Comisión la redacción de «una Ley de Hipotecas o de un aseguramiento de la propiedad territorial».

(33) JOSEP FONTANA: *Op. cit.*, pág. 243.

(34) En la obra de la nota anterior, capítulo introductorio: «Crisis de la agricultura tradicional y revolución liberal».

(35) «La burguesía revolucionaria», *Historia de España Alfaguara*, V, Madrid, 1976.

Por el contrario, el proceso desamortizador se había iniciado ya con anterioridad: Una primera fase en 1798, durante el reinado de Carlos IV, sobre los caudales y rentas de los Colegios Mayores, los bienes que quedaban de las temporalidades de los jesuitas y los de distintos establecimientos asistenciales y benéficos. Y una segunda etapa, con la Desamortización de Mendizábal sobre los bienes del clero regular y secular, en las disposiciones de 19 de febrero de 1836 y 29 de julio de 1837.

Y si la importancia cuantitativa de aquella primera fase es hoy difícilmente evaluable, sabemos, al menos, que la Desamortización de Mendizábal había supuesto, hasta 1855, la enajenación de 122.053 fincas rústicas, 14.875 urbanas y 34.718 censos y foros (36).

Todo lo cual obliga a concluir que las primeras medidas desamortizadoras, pese a su decisiva repercusión e importancia, se concibieron y ejecutaron sin que sus mentores hubieran sentido la necesidad de establecer en su favor una específica tutela registral.

3. Tampoco puede predicarse una correspondencia fundada entre la Ley desamortizadora de Madoz y el establecimiento de los Registros de la Propiedad. Y esto, a pesar de que son muchos los autores que han anotado la coincidencia de fechas entre la Ley de 1 de mayo de 1855 y el Decreto de 8 de agosto ordenando la redacción de la Ley Hipotecaria:

a) Ante todo, la Ley Madoz es anterior en dos meses al Decreto. Y, además, mientras la Ley pretendía una ejecución rápida e inmediata y así se llevó a efecto, al menos, en su primera fase, el Decreto suponía simplemente la puesta en marcha de un complejo programa de elaboración legislativa. Tan complejo, tan lento, que hubieron de transcurrir ocho años hasta que la Ley Hipotecaria pudo entrar en vigor el 1 de enero de 1863.

Es difícil, por tanto, sostener la dependencia funcional entre una medida legislativa de aplicación inmediata y urgente y otra llamada a una elaboración reposada y una ejecución gradual.

b) De hecho, una parte importante de la corriente de ventas derivada de la Ley Madoz, se realizó al margen del Registro, sin que se hubiese sentido la necesidad de una especial protección tabular ni se hubiesen urgido en demasía los trabajos de elaboración. Cuando en 1863 entra en vigor la Ley Hipotecaria, ya se había ejecutado una primera fase desamortizadora, entre 1855 y 1856, que SIMÓN SEGURA cifra en 43.406 fincas rústicas y 8.758 urbanas, a cuyo montante hay que añadir el volumen

(36) Fuente: *Anuario Estadístico de 1858*.

de enajenaciones realizado, una vez levantada en 1858 la suspensión de las ventas.

c) Otro dato igualmente demostrativo de la desconexión funcional de ambas medidas es el de la continuación del proceso de formación de la legislación hipotecaria, no obstante la suspensión de la Ley Madoz, por las disposiciones de O'Donnell y Narváez de 23 de septiembre y 14 de octubre de 1856.

d) Y, por último, es dudoso que el Decreto impulsor de 1855 pretendiese —más allá de la mera reglamentación del crédito hipotecario— la creación de un sistema más amplio destinado a tutelar la transmisión de inmuebles y, por ende, el específico tráfico surgido con la Desamortización.

En realidad, su artículo 1.º ordenaba únicamente la formulación de «un proyecto de Ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial». Con lo que, a juicio de OLIVER (37), el Gobierno venía a dejar en libertad a la Comisión para que preparase, bien exclusivamente una regulación de las hipotecas o bien un proyecto más extenso que abarcase todo el régimen de propiedad territorial.

Y así lo reconoce la propia Exposición de Motivos:

«La primera cuestión que se ha tenido que resolver es si el Proyecto de Ley debe limitarse a la reforma del sistema hipotecario que viene en observancia, o ser extensivo a asentar la propiedad territorial y todas sus desmembraciones y modificaciones en bases más seguras que las en que hoy descansa».

o

4. Y, en fin, si se pasa a un análisis estrictamente cuantitativo, y a la luz de los datos estadísticos de que se dispone, procede también sentar dos conclusiones:

a) Hasta 1856, cuando ni siquiera había sido aprobado el Proyecto de Ley de Bases de la Ley Hipotecaria, habían sido ya enajenadas, al margen del Registro, aún inexistente, más del 50 por 100 del volumen total de ventas realizadas entre 1836 y 1867. Es decir, 218.733 fincas rústicas y 33.029 urbanas, por un valor de 4.213.165.478 reales (38). Y a estas cifras habríamos de sumar todavía, si tomamos como referencia la fecha de entrada en vigor de la Ley, el número de enajenaciones que, también anteriores a la creación del Registro, fueron ejecutadas entre 1858 y 1863, durante la segunda fase de la Ley Madoz.

(37) BIENVENIDO OLIVER: *Op. cit.*, págs. 15 y ss.

(38) Fuente: MADDOZ (1835-45). SIMÓN SEGURA (1845-67).

En consecuencia, si más de la mitad de las transmisiones realizadas por causa de la Desamortización tuvieron lugar antes del establecimiento de los Registros de la Propiedad, no es de recibo sostener que tales Registros hubieran sido creados precisamente con la finalidad de garantizar esas adquisiciones.

b) En estimación de SIMÓN SEGURA, el volumen total de ventas de fincas desamortizadas desde 1836 a 1895 podría situarse en 621.184. Frente a esta cifra, y para el período 1863-1886, el número de inscripciones y anotaciones practicadas en los Registros fue de 20.496.141. Y el de informaciones posesorias y títulos nuevos, posteriores a 1862, el de 8.598.882 (39).

En consecuencia, es insostenible vincular la actividad hipotecaria a la registración de las transacciones derivadas de la Desamortización cuando su volumen representa una mínima parte en comparación al montante total de operaciones inscritas.

B. EL REGISTRO Y LA EVENTUAL PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES DE BIENES DESAMORTIZADOS

La legislación hipotecaria en ningún caso fue concebida en función de una tutela directa en favor de los compradores de bienes desamortizados.

1. *Precedentes legislativos anteriores al Decreto de 1855*

a) Pese a que la primera disposición desamortizadora de Mendizábal databa de febrero de 1836, el Proyecto de Código Civil de Ayuso, Tapia y Vizmanos, aprobado por el Gobierno ocho meses más tarde y en plena vigencia de aquélla, no contemplaba en absoluto la hipótesis de un Registro de la Propiedad dotado de eficacia sustantiva y propia. Los efectos de la anotación registral de las traslaciones de inmuebles, prevista en los artículos 2.111 a 2.116, quedaban restringidos al ámbito estrictamente probatorio, y sistematizados, en el Título 21 del Libro Tercero, bajo una limitada rúbrica: «De los modos de acreditar en juicio los derechos y obligaciones, o sea, de la prueba judicial».

b) En 1843, también vigente el proceso desamortizador, la Comisión General de Códigos, con ocasión de redactar las Bases 50 y 51, relativas a los principios de publicidad y especialidad en cargas e hipotecas, no siente tampoco la necesidad de establecer específicas normas en torno al aseguramiento del dominio. Sólo al voluntarismo de Claudio Antón

(39) Fuentes: *Memoria de la Junta Central de la Asociación de Registradores y Hecto-Anuario del Colegio Nacional de Registradores*, en págs. 250 y 251.

de Luzuriaga se deberá el planteamiento que, a título individual, formula el 25 de octubre sobre la conveniencia de «entrar en la cuestión de si deberá exigirse la inscripción en el Registro de todo título constitutivo o traslativo del dominio..., sin cuyo requisito no pudiera producir ningún derecho ni, por consiguiente, tener efecto alguno».

Tal propuesta, como sabemos, quedará incorporada en la polémica Base 52, si bien, a efectos del tema que nos ocupa, se hace preciso notar:

- Que el sistema de inscripción constitutiva que ella representaba fue, en definitiva, rechazado, pese a significar el grado más enérgico de eficacia y protección registral.
- Que dicha Base implicaba, además, curiosamente, una penalización para los títulos adquisitivos anteriores procedentes de la Desamortización, que formalmente perfectos y plenamente eficaces se veían obligados a una nueva registración para mantener su vigencia, en cuanto se ordenaba que la inscripción había de «ser extensiva a los títulos anteriores a la publicación del Código».

2 *Legislación hipotecaria y crédito territorial*

El sistema registral en sus orígenes no atiende tanto a la seguridad del tráfico inmobiliario, cuanto al robustecimiento y fomento del crédito hipotecario. Y en este sentido escribe Díez-PICAZO (40):

«La evolución de la legislación registral se produce en una línea en la cual el primer estadio se ha encontrado constituido por la defensa y protección de los acreedores hipotecarios, de los sujetos que intervienen en el mercado de capitales con garantía territorial».

La registración de las transformaciones y mutaciones jurídico-reales se concibe, en esta primera etapa, al exclusivo servicio del crédito garantizado. Por tanto, sólo en un momento posterior

«el sistema se completa con una más rigurosa protección de los adquirentes del dominio sobre inmuebles y sólo entonces llegó a ser un auténtico Registro de la Propiedad. En nuestro Derecho positivo, la Ley de 1861 se encuentra todavía en el primero de los estadios descritos».

Y, en efecto, si se analiza con cierto detenimiento la Exposición de Motivos, fácilmente puede constatar que el verdadero propósito impulsor de la reforma es sustancialmente el fortalecimiento y difusión del

(40) Díez-PICAZO: *Op. cit.*, pág. 27.

crédito territorial. Y así se dice «que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido»; que es «el crédito, a que debe consultarse, ante todo, en una Ley de Hipotecas»; que es el crédito territorial el interés «que, en primer término, debe consultarse en las Leyes hipotecarias».

En esta primera fase hipotecaria, la finalidad fundamental e inmediata no es la tutela y protección del adquirente en abstracto, ni mucho menos la del concreto rematante de bienes desamortizados. El asentamiento de la propiedad inmobiliaria y la registración de las mutaciones reales no es un objetivo en sí mismo. Se establece únicamente en la medida en que pueda servir al desenvolvimiento de la garantía hipotecaria: «No podía ser de otra manera —dirá la Exposición de Motivos—: La condición más esencial de todo sistema hipotecario... es la seguridad de la propiedad. Si ésta no se registra... desaparecen todas las garantías que pueda tener el acreedor hipotecario».

3. *La legislación hipotecaria como Ley de terceros con vocación de permanencia*

En realidad, la Ley Hipotecaria de 1861, vinculada al pensamiento liberal de mercantilización de la tierra, tendía a promover la seguridad del tráfico jurídico. Se trataba de tutelar el mercado y, en consecuencia, de proteger no tanto a los propietarios actuales, cuanto a los terceros adquirentes y potenciales compradores. Así ha podido ser calificada como Ley de terceros. El debate parlamentario mantenido en el Congreso entre ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER es significativo al respecto. Para ORTIZ, que tachaba a la Ley de ley de tercerías, «se trata de salvar los derechos de los terceros, esto es, la base capital». Para PERMANYER tal afirmación era exacta, y como tal y precisamente por ello, debía ser defendida: «Los principios dominantes de esta Ley —arguye—, los que forman la base cardinal del sistema, se establecen en beneficio directo de las terceras personas, en beneficio de LOS QUE NO TIENEN AUN, PERO PUEDEN ADQUIRIR EN LO SUCESIVO».

Además, el sistema registral se concibe como una institución jurídica con vocación de permanencia. No se trata de tutelar a los concretos propietarios de un tiempo concreto, sino de ordenar jurídicamente el mercado territorial, entendido como entidad abstracta, para configurarlo según el modelo de la ideología liberal naciente.

La legislación desamortizadora, es cierto, supuso una decisión legislativa, tendente a destruir formas de propiedad vinculadas al Antiguo Régimen. Pero en gran parte fue también una decisión urgida por la especial coyuntura hacendística y los particulares problemas del servicio de:

la Deuda. Y tal vez fue esa improvisación y la presión condicionante de concretas conveniencias económicas las que impidieron conectar la Desamortización con las necesidades reales de la sociedad agrícola de su tiempo.

La legislación hipotecaria, por contra, nace al margen de cualquier consideración coyuntural. «En medio del movimiento general de los tiempos modernos», la Exposición de Motivos la concibe «con cierto carácter de perpetuidad», como un conjunto de reglas a las «que se quiere dar gran estabilidad y que se dirigen a producir efectos para larga serie de siglos». Y a este sentido de permanencia responde su lento proceso de elaboración, su complejidad técnica y la estabilidad de sus principios funcionales.

En suma, una legislación al servicio neutral de la seguridad del tráfico, concebida en beneficio de terceros y potenciales adquirentes y nacida con inequívoca vocación de permanencia no puede ser rebajada a mera comparsa normativa de intereses tan limitados, parciales y transitorios como los de los concretos compradores de bienes desamortizados.

4. *Registro de la Propiedad y bienes de procedencia eclesiástica*

Después de las consideraciones anteriores resulta, si cabe, más insostenible reconducir los orígenes del Registro a objetivos aún más limitados, como la tutela de los adquirentes de bienes desamortizados precisamente de procedencia eclesiástica (41).

La Desamortización, ciertamente, provocó una enérgica reacción en la Iglesia, que intentó utilizar como mecanismos disuasorios la descalificación moral y la amenaza de específicas sanciones canónicas. Hasta el presente no existen investigaciones que permitan evaluar con objetividad la repercusión psicológica de estas medidas sobre los potenciales rematantes. Pero no es aventurado suponer que si los escrúpulos religiosos pudieron retraer a algunos compradores, en nada inquietaron a los efectivos adquirentes. Y en cualquier caso, la inscripción registral, amparada únicamente en una norma positiva, no podía tener la virtud taumatúrgica de apaciguar conciencias ni de sanar niveles éticos desde la pura legalidad.

En realidad, la inquietud y el temor de los compradores se centraba únicamente en la previsible presión política que la Santa Sede pudiera ejercer sobre el Gobierno, hasta obligarlo a decretar la nulidad de los remates.

Ahora bien, si tal evento llegaba a suceder, ninguna tutela podía esperarse, en buena lógica, del Registro de la Propiedad, porque nada podían los principios de legitimación y de fe pública frente a una presión diplo-

(41) En este sentido, el trabajo citado de FIESTAS LOZA.

mática de consecuencias tan enérgicas. Ni los derechos adquiridos ni las situaciones consolidadas podían resultar invulnerables a los efectos anulatorios de una Ley posterior impuesta por tan altas instancias. Y un buen ejemplo puede encontrarse en la condena radical de los regímenes reaccionarios a las Leyes de Matrimonio Civil de 1870 y 1932, cuya derogación ni siquiera fue capaz de respetar los más elementales derechos personales ni las más firmes relaciones de familia.

Pero es que además, y al margen de las consideraciones anteriores, a la entrada en vigor en 1863 de la Ley Hipotecaria, las enajenaciones de bienes eclesiásticos desamortizados habían sido ya saneadas por la Santa Sede en vía concordataria, por lo que sus rematantes gozaban, en aquellas fechas, de una protección muy superior a la que podía suministrarles el Registro. En efecto, la Desamortización de Mendizábal había sido convalidada anteriormente en el artículo 42 del Concordato de 1851:

«... El Santo Padre, a instancia de Su Majestad Católica, y para proveer a la tranquilidad pública, decreta y declara que los que durante las pasadas circunstancias hubiesen comprado en los dominios de España bienes eclesiásticos, al tenor de las disposiciones civiles a la sazón vigentes, y estén en posesión de ellos y los que hayan sucedido o sucedan en sus derechos a dichos compradores, no serán molestados en ningún tiempo ni manera por Su Santidad ni por los Sumos Pontífices sus sucesores; antes bien, así ellos como sus causahabientes disfrutarán segura y pacíficamente de dichos bienes y sus emolumentos y productos».

Cierto que esta situación resultó gravemente perturbada por la Ley Madoz de 1855, que reprodujo los conflictos y colocó al borde de la ruptura las relaciones Madrid-Roma. El Gobierno trataba de justificar la legitimidad de la Ley basándose en que si bien el Concordato obligaba a respetar los capitales de la Iglesia, en ninguno de sus artículos decía que éstos hubieran de consistir precisamente en bienes raíces. Pero tan endeble sofisma no contribuyó a calmar las tensiones, que colocaron a los antiguos compradores en posición precaria.

Entre otras reacciones, la Exposición a las Cortes del Obispo y Cabildo de Salamanca resultaba altamente inquietante, al advertir claramente que quedaban mermadas «las seguridades que (a los antiguos rematantes) les da el Concordato para el goce de la propiedad que han adquirido con los bienes de la Iglesia», y que la situación había de «despertar los recelos de los antiguos compradores de los bienes nacionales».

Pero en esta tesitura, es impensable que tales adquirentes buscasen y esperasen seguridades de un Registro de la Propiedad que habría de entrar en funcionamiento ocho años más tarde, y cuya eficacia dependía

exclusivamente de una Ley interna revocable. Donde en realidad se confiaba y podía confiar era únicamente en las gestiones diplomáticas que permitieran obtener el saneamiento vaticano.

Y así, el 25 de agosto de 1859, gracias a la intervención de O'Donnell y Ríos Rosas, se firma un nuevo Convenio, convertido en Ley el 4 de abril de 1860, en cuyo artículo 20 se disponía literalmente:

«En vista de las ventajas que de este nuevo Convenio resultarán a la Iglesia, Su Santidad, acogiendo las respectivas instancias de Su Majestad Católica, ha acordado extender, como de hecho extiende, el benigno saneamiento contenido en el artículo 42 del Concordato a los bienes eclesiásticos enajenados a consecuencia de la referida Ley de 1 de mayo de 1855».

Por tanto, mucho antes de la puesta en funcionamiento de los Registros de la Propiedad, y sin necesidad de su concurso, la desamortización eclesiástica quedaba firme y asegurada. Y así lo expresa claramente el Mensaje de la Corona de 25 de mayo de 1860:

«Mi Gobierno, usando de la autorización que le concedisteis, ha celebrado con la Corte de Roma un Convenio que da seguridad a los intereses creados y tranquilidad a las conciencias, y facilitará el desarrollo progresivo de la riqueza pública. El Padre Común de los fieles me ha dado en esta negociación nuevas pruebas de su constante solicitud por la felicidad de España y la mía».

5. *Desamortización y protección registral*

Por último, frente a lo que se ha dicho en muchas ocasiones, ni los compradores de bienes desamortizados «se apresuraron» en acudir al Registro, ni la tutela que éste les dispensó fue tan enérgica que permitiera arbitrariamente «atrincherar en él las nuevas propiedades».

a) Ya hemos visto cómo la entrada en vigor de la Ley y la puesta en funcionamiento de los Registros fue muy posterior a la promulgación de las disposiciones desamortizadoras. Pero es que además, transcurrido casi más de medio siglo, se constata curiosamente que gran parte de la propiedad permanece todavía al margen del Registro.

En el debate de la Ley de 1909 se pone de manifiesto que pese «al cándido optimismo» de las Leyes de 1861 y 1869, «la experiencia demuestra que es muy lento el movimiento de la propiedad hacia el Registro» (42); «que está fracasando este sistema de la legislación hipotecaria

(42) Discusión en el Senado. Discurso del señor BUGALLAL.

en la mitad de España» (43); «que más del 40 por 100 de la propiedad española está fuera del Registro» (44); «que se hacía preciso habilitar algún medio para la propiedad no inscrita por falta de celo, por negligencia tan propia del carácter español» (45).

Y aún más: Todavía en 1915, ante la falta de registración de fincas procedentes de la Desamortización precisamente, el artículo 35 del Reglamento se verá obligado a facilitar su inscripción por la vía del párrafo tercero y siguientes del artículo 20:

«Los compradores de bienes desamortizados y los rendimientos de censos también desamortizados que adquirieron su derecho antes del día 1 de enero de 1909 podrán inscribirlo a su favor...».

En suma, queda suficientemente contrastado que los propietarios no se «apresuraron» ciertamente en acudir al Registro. De hecho, la legislación registral chocó con una mentalidad social tradicional y arcaizante, y hubo de sobrevivir «en medio de la resistencia pasiva, de la prevención y del desdén» (46).

b) De otro lado, la afirmación de que el sistema registral se concibió en función de la específica tutela de las compras de bienes desamortizados aparece formulada muchas veces, como se ha visto en la primera parte de este trabajo, como una pura petición de principio y sin un apoyo argumental concreto.

En otros casos, cuando se intenta una fundamentación ligada al núcleo normativo, se llega a la más exagerada distorsión del sistema. Y en este error incurre el trabajo de FIESTAS LOZA (47), para quien las directrices cardinales del ordenamiento hipotecario no son tanto instrumentos técnicos organizadores del régimen de publicidad, cuanto específicos medios de defensa al servicio complaciente del proceso desamortizador. Bajo tan forzado presupuesto, la presunción de integridad del Registro y los principios de prioridad, fe pública y tracto sucesivo se desnaturalizan hasta concebirse como meras normas privilegiadas sin otro objetivo que la tutela de los rematantes. Incluso las disposiciones reguladoras de la eficacia de los antiguos libros, ordenación de medios inmatriculadores o registración de bienes nacionales son sacados del contexto unitario en que se integran para entenderse dictados en exclusivo beneficio de aquéllos.

En principio, todo esto equivale a desconocer que en la práctica tabu-

(43) Discusión en el Senado. Contestación del señor TORMO.

(44) Discusión en el Senado. Contestación del señor LASTRES al señor TORMO.

(45) Discusión en el Senado. Contestación del señor ALVAREZ GUIJARRO al CONDE DE TORREANAZ.

(46) Discurso del señor RODRÍGUEZ FAJARDO en el Congreso Registral de 1886.

(47) FIESTAS LOZA: Trabajo citado.

lar el juego de los principios hipotecarios opera por igual frente a los negocios jurídicos registrables. El adquirente de bienes desamortizados no gozaba frente al Registro de prima o privilegio alguno en relación a cualquier otro comprador. Es más, como sabemos, por aquella época, la gran mayoría de las operaciones registrales y, por tanto, el campo de actuación de tales principios, se concentraba sobre títulos ajenos a la Desamortización.

Pero cumple aún, en relación al trabajo que comentamos, dejar establecidas las siguientes consideraciones:

a') El principio de inoponibilidad frente al tercero del título no registrado, a que se refería el artículo 23 de la Ley, nada tenía que ver con la Desamortización. Se trataba de una exigencia mínima del sistema de publicidad. E implicaba, además, con merma de la eficacia registral, el definitivo rechazo de la inscripción constitutiva.

b') El principio de prioridad, recogido en el artículo 17, y que se dice conducía «a la aniquilación de los derechos de los titulares anteriores», era también premisa indispensable para el funcionamiento del Registro. «El que deja de inscribir el contrato anterior —puntualiza la Exposición de Motivos— y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse; la Ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero; éste no debe, por la incuria ajena, ser perjudicado.»

Y ello no obstante, aún el artículo 309 del primer Reglamento se cuidaba de arbitrar, como medida transitoria, un plazo anual para deducir las demandas que procedieran, al objeto de «invalidar títulos inscritos, en virtud de otros que no lo estén».

Pero es que además, la prioridad operaba en favor de cualquier titular inscrito, fueran desamortizados o no los bienes registrados, y, por tanto, podía ser actuado en contra incluso de los mismos rematantes, en el supuesto de que descuidasen la registración. Y así, las Resoluciones de 22 de marzo de 1879, 7 de diciembre de 1875 y 18 de noviembre de 1887 sostuvieron, en conforme doctrina, que no era posible la inscripción de enajenaciones hechas por el Estado sobre bienes desamortizados cuando constasen registrados a nombre de persona distinta, por cuanto tales ventas quedaban igualmente sujetas a las exigencias de los principios de prioridad y tracto sucesivo.

c') El antiguo artículo 34 consagraba efectivamente el principio de fe pública registral. Pero ciertamente no lo hacía sólo en favor de los rematantes de la Desamortización, sino en favor de cualquier tercero que reuniera los requisitos de la Ley. Y decretando además, para evitar posi-

bles despojos, la suspensión de efectos durante el año siguiente a su implantación.

Por otra parte, y contra lo que se ha dicho, el sistema de tutela desplegado por el célebre artículo no fue especialmente benévolo con los compradores de bienes desamortizados. Y a título de ejemplo dejamos acotados algunos pronunciamientos jurisdiccionales especialmente significativos al respecto:

- Decisión del Consejo de Estado de 8 de febrero de 1882: Por aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción a nombre del rematante en el Registro de la Propiedad no es bastante para convalidar la venta si el Estado carecía de facultades para enajenar.
- Resolución de 16 de marzo de 1882: La declaración administrativa de nulidad de la venta de bienes pertenecientes a capellanías familiares es eficaz y ajustada a derecho, aun cuando tales bienes sean poseídos por un tercero que haya inscrito su título.
- Resoluciones de 12 de marzo de 1879 y 21 de junio de 1884: Las facultades que las disposiciones desamortizadoras conceden a la Administración para salvaguardar los intereses del Estado que hayan resultado perjudicados por error, no pueden ser enervadas ni aun por la protección que los artículos 36 y correlativos de la Ley Hipotecaria dispensan al tercero inscrito.
- Resoluciones de 8 de noviembre de 1888, 30 de abril de 1890, 18 de enero de 1867 y 26 de octubre de 1867: No es necesario el consentimiento del comprador inscrito, que previene el artículo 82 de la Ley, al objeto de cancelar la inscripción en su favor practicada, cuando mediase la declaración de nulidad del remate.
- Resolución de 30 de diciembre de 1878: La inscripción de posesión de bienes desamortizados practicada en favor del Estado y de los rematantes, no puede perjudicar a quienes tuvieran derecho a la propiedad del inmueble.

d') Es históricamente inexacto que el reconocimiento de efectos a los asientos de los antiguos libros hubiera sido introducido subrepticamente, como sostiene FIESTAS LOZA, al redactarse el Reglamento de 1861, y además en beneficio exclusivo de los compradores anteriores de bienes desamortizados.

La cuestión había sido ya abordada en la disposición transitoria 2.^a que subsigue al artículo 1.889 del Proyecto de Código Civil de 1851. Y al reconocimiento de esta eficacia respondían también los artículos 411

a 416 de la primera Ley Hipotecaria, cuya Exposición de Motivos advertía textualmente:

«Ninguna precaución debe parecer excesiva para conservar la integridad de los registros hoy existentes, cerrarlos y hacer el tránsito del antiguo al nuevo sistema, ordenadamente y de modo que estén en relación los libros corrientes en la actualidad y los que han de abrirse».

En cualquier caso, la eficacia de aquellos asientos nada tiene que ver con la tutela de los bienes desamortizados, cuyas transmisiones, por cierto, aparecían perfectamente documentadas y autenticadas por la intervención de la Administración y la dación de fe de un escribano, lo que les permitía acceder incluso directamente al nuevo Registro en inmejorables condiciones, y en detrimento de los innumerables propietarios carentes de titulación.

Se trataba, por tanto, de una exigencia técnica, en cuanto no era posible prescindir de su contenido en un país con documentación inexistente o enormemente defectuosa y limitada (48), y en cuanto su invalidación suponía un injustificado derroche del acervo jurídico suministrado por las Contadurías. Era además una necesidad formal para asegurar la congruencia y estabilidad del sistema de registración. Y era, en fin, una exigencia de justicia que protegía a los propietarios sin titulación de posibles despojos.

e') El Título XIV de la Ley se refería a la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de su publicación. Y se ha llegado a decir que sus disposiciones habían sido pensadas en favor de aquellas «personas que compraron bienes eclesiásticos desamortizados antes de 1861 y no acudieron a inscribir los correspondientes títulos en las Contadurías de hipotecas». Según FIESTAS LOZA: «Nuestros legisladores, que estaban en todo, no quisieron dejar 'desamparadas' tampoco a esas personas e intentaron resolver los problemas de las mismas incluyendo en la Ley Hipotecaria el artículo 389...».

Dicho precepto permitía el acceso directo de los títulos al Registro sin necesidad de previa inscripción en favor del transferente, y a juicio del autor reseñado, posibilitaba a su titular gozar de la protección del artículo 34. El comprador de bienes desamortizados que inscribiera al

(48) Exposición de Motivos: «La Comisión no podía hacer caso omiso de un hecho demasiado general, por desgracia, en nuestra Patria. Este es la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad... Debido es esto ya a la subdivisión excesiva del suelo en algunas de nuestras provincias, ya a las guerras civiles y extranjeras que han ensangrentado el territorio español, ya al poco esmero en la conservación de los archivos, ya, por último, a la incuria de los propietarios».

amparo del artículo 389, era así tercero protegido porque «el Ministerio lo había dispensado del requisito de previa inscripción a favor del Estado».

Naturalmente, esta argumentación es sencillamente insostenible: *a)* En la práctica resultaba infrecuente que las compras de bienes desamortizados no hubieran sido inscritas en las Contadurías, por cuanto los artículos 113, 169 y 176 de la Instrucción de 31 de mayo de 1855 obligaban a la toma de razón y ordenaban a los escribanos intervinientes que velasen por su cumplimiento. *b)* El Título XIV, y en concreto el artículo 389, se limitaba a establecer lo que en técnica hipotecaria se denomina Procedimiento Inmatriculador. Es decir, los cauces documentales o procedimentales a través de los cuales las fincas acceden por primera vez a los libros fundiarios. En la inmatriculación, la dispensa de las exigencias de tracto sucesivo no es una excepción ni un privilegio. Forma parte del supuesto de hecho. *c)* El inmatriculante no es ni fue nunca tercero protegido por la fe pública registral.

f') El Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 sobre inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales del Estado y Corporaciones civiles y eclesiásticas significaba exactamente eso y nada más que eso: Una norma reglamentaria dictada para ordenar formalmente la práctica de las operaciones registrales sobre tales bienes.

En ningún caso suponía —como se ha sostenido— prima o privilegio alguno en favor de los compradores de bienes desamortizados:

- El Real Decreto no se refería únicamente a los bienes poseídos o administrados por el Estado. Su artículo 13 fijaba también una normativa idéntica para «los bienes que posea el clero o se le devuelvan y deban permanecer en su poder amortizados».
- Las certificaciones posesorias de efectos inmatriculadores —precedente de nuestro artículo 206—, y que aparecían recogidas en su artículo 8, no constituían una facultad exclusiva del Estado. El artículo 13 autorizaba igualmente para su libranza al Diocesano correspondiente, respecto de los bienes amortizados del clero. Y más tarde, el Real Decreto de 25 de octubre de 1867 arbitró en favor de los particulares, con similares efectos, la certificación del Alcalde acreditativa del pago de contribución.
- La solución adoptada por su artículo 14, disponiendo la inscripción en favor del Estado sólo «cuando llegue el caso de su venta», resultaba notoriamente perjudicial para los futuros compradores de bienes desamortizados, porque se creaba un peligroso vacío temporal que posibilitó en la práctica que el principio de prioridad actuase en contra de los adquirentes y en beneficio de titulares interpuestos.

- En aquellos casos en que el Estado no disponía de una titulación formalmente completa, se autorizaba únicamente, según el artículo 15, la extensión de una mera inscripción posesoria, con los limitados efectos de los artículos 408 y 409 de la Ley.
- Y, en fin, el sistema del artículo 19, que posibilitaba la inmatriculación directa de las adquisiciones anteriores al 1 de enero de 1863, sin previa registración en favor del Estado, venía a suponer en la práctica la imposibilidad de que los rematantes pudieran quedar investidos de la condición de terceros.

* * *

A lo largo de este capítulo hemos analizado las eventuales relaciones entre el proceso desamortizador y el desarrollo legislativo del ordenamiento registral. Y en conclusión, hemos de sostener que no existen razones históricas, sociales, económicas ni normativas que permitan reducir exclusivamente los orígenes del Registro a una relación radical y directa de dependencia funcional con la legislación desamortizadora.

El nuevo sistema de propiedad surgido con la quiebra de la sociedad estamental del Antiguo Régimen, no puede articularse únicamente en torno al fenómeno desamortizador. Se trata de un diseño complejo al que contribuyen también, en igual o superior medida, la desvinculación de patrimonios, la abolición de señoríos, la supresión de las obligaciones diezmales y, en general, las disposiciones liberalizadoras del tráfico de inmuebles. Y será sobre este nuevo sistema de propiedad, considerado en su conjunto, sobre el que se superponga, en sentido totalizador, el ordenamiento hipotecario. De un lado, con la finalidad expresa de asegurar el crédito territorial, racionalizando los canales de financiación. Y de otro, con la intuición esperanzada de reconducir las relaciones jurídicas a un nuevo orden de certeza y seguridad.

VI. LA POSICION DE LA LEGISLACION HIPOTECARIA EN EL ORDEN JURIDICO DEL SIGLO XIX ESPAÑOL

A. LA LEY HIPOTECARIA COMO CREACION LEGISLATIVA DE LA BURGUESÍA REVOLUCIONARIA

La legislación registral, en razón a sus orígenes históricos, se adscribe al entramado jurídico promovido por la burguesía revolucionaria frente a la sociedad señorial, absolutista y estamental del Antiguo Régimen.

En efecto, el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, ordenando la for-

mulación de una Ley especial de Hipotecas, se dicta —y ésta es una puntualización histórica fundamental— precisamente durante el Bienio Progresista. Con ello se intentaba arbitrar una institución jurídica que sirviera «para la indispensable creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados».

La legislación hipotecaria, al igual que las Leyes bancarias y de ferrocarriles, quedaba integrada en los postulados desarrollistas que inspiraban la ideología del Bienio y en el proyecto reformador que el partido progresista preconizaba en orden a la modernización y racionalización de las estructuras del país. El ordenamiento registral se concebía desde esta óptica, como un instrumento para la movilización de la tierra y la circulación de la riqueza, como una pieza indispensable en la potenciación del crédito territorial y el desarrollo económico del sector agrario.

Pero a la vez, la nueva legislación incorporaba de forma inequívoca mecanismos de tutela social: Una reglamentación detallada y neutral de la relación hipotecaria, y toda una declaración de intenciones (49) dirigida a «mitigar las inmoderadas exigencias de los prestamistas», «poner coto a fraudulentos engaños», liberar a los deudores «del yugo de usureros despiadados». La legislación hipotecaria, en su vertiente tuitiva, se situaba así, curiosamente, en una línea de política legislativa notablemente avanzada. La conocida evocación marxiana acerca del programa del partido rojo (50) demuestra hasta qué punto la reglamentación de las hipotecas y la eliminación de la usura constituían por entonces una aspiración marcadamente progresista.

«Una parte considerable de los campesinos y de las provincias estaban ya imbuidos del espíritu revolucionario. No era sólo que estuvieran desengañados acerca de Napoleón; era que el partido rojo les brindaba en vez del nombre el contenido: en vez de la ilusoria libertad de impuestos, la devolución de los mil millones abonados a los legitimistas, LA REGLAMENTACION DE LAS HIPOTECAS Y LA SUPRESION DE LA USURA».

Por tanto, la legislación hipotecaria, en sus orígenes históricos, representó un proyecto normativo de signo inequívocamente progresista (51):

(49) Exposición de Motivos de la Ley.

(50) MARX: *Las luchas de clases en Francia*, ed. cit., págs. 145 y 146.

(51) En la redacción de la primitiva Ley Hipotecaria intervendrán además juristas claramente alineados en la modernidad y de notable independencia y prestigio personales. CORTINA, GÓMEZ DE LASERNA o LUZURIAGA, aunque formasen más tarde parte de la facción de los «legales» o «resellados», nunca abdicaron de sus orígenes progresistas. Y es opinión unánime que el conservadurismo político de CÁRDENAS no llegó a empañar su objetividad de jurista.

El desarrollo del sector agrario sumido en la descapitalización y el atraso, la eliminación del régimen de clandestinidad, la autenticación de las relaciones negociales, la racionalización de los canales de financiación, la prevención de una litigiosidad esterilizante, el fomento del crédito territorial, la represión de la usura y el fraude...

En suma, un proyecto legislativo volcado a la modernidad (51 bis).

B. SEGURIDAD DEL TRÁFICO Y PROGRESO JURÍDICO

La legislación hipotecaria del siglo XIX contribuye de modo sustancial a garantizar la seguridad del tráfico jurídico. Y en tal medida representa un importante avance en la realización ideal del Derecho. El sistema registral supone la introducción en el mercado inmobiliario de lo que HENKEL denomina «certeza ordenadora» (52): La certidumbre del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, la tutela de las posiciones jurídicas a través de mecanismos de protección a la confianza.

Ahora bien, la idea de seguridad aparece estrechamente ligada a la moral individualista de la burguesía, y en tal medida puede ser objetada como valor regresivo en cuanto apelación a una comodidad conformista y adocenada. Ya RADBRUCH (53) recogía esta objeción, que LEGAZ (54) matiza con brillante contundencia. Para LEGAZ, «la seguridad, sin perjuicio de que haya sido proclamada como valor primario por la ideología burguesa, no es un 'valor burgués...', sino una exigencia ineludible del Derecho..., una dimensión ontológica del mismo». La noción de seguridad, que en el plano individual puede suponer una opción reaccionaria en cuanto «aburguesamiento, egoísmo o renuncia a lo heroico y militante», es, como valor social, una conquista, una manifestación inequívoca de progreso jurídico.

El rechazo de la idea de seguridad por los juristas del fascismo italiano o los juristas alemanes del nacionalsocialismo representa, al respecto, la más sólida confirmación histórica de este argumento.

En consecuencia, la legislación hipotecaria, tan estrechamente vinculada a las nociones de seguridad y certidumbre, viene a suponer un avance técnico trascendental para la realización ideal del Derecho.

(51 bis) Todavía en 1893 el histórico ALCUBILLA (*Diccionario de la Administración española*, tomo VI, pág. 19, 5.ª ed.) califica el sistema hipotecario instaurado en el 61 como «fruto de la enseñanza de los tiempos, de los adelantos de la civilización y de las exigencias de la época...».

(52) HEINRICH HENKEL: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, S. A., págs. 545 y ss.

(53) GUSTAV RADBRUCH: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económico, Madrid, 1974, 4.ª ed. en español, pág. 42.

(54) LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, 5.ª ed., págs. 610 y 611.

C. ORDENAMIENTO REGISTRAL Y SISTEMAS DE PROPIEDAD

La propiedad es la idea central y básica de la ideología liberal. Una propiedad concebida con un sentido individualista y autónomo, entregada al ejercicio libre y absoluto de sus titulares. De aquí que el Registro, en cuanto creación legislativa de la nueva clase burguesa, haya venido a considerarse tradicionalmente como el instrumento técnico más enérgico en la tutela de la propiedad liberal.

Frente a un juicio tan apresurado, sostengo aquí que el ordenamiento hipotecario, el sistema registral español, sobreponiéndose a la ideología imperante, supuso la introducción de un factor correctivo en el régimen individualista del dominio, adelantando o constituyéndose en precedente del Estado interventor y del ejercicio social del Derecho.

La autonomía de la voluntad, el libre juego del intercambio, serán, con el Registro, limitados y condicionados por intereses superiores de orden social. Sobre la seguridad del Derecho se impondrá la seguridad del tráfico; las relaciones jurídicas de propiedad, más allá de la pura voluntad de las partes, habrán de ser legitimadas por un órgano estatal que se superpone sobre ellas en un juicio de legalidad; las titularidades de dominio, para ser plenamente reconocidas por la comunidad, habrán de ser explicitadas en documentación pública y registradas en libros fundiarios sujetos al principio de publicidad.

Los propios redactores de la Exposición de Motivos fueron conscientes de que la idea de un Registro Jurídico de la Propiedad, sometido a los principios de legalidad, fe pública y publicidad, chocaba en gran medida con las concepciones individualistas dominantes. Y de ahí su apelación a la doctrina del interés general:

«Tampoco es lícito a los particulares dejar de hacer cuanto salvando sus derechos exija la sociedad para conciliarlos con el bien general...». «El legislador, cuando se ve obligado a introducir reformas reclamadas por las necesidades sociales, no puede renunciar una facultad que es inherente esencialmente a su misión, la de poner en armonía el ejercicio de todos los derechos con las disposiciones de interés general».

A estas mismas razones respondió en realidad la denominación del cuerpo legal como Ley Hipotecaria, eludiendo toda referencia a Registro de la Propiedad. No se trataba, como sostiene LA RICA (55), de una elección desafortunada, de una errónea metonimia jurídica. Se había buscado intencionadamente la eliminación de términos polémicos, que habrían

(55) LA RICA: Trabajo citado.

de provocar suspicacias. Como señala NÚÑEZ LAGOS (56), se intentaba «que el proyecto de la primitiva Ley suscitara menos recelos y oposiciones. Un proyecto de reforma que incluyera en su título la palabra propiedad hubiera parecido revolucionario».

Ya antes de la publicación de la Ley Hipotecaria, autores como AHRENS (57) habían sostenido que los sistemas registrales responden fundamentalmente a la tutela de intereses sociales y necesidades colectivas. AHRENS, dentro de «los principios que arreglan el derecho de propiedad en el interés social», concebía la institución registral como un límite que las necesidades de la comunidad imponen al poder arbitrario e individualista del propietario: La «forma» de la propiedad debe ser intervenida por el Estado mediante la exigencia de que «la propiedad y los derechos particulares que contiene sean suscritos en un libro público de la propiedad, libro destinado a conservar la seguridad de las transacciones sociales y a ser consultado por todos los interesados en saber el estado de una posesión». Al Estado corresponde, «... incumbe a la política administrativa, el investigar el mejor sistema de publicidad o de Registro de la Propiedad, y de todos los derechos jurídicos que a ella se refieren».

La legislación hipotecaria viene así a trascender del individualismo radical que animará más tarde el articulado del Código Civil. El puro voluntarismo contractual de las partes, el libre juego del intercambio dentro del mercado, será fuertemente corregido por el sistema registral. Cualquiera que sea el juicio que se tenga acerca de la posible autonomía del Derecho hipotecario, está históricamente probada la tensión jurídica entre la legislación civil tradicional, de corte netamente individualista, y el ordenamiento hipotecario, de tintes marcadamente sociales. Habrá una propiedad inscrita y una propiedad no inscrita, unas relaciones jurídicas registradas y otras al margen de los libros fundiarios. Pero la comunidad y el Estado reservarán, por razones sociales, su pleno reconocimiento para aquellas situaciones en las que la libre autonomía de los contratantes y el juego libre del intercambio hayan sido sometidos al control jurisdiccional del Registro. El negocio jurídico, en cuanto aspire a ser oponible en el seno de la colectividad, habrá de contar con algo más que el simple concierto contractual de voluntades: Se documentará en forma pública con intervención de fedatario; habrá de sujetarse al juicio de legalidad derivado de la función calificadora; deberá respetar, por razón del principio de prioridad, las posiciones jurídicas registradas, y habrá de someterse a su constatación en los libros fundiarios para «hacer completamente

(56) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, marzo de 1949, págs. 139 y 140.

(57) En *Curso de Derecho Natural*, 3.^a ed. española, Carlos Bailly-Baillière, Madrid, 1873, pág. 391.

público el estado civil de la propiedad» y «extirpar hasta la semilla los derechos ignorados» (58).

El antagonismo entre la impronta social del ordenamiento hipotecario y el individualismo de la pura juridicidad liberal no pasó tampoco desapercibido en la discusión parlamentaria. A este respecto es notablemente significativa la enérgica condena de ORTIZ DE ZÁRATE en el debate sobre la totalidad del Proyecto. Y es que, desde la perspectiva ideológica dominante, la Ley Hipotecaria venía a establecer algo «muy grave»: «la preferencia del tercero sobre el propietario»:

«Hasta hoy era entre nosotros un axioma que el dueño perseguía la cosa donde quiera que la encontrase, y otro axioma era que nadie podía dar lo que no tenía. Estos dos axiomas se vienen abajo con esta Ley; en adelante el dueño podrá perseguir la cosa como no se ponga de por medio el Registro». «El dueño —se dirá más adelante— no es nada ante el tercer poseedor; es decir, que a una formalidad tan tenue se le da más importancia que al principio de propiedad».

«Opino, señores, que antes de pocos años se estudiará y se procurará ver cómo se liberta a toda clase de fincas del Registro, que sería el verdadero estado de libertad en favor de las fincas», y en el que «pasarían de mano en mano sin las trabas e inconvenientes que trae el Registro». Y es que además «esta Ley ataca también la libre contratación porque hay varios artículos que limitan a las partes el derecho de celebrar contratos y el derecho de hipotecar sus bienes».

Las palabras precedentes son suficientemente expresivas. Frente al dogma de la autonomía de la voluntad y el principio consensualista, frente a una propiedad que en pura ideología liberal se concibe como sagrada, libre y absoluta, el ordenamiento hipotecario representa, en el siglo XIX español, el primer atisbo de un Estado ordenador e intervencionista, el primer intento de conformar el ejercicio del derecho a las exigencias y necesidades sociales.

D. ORDENAMIENTO HIPOTECARIO Y CLASES HEGEMÓNICAS

Aun sin incurrir en un reduccionismo economicista, ha de reconocerse que corresponde al método materialista el haber puesto de manifiesto la trascendencia que las relaciones de producción y los intereses de las clases dominantes tienen en la explicación de la génesis del Derecho.

Importa, por tanto, determinar hasta qué punto y en qué medida el

(58) Exposición de Motivos.

ordenamiento hipotecario venía urgido o impuesto por los intereses de las clases detentadoras del poder.

En mi opinión, la promulgación de la Ley, aparte representar, como veremos, un fenómeno de aculturación, descansa más en el puro voluntarismo legislativo que en una concreta conexión con las expectativas económicas del momento. Desde luego, el sistema registral se sustentaba en la ideología liberal dominante y anticipaba o adelantaba un orden jurídico sumamente capaz para regular el proceso de mercantilización de la tierra y la difusión del crédito inmobiliario. Pero se trataba de un sistema prematuro, que por entonces no se correspondía con las formas y relaciones de producción, con la situación del mercado ni con la conciencia y el sentimiento jurídicos de la sociedad de su época.

Pese a que la Exposición de Motivos quería ver en el sistema registral una necesidad «generalmente sentida», una reforma «vivamente ansiada por el país, lo cierto es que a los veinte años de su establecimiento, los círculos profesionales más próximos a su aplicación (59) se veían forzados a reconocer que el ordenamiento hipotecario se desenvolvía «en medio de la resistencia pasiva, de la prevención, del desdén con que el pueblo amante de sus costumbres os recibió temeroso de lo desconocido».

A lo largo de la primera parte de este trabajo creo haber demostrado que el establecimiento de los Registros de la Propiedad no guarda una conexión directa ni una dependencia sustancial con el fenómeno desamortizador. La Ley Hipotecaria no venía impuesta ni urgida por la nobleza terrateniente ni por la burguesía naciente que estaba accediendo a la propiedad territorial. Se trataba de fuerzas sociales que no precisaban ciertamente de una tutela registral específica para asegurar su preeminencia económica, porque tenían su mejor defensa en el control del poder político y la dominación del entramado administrativo.

Como expresa gráficamente VILLARES (60): «Los rentistas no conciben la necesidad del Registro Público de la Propiedad porque sus libros, becerros y sus resúmenes e inventarios de documentos contienen un espléndido registro privado de sus derechos».

En realidad, es difícil imaginarse a los grandes propietarios titulados, los Girón, los Guzmán o los Córdova, o a los grandes compradores, como Murga, Safont o Stárico, urgiendo de los cuerpos colegisladores la implantación de un sistema registral que nada podía añadir a la prepotente inmundidad de sus propiedades.

Tampoco, pese a la sugerencia de Díez PICAZO (61), pueden situarse

(59) Congreso Registral de 1886. Tomado de *Hecto-Anuario 1861-1961*, Colegio Nacional de Registradores, Publicaciones del centenario, Madrid, 1961.

(60) VILLARES: *Op. cit.*, págs. 306 y 307.

(61) Díez-PICAZO: Trabajo citado.

los orígenes del ordenamiento hipotecario en la posible presión de círculos financieros u oligarquías de rentistas, deseosos de colocar sus capitales en préstamos hipotecarios seguros. El sistema bancario, en nuestro país, fue desarrollándose lentamente y dentro de unos límites estrechos y notoriamente modestos (62). Y aún más el crédito agrícola, que arrastró una vida precaria y se desenvolvió penosamente. No debía ser muy intensa la oferta de recursos financieros ni muchos los prestamistas cuando en 1872, como recuerda TORTELLA, «era difícil encontrar préstamos con hipoteca de primera clase al 16 por 100, y parece que el 60 por 100 era un tipo frecuente en préstamos a pequeños agricultores». El debate parlamentario de la Ley Hipotecaria de 1909 pone de manifiesto el cándido optimismo de los legisladores del 61 y recuerda, medio siglo después de la implantación del sistema, que el crédito agrícola y territorial era todavía prácticamente inexistente.

En suma, la legislación registral no responde directamente a la presión de las clases entonces hegemónicas. Representa, como decíamos, un voluntarismo jurídico que se adelanta y superpone en forma prematura a unas relaciones de producción e intercambio ligados aún a formas tradicionales y arcaizantes. Sólo en la segunda mitad de este siglo, con la incorporación del país al proceso de industrialización, la modernización de las estructuras agrarias y financieras, el desarrollo urbano y la dinamización del mercado inmobiliario, encontrará el sistema registral una realidad económica sobre la que pueda desplegar su máxima eficacia.

E LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA COMO FENÓMENO DE ACULTURACIÓN JURÍDICA

Las notables dificultades en la implantación de la Ley y la modestia de sus resultados iniciales obliga a una reflexión sobre los niveles de eficacia de la norma, que hace tránsito al terreno de la investigación sociológica. En este sentido quisiera señalar que, en mi opinión, la Ley Hipotecaria vino a representar, dentro de la historia moderna del Derecho español, un claro supuesto de aculturación jurídica.

Con este término, que es una trasposición al campo del Derecho de una noción antropológica, se quiere significar la traslación o el injerto de un sistema jurídico foráneo en la cultura jurídica nacional. Y, en efecto, cualquiera que sea el influjo que queramos asignar a los distintos ordenamientos europeos que tradicionalmente se consideran vinculados a nues-

(62) En 1864, para una población de 15,9 millones de habitantes, el número de oficinas bancarias era de 100, con un índice de 0,0629 por 10.000 habitantes (tomado de GABRIEL DE TORTELLA: *Op. cit.*, pág. 328).

tro sistema (Leyes prusianas y alemanas, Ley de Brumario del año VII, Ley belga de 1851 o legislación del Cantón de Ginebra) (63), habremos de concluir que la legislación hipotecaria del 61 implicaba una ruptura radical con las tradiciones jurídicas nacionales y el establecimiento de un ordenamiento registral fundamentalmente transportado del Derecho extranjero.

La propia Comisión, al redactar la Exposición de Motivos, «se ve obligada» a presentar la nueva legislación como esencialmente innovadora:

«Mas la Comisión, que por regla general propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, que no cree que deban las leyes contrariar las bases del derecho antiguo, sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando, cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar a tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada a las exigencias de la época, se ve obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de la Comisión cuando, a pesar de su religioso respeto al Derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado».

El párrafo que queda transcrito es además enormemente sugerente, porque la Comisión, que estaba convencida de la necesidad de implantar un sistema registral racionalizado, era a la vez consciente del rechazo que habría de producirse en la conciencia jurídica, tradicional y romanizante, de la sociedad de su época. La curiosa redacción del texto delata un estado inequívoco de mala conciencia. La Comisión, que «propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional», «se ve obligada», «a pesar de su religioso respeto al Derecho nacional», «a presentarse como innovadora». En realidad, no es que la Comisión dudara de la necesidad y conveniencia del nuevo ordenamiento o que estuviera mediatizada por un mandato político imperativo contrario a sus convicciones jurídicas. Muy al contrario, consideraba su implantación como una urgencia ineludible. Pero también sabía que el trasplante de un sistema foráneo y la ruptura de las tradiciones jurídicas nacionales implicaban el rechazo del célebre *Volkgeist*, del «espíritu popular» en que se apoyaba la poderosa Escuela Histórica alemana. En este sentido puede decirse que la Ley Hi-

(63) Una interesante revisión crítica del tema puede encontrarse en Díez-Picazo: «Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, tomo I, Ed. Castalia, Madrid, 1974.

potecaria, adelantando la prudente disculpa que queda transcrita, rompe por vez primera, en un desaire racionalista, con el romanticismo jurídico de la época.

Por otra parte, como señala CARBONNIER (64), «los fenómenos de aculturación jurídica se manifiestan en un clima psico-sociológico, que es un clima de comunicación». La elaboración de la Ley Hipotecaria supuso la recepción del Derecho comparado europeo, y su proceso de formación se desarrolló a través de «estudios concienzudos y detenidos, discusiones frecuentes y prolongadas y multiplicadas revisiones» (65), en medio de un clima de abierta comunicación científica. Los estudios comparatísticos de sus redactores y el abandono de nacionalismos reaccionarios hacen de la legislación registral una muestra acabada de cosmopolitismo jurídico.

Los resultados inmediatos de la Ley Hipotecaria, como injerto acultural, fueron modestos y estaban muy alejados del «cándido optimismo» de sus redactores. Desde el punto de vista institucional, se fue logrando que una parte importante de la propiedad accediese al Registro; se sentaron las bases de un incipiente crédito territorial; se consiguió una considerable disminución del índice de litigiosidad, y se limitó en cierta medida la usura, al aumentar la oferta financiera con parte de los recursos atesorados. Pero en el plano individual, los progresos fueron menores: la institución registral chocará con la actitud mental de los autóctonos y permanecerá, hasta épocas muy recientes, marginada de la conciencia jurídica de la comunidad.

Sabemos ya que el ordenamiento hipotecario hubo de desenvolverse en medio de «la indiferencia pública», «de la resistencia pasiva, de la prevención y el desdén». Pero esto, que podía ser explicable para «el pueblo amante de sus costumbres y sus antiguas Leyes», tiene más difícil justificación frente a los profesionales del Derecho y los mismos Tribunales de Justicia. La intervención parlamentaria de PORTELA en la discusión en el Congreso del Proyecto de 1909 es, a este respecto, notablemente expresiva y clarificadora:

«.. es cierto que nuestro sistema hipotecario no ha llegado a penetrar en la masa del país. En general, los ciudadanos, no sólo los iletrados, sino aquellos que tienen especial obligación de conocer la Ley —y en esta consideración de letrados que tienen obligación de conocer la Ley comprendo a los Tribunales de Justicia—, pasan por encima de esta Ley con cierto horror, con cierto desdén, debido a que no la han estudiado

(64) JEAN CARBONNIER: *Sociología jurídica*, Ed. Tecnos, pág. 137, Madrid, 1977.

(65) Exposición de Motivos.

con la detención precisa y no han llegado a hacerse cargo de toda la importancia de sus preceptos».

Las resistencias institucionales y personales que provocó su implantación obligan a buscar una explicación sociológica a la pervivencia de una formación acultural tan hostilmente recibida. A mi modo de ver, la persistencia del sistema descansó sustancialmente en tres apoyos:

a) Una decidida voluntad legislativa, sostenida por la asimilación intuitiva de Registro y modernidad. Sobre las instancias políticas planeó siempre la idea de que el aparato registral constituía una pieza imprescindible para la racionalización y la modernización de las estructuras jurídicas.

b) La elaboración temprana de una dogmática hipotecaria de notable autoridad científica. La institución registral contó pronto a su lado con un refinado arsenal doctrinal, cuyo prestigio avalaba el sistema. Y no debió ser ajena a este prestigio la aridez germanizante del texto legal. Como recuerda CARBONNIER (66), «el Derecho venido de otra parte saca de su carácter extraño y de su misterio una dosis añadida de autoridad».

c) La especial posición de los operadores del Derecho registral, a quienes la voluntariedad de la inscripción combinada con la retribución arancelaria impulsaba a la difusión del sistema. La función calificadora, ejercida desde una notable preparación técnica y una exquisita imparcialidad, se alejaba así de cualquier tentación burocrática para ponerse al servicio de la paz jurídica, la seguridad de las transacciones y la conformación de las relaciones negociales a las reales necesidades del tráfico. Sólo así, huyendo de la rutina obstruccionista de las covachuelas, intuyeron los primeros Registradores que podía subsistir un Registro eficaz y moderno (67).

F. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y EL PROBLEMA AGRARIO

La legislación hipotecaria, pese al voluntarismo jurídico que la anima, no constituye una entelequia formalista, sino que aparece estrechamente ligada a un análisis objetivo de las realidades económicas.

Desde la perspectiva hipotecaria, el diagnóstico del problema agrícola

(66) JEAN CARBONNIER: *Op. cit.*, pág. 137.

(67) En el Congreso registral de 1886 se recuerda cómo los primeros Registradores hubieron de contribuir a la vulgarización del ordenamiento hipotecario, «publicado en los distritos, catecismos-circulares, cartillas y pequeñas memorias al alcance de todos, que explicaban vuestra misión, la deficiencia del derecho antiguo y los altos fines que según la ciencia entrañaba el Derecho nuevo».

es notablemente pesimista. A pesar de que por entonces comenzaba a superarse la exagerada expansión del aprovechamiento triguero y se iniciaba una etapa de reconversión en favor del cultivo de viñedos, frutales y olivares, se insiste una y otra vez en que la agricultura «no mejora todo lo que pudiera por falta de capitales», «se arruina devorada por la usura» y «yace estacionaria en un estado deplorable de retraso y abandono» (68).

La legislación hipotecaria no tiende tanto a una modificación de estructuras, que tal vez se pensaba lograr por la vía de la movilización de la tierra y el afianzamiento del mercado inmobiliario, cuanto al establecimiento de un crédito agrícola ágil y suficiente. El atesoramiento de excedentes, la financiación del déficit y el auge desmesurado de la especulación y el agio incidían gravemente en la agricultura provocando una contracción en los recursos financieros ofertados, una elevación exagerada de los tipos de interés y, en definitiva, un proceso endémico de descapitalización.

En este sentido se pronuncia el Proyecto de Ley presentado al Congreso el 11 de febrero de 1858:

«La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados, como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas. Obligados los propietarios a pagar crecidos réditos por los fondos que emplean en la labranza, o se abstienen de mejorarla y extenderla, convencidos de que la tierra no devuelve sino con suma lentitud los capitales que en ella se invierten, o abandonan el cultivo y arriendan sus heredades, lo cual los pone en manos de quien tiene interés en no hacer en ellas ninguna mejora cuyo fruto no pueda recogerse en un breve período; o, apremiados por la necesidad, se someten a la ley del capitalista, se obligan a pagar intereses superiores al producto líquido de su industria, y al cabo se arruinan devorados por la usura».

En las palabras que preceden se describen con claridad los efectos de una elevación desmesurada de los tipos de interés, provocada por la estrechez de la oferta. Los costes financieros sitúan a las explotaciones técnicamente rentables al borde del desbalance, desincentivando las inversiones y fomentando el absentismo. Para las economías agrarias de subsistencia, en que la tasa de interés supera los rendimientos líquidos, el Proyecto de Ley coincide plenamente con la vieja denuncia marxista: la «Ley del capitalista» acaba expropiando —devorada por la usura— a la pequeña propiedad parcelaria.

La Exposición de Motivos del 61 se pronuncia también en parecidos términos:

(68) Dictamen de la Comisión del Congreso al Proyecto de 1858.

«España es una nación principalmente agricultora, y si en ella no ha prosperado la más antigua y la primera de las artes tanto como es de desear, débese a la falta de capitales. Estos buscan con preferencia otras empresas (69), ya por el aliciente de las mayores ganancias que produce, ya por la poca seguridad que inspira el estado actual de la propiedad rústica. En esta situación, con el aumento rápido y progresivo de la riqueza pública, de la industria y el comercio, debe el legislador procurar por medios indirectos que los capitales no vayan todos a buscar las empresas mercantiles e industriales, sino que también vengán en auxilio de la propiedad territorial y de la agricultura. Conveniente es que los capitales se distribuyan entre los diferentes ramos que con beneficio general de los particulares y del Estado puedan darles cómoda colocación: es menester, por lo tanto, contrapesar la propensión de los capitalistas a emplear sus fondos en las empresas de la primera clase porque les reportan más crecidos intereses y es más breve y fácil el reembolso, con la seguridad de la garantía en los segundos...».

El párrafo transcrito presenta la singularidad de denunciar implícitamente la fiebre especuladora que había prendido en amplios sectores de la sociedad española, y pone de manifiesto claramente la incorrecta asignación y distribución de los recursos financieros.

Pienso que el texto, aparte la nostalgia fisiocrática de sus comienzos, que no pasa de mera anécdota, ofrece inferencias de notable interés. Frente a la entonces influyente filosofía económica de SMITH (70), la Exposición de Motivos reacciona con acusado escepticismo. La distribución de los recursos financieros —se nos viene a decir— no puede quedar encomendada al equilibrio natural de los motivos humanos. Es cuestión que atañe directamente al beneficio general del Estado. La administración no puede fiar en que la mítica «mano invisible» smithsoniana equilibre la propensión natural de los capitalistas. Para el ordenamiento hipotecario, el abandono y la descapitalización agraria hacen precisa la beligerancia y la intervención del Estado.

En definitiva, la Ley Hipotecaria se propone aumentar la suma de los recursos financieros ofertados a la inversión agrícola, desplazar al préstamo usurario y obtener una rebaja sustancial de las tasas de interés.

(69) Sin embargo, para GABRIEL DE TORTELLÁ —*op. cit.*, pág. 310—, a partir de 1864, los recursos financieros gravitaban hacia la agricultura en detrimento de la industria, que pasaba a ser un pequeño apéndice en la economía española. Esta afirmación parece un tanto desvirtuada por la constante denuncia de la insuficiencia del crédito territorial y agrícola, denuncia abundantemente reiterada aún durante la elaboración legislativa de la Ley de 1909. Del propio Banco Hipotecario llegó a decir COSTA en 1888 que «hace dieciséis años que se estableció y el país no conoce todavía su existencia».

(70) Vid. ADAM SMITH: *Teoría de los sentimientos morales*, traducción española. El Colegio de México, México, 1941.

La idea clave está en la seguridad del crédito hipotecario, al que el sistema registral dota de plenas garantías de efectividad y ejecutoriedad. Se piensa, de un lado, que la posibilidad de una colocación segura para los capitales atraerá los recursos improductivamente atesorados de los ahorradores timoratos, y se estima, de otro, que parte de los fondos situados en empréstitos a corto plazo de alto interés y alto riesgo habrán de desplazarse, directa o indirectamente, hacia el crédito territorial, que permite ahora compensar la disminución del rendimiento con la percepción de intereses seguros durante largo tiempo. El aumento de la oferta y el aseguramiento registral de los créditos determinaría la expulsión del mercado del préstamo usurario, una moderación sustancial de las tasas de interés y un alargamiento de los plazos de vencimiento y amortización.

Nuevamente vuelve también a hacerse perceptible la inquina hipotecaria hacia las prácticas usurarias de los prestamistas profesionales. Los «usureros insolentes», «los intereses exorbitantes», «las inmoderadas exigencias de los prestamistas» —se dice—, llevan a los deudores, agobiados por el «yugo de usureros despiadados», a «arruinarse devorados por la usura».

El lenguaje de la legislación registral es, a este respecto, notablemente realista y crítico, y enlaza curiosamente con la conocida denuncia de, *HARDCASTLE* en «Banks and Bankers», contra los «usureros codiciosos, sanguijuelas de corazón de piedra», que *MARX* recoge puntualmente en *El Capital* (71).

La Exposición de Motivos apuntaba igualmente la necesidad de conectar la capitalización agraria, con la intermediación financiera a través del establecimiento de Bancos de crédito agrícola. Pero las relaciones de producción en el campo y la misma mentalidad de los capitalistas españoles no se avenían con la prematura modernidad del ordenamiento hipotecario. En realidad, la Ley mantenía un optimismo sansimoniano en cuanto al papel de los Bancos de crédito territorial en la eliminación de la usura. Ya *MARX*, agudamente, señalaba en este punto que:

(71) En determinadas épocas y zonas los intereses llegaban a alcanzar tasas del 60 por 100. En el Congreso Registral de 1886 se dice textualmente: «El interés del dinero alcanzaba en los puntos más afortunados, esto es, en los grandes centros de población, ordinariamente un 10 por 100; y que partiendo desde los de segundo orden a los rurales ese premio se acentuaba según los casos en los distritos y se anotaban las cifras del 12, del 15, del 20, del 25 por 100, sin contar la enormidad del premio de aquellos contratos con apariencia de generosidad, en los cuales se fijaba la famosa fórmula: 'este préstamo se realiza sin premio ni interés alguno', porque estos crueles préstamos eran por un año, y el descuento convenido se cercenaba por el generoso prestamista en el acto y del capital; porque recordáis que aun así no hallaba el propietario quien le librase de sus apuros, porque recordáis la ruinosa y flagrante decadencia que, por falta de crédito, arrastraba el movimiento de los inmuebles».

«El capital que devenga interés conserva la forma de capital usurario frente a personas y clases o en condiciones en las cuales no se toma o no se puede tomar un préstamo de la manera correspondiente al modo de producción capitalista: cuando se toma prestado por necesidad personal... cuando el productor es un productor no capitalista, un pequeño campesino... dueño de sus propias condiciones de producción en cuanto productor directo...; o cuando el propio productor capitalista opera en tan pequeña escala que se asemeja a los productores que trabajan personalmente».

Los resultados inmediatos de la aplicación de la Ley Hipotecaria, en orden a la represión de la usura, son de difícil contraste y cuantificación. Ciertamente que durante el siglo XIX no se llegó a consolidar un verdadero crédito territorial y que se hizo incluso necesaria la promulgación de una específica disposición sancionadora de la usura en 1908, pero ello no arguye que el ordenamiento hipotecario hubiera sido, en este punto, absolutamente ineficaz. El análisis de los datos aportados en el Congreso Registral de 1886 (72) revela una efectiva y sustancial disminución de los tipos de interés y sugiere una importante mejora de la situación, aun en los distritos rurales. Paralelamente, en estadística extraoficial, se fija en más de 8.000 millones el valor de las hipotecas constituidas y canceladas desde la entrada en vigor de la Ley.

No obstante, a mi juicio, constituyó un error de política legislativa facilitar la registración de las ventas a retro, que encubrían, en la generalidad de los casos, préstamos manifiestamente abusivos, que ahora resultaban fortalecidos por la mecánica registral y el automatismo de la consolidación al vencimiento del término. Al tema fueron especialmente sensibles los Registradores de la época, que aun incumpliendo palmariamente la Real Orden de 27 de septiembre de 1867, trataron de impedir, por evidentes razones morales, la consumación automática de las ventas por el mero transcurso del plazo de retraer, exigiendo el consentimiento del vendedor, en forma auténtica, o el oportuno mandamiento judicial. Lamentablemente, tan ejemplar ejercicio de la función calificadora fue enérgica y definitivamente neutralizado por la Resolución de la Dirección General de 15 de junio de 1872 (73).

(72) Véase *Hecto-Anuario del Colegio de Registradores*, págs. 205 y ss. Es constatable igualmente que la aplicación de la Ley Hipotecaria en Ultramar provocó una rebaja de los tipos de interés muy próxima al 50 por 100.

(73) «En vista de la comunicación de V. S. (se refiere al Decano del Colegio Notarial de Sevilla), poniendo en conocimiento de este Centro directivo el hecho de que algunos Registradores de la Propiedad se niegan a expresar la nota marginal..., exigiendo, por el contrario, para practicarse un documento público de los contratantes o el oportuno mandamiento judicial..., la expresada Real Orden de

En otro orden de cosas, conviene también dejar fijadas ciertas precisiones en torno al tema de la acumulación territorial. Algunos autores, como VILLARES (74), en base, sobre todo, a la «Ley adicional» de 1864, parecen sugerir en la legislación hipotecaria un despego notorio hacia la propiedad minifundista en favor de un proceso de «acumulación».

Es evidente que el ordenamiento registral partía de un conocimiento preciso de las realidades agrarias y era consciente de la subdivisión extrema de la propiedad en las provincias del Norte. Subdivisión que consideraba técnicamente perjudicial para el desarrollo de una agricultura moderna.

Pero esto no autoriza a pensar que la normativa hipotecaria tratase de expulsar del sistema a la pequeña propiedad parcelaria (75). En realidad, el establecimiento del crédito agrícola se concebía también, como hemos visto, al servicio de una agricultura de subsistencia agobiada por la usura. Y siempre y reiteradamente, se trató de facilitar a la pequeña propiedad el acceso al Registro a través de rebajas arancelarias, amnistías fiscales y titulaciones supletorias. La Exposición de Motivos contiene además, a este respecto, un pronunciamiento explícito:

- «Los Registros no son menos provechosos a la propiedad muy fraccionada y dividida, como lo está en algunas de nuestras provincias, que a la propiedad acumulada: lejos de dificultar el legislador a los que la posean el acceso a ellos, tiene el deber de estimular por medios indirectos, que no suelen ser los menos eficaces, a que acudan todos a hacer las inscripciones».

Por último, y con referencia a los contratos agrarios, ha de señalarse igualmente la orientación progresista de la legislación hipotecaria.

En este punto es obligada la invocación del tratamiento registral de los arrendamientos, a los que se consideraba necesario dotar de garantías de estabilidad: «Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos —se nos dice—, los gastos a que suelen comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe exigen que, acerca de este extremo, se modifique el Derecho antiguo». Y, en consecuencia, los arrendamientos inscritos, al amparo del artículo 2 de la Ley, pasarán a ser configurados como auténticos derechos reales, vinculantes y oponibles frente a terceros adquirentes.

En esta misma dirección se inscribe la posibilidad de registración y la

27 de septiembre deberá ser observada y cumplida por los Registradores de la Propiedad. ».

(74) RAMÓN VILLARES: *Op. cit.*, págs. 303 y ss.

(75) Véase, en esta dirección, la Proposición de Ley de ORTIZ DE ZÁRATE de 9 de marzo de 1869 respecto de las fincas con valor inferior a cien escudos.

protección tabular que se dispensa a los dominios útiles, y la inequívoca apuesta de los hipotecaristas por la consolidación y redención de los foros (76).

G. LA ORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD: HACIA LA RACIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El esquema organizativo de los Registros de la Propiedad y el Estatuto profesional de los Registradores venían a situarse, con la nueva Ley, en la línea de modernización administrativa iniciada en nuestro país por las referidas reformas de Javier de Burgos.

La demarcación hipotecaria queda fijada en coincidencia con los partidos judiciales. Se garantizará la fluidez de las relaciones administrativas, enlazando los Registros con el Ministerio por medio de las Regencias de Audiencia y la Dirección General. Se instaura un servicio estadístico, mediante la formalización de estados anuales, y se crea una nueva Dirección, encargada de orientar el desarrollo y aplicación de la Ley, y el desenvolvimiento de una doctrina jurídica uniforme. El sistema se completará además con un riguroso régimen de inspecciones, dotado de inmediatez y periodicidad, y con un útil mecanismo de consultas sobre la inteligencia y ejecución de las disposiciones registrales.

El Estatuto de los Registradores, en esta misma línea, se diseña bajo los principios de independencia y responsabilidad, sustrayendo el ejercicio de la función calificador a la mediatización del Ejecutivo. Se garantiza la estabilidad e imparcialidad en el desempeño del cargo, mediante la prohibición de remociones discrecionales (77) y el establecimiento de rigurosas incompatibilidades, y se contrapesa la independencia calificador a con la previsión minuciosa de fuertes responsabilidades.

Entregada desde antiguo la profesión (78) «al empirismo y a la práctica», se reclama ahora para los nuevos Registradores, «llamados a resolver graves y complicadas cuestiones de Derecho», una completa formación científica en materias técnicas y facultativas. Y se abandona muy pronto el sistema de acceso por concurso de méritos, por cierto con escaso margen de discrecionalidad para el Gobierno, para adoptar en 1869 el proce-

(76) Sobre el tema véase VILLARES: *Op. cit.*, págs. 305 y ss. Será curiosamente un Registrador de la Propiedad —LEZÓN FERNÁNDEZ— quien intervenga decisivamente en la redacción del Decreto de 1926.

(77) «Si la condición de los Registradores —dice la Exposición de Motivos— fuera tan eventual e incierta como la de la mayor parte de los empleados de la Administración, no apetecerían cargos que tanta responsabilidad, garantías y obligaciones lleva consigo aquéllos que conviene más que los obtengan».

(78) Exposición de Motivos.

dimiento de oposición (79), mucho antes, por tanto, de la Ley de 21 de julio de 1876, que, al decir de ARTOLA, establecía las primeras limitaciones a la libertad ministerial en la provisión y cese de funcionarios.

H. RÉGISTRADORES PRIMITIVOS: APUNTES DE SOCIOLOGÍA PROFESIONAL

Los notables progresos de la sociología jurídica harán aconsejable en el futuro un estudio y tratamiento sociológico de la organización registral, que supere criterios técnico-legalistas en exceso (80). Y en esta dirección se orientan las consideraciones siguientes acerca de los primitivos Registradores, en cuanto operadores del Derecho hipotecario.

1. *Procedencia profesional y componente ediológico*

Las primeras promociones del Cuerpo se nutren por los Registradores designados en Real Orden, por concurso de méritos entre Abogados ejercientes y miembros de las carreras judicial, fiscal y asimiladas. Se trata, por tanto, de juristas de larga experiencia en la aplicación práctica del Derecho, de una edad media considerable y procedentes, en un alto porcentaje, de la judicatura. Curiosamente, sólo seis de los antiguos Contadores de hipotecas accederán al nuevo cargo.

La base ideológica del Cuérpo quedará fuertemente influida por el sistema de acceso. Al resultar primados en los concursos, de acuerdo con el artículo 227 del Reglamento, los miembros de las carreras judicial y fiscal, los primeros escalafones pasarán a nutrirse con aquellos Magistrados y Jueces que se hallaban cesantes a consecuencia de la situación política, dando así lugar a una ancha franja ideológica de corte liberal-progresista.

En la discusión parlamentaria de la Ley de 1869 —contestación del

(79) No obstante, durante largos años subsistirá, para los ascensos, un tercer turno de libre designación que AZCÁRATE denunció en su día como fuente de frecuentes abusos y arbitrariedades.

(80) Para ELÍAS DÍAZ (*Sociología y Filosofía del Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1974, pág. 179) resultaría de enorme utilidad la contribución y ayuda que pudiera prestarse, para la realización de investigaciones empíricas, desde Colegios profesionales como el de Notarios y Registradores de la Propiedad, en cuanto entidades lógicamente interesadas en analizar las cuestiones relacionadas con la eficacia social del Derecho o la función real de las profesiones jurídicas.

En igual sentido, RENATO TREVES en *Introducción a la Sociología del Derecho*, Editorial Taurus, Madrid, 1978, pág. 202.

En la misma dirección, CARBONNIER —*op. cit.*, pág. 179— destaca el interés de la Estadística del Registro, para la Sociología del Derecho privado, en cuanto es reflejo de los actos jurídicos y las mutaciones patrimoniales; y se lamenta de que la Oficina Registral, «desbordada por sus quehaceres inmediatos, esté lejos de cumplir su tarea de ser el servicio estadístico de la Sociología privatista».

señor MORALES DÍAZ, de la Comisión, al señor BUENO—, y con referencia a los primeros concursos de acceso a la carrera, se explicita claramente el proceso que comentamos:

«Lejos de haber libertad de acción en el Gobierno, se reglamentaron de tal manera los requisitos necesarios para aspirar a unas y otras plazas del Registro de la Propiedad que apenas tuvo aquel Gobierno otra facultad que la que tendría en una oposición...».

«Como que los requisitos que se exigían al ingresar en ese cuerpo eran servicios prestados en la magistratura o judicatura sobre todo, como los que servían en una y otra carrera no era de pensar, y así sucedió, que abandonasen la carrera activa por otra pasiva que ocasionaba gasto y trabajos al par que ofrecía desconocidas dificultades, de aquí provino que fueran a servir esas plazas el personal dignísimo de magistrados y jueces que estaban cesantes por haber profesado ideas liberales. Tal fue la organización primitiva del Cuerpo de Registradores de la Propiedad. ¿Qué ha sucedido después? Lo mismo. Con las mismas condiciones, circunstancias y dificultades, y por consiguiente con el mismo personal, porque la situación política de España ha venido siendo la misma durante todo ese tiempo. Así es que aunque haya Registradores de unas u otras opiniones, además de las liberales, yo que conozco bastante ese ramo por causa de mi profesión, puedo decir que en él veo predominar casi en absoluto la opinión liberal».

Como vemos, el componente liberal de las primeras promociones de Registradores provocó ciertas reticencias y desconfianzas en los sectores más conservadores, que se prolongaron largo tiempo, y resultaban todavía perceptibles en la discusión parlamentaria de la Ley de 1909 (81).

2. *Funcionariado y promoción política*

Las clases funcionariales han constituido siempre formaciones sociales de notable interés. El siglo XIX presencia además un fuerte proceso de movilidad. Y en esta línea se orientarán los nuevos profesionales, que desde las carreras jurídicas y los escalafones oficiales tenderán a convertir la función pública en un trampolín de ascenso social y político. La lucha de influencias desatadas desde las plantillas ministeriales conducirá así a la irrupción de los funcionarios en los centros de poder político y al afianzamiento elitista de los cuerpos especiales.

(81) En el debate del Dictamen de la Comisión Mixta a la Ley de 1909, durante el gobierno conservador de MAURA, y al discutirse el régimen de incompatibilidades, a la pregunta del señor RODRIGÁÑEZ: «¿Es que no hay Registradores que puedan ser diputados?», el señor MESTRE contesta con una apostilla categórica y significativa: «Es que los Registradores son todos liberales».

Curiosamente, los Registradores de la Propiedad y, en gran parte, el Notariado quedarán descolgados de este proceso. Aislados en el ejercicio independiente de su función, alejados de las grandes áreas urbanas y los centros de decisión y desprovistos de funciones específicas dentro de los departamentos ministeriales, permanecerán desplazados de los núcleos de influencia tecnocrática.

El discurso presidencial en el Congreso Registral de 1886 avala las conclusiones anteriores y constituye, a este respecto, un documento de indudable interés. En el texto es claramente perceptible el rechazo a una corriente de opinión que ya entonces señalaba a los Registradores como plácidos funcionarios de provincias, de pingües recursos y menguados trabajos (82). Se trasluce y está también muy presente cierta sensación de abandono, de aislamiento y de marginación (83). Y es notable la relevancia que se otorga a la neutralidad política en el ejercicio de la función registral, neutralidad que aparece elevada a categoría constitutiva del Cuerpo (84).

Pero el discurso que comentamos no puede sustraerse tampoco al entorno de una época que está asistiendo al asalto y escalada del poder político desde las clases funcionariales. En las bases del Cuerpo se hace perceptible por entonces un sentimiento de desencanto por el aislamiento profesional y la estabilidad de los escalafones, y cierta impaciencia por incorporarse al movimiento de escalada y ascenso, que protagonizaban las demás carreras jurídicas y funcionariales (85).

(82) «Ciertas corrientes vulgares de la opinión, y la vulgaridad misma de más de un personaje tenido por importante, nos señalaban al país como tipos de seres felices, tranquilos, sonrientes, nadando en la riqueza».

En punto a ingresos arancelarios debe hacerse notar que en muchos Registros los rendimientos no garantizaban los niveles mínimos de subsistencia, lo que obligó a acudir a subvenciones presupuestarias.

(83) «Los gobiernos de todos los partidos y sistemas han pasado por la esfera de la gobernación del Estado y nuestra situación no ha cambiado».

«... que una Corporación de 480 hombres ilustrados... continúe encerrada en una organización de límites tan estrechos, que asfixia su vida inteligente y engendra la protesta natural».

(84) La actuación registral se define como una actividad «que se aparta de la política, siguiendo el abolengo del Cuerpo, y se dedica exclusivamente al cumplimiento de vuestro deber».

Esta idea está igualmente presente en la intervención parlamentaria, ya comentada, de MORALES DÍAZ: «¿Por ventura el Cuerpo de Registradores de la Propiedad va a ejercer funciones políticas en este país?... Por consiguiente, no hay que buscar cualidades políticas, pasión política ni interés político donde no se ha de hacer política, donde no debe penetrar la política, donde es preciso que se aleje siempre la atmósfera política».

(85) «¿Recordáis a aquellos compañeros queridos de otros órdenes, pero de vuestra misma jerarquía, con quienes compartíais la tranquila vida de los pueblos...?»

«Los modestos funcionarios de entonces han sido y son hoy, con justicia, por

3. *El ejercicio de la función calificadora*

El espacio que la Ley Hipotecaria del 61 reservaba a la función calificadora de los Registradores quedaba, en principio, limitado y circunscrito al examen de la legalidad de las formas extrínsecas del documento y de la capacidad de los otorgantes, a los solos efectos de negar o admitir la inscripción.

Partiendo de límites funcionales tan estrechos, hubiera sido natural que la institución registral hubiese derivado hacia una creciente burocratización, acentuando el ejercicio crítico y negativo de las facultades de control (86). Se hubiera llegado de este modo a una estructura burocrática similar a la que GARCÍA PELAYO (87) describe «como un sistema de racionalidad y funcionalidad aparentes, y de arbitrariedad y disfuncionalidad reales, cuyo resultado es la ineficacia, y caracterizado por actuar con un formalismo ignorante de la realidad, por la sumisión de lo concreto vital a abstracciones desvitalizadas, por el detallismo, por el ritualismo, por la dilación en las resoluciones, por la evasión de la responsabilidad y la sumisión dogmática a los criterios de la superioridad o del precedente...».

La cita no es ociosa, porque ha sido frecuente asimilar la institución registral a un aparato formalista, empeñado en una función crítica y conservadora, retardataria del progreso y el cambio jurídicos. Y es que se olvidan al respecto tres datos que consideramos sustanciales:

1. Que la imagen tópica, que asocia el Registro de la Propiedad a una sociedad tradicional y agraria, viene categóricamente desmentida por las investigaciones estadísticas y sociológicas, que revelan la perfecta adecuación del ordenamiento hipotecario a los cambios sociales y la penetración, cada vez más intensa, del sistema registral en la vida jurídica civil (88).

2. Que si el Registro está concebido en función de la seguridad del

ascensos naturales, por la organización de los cuerpos en que sirven y por el «poder» de veinticuatro años transcurridos, los altos Magistrados de la Nación, los Ministros y ex Ministros, los Consejeros del Estado o altos Jefes de la Administración...».

«Sólo vosotros permanecéis en el mismo punto y no habéis crecido la centésima parte de un decímetro».

(86) Este peligro llegó a hacerse real en los primeros tiempos, en que los Registradores, al decir de algún comentarista, «habían concebido una idea vaga y aterradora de su responsabilidad y... se negaron a inscribir multitud de documentos...».

(87) MANUEL GARCÍA PELAYO: *Burocracia y Tecnoocracia*, Alianza Universidad, Madrid, 1974, pág. 17.

(88) En este sentido véase la obra de JOSÉ JUAN TOHARIA: *Cambio social y vida jurídica en España*, Edicusa, Madrid, 1974.

tráfico, esta misma seguridad demanda su permanente adaptación, y aun anticipación, a las nuevas necesidades jurídicas. La noción de seguridad —recuerda Díez PICAZO (89)— «no reclama la quietud del orden jurídico». La idea de *prudentia* queda degradada «cuando se la quiere hacer sinónima de cautela, de precaución o de ritmo despacioso». La prudencia verdadera, «la *sofrosiné* clásica..., consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin... Cuando lo exijan así las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación».

3. Que el título público, para ser plenamente virtual en el orden jurídico, precisa la sanción registral. Y en este sentido es erróneo reservar a la práctica notarial un papel excluyente en la creación del Derecho. Las fórmulas innovadoras nacen casi siempre, en la vida real, como apuntes difusos e imprecisos, que se van perfilando a través del proceso de calificación, en un juego recíproco de sugerencias y contrastes (90).

Corresponde, por tanto, a los primeros Registradores, en cuanto operadores del Derecho registral, el mérito de haber apostado por una interpretación extensiva de sus funciones, que permitió conciliar la racionalidad burocrática con el realismo jurídico. El rol profesional del Registrador en nuestro sistema únicamente puede concebirse si a su condición de funcionario se superpone su calidad de profesional del Derecho.

El puro ejercicio del control de legalidad, la pura gestión del «archivo», en sentido weberiano, hubieran conducido a un burocratismo esterilizante, incapaz de adaptarse a las necesidades del tráfico. A las primeras promociones registrales se debe, en consecuencia, el entendimiento de la función calificadora en sentido totalizante. No se trata tanto de emitir un juicio jurisdiccional, cuanto de encontrar una solución al problema propuesto. La función calificadora no se agota en la decisión lógica que declara ajustada o desajustada a la legalidad una determinada relación jurídica. El Registrador precalifica en muchos casos, es decir, reflexiona sobre el negocio todavía no documentado para conformarlo al ordenamiento vigente; colabora en su configuración y en su diseño definitivo. Y cuando, operando sobre el documento presentado, emite una calificación negativa, no da fin con ello a su intervención. Por el contrario, inicia, a partir de este punto, la parte más delicada y comprometida de su actua-

(89) LUIS Díez-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, págs. 300 y ss.

(90) En este sentido, *vid.* CHICO Y ORTIZ: *La inscripción registral y el documento notarial como fuente de construcciones jurídicas*, III Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro Internacional de Derecho Registral, Buenos Aires, 1978, tomo II, págs. 11 a 33.

ción, advirtiendo a los interesados de las contradicciones en presencia y ofreciendo, en su caso, una solución y una respuesta. Porque, en cuanto operador del Derecho, la relación o el negocio jurídico registrable no es tanto un juicio a emitir, cuanto una cuestión a resolver.

I. FISCALIDAD, FORMALISMO Y PRIVILEGIO HIPOTECARIO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE 1861

En la primera parte de este trabajo habíamos aludido a las inferencias críticas hacia el ordenamiento registral que pueden deducirse de las lecturas marxianas que allí comentábamos. En ellas —decíamos— se venían asociando los sistemas hipotecarios a la represión fiscal, al formalismo estéril y dispendioso y a la tutela exorbitante del acreedor hipotecario.

Conviene, en el tramo final de este estudio, analizar someramente el criterio del ordenamiento español en torno a estas cuestiones.

1. *Ley Hipotecaria y espíritu fiscal*

Los primeros hipotecaristas fueron conscientes en todo momento de la tensión tradicional entre los Registros inmobiliarios y el sistema fiscal. Nuestros Oficios y Contadurías, al igual que el Registro francés de gravámenes instaurado por Enrique II, habían caído históricamente en el descrédito por su exagerada subordinación a los imperativos hacendísticos (91). En la justificación de la Comisión ante el Congreso, nuestro antiguo sistema se describe como «desnaturalizado por el espíritu fiscal, siempre dispuesto a apoderarse de él para convertirlo en su exclusivo provecho». E incluso el Real Decreto de 1829, estableciendo el Derecho de hipotecas, es difícilmente creíble cuando afirma que su objeto no es tanto la creación de una nueva renta del Estado, cuanto el fortalecimiento de la solemnidad y legitimidad de los contratos (92).

En consecuencia, no puede extrañarnos que en el proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria hayan surgido posturas radicales que preconizaban una separación tajante entre el funcionamiento del Registro y los mecanismos de gestión fiscal. PERMANYER, en su enmienda a la Base 5.^a del Proyecto de Ley de Bases de 1858, propugnaba que la falta de pago

(91) ARTOLA, refiriéndose a la alcabala, precedente histórico del Impuesto de Transmisiones, recuerda cómo «en multitud de ocasiones se insistió en exigir que la venta de inmuebles se realizase ante escribanos de número a los que se responsabilizó de la entrega de una copia de la escritura a los recaudadores de alcabalas» (MIGUEL ARTOLA: *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 38).

(92) En sentido favorable al Decreto, *vid.* ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1954, tomo I, pág. 48.

del impuesto «en nada trascendiese ni afectase a la validez y eficacia civil de los actos registrables». En la discusión ante el Senado, el ex ministro ARRAZOLA defendía igualmente una total distinción entre impuesto y Registro. Y LUZURIAGA, en el mismo trámite parlamentario, se dolía de la introducción en la Ley «del espíritu fiscal, que todo lo corrompe. Esto es muy antiguo —recuerda—: el Registro de la Propiedad se ha querido convertir en una especie de oficina de contribuciones. Esto es desnaturalizarlo completamente. Se me dirá que el Estado necesita esa contribución; que estudie o invente otra, pero que no cause una perturbación tan grande».

La Exposición de Motivos refleja también la idea de la autonomía e independencia de la institución registral:

«Sin negar —expone— que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración, esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil y a sacrificar lo principal a lo accesorio».

Pero, en definitiva, la Ley adoptará una solución transaccional y jurídicamente irreproachable. La organización registral quedará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia; se independizará la validez del negocio del cumplimiento de las obligaciones tributarias, y se mantendrá la voluntariedad de la inscripción, evitando que los Registros se conviertan en centinelas fiscales. Pero a la vez y para la práctica de los asientos, se seguirá exigiendo la previa satisfacción de la obligación impositiva. Y decíamos que la solución era irreproachable, porque si el Registro se concibe como una necesidad social en donde las relaciones jurídicas, una vez sujetas al control de la legalidad, deben y pueden aspirar al reconocimiento pleno de la comunidad jurídica, es indefendible que puedan obtener semejante reconocimiento, exonerándose de una obligación de pago cuyo fundamento descansa precisamente en la Ley y en el interés social de la misma comunidad.

El sistema, no obstante, resultará dulcificado a través de diversas medidas: El pago del impuesto no será exigible para la presentación de los títulos en el Libro Diario (art. 246). La hipoteca tácita en favor del Estado (art. 218) quedará restringida a los impuestos que graven los inmuebles y para una sola anualidad, abandonando la antigua hipoteca general

ilimitada, «que excita grandes clamores por su exorbitancia». Se arbitran amnistías fiscales para facilitar el acceso al Registro de los antiguos títulos (artículo 390 de las Leyes de 1861 y 1869). E incluso se dispone en la Real Orden de 1 de febrero de 1864 que los Registradores que tengan a su cargo la gestión del Derecho de hipotecas, han de liquidar el tanto del impuesto, «mas no han de declarar las multas, ni exigirlas, ni coqueparar a que las exijan los agentes del Fisco».

En reacción paralela, la Hacienda Pública manifestará una clara desconfianza y cierta resistencia hacia la gestión del impuesto por los Registradores. En realidad esta desconfianza resultaba infundada a la luz de los montantes recaudatorios obtenidos (93), que se vieron notablemente incrementados por el cuidadoso servicio de las oficinas registrales y el trato más equitativo y flexible con los contribuyentes (94).

El despego encubierto de la primitiva legislación hipotecaria hacia el tema fiscal no puede juzgarse, sin embargo, y dentro del contexto de la época, como un distanciamiento insolidario. A diferencia de las sociedades modernas, en que la política fiscal constituye un instrumento social, sumamente perfeccionado fundado en el principio de solidaridad y enérgicamente sometido a criterios de legalidad y justicia, el sistema impositivo de mediados del pasado siglo —arbitrario y anárquico— acusaba un desprestigio notorio. La excesiva colaboración del ordenamiento registral a un aparato tributario tan denostado hubiera conducido al fracaso radical de la nueva legislación.

2. *La tasa registral*

El acceso de la relación jurídica registrable a los libros fundiarios implicaba, con la Ley de 1861, el devengo de las tasas arancelarias legalmente establecidas. La cuestión estaba en determinar si la tasa registral constituía, al igual que en numerosos supuestos, una exigencia arbitraria, en cuanto abono de una formalidad inútil, o estaba realmente justificada

(93) De 1845 a 1862 el producto líquido del derecho de hipotecas quedó cifrado en 90.168.000 pesetas. De 1862 a 1886, en que su gestión —salvo tres años— quedó encomendada a los Registradores de la Propiedad, el volumen recaudatorio subió hasta 401.788.800 pesetas. Los Registradores, además, no obtuvieron hasta 1868 la concesión del premio de liquidación, que incluso les fue rebajado del 4 al 1,5 por 100.

(94) En el Congreso registral de 1886, y con referencia al aumento progresivo del montante recaudatorio, se dirá: «El público que nos conoce y juzga dirá y recordará si para este resultado fue preciso vejar y maltratar al contribuyente, o si éste se convirtió, por la juiciosa forma de vuestro procedimiento, en voluntario gestor de sus propios deberes, que se hermanan siempre con la Ley, cuando las leyes se cumplen recta y sencillamente».

por la prestación de servicios o la obtención de resultados efectivamente mensurables.

La respuesta es obvia. La inscripción registral, en cuanto tutelada por un ordenamiento privilegiado, atribuía a la propiedad inmobiliaria inscrita un plusvalor evidente. La finca, por y a partir de su registración, podía acceder al crédito territorial, y entraba, además, en el mercado inmobiliario en unas condiciones de fijeza y seguridad que aumentaban su precio y favorecían su comercialización. De otra parte, la situación del titular resultaba enérgicamente reforzada cara al instituto de la prescripción. La protección otorgada al tercero, el juego del principio de prioridad y la presunción posesoria venían a completar el sistema. Finalmente, la titularidad del asiento otorgaba en vía litigiosa una posición procesal notoriamente privilegiada.

Ahora bien, la protección dispensada por el ordenamiento hipotecario no descansaba en el cumplimiento de un requisito formalista ni en la obligada contraprestación de una tasa. La tutela registral se concedía únicamente en tanto en cuanto la relación jurídica aparecía públicamente documentada y se sometía voluntariamente al juicio de legalidad, especializado y neutral, que el Registrador emitía en el ejercicio de su función calificadora. El reconocimiento privilegiado que el Estado concedía al asiento no se fundamentaba en un mero capricho formalista. El Estado exigía para ello que, a través de la intervención notarial quedase garantizada la certeza de la fecha del otorgamiento, la presencia y consentimiento de las partes y la exactitud de la declaración de voluntad formulada. Y una vez formalizado el documento, demandaba todavía el nuevo y definitivo enjuiciamiento registral acerca de las formalidades legales, la capacidad de los otorgantes, la validez del negocio y su eventual compatibilidad con el archivo hipotecario. La tutela del asiento descansaba, por tanto, en las garantías de certeza y legalidad, que la intervención de Notarios y Registradores incorporaban al negocio jurídico registrable.

La existencia de este juicio jurídico calificador, emitido desde una formación especializada y en condiciones de absoluta imparcialidad, dotaba, en consecuencia, a la relación jurídica de autenticidad, fijeza y estabilidad. El Registro se convertía de esta forma en un instrumento enormemente eficaz para garantizar la paz jurídica y el desenvolvimiento no contencioso de las relaciones civiles. Esta función preventiva del Registro, que al clarificar las relaciones jurídicas venía a frenar una litigiosidad desbordada, no ha sido todavía suficientemente estudiada. Pero apenas veinte años después de la promulgación de la Ley, la estadística de los Tribunales acusaba ya «la caída inmensa de la jurisdicción civil conten-

ciosa, a que todos los ciudadanos acudían incesantemente a costa de grandes dispendios».

Otro aspecto escasamente examinado hace tránsito a la actuación del Registrador en cuanto profesional del Derecho. No debe olvidarse que el abono de las tasas arancelarias suponía también para las partes disponer de un dictamen especializado acerca de la bondad de sus títulos. Y aun en el caso de que el juicio calificador fuera negativo, la mecánica del sistema posibilita a los interesados solicitar y obtener sin cargo alguno consulta sobre los cauces jurídicos de subsanación. Consulta que ofrecía, además, la específica y singular ventaja de ser evacuada precisamente por el órgano que, en definitiva, habría de resolver en su día.

A la vista de cuanto queda dicho, es claro que el arancel registral se aparecía como notoriamente moderado (95). La propia Exposición de Motivos se cuida de advertir que fue concebido no sólo como retribución de trabajos y responsabilidades, sino también procurando que los particulares «no fueran gravados en más de lo absolutamente necesario», por cuanto era preciso «no alejar del Registro a los pequeños intereses con la perspectiva de gastos desproporcionados». Y a este criterio respondían las sustanciales rebajas arancelarias establecidas en beneficio de la pequeña propiedad.

3. *El privilegio del acreedor en la relación hipotecaria*

Se ha dicho —sobre todo desde un análisis marxista— que la hipoteca constituye históricamente un instrumento expropiatorio, que contribuyó decisivamente a la expulsión de la tierra del campesino independiente y de la pequeña propiedad parcelaria. Se afirma, con cierto fundamento, que en las formaciones agrícolas precapitalistas, el deudor queda indefenso frente a la exorbitante tutela que el ordenamiento jurídico dispensa al acreedor hipotecario, y que en economías agrarias de subsistencia, la apelación al crédito representa más la expresión de una necesidad angustiosa que una decisión financiera racional.

En realidad, la Ley Hipotecaria del 61 era consciente de la situación económica de su tiempo y trataba, como sabemos, de asegurar el crédito territorial eliminando los efectos expoliatorios de la usura, mediante la difusión de préstamos hipotecarios que permitiesen atender, con parte de los productos líquidos, el abono de los réditos y los costes de amortización.

(95) Resulta curioso, a estos efectos, recordar la cita de MAX WEBER, para quien la acumulación e inmovilización de la riqueza terrateniente en Inglaterra vino, en parte, determinada por la duración y gastos de las transferencias de propiedades raíces, determinados por los intereses económicos de los abogados. (Tomada de la selección de textos hecha por GERTH y MILLS en *Ensayos de Sociología contemporánea*, Ediciones Martínez Roca, S. A.; Barcelona, 1972, pág. 268.)

La expansión de la demanda crediticia, que se juzgaba básica para superar un estado endémico de descapitalización, tenía que descansar en la moderación de las tasas de interés y la ampliación de los plazos de vencimiento, que, a su vez, sólo podría conseguirse mediante un aumento sustancial del volumen de capitales prestables. Se pensaba que la seguridad que el sistema registral suministraba al crédito y al inmueble gravado habría de atraer nuevos recursos al mercado crediticio, y se podrían moderar «las desmedidas exigencias del capital» compensando la disminución del interés con la certeza de su cobro.

Pero a la vez, la Ley Hipotecaria evitaba cuidadosamente establecer, en favor de los acreedores, privilegios exorbitantes, que hubieran desanimado la inversión y hubieran provocado la indefensión de quienes acudían al crédito forzados por situaciones extremadas. La tensión de los intereses en presencia condujo así a una reglamentación equilibrada, que trataba de conciliar la posición de acreedores, deudores y terceros poseedores de los bienes hipotecados.

El sentido tuitivo con que la nueva Ley contempla el Estatuto jurídico del deudor, se deduce claramente de varias de sus disposiciones: la eliminación de las hipotecas tácitas y generales y el tratamiento restrictivo de las hipotecas legales. Las limitaciones a la extensión objetiva del gravamen respecto de las nuevas edificaciones y los frutos levantados o almacenados. El rechazo expreso de la legislación de Baviera sobre aseguramiento de los bienes hipotecados. La rebaja hasta veinte años del plazo de caducidad de la acción. La exigencia de notificación en los supuestos de cesión del crédito. La nulidad de los convenios prohibitivos de segundas o posteriores hipotecas. La desaparición del pacto de la Ley XII del Título XIII de la Partida V sobre adjudicación, en caso de impago del acreedor, «por tanto prescio quantol apresciasen homes bonos». El carácter restrictivo con que el artículo 115 reglamenta las hipotecas ampliatorias en garantía de intereses vencidos. Y, en fin, la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas gravadas, con la consiguiente admisibilidad de cancelaciones parciales a elección del deudor; sistema, además, que el artículo 383 extenderá incluso a los gravámenes anteriores a la Ley, abriendo retroactivamente posibilidades a su reducción.

En realidad, el matiz de tutela social y el sentido tuitivo que el nuevo ordenamiento incorporaba en favor del deudor, no pasaron desapercibidos durante el debate parlamentario, donde se alzaron voces muy críticas al respecto. Las limitaciones a la extensión objetiva de la hipoteca y a la responsabilidad por intereses, la distribución preceptiva de la responsabilidad hipotecaria y la división y reducción de los censos y gra-

vámenes anteriores provocaron fuertes resistencias en diversos sectores de la Cámara, en la que llegó a decirse que bastaba «leer el artículo 124 para que no hubiese en España un solo prestamista sobre inmuebles». Las sucesivas reformas legislativas, encaminadas todas a fortalecer la posición jurídica de los acreedores y a reforzar los mecanismos de ejecución, confirman, en este punto, la moderación inicial de la Ley del 61.

* * *

La última parte del presente trabajo ha estado dedicada a analizar el significado de la legislación hipotecaria dentro del orden jurídico del siglo XIX español. Las consideraciones que en él dejamos expresadas se compadece muy poco con la vieja acusación de reaccionarismo que desde antiguo ha venido ensombreciendo nuestro sistema registral.

Se ha insistido demasiado en identificar el ordenamiento hipotecario con la sacralización, en su aspecto más polémico, de instituciones jurídicas como la propiedad o el crédito. Y se ha llegado, desde valoraciones semánticas interesadas, a asimilar Registro, seguridad o calificación con un mundo ritualista y formal, empeñado en la conservación de estructuras desvitalizadas.

Se prescinde así del valor y el significado de la seguridad, como conquista histórica trabajosamente arrancada a instancias de poder discrecionales y arbitrarias. Se desconoce igualmente la contribución decisiva de la institución registral a la instauración de la paz jurídica, de la convivencia ordenada, del desenvolvimiento no contencioso de las actividades negociales. Y se olvida, en fin, que el ordenamiento registral es un sistema jurídico que no descansa ni se apoya exclusivamente en la pura legalidad calificadora, sino que hunde sus raíces y ha de buscar su legitimidad en el mundo espontáneo de valores sociales, que la comunidad explícita día a día en sus relaciones de Derecho.

GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO
Registrador de la Propiedad

El extranjero a la luz del Derecho Internacional Público (*)

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Concepto de la nacionalidad. 3) Conclusiones de acotamiento expositivo. 4) Fuentes del Derecho Internacional Público. 5) Cuestión de la subjetividad internacional del individuo. 6) El Derecho internacional de extranjería y los derechos ordinarios del individuo. 7) Fuentes: A) Costumbre. B) Principios generales. C) Tratados. 8) Protección diplomática. 9) Protección del extranjero en España procedente de áreas territoriales cubiertas por los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas. 10) Derecho de extranjería y los Derechos humanos. 11) Protección de los Derechos humanos en el área europea: A) Enumeración de derechos esenciales contenida en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. B) Aspecto jurisdiccional del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. C) España y el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. 12) Convenios relativos al estatuto de refugiados y apátridas: A) Concepto de refugiado y apátrida. B) Repercusiones de las condiciones de apátrida y refugiado en cuanto al tema prioritario de este trabajo. 13) El extranjero y la Ley Orgánica 5/1984, de 26 de marzo.

1. INTRODUCCION

El entorno jurídico del individuo, al que la ineluctable fenomenología sociológica proyecta al exterior, a través del dato convivencial, comprende un haz de facultades, obligaciones y compulsiones, situaciones de riesgos y expectativas, así como un elenco, más o menos abundante y perfilado, de posibles responsabilidades de distinta entidad y categorización, conjunto armónico juridificante de la condición del hombre que tiene

(*) Este trabajo recoge básicamente el texto de la conferencia que el autor del mismo pronunció el 14 de marzo pasado en el CEU de Madrid y que fue organizada por el titular de su Departamento de Derecho Internacional Público, obviándose intencionadamente cualquier referencia a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España por formar parte tal cuerpo legal del Derecho interno de extranjería, tema cuidadosamente eludido por el autor del trabajo que se inserta para no distorsionar la incidencia del mismo en el ámbito normativo cubierto en exclusiva competencial por el Derecho Internacional Público.

un doble anclaje justificador: el sustancial, imbricado en la intrínseca calidad de «humano» que toda persona física posee por el hecho de existir, y el accidental, derivado de la condición de nacional de un determinado país, condición que normalmente acompaña a todo individuo desde el momento de su nacimiento hasta su muerte. El conjunto juridificado que depende de la referida calidad de hombre de su titular, se atribuye al mismo en términos de estricta igualdad con el universal resto de seres humanos del orbe, no pudiendo mediatizarse su conferimiento por la concurrencia o no en su titular de pautas diferenciadoras personales —como las relativas a la nacionalidad o extranjería del mismo—, que serían, en sí mismas, netamente discriminatorias y antinaturales. Por el contrario, los derechos que se confieren al individuo en su calidad de nacional de un singular país permiten una atribución desigual asentada en la consideración de que los mismos no son tan esenciales para el normal desarrollo de una vida basada en la dignidad humana.

De todos modos, el significado axiológico de la bipolaridad «nacional-extranjero» no puede minimizarse, por cuanto que la concreta tenencia de uno de sus componentes —el de nacional— peculiariza y conforma el *status* jurídico singular y ordinario del ser humano, no en cuanto tal, pero sí en cuanto «nacional»; dinamizando al máximo el goce por su parte del entramado de derechos, constitucionales o no, que le son conferidos en plenitud por la legislación del país cuya nacionalidad ostenta, y de la que carece, por el hecho de no hallarse integrado en la comunidad ciudadana de dicho país, el extranjero, el cual por ser ajeno a la misma no puede demandar, en puridad, frente a aquélla, más derechos que los que se hallen enraizados en su condición de hombre.

Abundando en las ideas que acabamos de explayar, tengo que poner de relieve que el individuo, en cuanto ser racional, se encuentra proyectado, desde el mismo momento de su nacimiento, al cumplimiento de un personalísimo proyecto existencial, en cuyo diseño interviene en mayor o menor medida, disponiendo al efecto de un bagaje de potencialidades ontológicamente propendentes a la realización satisfactoria de tal proyecto, en el que quedan implicadas su trascendencia teleológica y su libre albedrío. Tales potencialidades, cohesionadas en virtud de un destino instrumental común —la realización satisfactoria del proyecto vital antes aludido—, son los derechos subjetivos, públicos y privados, que, en base de lo ya esbozado en las líneas precedentes, podemos clasificar de modo asaz esquemático en humanos o absolutos y ordinarios o relativos, siendo los primeros los que de modo inexorable detenta todo hombre por el mero —pero trascendental— hecho de serlo, condición que le otorga la calidad de miembro de pleno derecho de la comunidad humana, en virtud de la

cual, la atribución de tales facultades al mismo se efectúa, por imperativos naturales, en condiciones de estricta y exigente igualdad con el resto de miembros pertenecientes a tal comunidad. Los segundos, por el contrario, se confieren al individuo en su condición de integrante de una específica comunidad nacional, y en tal fenómeno atributivo es lógico que se establezcan disfunciones entre nacionales y extranjeros por los razonamientos alegados.

De todos modos, no quiero pasar al punto siguiente sin poner de relieve que la distinción entre derechos humanos y los ordinarios, que presenta cierta borrosidad de lindes en su concreta singularización, no puede ser objeto de un parangón teleológico simétrico, toda vez que la entidad objetiva de los primeros hace empequeñecer cualquier posibilidad de comparación axiológica. Buena prueba de ello es el dato de que todo individuo, por la circunstancia de hallarse inserto en la comunidad humana, a la que nos referimos anteriormente, evento que acaece sin que en su fenomenología intervenga mínimamente la voluntad del mismo, es titular de toda la gama de derechos humanos que inesquivablemente deben acompañarle en todo su periplo vital. Por el contrario, es una realidad, aunque patológica, el que un hombre puede carecer de nacionalidad concreta, con lo que se hallará desprovisto del *status* jurídico que antes calificamos de ordinario y cuyo conferimiento es absolutamente consecuencial de su pertenencia a una determinada comunidad nacional. Tal es la cuestión de la apatridia, que examinaremos con posterioridad.

Expuestas estas consideraciones preliminares introductorias, paso, sin más demora, a ocuparme de la definición del término «extranjero», sobre el que, en definitiva, va a pivotar toda la inquisición analítica subsiguiente.

A este respecto tengo que apuntar que es unánime, a nivel de investigación doctrinal y de respuesta normativa, precisar el concepto de «extranjero» negativamente, puntualizando que éste es el «no nacional». Tal sistema dilucidativo presenta ubérrimas dosis de *sindéresis* tautológica, ya que se define algo negativamente por referencia a algo que no se define positivamente, con lo que en realidad no se alcanza a definir nada. A fin de evitar el absurdo que esto comporta, y aprovechar completamente el desplazamiento conceptual que tal fórmula provoca, tengo que abocetar lo que podríamos calificar de «teoría general sobre la nacionalidad», que nos permita llenar de contenido la conceptualización negativa del vocablo «extranjero», a base de precisar positivamente qué es lo que se entiende por nacional y, en suma, de lo que ello supone, que es, en definitiva, la tenencia de una determinada nacionalidad.

2. CONCEPTO DE NACIONALIDAD

Esta es el vínculo jurídico-político que liga a un sujeto de Derecho con un concreto Estado (el tema de la nacionalidad de las cosas y de las personas jurídicas va a permanecer al margen de estas observaciones), y cuya eficacia operativa y consecuente practicidad más acusada radica en provocar la inserción del individuo en esa específica comunidad nacional a la que nos hemos referido con anterioridad, elemento integrante, junto con el territorio de asentamiento, de la noción de Estado, suponiendo tal fenómeno de inserción comunitaria un acontecimiento de considerable entidad y peso específico, magnificante, como ya quedó dicho, de la posición jurídica de la persona, que une a su natural titularidad de los derechos humanos, la que recaiga sobre aquellos que le sean otorgados por la normativa interna del Estado cuya ciudadanía adquiera, a través de su integración en la referida comunidad nacional, asumiendo con ello una capacidad jurídica y de obrar plena, en todas las vertientes iusprivatistas e iuspublicistas de etiología jurídica interna, que viene a yuxtaponerse a la que ostenta en su calidad de hombre con independencia de cualquier nacionalidad que le ligue a la órbita intimista de un determinado Estado, es decir, a su círculo interior.

Pues bien, en la referida comunidad nacional se ingresa en virtud de singulares criterios legales imputativos, entroncados en los llamados *ius soli* o *ius sanguinis*, que basan su virtualidad operativa en ciertos hechos —jurídicos o no— connotados de absoluta accidentalidad, al hacer referencia a determinados fenómenos relacionados con el dato fáctico del nacimiento en un concreto lugar —*ius soli*— o con la existencia de una específica relación generacional que tenga como destinatario al sujeto concernido; criterios conferitivos que, por lo que atañe a nuestro sistema jurídico, aparecen genéricamente mencionados —sin detalle en cuanto su predictibilidad— en el artículo 11 de la Constitución, que establece, al respecto, en su primer apartado, que:

«1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la Ley.»

El desarrollo de tal enunciación constitucional se contiene básicamente en el Código Civil y en la Ley y Reglamento del Registro Civil, normativa de la que no me voy a ocupar, y que establece las correspondientes reglas ordenadoras de los fenómenos descritos en el texto constitucional antes transcrito, disciplinando jurídicamente los mismos con notable minuciosidad prescriptiva, modulada, además, interpretativamente, por un

importante conjunto de resoluciones dimanantes de la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano administrativo situado en el vértice jerárquico del sistema registral erigido en torno a la problemática que nos ocupa. Enfocante del tema en el ámbito del llamado «estado civil».

De todo lo que llevamos expuesto hasta ahora se desprende claramente que la epistemología esencial del término «extranjero», por lo tocante a su versión y dimensión jurídicas, presupone una metodología dilucidativa de pertinencia negativa, excluyente y relacional, con el concepto antónimo, o sea, el de nacional, y cuya perfecta comprensión nos exige estas consideraciones generales sobre la extranjería, que debemos enriquecer con la exposición de ciertas premisas relacionadas con la misma, indeclinablemente pródigas en fenomenología consecucional. Tales premisas son dos: a) Todo individuo debe ostentar una nacionalidad. b) Nadie puede poseer, simultáneamente, más de una nacionalidad.

Tales afirmaciones, que pretendieron sacralizar en el pasado ciertos entornos políticos y doctrinales allegados al DIP, han sufrido el embate arrasador de los hechos, cuya tozuda dialéctica ha propiciado situaciones radicalmente antagónicas a las consideradas arquetípicas en función de los paradigmas preposicionales que acabamos de verter. Así, frente a la exigencia de la tenencia de una sola nacionalidad, las situaciones de pluriciudadanía simultánea no son infrecuentes, promoviendo tal fenómeno bien elementos distorsionantes de tipología patológica, disfunciones de las legislaciones internas propiciadoras de los criterios imputativos de la ciudadanía, o bien derivando tal plurinacionalidad de pautas preconcebidas, de origen legal o convencional, fundadas en razones, sobre todo, predominantemente políticas.

Es destacable la circunstancia de que nuestro país no es reacio, ni mucho menos, a la admisión de la nacionalidad plural, que acabamos de describir, posibilitándose tal situación en nuestro ordenamiento bien por vía convencional —tratados concluidos al efecto, bastante numerosos, por cierto— o bien directamente por preordenada previsión legal —supuestos de plurinacionalidad automática—. Tal tendencia premisiva en la materia ha tenido incluso reflejo normativo a nivel de preceptiva constitucional, y así, el artículo 11, 3, de nuestro texto básico propugna enfáticamente que:

«El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.»

A nivel de directrices regulativas resultantes de la legislación ordinaria española interna, es de notar que las posibles peripecias de plurinacionalidad simultánea han sido especialmente abordadas en el ámbito del Derecho conflictual, y así, el artículo 9, 9, del Código Civil dispone que:

«A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las Leyes españolas, se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

Prevalecerá, en todo caso, la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras Leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuere la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente.»

Tal apartado, al que se remite el que acabamos de transcribir, estatuye, por su parte, que:

«10. Se considerará como Ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la Ley del lugar de su residencia habitual.»

De todos modos, conviene enfocar matizadamente la fenomenología de la nacionalidad plural simultánea, por cuanto que la misma no genera una dinámica posibilitante de ser «efectivamente» nacional de dos o más Estados al propio tiempo, sino que lo que se produce es una situación en la que un individuo ostenta en un momento determinado una concreta nacionalidad, siendo al propio tiempo titular de la expectativa de readquirir otra mediante un procedimiento abreviado, cuyo *itinere* rutinario no procede contemplar aquí.

Por lo atañente a la otra enunciación a la que aludimos y que consistía en que todo ser humano debe detentar una concreta nacionalidad a lo largo de todo su periplo vital, nos vemos constreñidos a puntualizar que con cierta frecuencia su potencialidad operativa queda en entredicho, germinando por doquier, por causas técnicas y políticas que no viene al caso explorar, situaciones de apatridia.

Tales situaciones, que no pueden afectar a la titularidad ineluctable que todo individuo ostenta sobre sus derechos esenciales, comportan evidentes dificultades para el individuo que las sufre, cuyo *status* jurídico adolece de fisuras y quiebras atributivo-normativas, por cuanto que el apátrida es extranjero *erga omnes*, ya que ningún país le reconoce como su nacional, acreditando por ello una calidad permanente de tercero en

relación con todas las nacionalidades del mundo, a diferencia del extranjero, que podríamos calificar con todas las licencias necesarias de «normal», que lo es respecto de todas menos una, la suya. En suma, el apátrida es el extranjero quintaesenciado y por ello más acuciantemente necesitado de protección, por cuanto que carece por completo de cualquier tipo de asistencia tuitiva que pueda serle dispensado por la vía de la protección diplomática, cauce tutelar previsto sólo para los nacionales del Estado reclamante.

Nuestra normativa, así la constitucional como la ordinaria, atiende, en la medida de lo posible, a atemperar lo penoso de tal situación, sentando al efecto, en el artículo 13, 4, del texto básico, que:

«4. La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

A nivel de preceptiva ordinaria, la situación de apatridia se halla prevista en diversos lugares legislativos, ocupándose de ella, entre otros, el artículo 96, 3, de la Ley del Registro Civil, así como el artículo 337 de su Reglamento. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, ya hemos tenido ocasión de exponer el párrafo 10 del artículo 9 del Código Civil, que considera como Ley personal del apátrida la Ley del lugar de su residencia habitual.

A lo largo de este trabajo, en su última parte, volveremos sobre este tema desde su vertiente tuitiva internacional, haciendo referencia, del propio modo, a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, norma que promulgada en cumplimiento del imperativo constitucional prescrito por el apartado 4 del artículo 13 del texto básico, ya visto, guarda un evidente enlace con el tema que nos ocupa.

Concluyo este apresurado intento de delimitación temática poniendo de relieve que si bien las legislaciones internas que se ocupan de las cuestiones enunciadas son de contenido predominantemente imperativo, caso, por ejemplo, del artículo 17 del Código Civil español, adscribiéndose de forma inequívoca al área del Derecho cogente, la dosis de permisividad ha experimentado en esta materia un auge considerable, abriendo brecha en los inicialmente inexpugnables y obsoletos criterios imputativos, de radical e inexorable forzosidad, siendo de destacar el esfuerzo denodado que sobre el particular ha desarrollado la más eminente doctrina internacionalista y que ha resultado, a la postre, fructífera.

En virtud de esta moderna tendencia, orientada hacia la atenuación de los impenetrables criterios de absoluta cogencia inicialmente vigentes, nuestra legislación contiene importantes manifestaciones de un pondera-

do sentido liberal, que subyace claramente en la regulación que la misma efectúa de los fenómenos adquisitivos de la nacionalidad española, así como los que atienden a su pérdida, conservación y recuperación, siendo de destacar, a este respecto, el amplio reconocimiento que tal legislación realiza de la posibilidad de desnacionalización, que aparece netamente legitimada por el contenido del artículo 23 del Código Civil.

3. CONCLUSIONES DE ACOTAMIENTO EXPOSITIVO

Como adecuado colofón de lo hasta aquí expuesto tengo que sentar que:

1.º Sólo realizaré una breve exposición de lo más relevante de la situación jurídica del extranjero que se encuentra situado en el territorio español, siempre partiendo de la base de que su localización en el mismo y consecuente toma de posesión del entorno territorial hispano constituye el presupuesto indispensable de vinculación jurídico-territorial, con la consiguiente entrada en juego del artículo 8 del Código Civil, según el cual «las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español», que viene a juridificar y a llenar de sentido el tratamiento que voy a realizar de la dicotomía nacional-extranjero, que en el caso que nos ocupa se convierte en la alternativa más cualificada a efectos exegéticos de español-extranjero, justificadora de todas las ideas que estoy incorporando a este trabajo.

Al socaire de lo que acabo de exponer tengo que anunciar la total marginación de estas líneas de toda la acuciante problemática que podríamos calificar de «extranjería conflictual» o de «relación jurídica en conflicto legislativo o jurisdiccional», que es tomada en consideración como supuesto de hecho por la parte del Derecho Internacional Privado que se ocupa específicamente de esta materia, y cuyo núcleo normativo medular se contiene en los artículos 9 y siguientes del Código Civil y en distintos preceptos de las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, en los que se atiende a la «localización» de la relación o conflicto cuestionado y no del extranjero interviniente en el mismo, ocupándose de tal función ciertas pautas remisivas contenidas en nuestro sistema jurídico, que determinarán cuál es el ordenamiento, el nacional o el foráneo, o, en su caso, qué órgano jurisdiccional deberá disciplinar (o, en su caso, enjuiciar) la misma total o parcialmente.

Tampoco me voy a ocupar ahora de la prolífica y abstrusa normativa, siempre de permanente actualidad y evolución, destinada a la regulación de la denominada genéricamente «inversión extranjera», noción que con-

lleva una evidente inaprehensibilidad conceptual dada su extrema polifuncionalidad y que sólo de forma sesgada y tangencial es reconducible al punto neurálgico de atezante referencia de mi labor expositiva y que es, como antes dije, el de la residencia del extranjero en España, entendido tal término, en sentido amplio, como contacto físico con el suelo español, permanente o transitorio, legal o ilegal, autorizado o no.

2.º En segundo lugar, van a quedar al margen de este trabajo el análisis del elenco de derechos, básicos u ordinarios, que recibe el extranjero en nuestro país de la normativa interna española, tanto si su dación procede de la legislación constitucional como de la ordinaria. Del propio modo eludiré cualquier referencia a toda la panoplia de obligaciones que teniendo como base genérica justificante la preceptiva del artículo 8 del Código Civil, antes citado, le afectan, especialmente de cariz administrativo y con objetivos prioritarios de control, todo ello en virtud de una normativa variopinta y heteroclita y de incidencia y ubicuidad abrumadoras.

Consecuentemente con lo que acabo de exponer, voy a prescindir por completo del análisis metodológico y dogmático que suscita la constitucionalización de la posición jurídico-pública del extranjero en España, acaecimiento de tremenda magnitud que ha acontecido a consecuencia de la inserción en nuestro texto básico de un artículo, el 13, concebido con tal finalidad, y que impone que:

«1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, en los términos que establezcan los tratados y la Ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.»

Tal precepto, que ha motivado la Ley de Desarrollo de Carácter Mixto, orgánica y ordinaria a la vez, número 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, no va a ser considerado en este trabajo, habiendo destinado a su estudio (y al de la Ley antes dicha) un libro —*Estudios sobre extranjería*—, que editado por

Librería Bosch saldrá pronto al mercado, y en donde glosó de modo que estimo coherente y riguroso esta apasionante temática, que trató allí de forma omnicomprendensiva.

Congruentemente con esta cascada de delimitaciones, constelada en torno a la figura del extranjero en España, que se convierte en el punto nuclear de toda mi labor expositiva, culmino este introito explicativo e introductivo indicando que el objetivo básico de mi análisis va a girar en el ámbito analítico de la posición jurídica de tal extranjero, pero sin pretensiones de agotar la materia, puesto que van a quedar conscientemente al margen de mi interpretación todos los muy importantes temas que anteriormente descarté.

En suma, y como resumen recapitulativo de las expuestas consideraciones acotadoras de mi trabajo, puedo terminar diciendo que voy a exponer a continuación y sucesivamente, en primer lugar, una escueta referencia a la teoría de las fuentes del DIP; en segundo término, trataré del punto atañente a la subjetividad internacional del individuo, y concluiré mi labor con una referencia al Derecho de extranjería de procedencia internacional, tanto en el área de los derechos ordinarios como en el sector cubierto por la teoría de los derechos humanos.

4. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Son las que sintéticamente aparecen mencionadas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, al que los autores del DIP atribuyen carácter general. Tal precepto sienta que:

«1. El Tribunal, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

c) Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas del Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.»

El artículo transcrito, que viene a enumerar las fuentes nutricias del DIP (y también, obviamente, del Derecho de extranjería de origen internacional), presenta ostensibles concomitancias con el artículo 1.º del Código Civil, a cuyo tenor:

«1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.»

Con la simple transcripción efectuada podemos comprobar con claridad la similitud que media entre ambos textos normativos. Sin embargo, conviene no exagerar tal semejanza por cuanto que entre los dos artículos que acabamos de exponer también median profundas diferencias. Así, es asaz impactante el hecho de que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (en lo sucesivo TIJ) mantenga un resonante silencio sobre la Ley como fuente del Derecho, siendo así que en el ámbito de los ordenamientos de procedencia interna la norma escrita—concepto genérico que incluye la Ley—tiene una absoluta preeminencia con respecto a las demás. De todos modos, el silencio del artículo 30 del Estatuto del TIJ es lógico, por cuanto que la ausencia en el ámbito del Derecho Internacional Público de un órgano decisorio, titular de facultades legisferantes con facultad de imponer a todos los países de la comunidad internacional imposiciones prescriptivas con carácter vincu-

lante, impide la existencia de normas de tal carácter con poder constriñente.

Por el contrario, los tratados internacionales o acuerdos entre Estados sometidos en cuanto a su contenido íntegramente al DIP, aparecen definidos por el artículo 2, a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, a cuyo tenor: «a) Se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular»; tienen un valor fundamental en el entorno prescriptivo propiciado por el DIP, constituyéndose en fuente preponderante del mismo. En cambio, en el esquema de fuentes propugnado por el artículo 1.º del Código Civil, los tratados, cuya normativa se convierte en interna a través de su publicación íntegra en el *BOE*, constituyen una fuente residual, sin que tal afirmación deba entenderse en sentido peyorativo, ni como respuesta a la problemática inquietante y recurrente de las relaciones que median, en cuanto a su gradación jerárquica, entre la Ley y el tratado, tema que no procede abordar aquí.

Notoria disfunción atisbamos del propio modo entre los artículos que anteriormente transcribimos, y que ahora ocupan nuestra atención, en cuanto al tratamiento que los mismos hacen de la costumbre, norma evidentemente subordinada a la Ley en la hipótesis regulativa del artículo 1.º del Código Civil, que únicamente admite, mediante su acabada prueba en la instancia jurisdiccional correspondiente, la costumbre *paeter legem*.

Evidentemente, al no existir en el DIP la Ley como fuente de Derecho, la relación comparativa que podemos establecer entre el artículo 1.º del Código Civil y el artículo 38 del Estatuto del TIJ es incorrecta, por cuanto el parangón no pivota equilibradamente sobre el mismo punto de referencia.

De todos modos, lo que sí aparece claro es que el vacío normativo que la ausencia de la Ley provoca en el entorno cubierto por el DIP tiene que ser llenado por el resto de fuentes normativas, por lo que éstas adquieren un «plusvalor», pudiendo generalizarse esta afirmación abarcando también, junto a la costumbre, a los principios generales del Derecho, cristalización repristinada de valores axiológicos enraizados en el Derecho natural, considerados por el DIP y el Derecho interno como fuente del Derecho.

En virtud de lo dicho, la aplicación de la costumbre y de los principios generales resulta más fluida en la solución de las controversias que se suscitan en el sector tutelado por el DIP, ya que en el mismo la judicialización de la costumbre y de tales principios no exige la previa constata-

ción de una laguna legal, cosa que inexcusablemente tiene que acaecer en el ámbito de la heterocomposición jurisdiccional que se atenga a los parámetros propuestos por el Derecho interno.

Por último, sólo me resta agregar que los dos artículos que nos han ido preocupando comparativamente mencionan la jurisprudencia, aunque ninguno de ellos se pronuncie de forma inconcusa en cuanto a su valor como fuente, siendo curioso al respecto que ambos preceptos utilicen para precisar el alcance jurídico de la referida jurisprudencia textualizaciones de simbología descriptiva sesgada y sibilina, que ha provocado estériles e inacabables discusiones sobre su auténtico significado. En efecto, la fórmula locucional «complementará el ordenamiento jurídico», que utiliza el artículo 1.º del Código Civil, así como la expresión que aparece en la literalización del artículo 38 del Estatuto del TIJ, en el sentido de que «el Tribunal... deberá aplicar... las decisiones judiciales como medio auxiliar», no brillan precisamente por la facilidad de su *sindéresis* expletiva, envuelta en la nebulosa, por lo demás pretendida por el legislador, de la imprecisión que impregna las palabras utilizadas para precisar la funcionalidad de la jurisprudencia.

Sólo me queda añadir que el artículo 38 del Estatuto, a que nos vamos refiriendo, menciona «la doctrina de los publicistas de mayor competencia» como aplicable del propio modo por el TIJ, situando tal fuente, moderno remozamiento del *ius discendi*, cuya titularidad fue conferida en Roma a los más reputados juristas, al mismo nivel que la jurisprudencia, constituyendo tal posibilidad otra disfunción más a añadir al parangón que estamos efectuando entre los artículos que relacionamente hemos comentado, ya que, prescindiendo de cuál sea el valor doctrinal de las opiniones de los autores, éste es nulo considerado desde el ámbito normativo cubierto por el Derecho interno.

5. CUESTION DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

El fenómeno coexistencial que concierne a los Estados integrantes de la comunidad internacional, considerados como entes soberanos, determinó la génesis del DIP, como ordenamiento jurídico autónomo y rigurosamente coherente, proyectado para dar respuesta normativa y, por ende, racional a dos constataciones fácticas íntimamente cohesionadas y de indudable trascendencia: a) La simultánea pluralidad yuxtapuesta de Estados independientes, con plena capacidad jurídica en el orden internacional. b) La imperativa necesidad de erradicar la violencia de un mundo de intersubjetividades estatales con pertinaz potencialidad conflictiva, orien-

tando las relaciones que puedan mantener entre sí los Estados, de ostensible envergadura en cuanto a su dimensión y multidireccionalidad, dada la creciente diversidad y magnitud de intereses nacionales a cohonestar, por la vía de una convivencia fructífera y teñida de civilidad, en la que quede descartada la vitanda actividad bélica de abominables consecuencias.

De todo lo dicho se desprenden dos consideraciones de evidente jugosidad gnoseológico-jurídica. La primera consiste en que el Estado es el titular por antonomasia de la normatividad del DIP, y así, el Estatuto organizador surgente de cualquier relación jurídica internacional, sea cual fuere el origen, textura y complejidad de la misma, se articula, inevitablemente, en torno al urdimiento de un conjunto más o menos simétrico y armónico de derechos, obligaciones y responsabilidades, que tienen como destinatario primordial al Estado, sujeto de Derecho prístino y casi monopolizador de toda la esfera descriptiva, prescriptiva y jurisdiccional arquetipizada en la preceptiva del DIP. La segunda de las consideraciones resulta de la adveración incontrovertidamente fácil de que el referido DIP, embridador de la justicia en el ámbito interrelacional público y enraizado en el terreno propicio a la axiología más depurada, se halla empeñado por propia autoexigencia científica en la búsqueda tesonera de unas relaciones internacionales asentadas en la concordia y no en la discrepancia. En la consecución de tan valioso objetivo, el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados integrantes de la comunidad internacional se convierte en meta prioritaria a alcanzar, toda vez que, por un lado, el Estado pierde su intrínseca justificación filosófica si tal respeto no se produce. Por otra parte, existe una evidente correlación entre el grado de humanidad que impregna las relaciones de un determinado Estado con los individuos sometidos a su soberanía territorial, sean éstos nacionales o extranjeros, y la dosis de comportamiento civilizado, que lidera su actividad internacional como sujeto de Derecho implicado en relaciones interestatales.

Esta segunda observación, que ha venido a aportar un nuevo matiz a la visión tradicional del DIP como exclusivamente regulador de las relaciones interestatales, es fecunda en consecuencias, de entre las que sobresale el creciente reconocimiento por parte de tal DIP de la subjetividad internacional del individuo y, congruentemente, de su capacidad internacional, a cuyo conferimiento, superadas parcialmente obsoletas reluctancias, es cada vez más proclive el DIP, si bien, por el momento, tal fenómeno sólo acaece, y ello de forma muy atenuada y fragmentaria, en el ámbito de los derechos básicos, respecto de los cuáles, como veremos más tarde, el ordenamiento internacional, especialmente aquel de factura

convencional, impone a los Estados obligaciones de comportamiento que son, en cierta medida, limitaciones a su soberanía y que determinan, correlativamente, el otorgamiento de porciones cada vez mayores de capacidad internacional a los individuos, con independencia de su nacionalidad, convirtiéndoles, o mejor dicho, atendiendo a convertirles en titulares de auténticos derechos públicos subjetivos de origen internacional y, al propio tiempo, aumentando sus parcelas de legitimación directa para deducir ante las instancias jurisdiccionales de control y protección de porte internacional, las pertinentes pretensiones encaminadas a la defensa y/o reparación de sus derechos básicos u ordinarios violados o amenazados por una acción ilegítima del Estado de su nacionalidad o de acogida, sustrayendo la protección del individuo del angosto cauce que para él supone el exclusivo acceso a la escuálida función estatal a través de la protección diplomática, cuestión que examinaremos con posterioridad.

Me interesa destacar, al efecto, que los autores del DIP tienden a caracterizar el reconocimiento de la subjetividad internacional y, por ende, de la capacidad para ser sujeto activo y pasivo de las relaciones internacionales, a base de categorizar y diseccionar tal subjetividad, y subsiguiente capacidad internacional, en función de la legitimación jurisdiccional que la misma atribuye. A este respecto, resulta de absoluta lucidez, desde esta vertiente interpretativa, la posición de SOERENSEN, ejemplo de autor cuya metodología conceptual en esta materia se atiene íntegramente a lo anteriormente expuesto, quien, al respecto, sienta que «es sujeto del DIP quien sufre directamente responsabilidad por una conducta incompatible con la norma y aquel que tiene legitimación directa para reclamar contra toda violación de la norma». Así, pues, según esta posición, por lo demás ampliamente compartida en el seno del conjunto doctrinal destinado al estudio del DIP, es imprescindible hallarse investido de una legitimación activa o pasiva, de acusado porte procesal, a fin de que por el DIP se atribuya capacidad internacional a un determinado sujeto.

A mi juicio, y partiendo de premisas iusprivatistas —no en balde soy un jurista especializado en Derecho civil—, estimo que la posición argüida por SOERENSEN debe ser cautelosamente matizada. Obvio es que la legitimación, que habilita el acceso a las instancias internacionales de protección y tutela de los derechos concedidos a los sujetos de Derecho internacional, forma parte del contenido mínimo que tales derechos atribuyen a su titular, toda vez que una facultad, una potencialidad de querer jurídicamente válida, que no comporte la posibilidad de su defensa de tipo jurisdiccional, queda convertido por tal carencia en algo inane y desprovisto de sentido jurídico. Empero, el derecho a exigir una tutela efec-

tiva de tipo jurisdiccional o bien simplemente activar las oportunas medidas de control, posibilidad sucedánea de la anteriormente expuesta, insertas en el ámbito del DIP, no presenta sino un carácter consecucional y de acusado matiz instrumental en cuanto que su subordinación al Derecho, concebido en sentido material o sustantivo, es total. Así, pues, desde el mundo de los paradigmas de los conceptos jurídicos, válidos para cualquier rama de la ciencia del Derecho, la subjetividad internacional del individuo, es decir, su aptitud para intervenir activamente, como interesado directo y no como puro beneficiario de efectos reflejos de relaciones ajenas, en el sector descriptivo y regulativo jurídicamente arquetipizado por la normativa integrante del DIP, no puede sino basarse en el dato inconcuso de una previa dación al mismo de una gama más o menos completa de derechos públicos de naturaleza y configuración internacionales, siendo la legitimación para su defensa directa una lógica consecuencia de tal previa atribución, si bien sirve en ocasiones para «visibilizar» ostensiblemente el previo otorgamiento de tal conjunto de potencialidades derivadas directamente del referido DIP. Lo contrario equivaldría a invertir los términos de un lógico razonamiento jurídico, confiriendo más beligerancia a una facultad subordinada, por muy trascendente que sea ésta, que a la principal.

En suma, el proceso de subjetivación del individuo, todavía en sus albores por lo que afecta a su imbricación en el tejido normativo del DIP, tiene que derivarse forzosamente de la previa atribución al mismo de una posición jurídico-pública a nivel internacional, de la que se desprende la asunción por él de ciertos derechos y obligaciones internacionales, que conlleven las pertinentes y consecuenciales legitimaciones procedimentales activas y pasivas, cuya existencia por lo demás es imposible sin tal previo conferimiento normativo internacional de tipología estrictamente material.

6. EL DERECHO INTERNACIONAL DE EXTRANJERÍA Y LOS DERECHOS ORDINARIOS DEL INDIVIDUO

Tal Derecho, de procedencia internacional, es aquel conjunto normativo que impone a los Estados obligaciones de conferimiento de derechos ordinarios y de respeto de los mismos en cuanto a los extranjeros asentados sobre su territorio. En realidad, en esta materia el grado de subjetividad internacional del individuo, entendida tal expresión en el sentido que intentamos desentrañar con anterioridad, es muy endeble, toda vez que en tal Derecho de extranjería internacional, cuyas fuentes vamos a ver a continuación, la posición del Estado, como sujeto de Derecho, es absolutamente preeminente, siendo éste, en definitiva, el único titular de

la exigencia del comportamiento tuitivo de los otros Estados con los que mantiene la pertinente —y directa— relación internacional, beneficiándose sus nacionales sólo de manera refleja, careciendo éstos por completo de legitimación a los efectos jurisdiccionales oportunos, precisamente porque el Estado de acogida, obligado a mantener respecto de los mismos un determinado comportamiento atributivo o tuitivo, con quien aparece jurídicamente vinculado es exclusivamente con su Estado, o sea, con el país cuya nacionalidad ostentan, y no directamente con los individuos puros destinatarios de los efectos reflejos de una relación interestatal a la que son ajenos, o sea, terceros.

7. FUENTES

Son las mismas que con anterioridad mencionamos al efectuar la exégesis del artículo 38 del Estatuto del TIJ. Veámoslas por separado:

A) COSTUMBRE

Tal fuente normativa, resultado de la repetición de actos uniformes, constantes y racionales durante un tiempo más o menos largo por parte de los órganos del Estado, impregnados de la llamada *opinio iuris seu necessitatis*, en el área sectorializada del DIP que estamos analizando no presenta un papel excesivamente relevante. De todos modos, hallamos algunas manifestaciones de su eficacia normativa en el tema relativo a la protección diplomática, concretamente en cuanto que impone el requisito del previo agotamiento de los recursos internos que procedan para poder impetrar la misma. A la costumbre se debe también el que un Estado sólo pueda ejercer la protección diplomática respecto a sus propios nacionales, como veremos luego.

B) PRINCIPIOS GENERALES

Tampoco esta fuente normativa goza de excesivo predicamento en el entorno preceptuador que estamos ahora abordando. De todos modos, tal afirmación no debe ser minimizante de la posición de los mismos en cuanto a su incardinación en el sistema de fuentes, y es de señalar que la jurisprudencia internacional, aunque sin aquilatar muy bien la distinción entre principios atinentes a los derechos básicos y aquellos que contraen su funcionalidad a los ordinarios, ha reconocido taxativamente su viabilidad, que legitima la vehiculización de su exigencia en la esfera jurisdic-

cional internacional, siendo por ello susceptibles de ser aplicados directamente a través de la previa judicialización de la relación cuestionada, tendente a ser dilucidada mediante la aplicación a la misma de aquellos principios generales que han sido previamente localizados, a través en ocasiones de complicados mecanismos de identificación integradora, por el órgano jurisdiccional interviniente. Podemos citar, en tal sentido, las afirmaciones vertidas por M. HUBER, árbitro único que entendió en el asunto de las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos, aludiendo a unos «principios del Derecho de gentes que, en ausencia de tratados, reglamentan los derechos de los extranjeros».

Por otra parte, el TIJ, en su famosa Sentencia de 5 de marzo de 1970, referente al asunto de la «Barcelona Traction», efectuó importantes apreciaciones en orden a la exigencia tuitiva, en el orden internacional, sobre las inversiones extranjeras, fundándola sobre la existencia y legitimidad de tales principios, cuya principal dificultad de aplicación radica en que la positivación de los mismos, a través de la labor judicial antes mencionada, encierra en multitud de ocasiones una crispante dificultad, especialmente acrecida por lo vagoroso y genérico de su concepción.

Para concluir con este apartado sólo me resta agregar cómo el excesivo proteccionismo que impregna en la actualidad las legislaciones internas, y cuya etiología propulsora es multiforme y variopinta, ha provocado la lamentable degradación de uno de los más generosos principios internacionales residenciado en el ámbito del DIP, y era el relativo a la equiparación casi absoluta que propiciaba entre nacionales y súbditos foráneos en cuanto a la tenencia y ejercicio de una serie de derechos ordinarios cuya atribución se efectuaba atendiendo a reglas de estricta igualdad, con absoluta independencia de la calidad de nacional o extranjero de su titular. Tal principio equiparativo, integrado en el contenido del DIP a partir de la Revolución francesa, y que atañía particularmente a los derechos de establecimiento y libre ejercicio profesional, ha sido barrido por una ola arrasadora de cláusulas de salvaguardia de diferente porte, que ha reducido a pavesas los liberales criterios propiciados por los legisladores postrevolucionarios franceses.

C) TRATADOS

Por lo que concierne a la dimensión convencional del Derecho de extranjería, en la vertiente del mismo que estamos debatiendo, se halla caracterizada inequívocamente por los denominados «convenios de establecimiento», que, como apunta J. C. FERNÁNDEZ ROZAS en la obra conjunta *Derecho Internacional Privado*, parte especial, vol. I, pág. 170:

«Su función es la regulación bilateral de las condiciones de entrada y permanencia y las de acceso y ejercicio de las prestaciones económicas y profesionales por los nacionales de una parte en el territorio de la otra.» El concepto de establecimiento abarca, por lo general, tanto a las personas físicas como jurídicas. Dichos convenios suelen tener como base una cláusula de reciprocidad o de nación más favorecida; esta última ha sido definida, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, por E. US-TOR, como «la disposición de un tratado en virtud de la cual uno o más Estados concedentes se obligan a otorgar el trato de nación más favorecida a uno o más Estados beneficiarios».

Vemos, pues, cómo tales convenios establecen cláusulas de reciprocidad que, desde el prisma óptico del DIP clásico, se hallan perfectamente justificadas por su incuestionable pulcritud jurídica, asentada en el hecho de ser las mismas la perfecta cristalización de la esencial corresponsabilidad interestatal, exigencia lógica derivada del principio más general consistente en que en el esquema convencional internacional todos los Estados soberanos actúan desde posiciones de idéntica igualdad, basamento, a su vez, de una equilibrada relación internacional.

Lo que acontece es que tales cláusulas de reciprocidad son legítimas en tanto en cuanto se trate de insertar a través de ellas las dosis suficientes de sinalagmaticidad en una situación jurídica de tipología bilateral institucionalmente recíproca. Por el contrario, la mismas pierden su razón de ser tan pronto como los ciudadanos de los países convencionalmente obligados dejan de ser interesados reflejos e indirectos de relaciones ajenas, sin protagonismo directo para convertirse en sujetos de Derecho con capacidad internacional, por cuanto que entonces, al ser ajenos a una reciprocidad no consentida, su imposición puede resultar discriminatoria. Tal acaece en el ámbito de los derechos humanos, como agudamente ha discernido la doctrina internacionalista, coligiendo, dada la esencial igualdad que debe atemperar y regir la atribución de tales derechos básicos, que cualquier exigencia de reciprocidad impuesta por la normativa interna o convencional internacional es discriminatoria, impactando irremisiblemente su admisibilidad con los pronunciamientos imperativos pregonados por el derecho cogente del DIP, señalando al efecto P. LEGARDE que «si bien no aparece que el Derecho Internacional general condene las discriminaciones a extranjeros sobre la base de la reciprocidad, tal condena se impone cuando se trate de derechos evidentes, como el derecho a la vida o el reconocimiento de la personalidad jurídica de los extranjeros».

Por lo que atañe a la dimensión convencional antes mencionada, en la que se halla implicada España, tengo que reseñar la falta de densidad

de la misma, si bien es evidente que ésta se ha visto últimamente enriquecida por la adhesión de España a la CEE. Prescindiendo de tal hecho, del que me ocuparé brevemente con posterioridad, puedo citar entre los tratados incluidos en tal dimensión y que afecten a los extranjeros en España, el celebrado con Francia el 2 de noviembre de 1932, encaminado a regular cuestiones relativas a trabajo y asistencia. Podemos también mencionar del propio modo el tratado consular celebrado con Gran Bretaña el 30 de mayo de 1962. A esta naturaleza pertenece también el acuerdo comercial entre España e Irlanda de 19 de diciembre de 1951, así como el tratado hispano-francés de 7 de enero de 1862, o bien, el convenio hispano-suizo de establecimiento firmado en Berna el 14 de noviembre de 1879, concluyendo esta lista de acuerdos bilaterales el convenio hispano-griego de 8 de septiembre de 1928, el hispano-romano de 31 de marzo de 1934, el hispano-iraní de 12 de marzo de 1956 y el hispano-alemán de 23 de abril de 1970.

La entidad objetiva de todas estas manifestaciones paccionadas de porte internacional palidece ante la envergadura del tratado de Roma constitutivo de la CEE, que sienta como uno de sus objetivos básicos el de la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores. España, como es notorio, se ha adherido recientemente a las Comunidades Económicas Europeas y ello ha generado una dinámica de respeto al extranjero y de libre equiparación intracomunitaria subjetiva de considerable trascendencia. El estudio de las consecuencias que tal fenómeno adhesional ha provocado no nos es dable efectuarlo aquí dada la variedad de matices que el mismo ha suscitado en toda la temática que va siendo objeto de este trabajo. Lo que sí me urge puntualizar, y con ello concluyo este apartado, es que la subjetividad internacional del individuo, especialmente en el ámbito de los derechos ordinarios conferidos al extranjero, ha experimentado un considerable acrecimiento al abrigo de la normativa comunitaria, que en determinados supuestos dinamiza la posibilidad de reclamaciones jurisdiccionales plenas ante órganos internos e internacionales en base a la normativa interestatal de tipo comunitario, que, por lo demás, es de prevalente aplicación en los sistemas jurídicos nacionales, imponiéndose su exigencia y, en su caso, aplicación directa por los operadores jurídicos de los mismos, incluso con prevalencia sobre las propias normas constitucionales de los países miembros. Para un estudio más detallado de la materia me remito a mi libro antes eludido, en donde dedico tres capítulos a la exposición de la misma.

8. PROTECCION DIPLOMATICA

Perfectamente ajusta la óptica en esta materia J. A. PASTOR RIDRUEJO, en su obra *Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1986, cuando en su página 223 dice que:

«Si un Estado comete un acto ilícito internacional en perjuicio de un particular extranjero, persona física o jurídica, la presente situación del Derecho internacional no permite, en línea de principio, al perjudicado entablar una reclamación en el plano internacional contra el Estado infractor. Al particular no le queda otro remedio que reclamar en el plano interno de este Estado, y si en él no obtiene satisfacción, lo único que puede hacer es acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste el que reclame. Y si tal Estado lo hace así, ejercita lo que se llama la protección diplomática.»

Así, pues, lo que resulta obvio de lo anteriormente expuesto es que el individuo lesionado o presuntamente perjudicado por la actividad ilícita, responsable o imputable, de un Estado ajeno, es decir, de un Estado cuya nacionalidad no ostenta la víctima, carece de legitimación para deducir las correspondientes pretensiones de reconocimiento o reparación por las violaciones sufridas ante ningún tipo de instancia jurisdiccional internacional, pudiendo acceder únicamente a los órganos titulares de la función jurisdiccional interna, y solamente cuando esta vía quede agotada podrá demandar la intervención tuitiva que supone la protección diplomática.

La exposición descarnada de tal estado de cosas es en verdad desalentadora, en cuanto indicativa de la indefensión a nivel internacional en que se halla el extranjero frente a las conculcaciones que puedan experimentar sus derechos —básicos u ordinarios— a consecuencia de los ilegítimos comportamientos de los Estados, bien sea el suyo propio, y en el caso del extranjero, el ajeno. De todos modos, la situación de escualidez tuitiva a nivel internacional que acabamos de describir es un lógico y obligado corolario de la constatación irrefutable de que en el ámbito de los derechos de tipología ordinarios, cuyo ofrecimiento al extranjero se efectúa por la preceptiva internacional, el mismo se hallase desprovisto de la imprescindible legitimación defensiva que normalmente acompaña a cualquier dación de derechos correctamente efectuada, adoleciendo por ello el conjunto normativo de origen internacional de una fragilidad atributiva consustancial, consecuencia de que en realidad tal cuerpo jurídico no confiere auténticos derechos a los extranjeros, sino que únicamente

les sitúa en una posición de afectación indirecta, tal como hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad, razonamientos a los que me remito a fin de evitar ociosas reiteraciones.

Cierto es que a nivel de normativa interna la pertinencia de la protección diplomática podrá articularse con carácter más o menos discrecional, pudiendo incluso imponerse su practicidad obligatoria, pero ello no modifica una tilde la exactitud dogmática de lo argüido y que consiste, resumiendo, en que el extranjero afectado por el comportamiento lesivo de un Estado carece por completo de la facultad de emplazarle ante las jurisdicciones internacionales a los efectos de exigirle la correspondiente responsabilidad, simplemente porque carece de la legitimación para ello, ya que ninguna relación mantiene con tal Estado desde el punto de vista del DIP.

En tal sentido, debe entenderse un *dictum* muy preciso y absolutamente clarificador procedente del Tribunal de La Haya, citado por J. A. RIDRUEJO en su obra dicha, página 223; *dictum* que impone que:

«Al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento a su favor la protección diplomática . . ., ese Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho internacional.» Al respecto, apostilla el autor citado que:

«Este *dictum* pone de relieve que en los casos de ejercicio de protección diplomática de particulares, la responsabilidad internacional sigue siendo una relación de Estado a Estado. Precisión no sólo académica, sino que tiene, por el contrario, dos importantes consecuencias en el Derecho internacional, a saber: carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática y disponibilidad del Estado de la reparación obtenida.»

Ambas consecuencias —estimo por mi parte— son de una lógica abrumadora habida cuenta de todo lo que llevamos dicho. En definitiva, la protección diplomática supone la previa violación de una relación jurídica internacional entre dos Estados, establecida por vía convencional o simplemente por exigencias del Derecho Internacional General, constituyendo tal alteración de la normalidad en el desenvolvimiento de una relación interestatal vigente el hecho de que una de las partes haya transgredido los derechos de uno de los nacionales del otro. Ante tal situación, la parte legitimada para interponer la pertinente reclamación puede hacerlo o dejar de hacerlo, por cuanto que tal alternativa depende exclusivamente de su soberano albedrío. Así, puede conformarse con la agresión que el otro Estado con quien mantiene relación ha cometido en uno o varios de

sus nacionales o puede, por el contrario, iniciar los trámites para que tal violación no quede impune.

La otra consecuencia apuntada por el autor citado, es decir, la disponibilidad por el Estado reclamante de la reparación obtenida, no puede ser más coherente con lo dicho hasta aquí. Se trata, en suma, de una reparación que le es debida en nombre propio, por cuanto que el Estado transgresor —y condenado— violó un derecho del reclamante: El de exigir que dicho Estado respetase los derechos de sus nacionales, constituyendo los beneficios que de la misma puedan derivarse para los mismos un puro efecto reflejo y subsidiario de la acción emprendida por el Estado reclamante, con lo que la posición del individuo en cuanto a su absoluta conversión de tercero se consuma, ya que carece de facultades internacionales de reclamación, tanto contra el Estado agresor como contra su propio Estado.

En virtud de lo hasta ahora dicho parece bastante obvio que el nacional de un determinado Estado no puede interferir en la legitimación internacional que éste ostenta para reclamar por las presuntas violaciones que sus nacionales sufran en sus derechos por la acción ilícita de otro Estado. Otra cosa es que pueda, en su caso, renunciar a la indemnización que el Estado cuya nacionalidad ostenta tenga a bien ofrecerle al resultar vencedora la reclamación interpuesta por el mismo.

De todos modos, han existido dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre la validez de la renuncia por parte de los individuos a la protección internacional, dudas, a mi juicio, absolutamente vanas, desde el punto de vista de la técnica jurídica, toda vez que la coherencia analítica obliga a responder negativamente a la admisibilidad de tales renunciaciones, genéricamente denominadas «cláusula Calvo».

Por lo que afecta al Derecho español, la protección diplomática discurre por los cauces que hemos esbozado, y al efecto es de citar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, que muy sintéticamente sostuvo, en su Sentencia de 16 de noviembre de 1974, que la protección diplomática es «una relación de Estado a Estado dentro de un marco de oportunidad». Efectuando la exégesis de tal sentencia, J. A. PASTOR RIDRUEJO mantiene en su obra dicha, página 224, que:

«La misma sentencia ha estimado que el ejercicio o la falta de ejercicio de la protección diplomática no es fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa, por entender que cae dentro de la excepción prevista en el artículo 2, b), de la Ley Reguladora de tal Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que se refiere, entre otros, a los actos políticos del Gobierno que afecten a las relaciones internacionales. Claro que tal

apoyo legal no es del todo correcto, porque en España la protección diplomática no la decide el Gobierno, sino el Ministerio de Asuntos Exteriores, según el artículo 1 del Decreto de 2 de abril de 1976, que coincide con la práctica anterior. En todo caso, según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, de 22 de abril de 1980, este Alto Organismo debe ser consultado por el Gobierno en todos los casos de ejercicio de la protección diplomática.

Pero otra cuestión es si la Administración responde patrimonialmente de los perjuicios causados al particular español por el no ejercicio o por el ejercicio ineficaz de la protección diplomática. La referida Sentencia de 1974, amparada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en el artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha entendido que sí en un supuesto en que no se había ejercitado la protección diplomática, concediendo la pertinente reparación a los particulares perjudicados.»

Hemos visto los presupuestos existenciales básicos para el ejercicio de la protección diplomática, que desde el punto de vista operativo exige, en primer lugar, que el extranjero lesionado goce de la nacionalidad del Estado reclamante, por lo que los apátridas no pueden acudir a esta vía tuitiva, punto al que ya aludimos, suscitándose determinados problemas, que no vienen al caso, en aquellos supuestos en que tal extranjero goce de doble nacionalidad y ostente al propio tiempo la ciudadanía del Estado que interpuso la reclamación y del que dio motivo a ello; caso resuelto negativamente por el Tribunal Permanente de Arbitraje en 1912 con motivo del asunto Canevaro.

En todo caso, conviene tener presente que la protección diplomática supone una reclamación interestatal presentada directamente por el órgano de la Administración Central del Estado reclamante que determine su legislación interna, al Estado infractor, directamente, bien ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho Estado, bien ante la misión acreditada en el Estado reclamante, siendo condición imprescindible para que ésta sea admisible, como antes señalamos, que la vía interna de reclamación administrativa y judicial hayan sido agotadas a instancia del extranjero perjudicado.

Precisamente esta exigencia de reclamación al más alto nivel, indicativa de la relación internacional que media entre Estados soberanos dotados de personalidad jurídica plena desde el punto de vista del DIP, diferencia la protección diplomática que estamos analizando, de la llamada protección consular, en la que si bien existe una lesión sufrida por un extranjero titular de la ciudadanía de Estado de los órganos consulares

actuantes, no es necesario que exista un previo agotamiento de los remedios previstos en la legislación interna, y aparte de ello, y esto es lo más importante, así como la protección diplomática requiere una pretensión dirigida directamente al Estado transgresor, la consular supone una reclamación interpuesta ante el órgano del mismo que causó la lesión, órgano que puede ser local, provincial o central.

Como cierre de esta temática, de la que sustraemos el estudio de la protección diplomática en relación con las personas jurídicas, por no encajar en el punto angular de mi trabajo expositivo, tengo que hacer una referencia a las funciones tuitivas integradas dentro de la llamada «asistencia consular», que no tienen como desencadenante una transgresión de la normativa internacional o nacional que haya sufrido el asistido, sino que se presta simplemente como medio de ayuda en los casos de necesidad.

9. PROTECCION DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA PROCEDENTE DE AREAS TERRITORIALES CUBIERTAS POR LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A consecuencia de la reciente adhesión de nuestro país a las instancias comunitarias, todo lo referente a la normativa dimanante de las mismas, con abrumadora e inopinada incidencia en nuestro entorno jurídico, ha adquirido una enorme relevancia, lo que ha motivado que destine tres capítulos de mi obra *Estudios sobre extranjería*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986 —los últimos— a un bosquejo de lo más relevante de la misma. De todos modos, estimo que procede aquí, por exigencias de coherencia expositiva, apuntar los posibles criterios tuitivos que para los extranjeros comunitarios en nuestro país supone la incorporación de España a la CEE y a las restantes Comunidades Europeas (CECA y EURATOM).

En realidad, tal función tuitiva, conectada con el tema de los derechos humanos, no aparece de forma explícita en el contenido de los tratados constitutivos de las referidas Comunidades, ni en la legislación derivada procedente de las mismas, si bien no deja de ser significativo, al respecto, que el artículo 7 del Tratado Constitutivo de la CEE prohíba a los Estados comunitarios cualquier discriminación basada en la nacionalidad, y que, por otra parte, la integración europea pretendida por los referidos tratados tenga como uno de sus soportes primordiales la libertad de establecimiento y libre circulación de trabajadores, cuestiones a las que dedico extensas consideraciones en los capítulos antes citados.

Por otro lado, no podemos menos de constatar la creciente atención que merece el tema de los derechos básicos —cuya incidencia en la situa-

ción del extranjero sometido a la jurisdicción territorial española es acusada— por los órganos principales de las mismas, y así, el Consejo de Europa, institucionalización de las «reuniones en la cumbre» de los Jefes de Estado y de Gobierno, mantiene una inequívoca posición al respecto, de la que es expresiva muestra la «Declaración sobre la Democracia» formulada en Copenhague el 8 de abril de 1978, en la que se estima que el respeto de los derechos esenciales es ineludible en cualquier sociedad organizada políticamente según pautas democráticas.

También es sumamente trascendente la labor desarrollada en la materia por el Parlamento Europeo, que en su famosa Resolución de 16 de noviembre de 1977 preconiza que la Comunidad garantice y salvaguarde los derechos fundamentales frente a las violaciones ocasionadas por el comportamiento ilegítimo de órganos comunitarios o estatales.

Citable resulta, en esta línea, la posición que adoptó al respecto la Comisión, cuya intervención de mayor envergadura en este ámbito se produjo al redactar el año 1979 el llamado «Memorándum sobre la Adhesión de las Comunidades a la Convención Europea de Derechos Humanos», propuesta que si bien suscitó un inusitado interés en sectores doctrinales de diverso fuste y propincuidad, no ha alcanzado operatividad por la propia teleología existencial del Tratado Constitutivo de la CEE, suponiendo, sin embargo, una perfilada y útil cristalización de las tendencias más progresivas sobre la materia.

Por último, y con ello concluyo este apresurado apartado, tengo que reseñar que a pesar de que el tema de los derechos humanos no se halle formalmente incluido en las pertinentes delegaciones competenciales efectuadas por los Estados integrantes de las Comunidades Europeas en los órganos de las mismas, el Tribunal Comunitario, si bien mantuvo inicialmente una actitud distante frente al mismo, cambió rotundamente de criterio a partir del año 1969 (caso Stauder), y desde entonces ha pronunciado más de veinte sentencias en casos relacionados con reales o presuntas violaciones de derechos humanos, aplicando, ante la ausencia de normas habilitantes procedentes del Derecho positivo comunitario, el contenido juridificador que fluye de los principios del Derecho internacional.

10. DERECHO DE EXTRANJERIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Intimamente eslabonada con la temática exployada con anterioridad, referente a la indagación y alcance del proceso de subjetividad internacional creciente del individuo, se encuentra el tema de los derechos humanos, materia en que tal fenómeno ha alcanzado mayor madurez, densidad y precisión, resultando con ello que en este ámbito, donde no cabe legítima-

mente ningún tipo de discriminación entre los nacionales y extranjeros, es donde el referido proceso de subjetivación del individuo, a nivel internacional, ha experimentado mayor progreso, aportando una nueva visión del DIP, que de ser estrictamente competencia, relacional y regulativo del fenómeno coexistencial entre Estados soberanos e independientes, ha pasado a llenarse de contenido humanístico, si bien, desgraciadamente, éste tiene todavía un sentido predominantemente programático.

Este proceso de agudizada «humanización» del DIP se inicia con diversas y grandilocuentes formulaciones realizadas en el siglo XVII, en el devenir histórico del constitucionalismo británico, que no eran sino solemnes daciones de derechos fundamentales conferidos en exclusiva a los nacionales de la Gran Bretaña. A renglón seguido, e introduciendo una laudable impronta de universalidad superante de la áptera visión localista, que no deducía de las anteriores declaraciones, fueron adoptadas las grandilocuentes Declaraciones de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776 y Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano acordada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. A partir de ahí, y tomando como modelo tales antecedentes, las diversas constituciones que sucesivamente se fueron promulgando contuvieron enumeraciones más o menos perfiladas de derechos humanos, así como mecanismos de control y defensa, arbitrando al efecto medidas tuitivas de diversa factura tipológica, aunque el criterio del legislador interno adoleció de un acentuado erratismo. Tales fórmulas fueron heterogéneas, pero en algo coincidieron todas las que por entonces se instauraron, y ello consistió en su absoluta incardinación en los ámbitos cubiertos por sus respectivos ordenamientos internos, siendo inexistentes las posibilidades otorgadas al individuo, lesionado o presuntamente lesionado en sus derechos básicos, a fin de que pudiera demandar una verdadera protección jurisdiccional de contextura internacional.

Prontamente advirtieron los estudiosos del tema lo insatisfactorio del sistema tuitivo, al que acabamos de aludir, en cuanto que el Estado, frecuentemente transgresor de los mismos derechos que reconocía, estaba llamado a dirimir contiendas en las que asumía inevitablemente los papeles de juez y parte. A consecuencia de lo frustrante de tal constatación, finalizados los ominosos acaecimientos derivados de la conflagración mundial que aconteció en los años 1939-1945 y que sumió a la humanidad en una vorágine de bochorno y abominación, el tema de los derechos humanos, íntimamente relacionado, como ya quedó dicho, con la instauración de un templado sistema convivencial interestatal, no asentado en la prepotencia, sino en la coexistencia pacífica fundada en la igualdad, alcanzó prioridad absoluta en los esfuerzos de los paladines de la concer-

tación mundial, absolutamente persuadidos de que un mayor nivel de respeto de los derechos humanos por parte de los Estados miembros conduciría inevitablemente a una relación interestatal más civilizada.

Hito decisivo en toda esta materia lo constituye el hecho de que la Carta de las Naciones Unidas sostenga en su preámbulo: «La fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres», y en la misma línea de reconocimiento de los derechos humanos, como bienes jurídicos inestimables, su artículo 1 declara como propósito la cooperación internacional «en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos». Por su parte, en el artículo 55, c), se establece que la Organización promoverá «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos». Concluyo esta breve reseña programática referente a los derechos básicos contenida en la Carta constitutiva de las Naciones Unidas con el artículo 62, 2, de la misma, que precisa como función del Consejo Económico y Social la de «hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades».

«En los primeros años de vigencia de la Carta de las Naciones Unidas planteóse el agudo problema de precisar si estas disposiciones de la Carta imponían realmente obligaciones jurídicas de comportamiento a los Estados miembros en materia de derechos humanos.» El artículo 56 establecía el compromiso de los Estados miembros de «tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55». Dicho artículo 56 era diversamente interpretado, pues mientras algunos sostenían que el único compromiso que en virtud de él asumían los Estados miembros era el de cooperar internacionalmente, otros entendían, desde una perspectiva más progresista, que el artículo 56 obligaba también a los Estados miembros a adoptar medidas en el plano interno. Hoy la controversia está superada, pues, como dijo el TIJ de La Haya, en su Dictamen de 21 de junio de 1971, en el asunto Namibia:

«Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, el ex mandatario se había comprometido a observar y respetar los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de razas, en un territorio que posee un *status* internacional. El hecho de establecer y aplicar... distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, que son una negación de los derechos humanos fundamentales, constituye una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta.»

Si, pues, los Estados miembros de la Organización han contraído en la Carta la obligación de respetar los derechos humanos, no se puede sostener que tal materia sea de jurisdicción interna, en el sentido del párrafo 7 del artículo 2 de la misma. Según esta última disposición, las Naciones Unidas no pueden intervenir en asuntos que sean esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, pero en materia de derechos del hombre, los Estados miembros han asumido compromisos internacionales. La cuestión ha pasado a ser objeto del interés de la sociedad internacional y del Derecho de gentes, y en ella no se puede alegar la excepción de jurisdicción interior de los Estados. La práctica de las Naciones Unidas se ha orientado indudablemente por esta vía.

A fin de llenar de contenido las enunciaciones generales anteriormente transcritas, contenidas en la Carta genética de las Naciones Unidas, se iniciaron una serie de trabajos encaminados a la positivación y predictización concreta de los derechos humanos, tarea de concreción sumamente trascendente a los efectos de la seguridad jurídica. Las Resoluciones 5 (1) del Consejo Económico y Social de 16 de febrero de 1946 y 9 (1) y 12 (2) de 21 de junio del mismo año erigieron como órgano auxiliar la muy importante Comisión de Derechos Humanos, que culminó un Proyecto de Declaración de los mismos, que sometido a votación en la Asamblea General, fue aprobado abrumadoramente bajo la denominación de «Declaración Universal de Derechos Humanos» en la fecha histórica de 10 de diciembre de 1948.

Tal Declaración cumple perfectamente el cometido pretendido, y que es el de la minuciosa enumeración y de los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los hombres, pero omite toda referencia a cualquier mecanismo de control de tipología internacional. De todos modos, su valor es enorme desde el punto de vista político y moral, habiendo influido decisivamente en el tratamiento que merece en la actualidad el tema de los derechos humanos en el ámbito de las legislaciones internas.

Otra etapa decisiva en este camino, conducente al pleno reconocimiento de los derechos humanos, es la muy importante obra convencional que en esta materia ha sido realizada, dando ello lugar a una ingente tarea tuitiva de origen paccionado, de entre las que destacan las siguientes manifestaciones: Convención para la prevención y sanción del genocidio, adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 (III), de 9 de diciembre de 1948; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968; Convención internacional sobre eliminación de todas las formas

de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2160 A (XX), de 21 de diciembre de 1965; Convención para eliminación y sanción del crimen de *apartheid*, adoptada por la Asamblea General en resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973; Convención sobre el Estatuto de los refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por una Conferencia convocada por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social; Protocolo relativo al Estatuto sobre refugiados, abierto a la firma el 31 de enero de 1967; Convención sobre el Estatuto de los apátridas, adoptada el 13 de septiembre de 1954 en una Conferencia convocada por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social; Convención sobre reducción de los casos de apátrida, adoptada en Conferencia convocada por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social el 30 de agosto de 1961; Convención sobre los derechos políticos de la mujer, adoptada por resolución de la Asamblea General 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952; Convención sobre la nacionalidad de las mujeres casadas, adoptada por resolución de la Asamblea General 1040 (XI), de 29 de enero de 1957; Convención sobre el consentimiento para el matrimonio y el registro de matrimonios, adoptada por resolución 1763 (XVII), el 7 de noviembre de 1962, de la Asamblea General; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptada por resolución de la Asamblea General de 1978; Convención sobre el Derecho internacional de rectificación, adoptada por resolución 630 (VII), de 16 de diciembre de 1962, de la Asamblea General; Protocolo de enmienda a la Convención sobre la esclavitud de 1926, adoptado por resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953, de la Asamblea General; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de plenipotenciarios el 7 de septiembre de 1956; Convención para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, adoptada por resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Digamos, finalmente, que en su trigésimo noveno período de sesiones, la Asamblea General ha aprobado la importante Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, resolución A/39/46, de 10 de diciembre de 1984.

Un paso sumamente importante en este *itinere* conducente, lenta, pero incesantemente, al pleno reconocimiento de la subjetividad del individuo en el ámbito del DIP, fue dado el día 19 de diciembre de 1966, a consecuencia de la aprobación ese día por la Asamblea General de la ONU de dos trascendentales instrumentos convencionales destinados a la positividad de diversos derechos humanos, así como a la fijación de mecanis-

mos de control de los mismos a nivel internacional. Tales instrumentos fueron el Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, que vinieron a culminar la esperanzada tarea iniciada con la redacción de la Carta de las Naciones Unidas.

No constituyen tales Pactos la obra definitiva coronadora de todas las aspiraciones que en la materia pueden exigirse; de todos modos, su aprobación supuso un refuerzo muy importante de las posiciones más progresivas en la materia.

Por lo demás, si bien en la labor de positivación de los derechos humanos concretos ambos instrumentos mantienen una posición simétrica, por el contrario, en cuanto a los mecanismos instaurados para la efectiva protección de los mismos, la situación propugnada por uno y otro Pacto difiere considerablemente. Así, la especial singularidad ontológica de los derechos económicos, sociales y culturales suscita una muy limitada posibilidad de protección, por lo demás inequívocamente intergubernamental, y que en esencia radica en el posible efecto disuasorio que para una hipotética conducta lesiva de los mismos por parte de los Estados signatarios (entre ellos España, que ratificó ambos Pactos el 27 de abril de 1977; *Boletín Oficial del Estado* de 30 de abril del mismo año) supone la publicidad, consistente en el cumplimiento de lo previsto en el artículo 16 del Pacto atinente a los mismos, según el cual los Estados partes se comprometen a presentar informes sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados en orden a la satisfacción de los derechos en cuestión. Tal imperativo, por otra parte, debe ponerse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del mismo Pacto, a cuyo tenor:

«Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, de los derechos aquí reconocidos.»

Así, pues, no existe en la regulación preconizada por el Pacto que nos ocupa una efectiva y concreta atribución de los derechos que enumera a los individuos, nacionales y extranjeros, susceptibles de ser tutelados directamente por los mismos. No se produce, en suma, el más leve reconocimiento de una capacidad jurídica internacional al individuo, titular potencial de tales derechos, con lo que el mecanismo de protección que tal Pacto instaura es inexistente desde el punto de vista jurídico-formal.

Otra cosa es el valor que tenga tal Pacto desde la vertiente de su acogimiento por los legisladores internos, aspecto sumamente destacable por lo que atañe a nuestro país, dado que por la vía del artículo 10 de la CE, que transcribimos con anterioridad, su trascendencia normativa en España es conspicuamente decisiva.

En cuanto a los derechos civiles y políticos, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto atañente a los mismos sienta que:

«Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sometidos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»

Vemos cómo el contenido de la obligación impuesta a los Estados signatarios se positiviza en una constelación de concretas obligaciones interrelacionadas de respeto y garantía, no sujetas a ningún tipo de condicionamiento, pudiendo exigirse su cumplimiento de un modo mucho más eficaz que en la hipótesis anterior.

La función tuitiva que vertebra el Pacto que ahora nos ocupa se articula a base de un triple instrumento tutelar. El primer sistema de protección afecta a todo Estado signatario de dicho Pacto, y consiste en el cumplimiento de la obligación que asumen los Estados parte de presentar informes sobre aquellas disposiciones y medidas que adopten y que atribuyan efectividad a los derechos atribuidos por el indicado Pacto y sobre el progreso que en esta materia acaezca. Tales informes deben ser presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual los transmite al Comité para su examen. Este, tras estudiarlos y discutirlos, los remite, con los comentarios que considere oportunos, a los Estados partes, los cuales tienen el derecho de estar representados en la discusión del informe que hayan sometido y hacer observaciones a los comentarios generales. Un resumen de estas actividades se hace público en el informe del Comité al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General.

El procedimiento indicado de sumisión de informes por parte de los Estados parte no contiene en realidad ninguna función tuitiva que pueda ser calificada como merecedora de tal calificativo. La crítica que antes efectuamos respecto al sistema erigido por el Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales es perfectamente reproducible aquí.

El segundo procedimiento de tutela que instaaura el referido Pacto tampoco atribuye legitimación al individuo para efectuar la reclamación que regula, compitiendo ésta en exclusiva al otro Estado parte, siempre

que el reclamado y el reclamante hayan aceptado previamente la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos sobre el particular, ya que el procedimiento se circunscribe a aquellos Estados signatarios que hayan admitido expresamente la misma. Así, pues, la posibilidad de tales reclamaciones interestatales, demandando el reconocimiento y, en su caso, reparación de los derechos contenidos en el Pacto de derechos civiles y políticos, no surge de forma automática por el hecho de haber suscrito el mismo, siendo imprescindible tal sumisión expresa al indicado Comité.

Si la reclamación reúne todos los requisitos habilitantes de su admisibilidad, el Comité prestará sus buenos oficios entre los dos Estados con la finalidad de conseguir una solución justa; si ésta no se obtiene, el referido Comité presentará un informe de los hechos y de las exposiciones verbales y escritas de los Estados partes. Cabe entonces que actúe una comisión de conciliación, emitente de un informe no vinculante. En todo caso, el Comité debe incluir, en su informe al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General, un resumen de estas actividades. Este sistema, que España ha aceptado por un plazo de tres años, a partir del 17 de abril del pasado año, no constituye el paradigma de lo deseable y obtenible, pero, en todo caso, supone un avance respecto al anteriormente manifestado.

Por último, estimamos conveniente, a fin de perfilar adecuadamente la exposición del tema abordado en este apartado, efectuar una concisa referencia a la protección internacional que para el extranjero en España se deriva de la reciente incorporación de nuestro país al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, evento que ha tenido lugar previa la autorización prevista en el artículo 94, 1, de la CE, por Instrumento de 17 de enero de 1985, por el que el Gobierno español se adhiere a dicho Protocolo, con lo que se alcanza el tercer grado de protección previsto en el Pacto al que estamos haciendo referencia.

El extranjero residente en España se halla legitimado para invocar la función tuitiva desplegada por dicha adhesión, en virtud de calidad de «individuo que se halle bajo la jurisdicción» de España, fórmula literal, la entrecomillada, que se contiene en el artículo 1.º del mencionado texto internacional paccionado, que completa su normación reconociendo la competencia del Comité de Derechos Humanos, establecido en la parte IV del Pacto, para «recibir y considerar comunicaciones» dimanantes de presuntas víctimas de una violación de sus derechos fundamentales (los enumerados en el Pacto) causada por alguno de los Estados vinculados por dicho Protocolo, viendo así acrecidas sus posibilidades defensivas tanto los nacionales de los Estados concernidos, como aquellos

extranjeros que por hallarse en su territorio se hallen sometidos a la soberanía de los países de acogida.

Ante una presunta violación de los derechos básicos, el individuo nacional o extranjero afectado que desee impetrar la función tuitiva prevista en dicho Protocolo podrá presentar una comunicación escrita al indicado Comité, describiendo los hechos constitutivos de la presente violación denunciada, tal como resulta del artículo 2 del aludido Protocolo, siendo imprescindible para la toma en consideración por el expresado Comité de tal denuncia el que: *a)* Esta sea anónima. *b)* Que tal impetración no constituya por sí misma un abuso del derecho. *c)* Que lo pretendido no sea incompatible con las disposiciones del Pacto. Tal resulta del artículo 3 del mismo, que debe ser complementado al efecto con lo prescrito en el artículo 5 del referido Protocolo, apartado 2, que literalmente dice que: «2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de: *a)* El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o de arreglo internacionales. *b)* El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente».

Es de notar, al respecto, que la reserva efectuada en el trámite de adhesión por el Gobierno español aparece conectada con lo prescrito en el apartado *a)* del precepto últimamente transcrito, indicando el Instrumento de adhesión antes referenciado que la misma acaece «interpretando (el Gobierno español) el artículo 5, párrafo 2 (que acabamos de literalizar), en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional».

Esta reserva interpretativa, que viene a matizar el contenido normativo del artículo 5, 2, del Protocolo que nos ocupa, resulta parangonable con la efectuada en idénticos o similares términos por los respectivos documentos de adhesión presentados por los países siguientes: Dinamarca, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega y Suecia.

La protección en sí que dispensa la preceptiva internacional que estamos considerando resulta del contenido de los artículos 4; 5, 4, y 6, del susodicho Protocolo, el primero de los cuales literalmente sienta que:

«1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3 (referente a las condiciones de admisión de la denuncia), el Comité pondrá toda la comunicación que le sea sometida, en virtud del presente Protocolo, en conocimiento del Estado parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.

2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.»

Por su parte, el artículo 5, en su párrafo 4, establece que:

«4. El Comité presentará sus observaciones al Estado parte y al individuo.»

El artículo 6 impone, por su parte, que:

«El Comité incluirá el informe anual, que ha de presentar, con arreglo al artículo 45 del Pacto, un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.»

Para llegar a esa formulación de «observaciones», a que se refiere el artículo 5, 4, que acabamos de textualizar, se impone el cumplimiento de lo preceptuado por el referido artículo en sus apartados 1 y 3, que vienen a tipificar el procedimiento —sumario— a seguir en la tramitación del expediente instruido al efecto, sentando el primero de los apartados dichos que: «1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo, tomando en cuenta toda la información escrita que le haya facilitado el individuo y el Estado parte interesado». El segundo de los apartados mencionados, o sea, el 3 del artículo 5, que estamos considerando, sienta, por su parte, que: «3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo».

En suma, tal es, en síntesis, el esquema diseñado por el Protocolo cuyo contenido normativo nos ha ocupado en las líneas que han antecedido, que viene a incrementar, si bien de manera enjuta, el caudal tuitivo puesto a disposición del extranjero en España.

Como conclusión de este apartado sólo me resta agregar una estimación personal valorativa del referido esquema de protección, que acabamos de exponer en sus trazos más fundamentales, y que debe apoyarse no en la concreta eficacia del sistema instaurado por el Protocolo al que venimos aludiendo, sino más bien en el valor moral que su propia existencia aporta a los esquemas tuitivos de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta que no existen dejaciones de soberanía nacional en el referido Comité (el establecido por el Protocolo que nos ocupa) por parte de los Estados miembros de la ONU que han prestado su adhesión a sus actividades, es evidente que éste carece de auténticas funciones jurisdiccionales al enjuiciar presuntas violaciones de derechos humanos

por parte de los Estados adheridos. Por ello, si fundamos nuestra crítica en parámetros y postulados axiológicos normales, la misma tendría que resultar inevitablemente negativa ante la ausencia de la imprescindible compulsividad que toda *potestas* jurisdiccional comporta y de la que carece por completo el indicado Comité, cuya labor se agota en la formulación de las «observaciones» anteriormente referenciadas. De todos modos, y huyendo de posiciones maniqueas, estimamos que el sistema perfilado por el Protocolo en cuestión merécelo a pesar de su magra eficacia práctica, porque la publicidad de tales observaciones puede constituirse en un elemento disuasor de posibles violaciones de derechos humanos por parte de los Estados concernidos, que se sentirán éticamente constreñidos a no incidir en las mismas a fin de evitar el baldón internacional que tal publicidad supone. En suma, el diseño del Protocolo, que ha ocupado nuestra atención hermenéutica en las líneas precedentes, no es óptimo, pero es, por lo menos, alentador.

11. PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AREA EUROPEA

Prescindiendo del contenido de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 en Turín, cuyo contenido es bastante similar al del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente importante, por lo que a la temática de este trabajo se refiere, es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, obra primordial del Consejo de Europa, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 por doce países europeos, que salidos del ominoso trance de la conflagración mundial de 1939-1945, supusieron que una preeminente reafirmación enumerativa de los derechos básicos, al estilo de la contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, contribuiría a preservar la paz en el mundo, y especialmente en el área europea. De todos modos, estimando insuficiente la pura formulación programática, y coincidiendo ello con la existencia de condiciones adecuadas a nivel internacional (movimientos de integración europea en todos los órdenes), los países signatarios del Convenio de Roma, antes dicho, instauraron, en garantía de los derechos fundamentales enumerados, al propio tiempo, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, órgano judicial de factura jurisdiccional, al que se le encomendó la tutela de los derechos y las libertades fundamentales recogidos en el propio Convenio, que, a su vez, estableció las normas procedimen-

tales encaminadas al enjuiciamiento de los casos sometidos a la jurisdicción del referido Tribunal.

Así, pues, el Convenio al que vamos aludiendo a lo largo de estas líneas, no sólo contiene la determinación concreta de los derechos públicos subjetivos de tipo básico conferidos a los súbditos de los países signatarios —y a los que en ellos residan—, sino que, al propio tiempo, erige una instancia jurisdiccional de tipo internacional cuya función reside en conocer de las posibles violaciones de los mismos por parte de los Estados miembros. Veamos, sintéticamente, ambos aspectos del Convenio: el formulativo y el jurisdiccional.

A) ENUMERACIÓN DE DERECHOS ESENCIALES CONTENIDA
EN EL CONVENIO DE ROMA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

La misma se halla contenida en el título I del Convenio en cuestión, si bien ha sido adicionada la lista de los mismos en virtud de sendos Protocolos de fechas 20 de marzo de 1952, el primero, y de 16 de septiembre de 1963, el segundo (cuarto en el orden numeral de documentos relacionados con el Convenio de Roma).

B) ASPECTO JURISDICCIONAL DEL CONVENIO DE ROMA
DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

El Tribunal que erige el Convenio que nos ocupa constituye una pieza clave del mismo, por cuanto que, a partir de su establecimiento, los destinatarios de los derechos esenciales por dicho Convenio conferidos pueden acudir a una instancia supranacional en demanda de reparación por la conculcación de los mismos por parte de los Estados signatarios del susodicho Convenio. En realidad, la función tuitiva pertinente de tales facultades fundamentales corre a cargo de dos órganos distintos dentro del esquema diseñado por el Convenio de Roma: La Comisión y el Tribunal mencionado, ni superpuestos ni jerarquizados, como pone de relieve ROBERT PELLOUX, citado por JOSÉ M. BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, en su notable libro *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Bosch, Barcelona, 1983. La Comisión constituye una instancia de intervención forzosa y previa a la que resulte del conocimiento judicial, cuya competencia queda atribuida al Tribunal, regulándose en el propio Tratado, de forma asaz prolija, las características de tal previa intervención en los artículos 25 y siguientes, cuya exposición vamos a obviar, salvo en aquello que resulte imprescindible para la comprensión del tema principal abordado, y que en todo caso exigen el agotamiento de la vía judicial interna.

En el supuesto de que la Comisión llegue a alcanzar una solución concordada entre las partes concernidas —el denunciante y el Estado presunto violador de derechos básicos— acaecerá lo prescrito en el artículo 30 de dicho Convenio, según el cual:

«Si la Comisión llega a obtener un arreglo amistoso, conforme al artículo 28, redactará un informe que se transmitirá a los Estados interesados, al Comité de Ministros y al Secretario General del Consejo de Europa para su aplicación. Este informe se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.»

En la hipótesis de que tan peculiar «acto de conciliación», a nivel internacional, no llegare a culminar en acuerdo, la Comisión procederá de la forma prescrita en el artículo siguiente, es decir, redactará un informe al respecto y formulará un dictamen acerca de la valoración de los hechos a ella sometidos, precisando en el mismo si tales eventos son o no constitutivos de una violación de alguno de los derechos incluidos en los artículos atinentes a la enumeración de los mismos.

La Comisión no agota sus competencias con tal informe y dictamen, sino que del propio modo, se halla constreñida a la transmisión del mismo al Consejo de Ministros, formulando las propuestas que estime oportunas relacionadas con el tema. Su labor concluye con la notificación a los Estados interesados del contenido del informe por ella elaborado y transmitido al Consejo de Ministros.

Por su parte, hay que tener presente el contenido normativo del artículo 47 del Convenio que nos ocupa cuando dice que:

«Un asunto sólo puede someterse al Tribunal después que la Comisión haya comprobado el fracaso del arreglo amistoso y dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 32.» Artículo que, a su vez, señala que:

«1. Si en un período de tres meses, a partir del traslado al Comité de Ministros del informe de la Comisión (cuestión a la que hemos hecho ya referencia), el asunto no ha sido diferido al Tribunal, por aplicación del artículo 48 del presente Convenio, el Comité de Ministros decidirá, por voto mayoritario de dos tercios de los representantes con derecho a formar parte de él, si ha habido o no violación del Convenio.

2. En caso afirmativo, el Comité de Ministros fijará el plazo en el que la Alta Parte Contratante interesada deberá tomar las medidas que se deriven de la decisión del Comité de Ministros.

3. Si la Alta Parte Contratante interesada no ha adoptado medidas

satisfactorias en el plazo concedido, el Comité de Ministros, por la mayoría prevista en el párrafo 1 de este artículo, decidirá cuáles son las consecuencias que se derivan de su decisión final y publicará el informe.

4. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a considerar como obligatoria cualquier decisión que el Comité de Ministros pueda tomar en virtud de los párrafos precedentes.»

Este artículo prevé un singular régimen a seguir sólo para el supuesto de que el asunto cuestionado no haya llegado a conocimiento competencial del Tribunal, porque ninguna de las partes legitimadas haya interpuesto la correspondiente pretensión, y, en cierta medida, podríamos decir que el Comité de Ministros adopta una caracteriología propia de un Tribunal administrativo, con atisbos de jurisdicción, tal como resulta del contenido de los dos últimos apartados del precepto últimamente transcrito.

Por lo que concierne a la auténtica instancia jurisdiccional, el Tribunal creado por el Convenio, al que aludimos en este apartado, entra en funciones cuando alguna de las personas jurídicas mencionadas en el artículo 48 deduce la correspondiente acción, bien entendido que son ellas las únicas habilitadas para ello. Tal artículo sienta que:

«A condición de que la Alta Parte Contratante interesada, si no hay más que una, o las Altas Partes Contratantes interesadas, si hay más de una, estén sometidas a la jurisdicción obligatoria del Tribunal o, en su defecto, con el consentimiento o conformidad de la Alta Parte Contratante interesada, si no hay más que una, o de las Altas Partes Contratantes interesadas, si hay más de una, podrán someter un asunto al Tribunal:

- a) La Comisión.
- b) Una Alta Parte Contratante, cuando la víctima haya sido un nacional suyo.
- c) Una Alta Parte Contratante que haya iniciado el caso ante la Comisión.
- d) Una Alta Parte Contratante que haya sido demandada.»

Es evidente el criterio al mismo tiempo lato y restringido de tal precepto conferidor de las oportunas facultades para desencadenar el procedimiento previsto en el Convenio de Roma. Generoso en cuanto que no es imprescindible que el Estado demandante tenga como nacional a la persona que ha sufrido la violación. Restringido, por cuanto que la legitimación procesal está conferida exclusivamente a las personas jurídicas mencionadas en el artículo transcrito, no a las que han sido efectivamente

perjudicadas por la presunta transgresión de los derechos básicos denunciada, quedando sólo a disposición de las mismas el acceso a la Comisión, tal como previene el artículo 25 del Convenio, a cuyo tenor:

«1. La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

2. Estas declaraciones podrán hacerse por un período determinado.

3. Se remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, quien transmitirá copias a las Altas Partes Contratantes y cuidará de su publicación.

4. La Comisión no ejercerá la competencia que le atribuye el presente artículo hasta que seis Altas Partes Contratantes, al menos, se encuentren vinculadas por la declaración prevista en los párrafos precedentes.»

Completa el cuadro de legitimaciones para acudir a la Instancia que anteriormente calificamos como «administrativa», el artículo 24 del mismo Convenio, que establece que:

«Toda Parte Contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea pueda ser imputado a la otra Parte Contratante.»

De toda la preceptiva expuesta hasta ahora pueden obtenerse las siguientes conclusiones:

1. Es bastante más amplia la legitimación para acudir a la Comisión, a los efectos que con anterioridad precisamos, que la prevenida para instar la intervención del Tribunal. Tal resulta de la comparación entre los artículos 24 y 25, que acabamos de literalizar en los párrafos precedentes, y el 48, que expusimos antes.

2. El conocimiento previo de la demanda que proceda por parte de la Comisión es un presupuesto indispensable para su admisibilidad por parte del Tribunal.

3. Para la plena efectividad del sistema tuitivo articulado por el Convenio, y que resulta de los preceptos transcritos, no es suficiente con que los Estados hayan firmado y ratificado dicho Convenio, sino que también es imprescindible un ulterior sometimiento a la jurisdicción del Tribunal y, en su caso, un especial reconocimiento de la fórmula legitimadora amplia contenida en el artículo 25, que expusimos, y que contiene la posibilidad de acceso directo a la Comisión por parte de «cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación».

4. Dado el carácter de las fórmulas atributivas de los derechos reconocidos por el Convenio (y Protocolos respectivos), que se refieren, indistintamente, a «toda persona», y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 14 del Convenio que nos ocupa, según el cual: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de... origen nacional...», es evidente que el esquema de protección, cuyo sucinto esbozo estamos efectuando, es perfectamente aplicable no sólo a los nacionales de los países signatarios, sino también, y por ello lo hemos tratado aquí, a los extranjeros residentes en cualquiera de ellos, nacionales de otros países miembros del Consejo de Europa o no, firmantes del Convenio que estamos viendo o ajenos al mismo.

Expuestas estas conclusiones, sólo me resta agregar que el posible sometimiento de los Estados firmantes a la jurisdicción del Tribunal ha sido concebido (al igual que acaece en la hipótesis del art. 25. ya dicho) en términos de gran amplitud, ya que tal puede contraerse a un período de tiempo determinado o instrumentarse bajo condición de reciprocidad (cosa que, por el contrario, no se admite en cuanto al supuesto previsto en dicho art. 25), resultando todo ello del artículo 46 del Convenio, a cuyo tenor:

«1. Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar en cualquier momento que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio.

2. Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior. podrán hacerse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes o por un período determinado.

3. Estas declaraciones se remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, que transmitirá copia de ellas a las Altas Partes Contratantes.»

Sometidos, pues, los Estados signatarios del Convenio en virtud de tal declaración dimanante de soberanía, quedan sujetos al cumplimiento de las sentencias dimanantes del Tribunal, con intervención de sus órganos de ejecución, aplicándose, en su caso, lo preceptuado por el artículo 50 del Convenio, a cuyo tenor:

«Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se deriven del presente Convenio, y si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada.»

Tal sentencia, que debe ser motivada —artículo 51—, es definitiva, según se encarga de puntualizar el artículo siguiente, y vincula a los Estados que hayan reconocido la jurisdicción del Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 46, antes transcrito, y tal como resulta del artículo 53, que sienta, al respecto, que:

«Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean partes.»

La ejecución de las mismas, bien en forma específica o por equivalente pago de la «satisfacción equitativa a la parte lesionada», de que habla el inciso último del artículo 50, que antes pusimos de manifiesto, la impone el Tribunal, pero requiere la colaboración de las pertinentes instancias ejecutivas dependientes de la soberanía del Estado condenado, si bien, según lo prevenido en el artículo 54 del Convenio, «la sentencia del Tribunal será trasladada al Comité de Ministros, que vigilará su ejecución».

Según se desprende de las reglas adoptadas por el referido Comité en su 254 Reunión de Delegados, en febrero de 1976, recogida por JOSÉ M. BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, en su obra dicha, página 61, el Consejo de Ministros invita al Estado interesado a su cumplimiento y vigila cada seis meses el estado de la ejecución, inscribiendo el tema en el orden del día de sus reuniones hasta que, definitivamente, constata la completa ejecución de la sentencia del Tribunal, lo que decide por medio de una resolución.

Decíamos antes que la sentencia que dicte el Tribunal es definitiva, no cabiendo por ello ningún recurso contra la misma. La rotundidad de tal aserto no se menoscaba una tilde por la circunstancia de que el

Reglamento del Tribunal, producto de la facultad normativa atribuida al mismo por el artículo 55 del Convenio, establezca lo que el autor últimamente citado, en la página 62 de su obra mencionada, califica de medios de revisión de la sentencia pronunciada, sentando al respecto que:

«En base a su poder de autorregulación, el Reglamento del Tribunal crea dos medios de revisar la sentencia, aun cuando vimos no se trata de verdaderos recursos. El primero se introduce a la Sala que conoció el caso por medio de una demanda de interpretación de la sentencia, y tiene por objeto aclarar alguna cuestión de la sentencia que a la vista de alguna parte no queda lo suficientemente explícita.»

En otro pasaje de su obra dicha, el autor reseñado se refiere a la segunda de las posibilidades enunciadas, diciendo literalmente que:

«La revisión de la sentencia tiene por objeto posibilitar al Tribunal que dictó una sentencia con un material de hecho incompleto, el que pueda revisar la misma ajustándose en su fallo a los nuevos hechos.»

En suma, concluyo con el autor dicho que:

«La impugnabilidad de la sentencia no se ve amenazada por la regulación en el Reglamento del Tribunal de dos demandas de interpretación y revisión, pues no se trata, en términos precisos, de verdaderos recursos, en cuanto suspendan alguno de los efectos de la sentencia, sino que únicamente aclaran algún punto oscuro, en la primera, y rescinden efectos ya producidos para el caso de que se produjeran o descubrieran hechos decisivos, en la segunda.»

Antes de concluir con este apartado, no quiero dejar pasar la ocasión de poner de manifiesto la importancia trascendental que para el tema «Derechos Humanos» representa la simple existencia del Tribunal que nos está ocupando interpretativamente en este capítulo, toda vez que con su establecimiento, y con él, la implantación de una auténtica instancia jurisdiccional supranacional, se superaron añejos recelos de las soberanías nacionales, sumamente reacias a ceder la más mínima parcela competencial afectante a esta materia.

La posibilidad de acudir directamente al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, más que de trascendencia práctica, que la tiene, resulta ser el símbolo del camino a seguir en este campo y no constituye la meta, sino simplemente el inicio de un esperanzado y al propio tiempo esperanzador esfuerzo solidario y riguroso en la consecución de cotas más

altas de libertad y dignidad para todos los hombres, con abstracción completa del dato contingente de su nacionalidad.

Cierto es que la legitimación para acceder a las Instancias creadas por el Convenio de Roma, que estamos examinando, no aparece formulada en términos de gran generosidad, cuestión que contemplamos anteriormente, pero la sola posibilidad de acceder, aunque limitadamente, a tal jurisdicción comunitaria es, en sí misma, profundamente alentadora para la tarea emprendida por los defensores de los derechos humanos y por los paladines de la integración europea, que en la articulación de la normativa derivada del Convenio de referencia aunaron sus más apasionadas ilusiones.

C) ESPAÑA Y EL CONVENIO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

España es miembro de pleno derecho del Consejo de Europa a partir del 24 de noviembre de 1977, fecha en que depositó su Instrumento de Adhesión de 22 de noviembre del mismo año (*BOE* de 1 de marzo de 1978) al Estatuto del Consejo, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949.

Nuestro país firmó el Convenio, al que hemos estado aludiendo a lo largo de todas estas páginas, en la fecha anteriormente indicada de 24 de noviembre de 1977, suscribiendo también sus Protocolos 3 y 5, que modifican los artículos 29, 30, 34 y 22, así como el 40, del Convenio, respectivamente. Con fecha 23 de febrero de 1978, firmó España los Protocolos adicionales 1, 2 y 4, de 20 de marzo de 1952, 6 de mayo de 1963 y 16 de septiembre del mismo año. El Protocolo 2 se ratificó por Instrumento de 18 de marzo de 1982. No ha acaecido lo propio, hasta hoy, con los otros dos Protocolos, a pesar de haber sido suscritos en la misma fecha que el 2.

Por su parte, el Convenio fue ratificado, mediante el pertinente Instrumento, el día 26 de septiembre de 1979 (*BOE* de 4 de octubre de 1979), y la Declaración gubernamental, prevista en el artículo 25 del mismo, fue efectuada por el Ejecutivo español por vez primera el 11 de junio de 1981 (entrando en vigor el 1 de julio por un período de dos años). A su vez, se reprodujo la referida Declaración el 7 de junio de 1983 (*Boletín Oficial del Estado* de 15 de julio del mismo año).

El 18 de octubre de 1985 (*BOE* de 6 de diciembre) se reiteró la referida Declaración con vigencia durante un plazo de cinco años, pero con inserción de la siguiente cláusula: «La presente Declaración será reconducida tácitamente por nuevos períodos de cinco años, si la intención en sentido contrario no es notificada antes de la expiración del período en curso».

También la Declaración prevista en el artículo 46 del Convenio fue

formulada la primera vez por el Gobierno español el 15 de octubre de 1979, renovándose, a su vez, el 24 de septiembre de 1982 (*BOE* de 23 de octubre), por un nuevo período de tres años a partir de 15 de octubre de 1982, y habiéndose formulado la última Declaración del Ejecutivo español, al respecto, el 18 de octubre de 1985, por un período de cinco años (*BOE* de 5 de diciembre).

Vemos, pues, cómo la inserción de España en el ámbito cubierto tuitivamente por el referido Convenio es plena, demostrando ello el talante de respeto que el nuevo sistema político español mantiene en cuanto a la problemática de los derechos humanos, circunstancia que queda rotundamente corroborada por el hecho de que uno de los criterios interpretativos de las normas constitucionales españolas es aquel que se deriva del sentido y alcance de la preceptiva contenida en tal Convenio. Así resulta del artículo 10, 2, del texto básico español, que sobre el particular dice que:

«2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.» Teniendo en cuenta que el Tribunal que instaura el Convenio de Roma de 4 de noviembre forzosamente tiene que interpretar las normas incrustadas en el mismo, como presupuesto de su correcta aplicación, resulta evidente el preminente valor de la preceptiva de tal Convenio enfocado a la luz del artículo de nuestra Constitución que acabamos de transcribir.

Por último, y en relación con la alusión que antes hicimos al artículo 5 del referido Convenio, tenemos que poner de relieve que tal precepto, en el cual parece haberse apoyado el legislador de la LOE al redactar el artículo 26 de la misma (que contempla la llamada «detención preventiva o cautelar» del extranjero residente en España sometido a ciertas modalidades del procedimiento de expulsión), supuso en su momento un considerable avance en cuanto a los sistemas punitivos de tipo civil o criminal vigentes entonces en los Estados miembros del Consejo de Europa, pero que en la actualidad, y por lo atinente a España, tal precepto ha quedado obsoleto dado el sistema mucho más generoso que se desprende de la constitucionalización del tema de la extranjería, tal como ha quedado suficientemente puesto de manifiesto a lo largo de las páginas de este libro, a las que me remito.

12. CONVENIOS RELATIVOS AL ESTATUTO DE REFUGIADOS Y APÁTRIDAS

Los avatares políticos acaecidos en el siglo xx, así como una mayor sensibilidad política por parte de los Estados concernidos, determinó el éxito, relativo, pero concluyentemente esperanzador, en todo caso, de la ingente labor llevada a cabo por el doctor FRIDTJOF NANSEN, Alto Comisario para los refugiados rusos en el marco de la Sociedad de Naciones, que bien pronto vio desbordadas sus iniciales competencias, a consecuencia de las masivas oleadas de desplazados, víctimas de las masacres genocidas de que fueron objeto las etnias armenias y asirio-caldeas como resultado de los movimientos políticamente telúricos provocados por la desintegración del Imperio otomano.

Un estudio mínimamente riguroso de esta problemática nos exigiría un esfuerzo de exposición histórica que desbordaría nuestros propósitos. Por ello vamos a prescindir de un trazado en profundidad del tema y vamos a pasar, sin más preámbulos, a la indicación concreta de lo más notable del contenido de los tratados vigentes sobre la materia que nos ocupa, que fueron firmados el 28 de julio de 1951 y el 28 de septiembre de 1954, siendo ratificados los mismos por gran número de países, entre ellos, y por lo concerniente al primero, por todos los participantes en las Comunidades Europeas, y el segundo también, salvo la República Federal Alemana, habiendo ratificado España tales Instrumentos internacionales el 14 de agosto de 1978.

A) CONCEPTO DE REFUGIADO Y APÁTRIDA

A los efectos de precisar los destinatarios de la función tuitiva, que propugnan los referidos Convenios, estimamos imprescindible efectuar una breve exposición del concepto de los términos de «refugiado» y «apátrida» que utilizan como criterio de conexión los referidos tratados.

Según el artículo 1 del Convenio, «se reconocerá la condición de refugiado a toda persona:

- Que ya estaba considerada como tal en virtud de los Convenios e Instrumentos internacionales anteriores.
- Que como consecuencia de los sucesos acaecidos antes del 1 de enero de 1951, y temiendo con razón ser perseguido por consecuencia de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, o por sus opiniones políticas se encuentra fuera del país cuya nacionalidad ostenta y que no puede, o por el

hecho de este temor, no quiere, apelar a la protección de este país, o quien no teniendo nacionalidad y encontrándose a consecuencia de estos sucesos fuera del país en que tenía su residencia habitual no puede, o por razón de dicho temor, no quiere volver a él».

Una vez adoptado el Convenio al que estamos haciendo referencia, surgieron nuevas categorías de refugiados y a consecuencia de ello se redactó el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, que establece en su artículo 1, 2, que el término «refugiado...» hace referencia a todas aquellas personas cuya situación responde a la definición dada en el artículo 1 del Convenio, como si las expresiones «como consecuencia de los sucesos producidos antes de 1 de enero...» y ... «a continuación de tales sucesos» no figurasen en el párrafo 2.º de la sección A del artículo 1.º Así, la adquisición de la calidad de refugiado queda desvinculada de cualquier dato cronológico referente a la fecha de producción de los sucesos que constituyan la causa impulsiva de tal *status*.

Precisado el concepto de refugiado, pasamos a efectuar los mismos respecto al vocablo «apátrida», que aparece definido por el Convenio de 1954 como «aquella persona que ningún Estado considera como súbdito suyo por aplicación de su legislación». En suma, aquel que carece de todo tipo de nacionalidad, situación que se produce no sólo por obvias razones de despojos políticos de la misma, sino por puras razones técnicas, debidas a las frecuentes desarmonías con que se reproducen las correspondientes legislaciones internas sobre el particular.

B) REPERCUSIONES DE LAS CONDICIONES DE APÁTRIDA Y REFUGIADO EN CUANTO AL TEMA PRIORITARIO DE ESTE TRABAJO

En realidad, en materia de ingreso en los distintos países firmantes de los tratados antes dichos, éstos no contienen ninguna disposición especial que afecte directamente al punto concreto de la «entrada». De todos modos, el artículo 27 de ambos Convenios dichos dispone, al unísono terminológico, que: «Los Estados contratantes expedirán documentos de identidad a los refugiados (o apátridas) que se encuentren en su territorio y que no tengan un documento válido para viajar».

Es destacable la circunstancia de que tales tratados no propugnan una estancia «regular» en su territorio, y de ello puede, evidentemente, colegirse que la expedición del documento identificativo indicado procederá en todo caso. Por lo demás, los Estados contratantes se comprometen a no aplicar las sanciones penales fijadas para las irregularidades come-

tidas en materia de entrada o de estancia «a los refugiados que lleguen directamente del territorio en el que su vida o su libertad estaba amenazada en el sentido previsto en el artículo 1.º, siendo por ello irrelevante que los destinatarios de la función tuitiva que tutelan los referidos tratados entren o se encuentren en su territorio, exponiendo las razones estimadas válidas para su entrada o presencia irregular».

Tampoco la «estancia» es regulada específicamente. Así, los refugiados y apátridas deberán cumplir los trámites tendentes a la obtención de los permisos que deben ser postulados por todo extranjero. En cambio, en materia de la expulsión de los que ostenten la condición de refugiado o apátrida, los tratados prevén que sólo será admisible por razones de seguridad nacional o de orden público, debiéndose rodear el pertinente procedimiento punitivo, que pueda desembocar en tal medida de alejamiento del respectivo territorio nacional de todas las garantías procedimentales necesarias. Además, los Estados contratantes, pese a expulsar legítimamente al extranjero refugiado o apátrida, deben concederle un plazo razonable para que pueda ser admitido en otro país, sin perjuicio de aplicar durante este plazo las medidas de orden interno que juzguen oportunas (Convenio sobre refugiados, art. 32; apátridas, art. 31). Por otra parte, no se podrá expulsar al refugiado, ni hacerle retroceder a las fronteras de los territorios en los que su vida y su libertad estarían amenazadas, por los motivos señalados en el artículo 1.º del Convenio (Convenio sobre los refugiados, art. 33).

Por lo concerniente al acceso del refugiado o apátrida al mundo laboral del país donde se halle, los Convenios citados tienden a facilitar la ocupación lucrativa por cuenta propia o ajena que permita a los mismos el subvenir dignamente a sus propias necesidades. Esto sin contar con las subvenciones y ayudas que se canalizan en favor de tales refugiados y apátridas y que se nutren con fondos procedentes de instituciones estatales y privadas.

Según el artículo 18 del Convenio sobre refugiados (y el homónimo del tratado sobre apátridas, cuya dicción literal es prácticamente idéntica), «los Estados contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio el mejor tratamiento posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que, en las mismas circunstancias, se otorgue a los extranjeros en general, en orden al ejercicio de una profesión no asalariada en el campo de la agricultura, la industria, el artesanado y el comercio, así como en cuanto a la creación de sociedades mercantiles e industriales», existiendo prevenciones similares cuando se trate de la inserción de los extranjeros apátridas y refugiados en el ámbito de la relación derivada de un propio contrato de trabajo.

En realidad, de la normativa expuesta no se deduce un riguroso trato de favor de los extranjeros concernidos directamente por el régimen paccionado a nivel internacional que hemos visto. De todos modos, es indudable que «el talante funcionarial» en la aplicación de la normativa común en materia de extranjería reviste una muy sutil y comprensible benignidad.

13. EL EXTRANJERO Y LA LEY ORGANICA 5/1984, DE 26 DE MARZO

El insuficiente y sucinto análisis que vamos a efectuar en las líneas subsiguientes constituye un evidente desbordamiento de las líneas maestras que nos hemos trazado en nuestra labor exegética. De todos modos, esta transgresión de nuestro propio esquema expositivo se encuentra perfectamente justificada dado el carácter que presenta la Ley que da título a este epígrafe y que constituye la acrisolada cristalización, a efectos de la normativa interna española, de los más prominentes criterios vigentes en materia del derecho de asilo que se desprenden de las pautas internacionales que acabamos de esbozar en las páginas precedentes.

Tal Ley, complementada por el Reglamento de su ejecución de 20 de febrero de 1985, contempla el supuesto de hecho determinante de su promulgación desde la tradicional óptica con que el mismo es examinado por el resto de normativas de los países integrantes de la comunidad internacional: desde la más flagrante discrecionalidad, partiendo para ello del dato de la absoluta renuencia de los Estados a ceder parcelas de su soberanía, aunque sean mínimas, en Instancias internacionales competentes en la materia, así como a conceder auténticos derechos subjetivos a los sujetos demandantes de asilo. En suma, la Ley que con el membrete de orgánica ha sido promulgada con la finalidad de dar cumplimiento a la exigencia constitucional prevista en el artículo 13, 4. del texto básico español queda anclada en la ribera del arbitrio, como lógica consecuencia de los criterios reluctantes y que predominan en el enfoque con que las soberanías nacionales abordan el problema del asilo en sus respectivos territorios.

Así, pues, voy a limitarme aquí a la exposición apresurada del contenido de la Ley Orgánica 5/1984, de 26 de marzo, del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que, como dice su preámbulo, en su apartado III, se ocupa en su título II de regular «la condición jurídica del refugiado en España y es complementaria del Estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951) y del Protocolo sobre el mismo tema (Nueva York, 31 de enero de 1967), que hoy forman parte del ordena-

miento jurídico español como consecuencia de la adhesión de 22 de junio de 1978».

Tal Ley, que en su título I se atiene al asilo en general, por lo que a la problemática conectada con este capítulo se refiere, se sitúa en la línea de protección del individuo perseguido o con *status* de refugiado (con relaciones más o menos colaterales con el tema del «apátrida») que patrocina el Derecho Internacional Público de extranjería, representado por los Instrumentos convencionales antes dichos, y cuya repercusión en el área de las legislaciones internas es notoria. Línea de protección muy grandilocuentemente formulada, pero de notoria insuficiencia práctica, y que, por lo que atañe a nuestro país, se traduce en la constitucionalización del derecho a demandar asilo, pero en absoluto en la obligación del Estado de concederlo. En consecuencia, no son sorprendentes los contrastes entre las bellas formulaciones que contiene la Ley a la que nos referimos (en lo sucesivo L. de A.): «el territorio español constituirá un refugio inviolable...», artículo 1, con la restringida operatividad de la misma, asentada en un criterio de absoluta y ramplona discrecionalidad. Así, el propio artículo 1. antes citado, de la L. de A., en su segundo apartado, sienta que: «Corresponde al Gobierno conocer y decidir sobre las solicitudes de asilo, atendiendo a las circunstancias del solicitante y del país perseguidor». Expresivo es, al respecto, el artículo 2. cuando pregoná que: «1. El asilo es la protección grácil dispensada por el Estado en el ejercicio de su soberanía...». Pautas discrecionales que resultan por doquier en el entorno normativo de dicha Ley.

Por lo tocante al tema que aparece directamente entroncado con el contenido del presente capítulo, es de citar que los extranjeros en concreto que tienen «derecho» a ingresar en el territorio nacional en virtud de una pretensión de asilo deducida o que deducen en el momento del acceso solicitado (o realizado legal o ilegalmente) son, aparte de los «refugiados», a los que se refieren los artículos 22 al 24 de la L. de A., los que aparecen enumerados en el artículo 3 de dicha Ley, cuyo contenido podríamos sintetizar diciendo que pueden demandar asilo en España los ilegítimamente perseguidos, quedando al margen de la función tuitiva desplegada por dicha L. de A. los delincuentes comunes, los genocidas y los antidemócratas. Pues bien, aquellos que resulten legitimados por el contenido de dicho artículo 3 quedarán afectados por el contenido normativo del artículo 4 de dicha L. de A. (cuyo Reglamento, aprobado, como dijimos, por el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero, predictibiliza), según el cual:

«Presentación de la solicitud de asilo.—1. El extranjero que se encuentre en territorio español presentará su petición de asilo ante la autoridad gubernativa competente.

La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de asilado, siempre que se presente sin demora a las autoridades.

2. La petición de asilo hecha en cualquier frontera supondrá la admisión provisional del extranjero, sin perjuicio de lo que pueda acordarse definitivamente por el Gobierno.

Si el extranjero carece de la documentación exigida por las autoridades españolas, el Ministerio del Interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado en tanto no se resuelva su solicitud.

3. La petición de asilo presentada ante una Embajada o Consulado será cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.»

Deducida en forma una solicitud de asilo, si el extranjero no ha penetrado todavía en territorio español (y no se trata del extranjero afectado por lo previsto en el art. 3. 4), el acceso al mismo deberá serle permitido siendo legítima su permanencia en el territorio nacional mientras se sustancie el correspondiente procedimiento, que deberá ser parametrizado en función de los módulos de comportamiento administrativo preordenados en los artículos 6 y siguientes de la L. de A

Particularmente trascendente es, al respecto, el hecho de que si el extranjero solicitante del derecho de asilo ha entrado ilegalmente en España (infracción administrativa de inusitada gravedad a los efectos del ejercicio de la facultad sancionadora por parte de la Administración; ver capítulo VIII), ésta no podrá ser enjuiciada mientras se halle en curso el procedimiento que se instruya tendente a conceder o, en su caso, denegar el asilo pretendido.

Derivado del dato de que la permanencia en España del extranjero, presunto asilado, es legítima mientras se sustancia el expediente iniciado con su solicitud, resulta lógico que el mismo no pueda ser sometido al expediente sancionador previsto en la LOE mientras que el referido procedimiento no quede definitivamente resuelto, si bien deberá tenerse en cuenta lo predicho por el artículo 5, 1, 2.º, de la L. de A., según el cual:

«No obstante, el Ministro del Interior, oída la Comisión a que hace referencia el artículo 6 de esta Ley, podrá decidir la no admisión provisional del solicitante o su expulsión del territorio español cuando concurran de modo notorio en el extranjero algunas de las circunstancias previstas en el número 4 del artículo 3.

La adopción de esta medida no suspenderá la tramitación del expediente.»

El artículo 6, antes mencionado, instaura, por su parte, un singular órgano administrativo en la materia al decir que:

«Comisión Interministerial.—1. Se crea en el seno del Ministerio del Interior una Comisión que examinará las solicitudes de asilo y formulará las propuestas correspondientes.

2. La Comisión estará compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Trabajo y Seguridad Social.

3. Las normas de funcionamiento de la Comisión se determinarán reglamentariamente.»

Por su parte, el artículo siguiente sienta que:

«Concesión del asilo.—La concesión del asilo será competencia del Gobierno, a petición de la parte interesada.

Toda solicitud dará lugar a la incoación, a cargo del Ministerio del Interior, del oportuno expediente, al que se incorporarán, en su caso, los informes de las Asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda al asilado.

Seguidamente el expediente se someterá a la Comisión Interministerial prevista en el artículo anterior, a efectos de que por ésta se formule la correspondiente propuesta al Ministerio del Interior.

Formulada la propuesta por la Comisión, se procederá de la siguiente forma:

a) Si la propuesta de la Comisión y el criterio del Ministro del Interior fueran concordes, éste procederá a dictar la resolución correspondiente.

b) Si la propuesta de la Comisión y el criterio del Ministro del Interior fueran discordantes, éste elevará el expediente al Consejo de Ministros para que resuelva la solicitud.»

La resolución definitiva del expediente de asilo deberá atemperarse a lo prescrito en el artículo 8, según el cual: «Requisitos de la concesión de asilo.—Para que se resuelva favorablemente la petición de asilo bastará que aparezcan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos en los números 1 a 3 del

artículo 3 de esta Ley», y en el supuesto de que fuese negativa podrá tener lugar lo prescrito en el artículo 9, que dice:

«Reexamen de la denegación.—El extranjero a quien le haya sido denegado el asilo podrá en cualquier momento, si tuviera nuevos elementos probatorios de sus afirmaciones o considerase que las circunstancias que justificaban la denegación han desaparecido, instar del Ministerio del Interior la revisión de su expediente.»

Por último, y con ello concluyo, no nos es posible olvidar el contenido del artículo 21, a cuyo tenor:

«Recursos.—1. Contra las resoluciones del Ministro del Interior cabe interponer recurso de alzada ante el Consejo de Ministros.

2. Contra las resoluciones del Consejo de Ministros podrá interponerse recurso de súplica ante el mismo.

3. Las resoluciones del Ministerio del Interior no admitiendo a trámite las peticiones de asilo, y las de Gobierno que revoquen el asilo previamente concedido, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ajustándose, en cuanto a su interpretación y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.»

En relación con este precepto, de aplicación omnicompreensiva tanto al solicitante del asilo en general, como al extranjero especialmente cualificado de «refugiado», el Tribunal Supremo ha dictado Sentencia el 10 de diciembre del pasado año en la que falla en un recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado, concretamente el Ministerio del Interior, y en la que confirmando una Sentencia anterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 de octubre de 1983, sienta, entre otros casos, que: «La actividad profesional ejercida por el interesado en medios de comunicación opuestos al Gobierno, concretamente en el Partido Comunista, así como su detención en cierto momento, son elementos bastantes para admitir que pudiera abrigar fundado temor de ser perseguido, sin que el dato de haber salido de su país en vuelo regular y con pasaporte baste para desvirtuar los hechos, pues la mera posesión de estos documentos no siempre puede considerarse prueba de la lealtad del titular, ni como indicio de su falta de temor, pues es posible incluso que se haya expedido a nombre de una persona que sea indeseable en su país de origen con el único fin de asegurar su salida, de igual forma que éste puede haberse obtenido subrepticamente: es decir, la mera posesión de

un pasaporte nacional válido no es obstáculo para obtener el Estatuto de refugiado».

En suma, lo que subyace en las líneas transcritas, y que trasciende de la peripecia del extranjero que vio su pretensión confirmada por el criterio del Tribunal Supremo en contra de la rígida interpretación de la Administración, que se oponía a la concesión del referido *status* de refugiado, es que la postura jurisdiccional al respecto es bastante más templada y generosa que la de la Administración.

Con estas consideraciones, que a modo de apretada síntesis hemos efectuado, damos por concluido este trabajo, cuyo objetivo era el de aportar cierta claridad al apasionante tema —por humano y actual— del extranjero en España, visión que hemos intentado ofrecer primordialmente desde el ámbito del Derecho Internacional Público de extranjería, mentor en última instancia de la L. de A., cuya caracteriología básica acabamos de precisar.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad

La cofianza: Análisis de los Artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *La obligación de garantía y la pluralidad de fiadores en el Derecho romano.*—III. *La pluralidad de fiadores en Derecho comparado.*—IV. *Antecedentes de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil en nuestro Derecho histórico.*—V. *El régimen de la cofianza en el Código Civil español. Artículo 1.837: a) La crítica del artículo 1.387. b) Diferencias entre considerar la cofianza como una obligación solidaria con posibilidad de oposición del beneficio de división o como una obligación parciaria. c) Cofianza solidaria.*—VI. *El régimen de la cofianza en el Código Civil español. Artículo 1.844: a) Antecedentes. b) La corresponsabilidad de los cofiadores: su fundamento. c) Ambito de la responsabilidad de los cofiadores. d) La limitación de la acción de regreso a los casos del artículo 1.844, 3.*

I. PLANTEAMIENTO

Cuando existen varios fiadores de una misma deuda hay básicamente tres formas de organizar las relaciones jurídicas nacidas de la cofianza, tanto en lo que respecta al plano acreedor/fiadores, como a las relaciones internas entre los mismos fiadores:

A) Configurando la obligación de garantía como solidaria; este régimen no plantea dificultad alguna: cada uno de los fiadores viene obligado a pagar el todo al acreedor si éste lo reclama así. Y el fiador que pagó goza de una acción de regreso contra los restantes cofiadores para reclamar a cada uno la parte correspondiente: es la acción de regreso que se contempla en los códigos para el caso de pago de la deuda por uno de los deudores solidarios

B) Configurando la obligación de garantía como mancomunada simple o parciaria; en este caso cada uno de los fiadores responde de su

parte de la deuda y tan sólo de ésa; la porción de deuda asumida por el fiador es absolutamente independiente de las de los demás: no le puede afectar la insolvencia de otros cofiadores; el acreedor sólo puede reclamarle esa parte de deuda, y una vez pagada ésta, el fiador queda totalmente liberado, independientemente de las vicisitudes de los restantes cofiadores.

C) Configurando la obligación de garantía como solidaria, pero permitiendo a los fiadores exigir al acreedor la división de la deuda. La mezcla en este caso de la idea de solidaridad, por un lado, y de división de la deuda, por otro, produce algunas particularidades, como, por ejemplo, el que si en el momento de oponer el beneficio de división uno de los fiadores es insolvente, los otros cofiadores asumen su insolvencia, incrementando su cuota de deuda, solución que parece encontrarse a mitad de camino entre la solidaridad y la parciariedad.

En los regímenes organizados de esta forma se concede también al fiador que paga más de lo que le corresponde una acción de regreso contra los cofiadores por el exceso.

Teniendo como finalidad el estudio del artículo 1.837 de nuestro Código, que al decir de la doctrina recoge el beneficio de división, y del artículo 1.844, que disciplina las relaciones entre los cofiadores, estudiaremos a continuación la forma de organización de la cofianza en el Derecho romano y en el Derecho comparado más reciente, para a través de nuestros antecedentes patrios llegar a nuestro Código Civil.

II. LA OBLIGACION DE GARANTIA Y LA PLURALIDAD DE FIADORES EN EL DERECHO ROMANO

En el ordenamiento jurídico romano la garantía personal de la obligación no llegó a asumir una forma unitaria, sino que se presentó, sobre todo en el período postclásico justiniano, con una variedad de formas, históricamente condicionadas, respecto a las cuales solamente se pueden anotar —con una evolución no ciertamente lineal— una tendencia a la unificación (1).

Los primeros antecedentes históricos de las formas de garantía, y que al decir de los autores no dejaron huella alguna en el Derecho justinia-

(1) FREZZA: *Le garanzie delle obbligazioni e le garanzie personali*, vol. I, Padova, 1962, pág. 5, señala que relaciones obligatorias de garantía en sentido propio existen en el sistema del Derecho romano, tanto en relación con el sujeto activo como en relación con el sujeto pasivo de la obligación. En cuanto a las primeras este autor señala, siguiendo a GAYO, las figuras del *adstipulator* y del *adiectus solutionis causa*.

Y en cuanto las segundas, los *vades* y los *praedes*.

neo, y menos, por tanto, en el Derecho moderno, lo constituyen las figuras de los *praedes* y los *vades*. Ambas figuras, afirma TALAMANCA (2), tienden a desaparecer entre el final del período republicano y el inicio del Principado, lo que impide tener, para estos dos tipos de garantía, una información suficiente de la que se puedan extraer indicios para su configuración exacta. No es posible, por tanto, determinar la amplitud de su campo de aplicación.

Especialmente difusa aparece la figura de los *vades*: al parecer, entran en juego solamente en relación a la garantía de comparecencia del demandado o del acusado, respectivamente, en los procesos civiles o criminales, y no parecen haber asumido otra función. Por otra parte, señala TALAMANCA, estamos escasamente informados sobre la estructura del negocio con el que los *vades* asumían la garantía, y sobre el contenido mismo de la garantía; no hay elementos para saber si en caso de no verificación del evento garantizado (la comparecencia de la parte) responde sólo el *vades* o también la persona que podríamos calificar de «deudor principal»; tampoco se puede afirmar que el *vades* asumiera el pago de la *poena* en caso de no comparecencia ante el Tribunal del acusado o demandado.

Más información parece existir respecto a la otra figura a la que hemos hecho mención: los *praedes*. Estos eran, al parecer, los garantes que la colectividad ciudadana de origen latino recibían por los créditos que naçian de las obligaciones contratadas por personas individuales.

FREZZA señala que, como se comprueba claramente en la *Lex Malacitana* (Estatuto ciudadano del municipio latino de Málaga, en España), la garantía constituida mediante *praedes* y *predia* (o sea, mediante una relación personal de la que eran sujetos pasivos los *praedes*, y mediante una relación de carácter real, similar a nuestra hipoteca, de la que eran objeto los terrenos, *predia*), daba al ordenamiento ciudadano la facultad de satisfacer el crédito propio mediante la venta, tanto de los terrenos como de los garantes (3).

TALAMANCA confirma esta opinión cuando señala que la opinión dominante es conforme en que el *praedes* respondía con su persona del no cumplimiento del hecho garantizado (4).

Tanto los *vades* como los *praedes* son denominados por KASER «fadores de presentación», que no respondían por la prestación debida por

(2) TALAMANCA: *Enciclopedia del Diritto*, voz «Fideiussione», 1968, tomo XVII, páginas 322 y ss.

(3) FREZZA, *op. cit.*, pág. 9. Afirma este autor que hay noticias de esta figura en numerosos casos: la *lex agraria*, la *lex Malacitana*, la *lex Municipali Tarentini*, la *lex parieti faciundo Puteolana*.

(4) TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 325.

el acreedor, sino que asumían la responsabilidad, garantizando situar una persona, por ejemplo, el deudor principal, o una cosa, en cierto tiempo y en un lugar determinado (5). Con la fusión de esta garantía de presentación con la antigua promesa (originariamente jurada) de prestación de la *sponsio*, resultó probablemente la fianza de prestación.

Dejando ahora a un lado estas remotas formas de garantía, hay que señalar que existe coincidencia en la doctrina en afirmar que las formas de garantía en el Derecho romano se desenvuelven en torno, y cronológicamente, a las figuras de la *sponsio*, *fideipromissio* y *fideiussio*. En términos generales, se puede afirmar que la responsabilidad del fiador se muestra de modo vario en la historia del Derecho romano: al principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor; más tarde, responde solidariamente como un codeudor, y, por último, se afirma el carácter accesorio de la obligación del fiador (6). Característica general, asimismo, de las formas de garantía es que en caso de existencia de una pluralidad de garantes, éstos se entienden obligados de forma solidaria (7), a reserva de los matices que más adelante expon-dremos.

Cronológicamente, señala FREZZA (8), la más antigua de las formas de garantía es la *sponsio*. De su mayor antigüedad da prueba el hecho de que era *propria civium romanorum*, mientras que las otras dos, *fideipromissio* y *fideiussio*, eran accesibles a los extranjeros: eran, por tanto, *ius gentium*. El que la *fideipromissio* pertenece a un grupo de instituciones distintas de la *sponsio* lo demuestra, dice FREZZA, su mismo nombre: la referencia a la *fides* quiere decir de hecho que en origen, la responsabilidad del que había asegurado a un acreedor la satisfacción de su crédito diciéndole *fide mea promitto*, reposaba no tanto en un verdadero vínculo jurídicamente coercible, sino en la norma, *que segue ogni galantuomo*, de hacer honor a su propia promesa.

Por lo que respecta a la *fideiussio*, parece que se puede colocar su aparición en el siglo I a. C., entre los últimos años del Principado y los primeros de la República. Desconocida por CÍCERÓN, es seguro que apareció en la época de LABEON, creada por la jurisprudencia. JUSTINIANO suprimió la *sponsio* y la *fideipromissio* (que al final del período clásico habían caído en desuso) con todas sus particularidades, y desde entonces

(5) MAX KASER: *Derecho romano privado*, traducción española, 1968.

(6) IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1958. Por tanto, hay un gradual proceso de la responsabilidad de los cofiadores.

(7) Coinciden en esta opinión SCHULZ, *op. cit.*, págs. 480 y ss.; KASER, *op. cit.*, página 253; DE MARTINO: *Novissimo Digesto italiano*, 3.ª ed., 1957, voz «Fideiussione», pág. 272; TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 327.

(8) FREZZA, *op. cit.*, pág. 11

se admitió únicamente la *fideiussio*. Rasgos comunes de las tres formas de garantía serían que tanto el *sponsor*, como el *fideipromissor*, como el *fideiussor*:

- a) Se obligan *pro alio* (el *pro* significa no en el puesto de otro, sino a favor de otro).
- b) Se obligan solidariamente.
- c) Se obligan por medio de una *obligatio verbis contracta* (9) (ver TALAMANCA, pág. 330, y FREZZA, pág. 14).

Y entre las diferencias de régimen jurídico de estas tres figuras se pueden citar las siguientes:

a) La *sponsio* es una institución que en los tiempos clásicos era usada exclusivamente por los ciudadanos romanos, y era inaccesible a los peregrinos de cualquier clase que fueran. Por contra, la *fideipromissio* y la *fideiussio* eran formas utilizables, tanto por los peregrinos como por los *cives*.

b) Las obligaciones derivadas de la *sponsio* y la *fideipromissio*, cuyo régimen jurídico era prácticamente idéntico, eran intransmisibles a los herederos. Sin embargo, en la *fideiussio* nacían obligaciones que sí eran transmisibles hereditariamente.

c) Una diferencia más sustancial se puede encontrar en el hecho de que la *sponsio* y la *fideipromissio* no son obligaciones accesorias de la obligación principal, pues la obligación que de ellas nace es independiente de la del deudor principal. En este sentido, señala KASER que es característico de la fianza moderna que la obligación del fiador dependa en su existencia y cuantía de la obligación del deudor principal, y que el deudor accesorio o fiador responda sólo subsidiariamente: estas notas, dice este autor, no son esenciales en su origen en la fianza romana, porque a veces la *sponsio* puede funcionar sin una obligación válida (10). En efecto, como apunta IGLESIAS, la *sponsio* y la *fideipromissio* se refieren a la misma promesa del deudor. El *sponsor* y el *fideipromissor* prometen el *idem* —*idem spondeo* o *fideipromitto*—, pero no se subordinan a la obligación principal. Distinguiéndose la obligación de garantía de la principal, es posible tener por válida aquélla en ciertos casos en que ésta es inválida (11). Así, dice SCHULZ, si el promisor era un pupilo que actuaba sin la *auctoritas* de su tutor, en este caso, sin embargo, la *sponsio* era

(9) TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 330; FREZZA, *op. cit.*, pág. 14. Sobre las fórmulas para la constitución de la *sponsio* y la *fideiussio*, vid. SCHULZ, *op. cit.*

(10) KASER, *op. cit.*, pág. 255.

(11) IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 468.

válida y el *sponsor* estaba obligado. En cambio, la *fideiussio* acarrea obligación para el garante siempre y cuando el principal quedara obligado, siquiera fuera *naturaliter*. Por eso, en el ejemplo anterior, el *fedeiussor* no respondería, porque la obligación del principal sería nula, aunque sí lo haría en caso de que el promisor fuera un esclavo, porque entonces éste se habría obligado naturalmente (12).

d) Cuando los fiadores eran varios, las diferencias de régimen jurídico entre las figuras que estudiamos eran también importantes:

- En cuanto a la *sponsio* y *fideipromissio* se aplicaba la *Lex Furia*. Esta Ley tiene una fecha desconocida, aunque se sitúa probablemente en el siglo II a. C. Según esta Ley, en caso de varios fiadores, el acreedor venía obligado a dividir el importe de la deuda entre los fiadores que viviesen al tiempo en que la deuda era debida. Así, dice SCHULZ, si A, B, C y D fueron fiadores de una deuda por 60, y debiéndose la deuda muere D, el acreedor podía reclamar únicamente 20 de A, 20 de B y 20 de C. De esta forma, la Ley transforma la responsabilidad solidaria de los garantes en una responsabilidad parciaria, y constituye, a nuestro juicio, el primer antecedente del beneficio de división en casos de cofianza.

En virtud de esta Ley, el *sponsor* accesorio queda libre de su obligación al transcurrir el plazo de dos años. Por otra parte, la división de la deuda se hace por partes iguales entre los fiadores, sin atender a la circunstancia que alguno de ellos sea insolvente: la insolvencia de uno cualquiera de ellos no se traduce en un aumento de la cuota de quien es solvente, sino que perjudica al acreedor. La *Lex Furia* regía únicamente en Italia: en provincias, dice SCHULZ, sobrevivió la antigua solidaridad durante el período clásico (13).

- En cuanto a la *fideiussio*, la presencia de dos o más *fideiussores* los configuraba como deudores solidarios. Sin embargo, a partir de una *epistula Hadriani*, los *cofideiussores* gozaban frente al acreedor de un *beneficium divisionis*, en cuya virtud el acreedor venía obligado a distribuir el importe de la deuda entre los fiadores que fuesen solventes al tiempo de la reclamación. Hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurría con la *Lex Furia*, la

(12) SCHULZ, *op. cit.*, pág. 478. En el mismo sentido se manifiesta BETTI: *Instituzioni di Diritto romano*, vol. II, parte 1.ª, Padova, 1960, págs. 149 y ss., cuando señala que la diferencia fundamental de la *fideiussio* con las otras formas de garantía es que ésta es absolutamente accesorio.

(13) En cuanto al campo de aplicación de la *Lex Furia*, *vid.* SCHULZ, *op. cit.*, páginas 476 y ss.; FREZZA, *op. cit.*, págs. 16 y ss.; IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 469; TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 327

insolvencia de uno de los cofiadores ante la reclamación de acreedor no era soportada por éste, sino que era asumida por los otros cogarantes solventes.

e) En cuanto al derecho de regreso del cogarante que pagó contra sus compañeros de fianza, la *sponsio* y la *fideipromissio*, de un lado, y la *fideiussio*, de otro, estuvieron regidas por normas diferentes. Así, a la *sponsio* y *fideipromissio* se aplicaba la *Lex Appuleia*: esta Ley, que se sitúa hacia el año 241 a. C., establecía que si el *sponsor* o el *fideipromissor* había pagado más de su porción respectiva, podía reclamar el exceso de los demás fiadores. Si A, B y C eran fiadores de una deuda por 60, y A pagaba ésta totalmente, podía reclamar A 20 de B y 20 de C. FREZZA señala que se desconoce la naturaleza de esta acción, pero que la referencia a la *societas* en un texto de GAYO ha sugerido la idea de que se tratase de una acción similar a la *actio pro socio* (14).

A nuestro juicio, esta *Lex Appuleia* es el primer antecedente del derecho de regreso entre cofiadores en caso de pago de la deuda por uno de ellos que sancionan hoy la mayoría de los códigos modernos (15).

Por lo que respecta a la *fideiussio*, a la que no era de aplicación la *Lex Appuleia*, señala SCHULZ que habiendo varios *cofideiussores*, si uno de ellos pagaba al acreedor, los demás estaban obligados a reembolsarle *pro parte*. DE MARTINO afirma que la jurisprudencia admitió que el *fideiussor* pudiera valerse de una *actio mandati*, *actio pro socio* o *actio negotiorum gestio*, pero eran éstos expedientes poco convincentes y dudosos desde el lado práctico. Y a partir del *rescripto* de ADRIANO, que permitió el beneficio de división, se reconoce que el acreedor podía ceder sus acciones al fiador que pagó: era el llamado *beneficium cedendarum actiones* (16).

Aparte de las Leyes *Furia* y *Appuleia* citadas, señala IGLESIAS que en la época republicana son dictadas varias Leyes con miras a regular las relaciones entre cofiadores y entre el fiador y el deudor principal. Así, la *Lex Cicereia*, de fecha incierta, prescribe que el que toma *sponsors* o *fideipromissores* debe declarar públicamente y de antemano el objeto de la obligación garantizada y el número de garantes. Se exigía, por tanto, una declaración por parte del acreedor, hecha públicamente, antes de la

(14) FREZZA, *op cit.*, pág. 16.

(15) TALAMANCA afirma que la *sponsio* y la *fideipromissio* se configuran de forma que, con total probabilidad, no se prevé originariamente ni una acción de regreso entre garante que cumple y deudor principal, ni entre los propios cogarantes. Vid. TALAMANCA, *op. cit.*, pág. 327. En el mismo sentido, DE MARTINO, *op. cit.*, página 276.

(16) SCHULZ, *op. cit.*, pág. 480; DE MARTINO, *op cit.*, pág. 279.

constitución del negocio de garantía; de esta declaración debía resultar por qué deudas se obligaban los garantes y el número de éstos. Si el acreedor no hubiese hecho pública esta declaración, los garantes podían, en treinta días, exigir una decisión judicial sobre si la declaración había o no sido hecha: y si la sentencia dijese que la declaración no había tenido lugar, los garantes quedaban liberados. La norma, dice FREZZA, se aplicaba también a los *fideiussores*, aunque no nombrados en la Ley, por una costumbre interpretativa. La finalidad de la Ley, señala este autor, era evidente asegurar a los garantes el beneficio de la *Lex Furia*, asegurando; desde el momento de la constitución de la garantía, el número de garantes, y asegurando a cada garante el conocimiento de todos los otros. Es evidente, por otra parte, que lo dispuesto en la *Lex Cicereia* no se entiende si no es poniéndolo en relación con la práctica de constituir simultáneamente la obligación principal y las obligaciones de los fiadores.

Anterior a la *Lex Cicereia* es la *Lex Cornelia*, que se piensa propuesta por SÍLA, y que prohibió que una misma persona se obligase, en un mismo año, por un mismo deudor y frente a un mismo acreedor, en una suma superior a 20.000 sestericios. Y, finalmente, hay que citar la *Lex Publilia*, posiblemente la más antigua de las Leyes republicanas sobre esta materia: esta Ley concede al *sponsor* que ha pagado al acreedor una acción penal por el duplo, ejercitable frente al deudor garantizado, siempre que no le hubiera reembolsado el dinero en un plazo de seis meses: era la llamada *actio depensi* (17).

O

III. LA PLURALIDAD DE FIADORES EN EL DERECHO COMPARADO

A) El Código Civil francés sanciona, según señala GUILLOUARD (18), el sistema seguido en el Derecho romano para los cofiadores desde la

(17) Comenta FREZZA, *op. cit.*, pág. 14, que sobre el régimen jurídico de las garantías personales han influido «delle disposizioni di leggi comiziali»: hecho poco frecuente en la evolución de las instituciones en Derecho privado romano. La multiplicidad de leyes para la reglamentación de esta *fattispecie* negocial encuentra su razón en el moralismo político del mundo antiguo, cuyos temas preferidos eran la limitación del lujo, la limitación de las tasas de interés en los préstamos y la protección de las condiciones de los deudores: en esta última categoría se encuadrarían, según este autor, las leyes citadas.

(18) GUILLOUARD: *Traité du cautionnement et des transactions*, 1894, pág. 160; POTHIER: *Des obligations*, núm. 415. GUILLOUARD se muestra disconforme con el sistema seguido por el Código Civil francés, y piensa que sería más deseable un sistema que considerara como solidarios a los fiadores de una misma deuda, pues ésta es la forma de reforzar la posición de acreedor, que es, en definitiva, lo que desea éste cuando solicita varios fiadores.

epístola de ADRIANO: esto es, en caso de existencia de varios fiadores, éstos se entienden obligados frente al acreedor de forma solidaria (artículo 2.025), si bien el artículo 2.026 admite a continuación el juego del beneficio de división permitiendo que cada fiador pueda exigir al acreedor que divida su acción y la reduzca a la parte y porción de cada cofiador, y estableciendo que en caso de insolvencia de uno de los cofiadores, su parte sería asumida en proporción a su cuota por los restantes fiadores.

En cuanto a las relaciones entre los cofiadores, el Código sigue también en este punto la orientación del Derecho romano, concediendo en el artículo 2.033 al fiador que ha pagado una acción de regreso contra los restantes garantes por la parte y porción de cada uno, pero tal acción sólo tiene lugar cuando el fiador haya pagado en alguno de los casos enumerados en el artículo 2.032. Si uno de los cofiadores es insolvente en el momento del ejercicio de la acción de regreso, su cuota se reparte proporcionalmente entre los otros cofiadores.

Así, pues, los principios básicos del Derecho francés en este tema se podrían resumir así:

- Solidaridad, en principio, entre los fiadores frente a acreedor.
- Posibilidad de oposición del beneficio de división.
- Frente a la reclamación del acreedor, la insolvencia de uno de los fiadores es asumida proporcionalmente por los otros.
- Acción de regreso del fiador que pagó contra los otros cofiadores: la insolvencia de uno de éstos es asumida igualmente por los otros.

B) Por su parte, el Código Civil italiano de 1865 implantó prácticamente los mismos principios que el de Napoleón: obligación de cada uno de los fiadores por toda la deuda (art. 1.911); posibilidad de oposición del beneficio de división, salvo en caso de renuncia al mismo (art. 1.912), y repercusión de la insolvencia de uno de los fiadores en los otros ante la reclamación del acreedor; acción de regreso del cofiador que pagó frente al resto de los cofiadores (19).

(19) CAMPOGRANDE: *Trattato della fiudeiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902, págs. 407 y ss., realiza un examen crítico del sistema vigente y apunta que el sistema es contrario a la lógica, en cuanto que, admitida la división de la acción del acreedor, no se comprende por qué no se ha reconocido tal división *ipso iure*: en el sistema actual se coloca en peor posición a estos cofiadores que a los deudores que se han obligado parciariamente.

Para este autor, el principio recogido en el Código Civil italiano de división de la deuda entre los fiadores es injusto, y cree que debería existir la solidaridad, siguiendo probablemente en este punto a GUILLOUARD y LAURENT. Señala CAMPOGRANDE que, pidiendo más de un fiador, el acreedor quiso aumentar la garantía de su crédito, y este aumento sólo puede darse a condición de que cada fiador responda por el entero. De otra forma, el acreedor no sólo no recibe una verda-

C) La regulación del Código Civil italiano de 1942 tampoco varía mucho de la de sus antecesores: partiendo de la base de que en caso de varios fiadores cada uno está obligado por el todo, el artículo 1946 añade «salvo que se hubiera pactado el beneficio de división». Ello implica una diferencia respecto al régimen del Código de 1865, como ha resaltado FRAGALI, en cuanto que en este último el beneficio de división venía concedido *ex lege*, mientras que en la regulación actual el beneficio de división no se presume, sino que es necesario pactarlo expresamente. Por lo demás, el artículo 1.947 es prácticamente idéntico al artículo 1.912 del Código de 1865, determinando que, estipulado el beneficio, todo fiador demandado por la totalidad de la deuda puede exigir al acreedor que reduzca su acción a la parte que aquél debe, y que si alguno de los cofiadores es insolvente en el momento en que otro ha opuesto el beneficio de división, éste queda obligado por tal insolvencia, en proporción a su cuota, sin que responda de la que sobrevenga posteriormente.

Y el artículo 1.954, admitiendo la acción de regreso del fiador que pagó contra los restantes cofiadores y repartiendo entre éstos la insolvencia de alguno de ellos, confirma la misma regla que los artículos 2.033 del Código francés y 1.920 del Código italiano de 1865.

D) En cuanto al Código Civil alemán, éste considera la cofianza como una obligación solidaria de garantía (20), sin establecer ninguna excepción a favor de los cogarantes, y desconociendo, por tanto, el beneficio de división en las relaciones entre acreedor y cofiadores. Entre éstos sanciona implícitamente la acción de regreso propia de la solidaridad en su aspecto interno, disponiendo, en conclusión, el parágrafo 769 que «cuando sean varios los fiadores de una misma obligación, lo serán solidariamente aun cuando no se hayan comprometido en común», y el 744,

dera ventaja de la pluralidad de fiadores, sino que, al contrario, puede sufrir un daño en cuanto debe limitarse a demandar a cada uno su parte (corriendo además con los gastos judiciales que ello pueda implicar, multiplicados por el número de fiadores existentes), mientras que si hubiese un solo fiador podría reclamarle el entero.

Y piensa CAMPOGRANDE que al legislador no ha debido ocultársele la fuerza de este principio, puesto que comienza declarando la solidaridad en el artículo 1.911, y en el artículo 1.912 hace recaer sobre los otros cofiadores la insolvencia de uno de ellos al tiempo de oponer el beneficio de división. Estos principios, concluye este autor, presuponen la solidaridad; pero por la influencia del sistema romano favorable a los fiadores, el legislador ha anulado el principio de la solidaridad reconociendo al fiador el beneficio de división. Ha sucedido así que el legislador italiano no ha sabido sustraerse a la fuerza de la tradición y ha acogido un sistema que no responde a las exigencias del tráfico, que exige que los fiadores se obliguen por entero, y que es contrario a la naturaleza misma de la fianza.

(20) *Vid.* ENNECERUS: *Derecho de obligaciones*, traducción de GONZÁLEZ Y ALGUER, Bosch, pág. 817.

en su apartado final, que «los cofiadores sólo estarán obligados entre sí en los límites indicados en el parágrafo 426», o sea, por partes iguales, salvo convenio en contrario, debiendo soportar los demás codeudores obligados la parte que corresponda al insolvente, pudiendo reclamar el deudor que pagó de los otros deudores el reembolso de la parte de crédito que haya pagado por ellos.

Sin embargo, con anterioridad al Código imperaba el sistema de la división de pleno derecho, como sucedía en el antiguo Derecho francés (21). (Pero, como dice CAMPOGRANDE, en el antiguo Derecho francés no había beneficio de división, sino solidaridad: es muy notable el principio de que en caso de varios cofiadores, si uno pagaba la deuda, no tenía derecho de regreso contra los otros.)

IV. ANTECEDENTES DE LOS ARTICULOS 1.837 Y 1.844 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL EN NUESTRO DERECHO HISTORICO

A) En nuestro Derecho histórico el régimen de la cofianza aparece recogido en las Leyes 8, 10 y 11 del Título XII de la Partida 5.^a

La Ley 8.^a comienza señalando que si muchos hombres se convirtieran en fiadores de uno y se obligaran cada uno de ellos en dar todo o hacer alguna cosa por otro, entonces están obligados a cumplir de aquella manera lo que prometieron, de forma que el que recibe la fianza puede demandar a todos, o a cada uno por sí, toda la deuda que le fiaron.

Por tanto, cuando los fiadores lo fueran por toda la deuda, y sólo en tal supuesto, se entendería nacida la solidaridad (22).

El segundo párrafo de esta misma Ley contempla un supuesto distinto, y dice que si no se hubieran obligado cada uno por el todo, sino que dijese simplemente «somos fiadores por Fulano de dar o hacer tal cosa», entonces, si todos fuesen valiosos de pagar la deuda, el acreedor puede reclamar a cada uno de ellos cuanto le corresponde de su parte. Y si alguno de ellos no tuviese para pagar, entonces los otros, uno o muchos,

(21) Indudablemente, señala GUILARTE, con uno u otro régimen se asegura un funcionamiento claro y sencillo de las relaciones al no presentar la confianza ninguna particularidad respecto de la obligación mancomunada o solidaria a la que se equipara, pero puede dudarse sobre si ello es lo que mejor se ajusta a la naturaleza de la cofianza. Vid. GUILARTE: «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 895, y *Comentarios al Código Civil*, EDESA, tomo XXIII, págs. 181 y ss.

(22) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, tomo XVIII, pág. 608; GUTIÉRREZ: *Estudios fundamentales sobre Derecho Civil español*, Madrid, 1871; *Tratado de las obligaciones*, pág. 57.

están obligados a pagar toda la deuda principal o a cumplir aquella cosa que fiaron.

Este segundo párrafo parece, en consecuencia, que contempla una obligación de cofianza asumida parciariamente, y en caso de insolvencia de uno de los cofiadores, esta insolvencia sería asumida por los restantes.

Sin embargo, la Ley 10.^a, Título XII, de la Partida 5.^a, de alguna manera contradice a la Ley 8.^a citada, al decir que «obligándose muchos hombres por uno y cada uno por todos, si todos estuvieran en el lugar cuando el acreedor quisiera hacerles demanda, no debe reclamar toda la deuda a uno, antes decimos que debe ser apremiado cada uno por su parte. Y si alguno de ellos no estuviese o no hubiera dinero, entonces los que estuvieran y tuvieran dinero deben pagar la deuda toda, aunque fuesen uno, dos o más».

Es decir, aun en el caso de que los fiadores se hubieran obligado solidariamente, el acreedor tenía que dividir su acción y reclamarles a cada uno su parte.

Por tanto, y resumiendo, se puede afirmar que en las *Partidas*, y *por lo que respecta a las relaciones entre acreedor y fiadores*:

- Inicialmente se consagra la solidaridad si se han obligado por el todo los fiadores; a pesar de ello, el acreedor sólo puede reclamar a cada uno su parte, con repercusión de la insolvencia de uno de los fiadores en el resto de los cofiadores.
- Si se han obligado por partes, régimen de parciariedad, también con repercusión de la insolvencia de uno de los fiadores en sus demás compañeros.

En cuanto a las relaciones internas entre los cofiadores, señala la Ley 11 del Título XII de la Partida 5.^a que «pagando alguno de los deudores toda la deuda en su nombre, puede pedir a aquel a quien paga que le otorgue el poder que tenía para demandar la deuda contra los fiadores que fueran sus compañeros de fianza, y también el que tenía contra el deudor principal, y se lo debe otorgar, y después que le fuera otorgado ese poder, es su elección demandar a los otros fiadores aquella parte que pagó por ellos. Y si alguno fuese tan pobre que no lo pudiese entonces pagar, debe recibir de él alguna obligación de pagarle cuanto pueda. Y puede aún demandar la parte que pagó por sí al deudor principal».

Comentando este texto, señala GUTIÉRREZ que «un nuevo beneficio que las Leyes conceden al fiador es que cuando pague pueda requerir al acreedor que le ceda sus acciones para ejercitarlas a su elección contra el deudor o contra sus cofiadores». Esta cesión recibe el nombre de

CARTA DE LASTO, y puede considerarse como el antecedente de la acción de regreso que consagra el artículo 1.844 de nuestro Código:

El acreedor está obligado a verificar la cesión de acciones, y si se negase puede el fiador obligarle, o resistiendo el pago mientras no le ceda, o acudiendo al Juez después de hecho éste, si al verificarle protestó que quería usar del beneficio (23).

B) El Fuero Real decía que en la Ley IV del Título XVIII del Libro III que «cuando alguno tomare dos fiadores o más por alguna cosa, quier diga cada uno por todo, quier no, en su voluntad sea de demandar a todos de consuno o a cualquiera dellos».

Este texto lo interpreta MUCIUS SCAEVOLA en el sentido de que el Fuero Real «abrazó francamente la doctrina de la presunción legal de la solidaridad por el mero hecho de aparecer conjuntamente varios fiadores a responder de una deuda» (24).

El Fuero Real también consagra una acción de regreso del cofiador que pagó contra los restantes cofiadores.

C) En cuanto a la Nueva Recopilación, la pluralidad de fiadores se encontraba regulada en la Ley 1.^a, Título IV, Libro V, y los comentaristas entendieron, en general, que si los cofiadores se obligaban *in solidum* cada uno de ellos podía ser demandado por la totalidad del crédito, sin que pudiera oponer el beneficio de división, mientras que si se obligaron en forma simple no necesitaban de éste porque la propia Ley determinaba la responsabilidad de cada uno (25).

D) Por el contrario, la Novísima Recopilación rompió decididamente con la presunción legal de solidaridad establecida en las *Partidas* y en el Fuero Real, para establecer la de divisibilidad, y con tal ahínco que la aplicó incluso a los contratos precedentes, sin que importase que cualquiera otra Ley común hubiese mandado cosa distinta.

En efecto, la Ley 10.^a del Título I del Libro X estableció que «si dos o más personas se obligasen simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiendan ser obligados cada uno por la mitad (parte viril), salvo si en el

(23) Vid. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 63 y ss.; se pueden consultar además MORATO: *Derecho Civil español con las correspondencias del Derecho romano*, Valladolid, 1877, pág. 385; DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, Valencia, 1889, págs. 515 y ss.; SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil español*, Madrid, 1871, págs. 445 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal*, tomo II, Madrid, 1874, págs. 415 y ss.

(24) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 609.

(25) Así lo señala GUILARTE, *op. cit.*, pág. 898.

contrato se dijera que cada uno de ellos sea obligado *in solidum*, o entre sí en otra manera que fuese concebido e igualado, y este no embargante cualesquiera Leyes del Derecho común que contra esto hablan, y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los por venir».

Hay que resaltar que configurando la Novísima Recopilación la obligación de los cofiadores como obligación parciaria, deroga expresamente aquella disposición de la Ley 8.^a de las *Partidas* en cuya virtud, aunque los fiadores se hubieran obligado cada uno por su parte, responden proporcionalmente, ante la reclamación del acreedor, de la insolvencia de los otros cofiadores. Así lo señala MORATO, refiriéndose a este texto, cuando afirma que «no hay, por tanto, entre nosotros el beneficio de división que habían concedido las Leyes romanas, porque habiéndose obligado solidariamente los fiadores es visto que cada uno de ellos ha de pagar el todo si por el todo es reconvenido, y si obligaron de forma simple, no necesitan pedir como beneficio la división del pago, que es de riguroso derecho. Así que en este supuesto no opondrán la excepción de división, sino la de *plus petitio*, porque el acreedor que pidiera el todo a alguno de ellos en particular pediría más de lo que se le debe» (26).

Este texto de la Novísima Recopilación estableciendo la obligación de los fiadores como parciaria, constituye el antecedente directo de nuestro artículo 1.837, que asimismo señala que en caso de varios fiadores el acreedor no puede reclamar a cada uno de ellos sino la parte que le corresponde, si bien con las matizaciones que posteriormente señalaremos.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851.—GARCÍA GOYENA, apartándose totalmente del criterio sustentado por la doctrina al comentar las Leyes de la Novísima Recopilación, acoge de forma clara e inequívoca la solución del Código Civil francés. En efecto, el artículo 1.751 del Proyecto señala:

«Siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno de ellos responde de toda la deuda.

Pero el reconvenido para el pago del todo podrá exigir que el acreedor divida su acción entre los fiadores y la reduzca a la parte y porción de cada uno de ellos.

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal».

El párrafo 1.º de este artículo, que consagra el principio de solidaridad, es prácticamente una copia del artículo 2.025 del Código francés.

(26) MORATO, *op. cit.*, pág. 385; DEL VISO, *op. cit.*, pág. 514.

Y el párrafo 2.º reproduce el artículo 2.026, 1.º, de dicho Código. El párrafo 3.º no tiene antecedentes conocidos en Códigos extranjeros y hay que atribuirlo, por tanto, a GARCÍA GOYENA (27). Así, pues, en lo que se refiere a las relaciones entre acreedor y fiadores, el Proyecto de 1851 recoge la doctrina del Código francés: presunción de solidaridad en la obligación de los fiadores y posibilidad por éstos de oposición del beneficio de división.

El sistema, en cuanto a las relaciones de los cofiadores con el acreedor, se completa con la norma del artículo 1.751, que señala que: «El fiador que reclama el beneficio de división responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores, pero no de la posterior a la división.

Tampoco responde de la anterior cuando el acreedor dividió su acción voluntariamente y sin reclamarlo el fiador».

El párrafo 1.º de este artículo corresponde al artículo 2.026, 2.º, del Código Civil francés, y el párrafo 2.º al artículo 2.027 del citado Código.

En cuanto a las relaciones entre los mismos cofiadores, el artículo 1.758 del Proyecto establece una acción de regreso para el cofiador que pagó la deuda contra el resto de los fiadores y por la parte que proporcionalmente les corresponda. La insolvencia de alguno de ellos recae sobre los restantes fiadores en la misma proporción.

Y el párrafo 3.º señala que para que pueda tener lugar la disposición de este artículo es preciso que se haya hecho el pago a virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de quiebra.

Este artículo es prácticamente una reproducción del 2.033 del Código francés con dos ligeras variaciones:

- El Código francés no prevé expresamente la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en los otros, aunque la doctrina la admite.
- Los supuestos en que se limita la acción de regreso en el artículo 1.758, 3, son más amplios en el 2.033 del Código francés, al que remite el 2.032 al establecer esa limitación.

Así, pues, vemos que el Proyecto de GARCÍA GOYENA se inclina decididamente por la solución adoptada por el Código francés.

BREVE RECAPITULACIÓN

Una vez vistos los antecedentes del Derecho romano, del Derecho comparado y de nuestro Derecho histórico, se podría señalar, respecto al

(27) GARCÍA GOYENA: *Comentarios, motivos y concordancias del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 911.

sistema adoptado para configurar el régimen jurídico de la pluralidad de fiadores:

- 1.º Que un mayor número de sistemas: el Derecho romano, salvo su etapa inicial; las *Partidas*; el Proyecto de GARCÍA GOYENA; el Código francés, y los Códigos italianos de 1865 y 1942, optan por configurar la obligación de los fiadores como solidaria, si bien se permite que opongan al acreedor el beneficio de división, de forma que cada uno de ellos responderá sólo de su parte.
- 2.º Que el régimen de solidaridad puro solamente lo establece el BGB.
- 3.º Que el régimen de parciariedad pura solamente lo establece históricamente la Novísima Recopilación.

Y tras estos antecedentes veamos cuál es la regulación que de la cofianza establece nuestro Código Civil.

V. EL REGIMEN DE LA COFIANZA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. ARTICULO 1.837

a) LA CRÍTICA DEL ARTÍCULO 1.837

Señala GUILARTE que nuestro Código en la regulación de la fianza sigue, en general, los criterios consagrados por el Derecho justiniano, recogidos en las *Partidas*, y la formulación legislativa del Código francés, al disciplinar determinados aspectos de la cofianza se separa de sus modelos en no pequeña medida, sin alcanzar una mejor calidad técnica a través de las soluciones que consagra (28).

La afirmación de GUILARTE es rigurosamente cierta. En efecto, el Código no sólo se aleja de sus antecedentes en una cuestión tan trascendental como la del régimen a aplicar a la obligación de los cofiadores, sino que una vez escogido el régimen de la parciariedad, establece una regulación técnicamente injustificable que ha llevado a ALBALADEJO a calificar el artículo 1.837 como «insólito» (29).

El artículo 1.837 se refiere a las relaciones entre acreedor y cofiadores, y establece de entrada un principio de parciariedad: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación de responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar

(28) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 897.

(29) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, pág. 444.

a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad».

Así, pues, el Código, recogiendo el antecedente de la Novísima Recopilación y prescindiendo de todos los restantes, recoge la división de la deuda entre todos los fiadores y la imposibilidad de que el acreedor pueda reclamar el importe total de la deuda a uno solo de los fiadores a no ser que se haya pactado la solidaridad. La fórmula adoptada por el Código puede ser más o menos discutible (30) en cuanto a la bondad o no de este régimen para el supuesto de cofianza, pero de lo que no cabe duda es de que concuerda perfectamente con las presunciones de no solidaridad y de parciariedad, respectivamente, de los artículos 1.137 y 1.138 de nuestro Código.

Sin embargo, a continuación el Código añade en ese artículo que «el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal». Como apunta GUILARTE, la apreciación conjunta de los dos apartados del precepto representa una difícil armonización y viene a reflejar la perplejidad que el régimen de la cofianza había suscitado entre los comentaristas e intérpretes de nuestras antiguas Leyes y la mezcla en la norma actual de distintos antecedentes inmediatos de procedencia heterogénea.

Veamos por qué. El artículo 1.837, señalan GUILARTE y GULLÓN, sigue en este punto el Anteproyecto de LAURENT, reproduciendo casi literalmente su artículo 2.106 (31). En efecto, este artículo dice que «cuando varias personas son fiadoras de un mismo deudor por una misma deuda, la obligación de fianza se divide entre ellas; el acreedor no puede actuar contra cada fiador sino por su parte, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad».

Pero creemos que es importante conocer la interpretación que el propio LAURENT hacía de este artículo, para ver si el espíritu de nuestro Código coincide con el del autor belga. A este respecto, hay que recordar

(30) MUCIUS SCAEVOLE, *op. cit.*, pág. 611, se muestra contrario, y señala que el principio recogido en el Código Civil resulta en pugna con la realidad de los contratos en que intervienen varios responsables de la deuda, pues si el acreedor pide varios fiadores, los requiere para que le respondan solidariamente, pudiendo asegurarse que en los pocos casos en que se omite la expresión de solidaridad se hace siempre o casi siempre por descuido. En el mismo sentido se manifiestan, por ejemplo, GUILLOUARD y CAMPOGRANDE al comentar el beneficio de división en los Códigos francés e italiano de 1865, al decir que el aumento de garantía que busca el acreedor en la cofianza sólo se consigue a través de la solidaridad.

En la práctica resulta difícil pensar en un contrato bancario, por ejemplo, una póliza de crédito o de préstamo, en el que la garantía plural no esté regida por la solidaridad: en este sentido, es cierta posiblemente la crítica de MUCIUS SCAEVOLE.

(31) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 899.

que el Código de Napoleón partía del principio de la solidaridad en la cofianza (art. 2.025), para admitir a continuación el beneficio de división (art. 2.026), y que el precepto del Anteproyecto destinado a sustituirlo (art. 2.106) establecía cabalmente el principio contrario, esto es, la división de la deuda.

Pues bien, lo primero que señala LAURENT es que «el artículo 2.106 abole el beneficio de división tal como lo consagra el Código Civil». «El Anteproyecto aplica a la fianza el principio general que rige las deudas de varias personas. Cuando varios deudores se han obligado conjuntamente por una deuda, no están obligados cada uno sino por su parte, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. Así, la división entre los deudores de una misma deuda tiene lugar de pleno derecho, mientras que según el Código Civil, la división de la fianza entre los fiadores no tiene lugar sino cuando el fiador lo requiere. Es lo que se llama beneficio de división.» Y a continuación LAURENT dedica una larga exposición a criticar los argumentos de POTHIER y DOMAT para considerar la obligación de los cofiadores como solidaria, a diferencia de la obligación de varios deudores, que con base en el artículo 1.202 del Código se presume dividida entre los deudores (32).

Por tanto, LAURENT se muestra defensor a ultranza del principio de división de la deuda de pleno derecho entre los cofiadores. Y si, como se ha dicho, nuestro artículo 1.837 se inspira en el Anteproyecto de LAURENT, debería subyacer la misma *ratio*. Ello parece así en el primer párrafo del artículo 1.837, pero a continuación el párrafo 2.º añade que «el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión respecto del deudor principal», y esa norma ya no tiene en absoluto encaje desde la perspectiva histórica que venimos contemplando. En efecto, el artículo 1.837, 2.º, es copia del artículo 1.750, 3.º, del Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851. Y lo que se impone destacar es que ese artículo 1.750, 3.º, y el artículo 2.106 del Anteproyecto de LAURENT (antecedentes directos del artículo 1.837) jamás pueden ser compatibles o conciliables, por la sencilla razón de que, como se ha señalado antes, el Proyecto de GARCÍA GOYENA se inspira claramente en el Código francés, y acoge la solución para la co-

(32) LAURENT: *Avant-projet de revision du Code Civil*, tomo VI, Bruxelles, 1885, págs. 76 y ss. LAURENT se cuestiona si hay algún motivo en la diferencia que el Código establece entre las obligaciones normales y las de cofianza. POTHIER y DOMAT, admitiendo los principios del Derecho romano, señalan que esa razón especial para que los fiadores se obliguen solidariamente deriva de la misma naturaleza de la fianza, argumento que rechaza LAURENT diciendo que eso es responder a una pregunta con otra pregunta, pues lo que hay que cuestionarse es cuál es esa naturaleza especial de la cofianza que hace que la deuda no se divida entre los cofiadores, cuando toda deuda se divide entre los deudores.

fianza de solidaridad más posibilidad de oponer beneficio de división, mientras que el Anteproyecto de LAURENT, como se ha explicado, rechaza de plano la solución del Código francés y, por tanto, el beneficio de división, y opta por la división de la deuda de pleno derecho. Así, pues, nos parece muy claro que el artículo 1.837, 1.º, y el párrafo 2.º, tienen raíces históricas distintas y se refieren a situaciones completamente opuestas, por lo que son, por naturaleza, incompatibles.

Hay que señalar desde ahora que la consecuencia del artículo 1.837, 2.º, es que en aquellos casos en que cese el beneficio de división, la insolvencia de un cofiador frente a la reclamación del acreedor es asumida proporcionalmente por los otros cofiadores (33). Pues bien, la norma de que si ante la reclamación del acreedor uno de los fiadores (con posibilidad de oponer el beneficio de división) es insolvente, esta insolvencia es asumida por el resto de los cofiadores, se halla recogida en los artículos 2.026, 1, del Código francés, 1.912 del Código italiano de 1865 y 1.947 del Código italiano de 1942. Códigos todos ellos que parten del principio de la solidaridad de los cofiadores para a continuación admitir el juego del beneficio de división. Parece claro, por tanto, que la norma del artículo 1.837, 2.º, no tiene ningún sentido en un Código como el nuestro, que parte del principio de división de derecho de la deuda entre los distintos cofiadores, de acuerdo con los artículos 1.137 y 1.138.

Y es que realmente el beneficio de división, como su propio nombre indica, es un «beneficio» que se concede a los cofiadores. Y el término «beneficio» implica, en general, encontrarse en una situación más ventajosa o favorable respecto a una situación anterior. Por ello, y como es lógico, el beneficio de división de los cofiadores sólo tiene sentido en un régimen de cofianza regido por la solidaridad. Porque en este caso la situación inicial de los cofiadores es gravosa, ya que cada uno deberá responder de toda la deuda. Y el «beneficio de división» les coloca en una situación más ventajosa, porque cada uno responde solamente de su parte. Así adquiere pleno sentido el beneficio de división en la *Lex Furia*, en el Derecho romano, porque en la situación anterior los fiadores respondían solidariamente. O en los actuales Códigos francés e italiano, donde se parte de una declaración de responsabilidad solidaria de los fiadores para a continuación admitir el beneficio de división. Y por eso en estos sistemas tiene también pleno sentido la norma de que, frente a la reclamación del acreedor, la insolvencia de uno de los fiadores recae sobre

(33) Así lo reconoce GUILARTE, *op. cit.*, pág. 910, después de haber criticado la redacción del artículo 1.837, 2.º También parecen admitirlo así Díez-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, I, Tecnos, 1972, pág. 602, y ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 446.

sus compañeros de fianza (34), porque una cosa es que el beneficio de división intente beneficiar a los fiadores y otra que signifique un perjuicio para el acreedor, a quien en una situación de cofianza solidaria la insolvencia de uno de los cofiadores no le afectaría especialmente, puesto que podría reclamar el entero a los restantes cofiadores.

Pero donde todo esto que hemos expuesto no tiene ningún sentido es en el artículo 1.837 del Código, porque en el Código NO HAY BENEFICIO DE DIVISION, SINO UNA PLURALIDAD DE FIADORES ORGANIZADOS BAJO EL PRINCIPIO DE LA PARCIARIEDAD, y donde, por tanto, cada uno de los fiadores responde, por Ley, solamente de su parte de deuda. Y si eso es así, proclamada la responsabilidad simple del fiador, su conversión legal en solidaria en determinados supuestos resulta de difícil justificación. Así debe estimarse, señala GUILARTE (35), la referencia a la cesación del beneficio de división en el artículo 1.837, 2.º Y realmente no se entiende esta agravación de responsabilidad del cofiador en caso de que, ante la reclamación de acreedor, otro cofiador esté en quiebra o concurso de acreedores o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, pues, en definitiva, ello significa hacer de peor condición al cofiador bajo el régimen del artículo 1.837 del Código, que al codeudor parciario o mancomunado simple, que en tales supuestos (quiebra o concurso de otro codeudor o imposibilidad de demandarle judicialmente dentro del Reino), se liberaría pagando su parte de deuda, y que nunca asumiría la insolvencia de otro codeudor, al tratarse de obligaciones independientes.

- b) DIFERENCIAS ENTRE CONSIDERAR LA COFIANZA COMO UNA OBLIGACIÓN SOLIDARIA CON POSIBILIDAD DE OPOSICIÓN DEL BENEFICIO DE DIVISIÓN O COMO UNA OBLIGACIÓN PARCIARIA

A pesar de que en ambos casos la consecuencia normal frente a la reclamación del acreedor sea que cada cofiador va a responder únicamente de su parte de deuda, existen una serie de consecuencias importantes que subrayan aún más la incongruencia del artículo 1.837, 2.º:

1.ª La primera de ellas es que si se parte de que los cofiadores responden solidariamente o cada uno de ellos de toda la deuda —supuesto

(34) Recuérdese que en la *Lex Furia* ocurría al revés: la insolvencia de uno de los cofiadores a quien perjudicaba era al acreedor.

(35) En efecto, como hemos apuntado anteriormente, la consecuencia de la cesación del beneficio de división es, para la doctrina, la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en el resto de sus compañeros.

de los Códigos francés e italiano de 1865 y 1942—, el beneficio de división juega como excepción que el cofiador opondrá a la reclamación del acreedor para conseguir que reduzca su pretensión a la parte de deuda que le corresponda. Así lo señala FRAGALI respecto al Código italiano actual, al decir que no opera *ex lege*, en el sentido de que el Juez no puede aplicarla de oficio y debe esperar a que el cofiador solicite la reducción de la acción del acreedor a su cuota correspondiente (36).

Consecuencia de esta idea es que si el cofiador no opone el beneficio de división estando obligado por el todo, el acreedor obtendrá una sentencia condenando al fiador al pago de la deuda entera.

Por el contrario, si el régimen de la cofianza se configura bajo el supuesto de la parciariedad, es claro que el fiador responde únicamente de su parte de deuda, como señala el artículo 1.837, 1.º Y ello en puridad de conceptos significa:

- a) Que no cabe hablar de beneficio de división, porque éste sólo se entiende cuando inicialmente los fiadores están obligados solidariamente.
- b) Que el acreedor no puede reclamar a cada fiador más que la parte de deuda que le corresponde (art. 1.837, 1.º).
- c) Que puesto que la división de la deuda viene atribuida *ex lege* (37), el fiador no tiene que oponer ningún beneficio de división a la reclamación del acreedor, y si es que éste reclama más de lo que corresponde al fiador, la excepción que éste deba oponer es la excepción de *pluspetitio*
- d) Que aun —en el caso anterior— si el cofiador no opusiera la excepción de *pluspetitio*, el Juez, de oficio, debería rechazar la reclamación del acreedor en aquella cantidad que excediera la cuota por la que se obligó el deudor (38).

(36) Este autor considera el beneficio de división como una excepción de carácter perentorio, en contraposición al beneficio de excusión, que tiene carácter de excepción dilatoria, y en cuanto al momento en que deba ser opuesta, señala que el cofiador lo deberá hacer cuanto antes, pues a partir de ese momento ya no responderá de la insolvencia posterior de alguno de los cofiadores, en virtud del artículo 1.947, 2.º, del Código italiano. Vid. FRAGALI, *op. cit.*, págs. 334 y ss.

La misma opinión mantiene CAMPOGRANDE respecto al Código italiano de 1865 al afirmar que la división de la deuda no tiene lugar de pleno derecho, sino que viene acordada sólo cuando el fiador la opone por vía de excepción. Vid. CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 417. El artículo 1.912, 2, del Código de 1865 es prácticamente idéntico al 1.947, 2, del de 1942.

(37) Así lo entiende GUILARTE, *op. cit.*, pág. 905, citando en apoyo de su tesis a SANTAMARÍA, GULLÓN y MUCIUS SCAEVOLA.

(38) Así lo señala MUCIUS SCAEVOLA al decir que habiendo adoptado el Código la presunción de no solidaridad desde el principio hasta el fin, sin necesidad, por tanto, de que el fiador necesite alegar la división para reputarla hecha, res-

Entenderlo de otra forma significaría desvirtuar por completo el principio de división de la deuda, que de forma clara establece el artículo 1.837, 1.º, y equiparar este supuesto al de los Códigos que consideran la cofianza como una obligación de los cofiadores de responder por el todo (39).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado, a nuestro juicio, en alguna ocasión, la interpretación defendida en el texto. Así, la *Sentencia de 6 de marzo de 1961*, que señaló que «al no resultar de la referida obligación pactada fórmula alguna de solidaridad, ésta no puede presumirse, conforme se desprende del artículo 1.837 del Código Civil, y frente a la concurrencia de dos fiadores, es indudable que conforme al invocado precepto del artículo 1.837 del referido cuerpo legal, la obligación de responder de la deuda de tal prestatario se divide entre ambos fiadores, no pudiéndose reclamar por el acreedor de cada uno más que la parte que le corresponda».

Se observará que el Tribunal no habla de posibilidad de oposición del beneficio de división, sino que cuando no se ha pactado la solidaridad, la obligación de responder de la deuda se divide entre ambos fiadores: si se conecta esto con lo que a continuación añade el Tribunal respecto a la imposibilidad del acreedor de reclamar a cada fiador más que la parte que le corresponda, parece claro que la división a que se refiere la sentencia es una división automática *ipso iure*, sin necesidad de que sea alegada por el fiador.

Más clara aún es la Sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 5 de

ponde cada uno tan sólo de su parte viril. De modo que si el acreedor demanda a todos sus cofiadores en forma solidaria, a pretexto de figurar unidos ante la deuda, aunque los demandados no se personasen para protestar contra el exceso, los Tribunales de justicia limitarán la prestación a la cuota individual de cada uno.

(39) En contra de esta interpretación se muestran autores como MANRESA y DÍEZ-PICAZO. MANRESA señala que el beneficio de división se encuentra en identidad de circunstancias que el de excusión, y que debe ser ejercitado en tiempo y forma por el fiador para que le aproveche a éste. En caso contrario, a pesar de extralimitarse el acreedor al reclamar el todo, no producirá efecto alguno no obstante la concurrencia de varios fiadores y no haberse obligado éstos solidariamente. *Vid. MANRESA, op. cit.*, pág. 289.

DÍEZ-PICAZO considera el beneficio de división como una excepción, un modo de defensa, que deberá oponer el fiador a la reclamación del acreedor. La oposición deberá realizarse antes de contestar a la demanda, o bien en el momento de contestar a la demanda, pero no en un momento posterior. El efecto de la oposición del beneficio consistirá en limitar la condena del fiador a la parte de deuda de que éste es responsable. *Vid. DÍEZ-PICAZO: Fundamentos...*, cit., pág. 600.

La interpretación de ambos autores, evidentemente, es incompatible con la que hemos propuesto anteriormente.

Los argumentos de MANRESA y DÍEZ-PICAZO son rebatidos ampliamente por GUILARTE en el sentido expuesto en el texto, al entender este autor que la división de la deuda en la cofianza se produce *ex lege*. *Vid. GUILARTE, op. cit.*, pág. 906.

junio de 1968: existiendo un acreedor, un deudor y dos fiadores, no obligados solidariamente, el acreedor reclama a uno de los fiadores la totalidad de la deuda: el fiador no opuso el beneficio de división, sino que no había tal fianza por no haber existido consentimiento. El Tribunal Supremo declara existente la fianza, pero en cuanto a la reclamación del acreedor señala que hay que aplicar el artículo 1.837, en relación al artículo 1.137, por lo que cada fiador debe pagar la mitad de la deuda. ¿No es eso aplicación de oficio de la división de la deuda en la cofianza? ¿No se trata de una división *ipso iure* sin necesidad de que sea alegada como excepción por el fiador?

2.^a La segunda de ellas es que entendiendo la cofianza como obligación solidaria con posibilidad de oposición del beneficio de división, éste es renunciable. El Código de Napoleón, en su artículo 2.026, y el italiano de 1865, en su artículo 1.912, admiten que el fiador pueda oponer al acreedor el beneficio de división, a menos que haya renunciado a él. El Código italiano de 1942 no recoge expresamente el supuesto de renuncia, pero no parece que haya especial problema en admitirlo. Los autores señalan que la renuncia al beneficio de división puede ser tanto expresa como tácita (CAMPOGRANDE, GUILLOUARD). En este caso de renuncia, los cofiadores *siguen* obligados por el todo: no es que por la renuncia al beneficio vuelvan al régimen de solidaridad, sino que realmente nunca dejaron de estar obligados por el todo. La única posibilidad de dejar de estar obligados por el todo era el beneficio de división, y tal posibilidad desaparece cuando se efectúa la renuncia.

Por el contrario, en un régimen de cofianza como el de nuestro Código Civil, con división *ex lege* de la deuda entre los cofiadores, al no poder hablarse en puridad de beneficio de división, difícilmente podrá hablarse de renuncia al mismo. Lo que significa que si ante una reclamación del acreedor superior a su cuota de deuda, el fiador calla, tal actitud no podrá ser entendida nunca como una renuncia tácita (realmente, ¿renuncia a qué?), sino que señalando el artículo 1.837, 1.º, que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad, el Juez deberá desestimar directamente la demanda del acreedor en cuanto a su exceso (40).

(40) En contra de lo expuesto se manifiestan MANRESA y DÍEZ-PICAZO. MANRESA piensa que se reputará la renuncia al beneficio de división por el hecho de no haber sido utilizado éste convenientemente. Por su parte, DÍEZ-PICAZO admite la renuncia al beneficio de división, y distingue el caso de renuncia expresa del de renuncia tácita. Por lo que respecta a la renuncia expresa, señala este autor que «como quiera que según el artículo 1.837, 2.º, el beneficio de división cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión, relacionando dicho precepto legal con el artículo 1.831, 1, en cuya virtud la excusión no tiene lugar cuan-

3.^a La tercera de ellas es que si se considera la cofianza como una obligación solidaria con posibilidad de oponer el beneficio de división, hasta que el acreedor no reclame al fiador, éste está obligado por el todo

do el fiador haya renunciado a ella *expresamente*, parece claro que cabe la renuncia al beneficio de división».

Nosotros discrepamos de Díez-PICAZO. En efecto, difícilmente se puede, en primer lugar, renunciar a un beneficio que no existe, como ya hemos señalado. En segundo lugar, se entiende claramente que el artículo 1.831, 1.º, admita la renuncia expresa al beneficio de excusión. Pero la conexión del artículo 1.837, 2.º, con el 1.831, 1.º, ya es más difícil. Porque si siguiendo a Díez-PICAZO admitiéramos una renuncia expresa al beneficio de división, ¿cómo habría de articularse tal renuncia? Probablemente mediante la declaración del fiador de renunciar, no ya al beneficio de división, sino a la división de la deuda impuesta *ex artículo 1.837, 1.º*. Y entonces surge otra pregunta: si el fiador dice eso, ¿qué régimen se aplicará? ¿La solidaridad? Pero el mismo Díez-PICAZO lo niega cuando afirma que existe una diferencia sustancial entre el negocio de constitución de la solidaridad y la renuncia al beneficio de división, porque aquél debe tener su base en una declaración de voluntad, expresa, como dice el artículo 1.137, circunstancia —añadimos nosotros— que no se da en el supuesto que estudiamos. ¿Seguirá siendo entonces parciaria la obligación del fiador, si bien con la obligación de asumir la insolvencia de alguno de sus compañeros de fianza?

En realidad, no hay ningún texto que autorice esta interpretación.

Llegamos así a un punto en el que nuevamente se confirma la difícil interpretación del artículo 1.837, 2.º. Y es que si el artículo 1.831, 1.º, tiene una clara explicación porque, renunciado expresamente el beneficio de excusión, no entra en juego el artículo 1.830 y el fiador tiene que afrontar la reclamación del acreedor en los términos del artículo 1.822, realmente no se explica muy bien cómo puede un cofiador renunciar a un beneficio inexistente, y qué ocurre, llevado el caso al extremo, cuando el fiador renuncia expresamente al régimen de división de deuda del artículo 1.837, 1.º.

Por otra parte, Díez-PICAZO admite también la renuncia tácita al beneficio de división. Dice este autor que «la simple falta de oposición en tiempo oportuno del beneficio y del ejercicio de la excepción entraña una renuncia tácita, pues, en definitiva, el beneficio no provoca, según sabemos, una automática división *ex lege* de la obligación de los fiadores, sino que proporciona un medio de defensa al fiador demandado». Ya hemos explicado antes cómo nuestros argumentos en este punto son totalmente opuestos a los de Díez-PICAZO, por lo que los damos por re-producidos.

Solamente nos hacemos esta pregunta: si, según Díez-PICAZO, el fiador renuncia tácitamente al beneficio de división por no oponerlo a la reclamación excesiva del acreedor, ¿qué régimen se le aplica al fiador? ¿Responderá por el todo? ¿Responderá de la insolvencia de otro cofiador?

En realidad, lo que ocurre, señala DELGADO ECHEVARRÍA, es que hay dos maneras de acercarse al artículo 1.837. Para algunos autores (GUILARTE, ALBALADEJO) hay que dar prioridad a las expresiones contundentes del primer párrafo del artículo 1.837, que coinciden con el criterio general de nuestro Código sobre la pluralidad de deudores establecido en los artículos 1.137 y 1.138. Mientras que para otros (MANRESA, Díez-PICAZO) aquel primer párrafo es un añadido de última hora en un conjunto que permanece inalterado (no sólo el segundo párrafo del artículo 1.837, sino también los artículos 1.844-46 y 1.850) inequívocamente basado en el juego del beneficiario de división y, por tanto, en la solidaridad entre fiadores.

Posiblemente sea cierto que el primer párrafo del 1.137 es un añadido de última hora a la vista de los antecedentes.

La contradicción entre el primer párrafo del artículo 1.837 y los demás que

(así lo señala GUILLOUARD respecto al Código francés y CAMPOGRANDE respecto al Código italiano de 1865) (41).

Dice GUILLOUARD que el carácter de excepción dado por el Código francés, a imitación del Derecho romano, al beneficio de división, va a producir una consecuencia grave: y es que el fiador no puede oponer tal beneficio sino cuando el acreedor le reclama el pago, y no antes. Por tanto, apunta POTHIER, cuando varias personas se convierten en fiadores de un deudor, aunque tengan entre ellas el beneficio de división, hasta que el acreedor no les reclama el pago, no pueden, sin embargo, obligar al acreedor a recibir su parte concreta de deuda, es decir, un pago parcial. La razón de ello es que la deuda garantizada por los fiadores no está dividida de derecho entre ellos.

La consecuencia extraída por estos autores es lógica, a nuestro juicio. Si inicialmente los fiadores son solidarios y están, por tanto, obligados por el todo, y uno de ellos pretende pagar antes que el acreedor se haya dirigido contra ellos, el único pago que le podrá liberar será el pago total, en su condición de fiador solidario, sin que pueda obligar al acreedor a recibir pagos parciales, por más que frente a la reclamación del acreedor hubiera podido utilizar el beneficio de división, pues esto funciona como excepción, y la división de la deuda entre los fiadores no se produce, como dice POTHIER, de pleno derecho.

Pongamos a continuación esta idea en conexión con nuestro artículo 1.837, 1.º A la vista de este artículo, ¿se puede sostener que un fiador puede liberarse ofreciendo al creedor el pago de la parte de deuda que le corresponde? No parece que deba existir mayor obstáculo para ello. Si, como dice esa norma, «el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer», es evidente que el fiador puede pagar al acreedor esa parte que le corresponde satisfacer. Pero si se mantiene el argumento de autores como MANRESA, GARCÍA GOYENA y DíEZ-PICAZO, para quienes la división de la deuda entre los fiadores no opera de pleno derecho y el beneficio de división juega como una excepción oponible por el fiador, la armonización entre ambas ideas es imposible: si la deuda no se divide de pleno derecho y el beneficio de división sólo juega en cuanto excepción, entonces hay que concluir que antes de la oposición del beneficio de división el fiador está obligado por el todo, porque de otro modo no tendría sentido decir que la deuda no se divide de pleno derecho y que el beneficio de división es una excepción. Y bien, si ello es

regulan la confianza es real, históricamente comprobada e irresoluble. Quizá únicamente la jurisprudencia, con su interpretación del artículo 1.837, pueda inclinar la balanza a uno de los dos lados.

(41) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 166; POTHIER: *Des Obligations*, núm. 535; CAMPOGRANDE, *op. cit.*

así y el fiador está obligado por el todo, entonces no puede liberarse —antes que el acreedor le reclame— pagando su parte de deuda, sino únicamente pagando el entero. Esta es cabalmente la conclusión que cabría extraer llevando a ese punto el argumento de MANRESA y DíEZ-PICAZO. Y tal conclusión nos parece inadmisibles, porque, a nuestro juicio, del artículo 1.837, 1.º, del Código se deduce claramente que el fiador se puede liberar pagando su parte de deuda. Y entonces hay que preguntarse nuevamente, ¿qué sentido tiene hablar de un beneficio de división en el artículo 1.837, 2.º?

4.^a La cuarta de las diferencias se produce en el punto de la insolvencia de uno de los fiadores frente a la reclamación del acreedor. En los regímenes en que la cofianza es una obligación solidaria con posibilidad de oposición del beneficio de división, la regla normal es que cuando el acreedor reclama el pago y se opone por los fiadores el beneficio de división, si uno de los fiadores es insolvente, entonces esa insolvencia es asumida proporcionalmente por los restantes cofiadores. Así ocurría en Derecho romano con la *fideiussio*: en virtud de la *Epistula Hadriani*, los *cofideiussores* tenían frente al acreedor un *beneficium divisionis*, en cuya virtud el acreedor venía obligado a distribuir el importe de la deuda entre los fiadores *solventes* al tiempo de la reclamación (42). Lo mismo ocurría en las *Partidas*. Por su parte, el artículo 2.026, 2.º, del Código francés que «cuando en el momento en que uno de los fiadores ha conseguido la división había insolventes, este fiador está obligado proporcionalmente por esa insolvencia; pero no se le puede reclamar por insolvencias producidas después de la división».

El artículo 1.912 del Código italiano de 1865 hacía recaer sobre el cofiador que solicitaba la división la insolvencia de otros cofiadores anterior a la petición de división, y la posterior hasta que la división no se hubiese obtenido.

Y en cuanto al Código italiano de 1942, su artículo 1.947 señalaba que «si alguno de los cofiadores era insolvente al tiempo en que otro ha hecho valer el beneficio de división, éste está obligado por tal insolvencia en proporción a su cuota, pero no responde de la insolvencia sobrevinida».

Por tanto, la regla es clara: la insolvencia de uno de los cofiadores al tiempo de la división es asumida proporcionalmente por los restantes (43).

(42) Recordemos, sin embargo, que para la *sponsio* y la *fidepromissio* la *Lex Furia* establecía la división de la deuda entre todos los fiadores, por lo que la insolvencia de uno de ellos era sufrida por el acreedor y no por los otros fiadores.

(43) PARÁ BARASI: *Teoria generale*, III, págs. 198-199, un fiador no es solvente cuando el estado de su patrimonio, en su activo, no consiente la satisfacción integral de sus deudas.

GUILLOUARD afirma que esta regla, que es antigua, tiene una fácil justificación: el beneficio de división es un favor que concede la Ley a los fiadores, y este favor no puede perjudicar al acreedor, lo que ocurriría si la insolvencia de uno de los fiadores recayera sobre él (44).

Normalmente, en estos casos, la asunción por un cofiador de la insolvencia de otro u otros tiene un tope temporal. En el Código francés ese momento es cuando se acuerda la división: *lorsque la division est pronocée*, no cuando se invoca el beneficio. La insolvencia del cofiador debe ser considerada en el primero de los momentos citados (art. 2 026). La misma solución consagraba el Código italiano de 1865 en su artículo 1.912 (45).

Por su parte, el Código italiano de 1942 ha adelantado ese momento en el artículo 1.947, 2.º, al momento de oposición del beneficio de división, en vez de al momento de obtención de la división.

En consecuencia, el cofiador es responsable de la insolvencia de otro de los fiadores hasta el momento en que fija la Ley. La insolvencia sobrevenida no afecta en absoluto a la posición de los fiadores, máxime cuando se tiene señalado (FRAGALI, GUILLOUARD) que desde el momento del beneficio de división, las deudas de los fiadores son distintas e independientes unas de otras (46).

Hasta aquí el supuesto de insolvencia del fiador ante la reclamación del acreedor en aquellos sistemas que parten de la solidaridad en la cofianza con posibilidad de admisión del beneficio de división.

¿Y qué dice al respecto nuestro Código? Lo cierto es que no tiene una norma como la de los Códigos citados, ni siquiera hace referencia expresa a la insolvencia de uno de los fiadores. Tampoco hacía referencia alguna a este tema el Anteproyecto de LAURENT, pero porque para éste estaba muy claro que partiendo de la división de la deuda entre los fiadores, la insolvencia de uno de ellos no afectaba en absoluto a la situación de los otros fiadores, cuyas deudas eran absolutamente independientes.

Y en puridad de principios, así debería ser en nuestro Código, que organiza la cofianza en el artículo 1.837, 1.º, como ya hemos señalado, bajo el principio de la parciariedad. Sin embargo, no es así: el párrafo 2.º del artículo 1.837 introduce una notable confusión, y ha llevado a un

(44) GUILLOUARD, *op. cit.*, págs. 172 y ss. Abundando en esta idea, añade FRAGALI que el acreedor tiene derecho a obtener el todo de los cofiadores, y este derecho no debe ser perjudicado por el hecho de poder realizar el beneficio de división. Toda circunstancia que disminuya la posibilidad de obtener el todo de los otros fiadores limita ese poder. *Vid.* FRAGALI, *op. cit.*, págs. 342-343.

(45) CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 428.

(46) FRAGALI, *op. cit.*, pág. 342, afirma, no obstante, que la regla de no responsabilidad por la insolvencia sobrevenida es regla atípica en materia de solidaridad, pues el artículo 1.313 hace recaer sobre los obligados solidariamente la insolvencia posterior a la división.

importante sector de la doctrina a afirmar que cuando un cofiador está en concurso o en quiebra, o no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino, entonces los restantes cofiadores asumen proporcionalmente su cuota impagada (47).

En efecto, el artículo 1.837, 2.º, dice que el beneficio de división cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el beneficio de excusión. Ya hemos criticado antes este artículo en cuanto a la inexistencia de un verdadero beneficio de división. Pero veamos ahora a qué consecuencias conduce esta norma. De entrada, hay que acudir al artículo 1.831, que es el que señala los casos en que cesa el beneficio de excusión respecto al deudor principal. Sólo los supuestos 3.º y 4.º de este artículo tienen interés, porque los otros dos no son sino estipulación de obligarse solidariamente como fiadores, razón por la que no hay excusión. Por tanto, y a nuestros efectos, el beneficio de división cesará para el fiador en los casos de quiebra o concurso de otro fiador o cuando el fiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino. De esta norma se pueden apuntar las siguientes consecuencias:

1) El Código no habla de «insolvencia» de otro fiador, sino únicamente de cesación del beneficio en dos casos concretos: quiebra o concurso e imposibilidad de demandar judicialmente al fiador dentro del Reino. Estos dos casos configuran, como es evidente, un campo de aplicación de la norma mucho más restringido que si se hubiera hablado de «insolvencia» del fiador. Pero incluso esta restricción demuestra lo criticable del artículo 1.837, 2.º En efecto, en los sistemas que admiten un «verdadero» beneficio de división, hemos visto que existen normas que obligan a los cofiadores a asumir la insolvencia de otro cofiador ante la reclamación del acreedor. La justificación, decía GUILLOUARD, era clara: el beneficio de división podía beneficiar a los cofiadores, pero nunca perjudicar al acreedor. Nosotros pensamos que con el artículo 1.837, 1.º, del Código, las vicisitudes de un fiador no deberían nunca afectar a otro: esto es, nunca debía producirse un aumento de la responsabilidad de un fiador por el hecho de que el otro fuera insolvente. Pero ya que el Código opta por el sistema contrario en el artículo 1.837, 2.º, lo que no tiene sentido es que lo limite a los casos de quiebra o concurso de un fiador, o cuando no se le pueda demandar judicialmente dentro del Reino. Y ello por una doble razón: en primer lugar, porque supuestos tan graves como los del artícu-

(47) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, cit., pág. 602; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, cit., págs. 443 y ss.; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 610; MANRESA, *op. cit.*, página 285; GUILARTE, *op. cit.*, págs. 910 y ss.; *Comentarios al Código Civil*, tomo XXIII, págs. 200 y ss.; DELGADO ECHEVARRÍA en *Elementos de Derecho Civil*, II, de LACRUZ BERDEJO, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 347 y ss.

lo 1.837, 2.º, no son tenidos en cuenta: piénsese, por ejemplo, en caso de insolvencia pública y notoria de un fiador, a pesar de no estar en quiebra o concurso; embargos preventivos contra un fiador, a pesar de no estar en concurso o quiebra; declaración de insolvencia del fiador en la jurisdicción laboral ante una reclamación de sus empleados, lo que no implica necesariamente declaración de concurso o quiebra. Pues bien, en todos estos casos, no hay alteración alguna de la situación o responsabilidad de los otros fiadores, cuando, sin embargo, parece claro que el fiador es insolvente.

Y, en segundo lugar, porque el supuesto de que el fiador no pueda ser demandado dentro del Reino es expresamente excluido por la doctrina francesa del ámbito de aplicación del artículo 2.026, ya que no se equipara ese supuesto al de insolvencia que recoge el 2.026. Señala GUILLOUARD, comentando este artículo (48), que no se puede asimilar al fiador insolvente aquel que está domiciliado en el extranjero, pero que, sin embargo, puede ser solvente por tener bienes suficientes en el país en cuestión para afrontar la reclamación del acreedor (49).

2) El Código no dice cuál es la consecuencia del artículo 1.837, 2.º: es decir, qué ocurre, en definitiva, en la relación acreedor/fiadores cuando uno de ellos está en situación de quiebra o concurso, o no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino (50). La doctrina mayoritariamente se inclina por un incremento de la responsabilidad de los otros cofiadores. Así, GUILARTE, a pesar de mostrarse específicamente crítico con el artículo 1.837, 2.º, reconoce que las consecuencias de la cesación de la división de la deuda en los casos en que proceda, se concretan en que los fiadores incursos en alguno de los supuestos del 1.831 deberán responder, además de su cuota, de la de quienes se encuentren en tal situación.

Ahora bien, señala GUILARTE, esto no implica la conversión de su obligación de garantía en obligación solidaria, por lo que, en todo caso, deberán mantenerse siempre la necesidad del acreedor de dividir la deuda

(48) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 175.

(49) Efectivamente, el problema, más que si se puede o no demandar al fiador en España, debe residir en si tiene o no bienes suficientes, porque el hecho de que no se pueda demandar judicialmente al fiador *dentro del Reino*, porque viva en el extranjero, no significa que no pueda ser demandado en este país, lo que es perfectamente posible según nuestras leyes de procedimiento, y permitirá un embargo del acreedor sobre los bienes existentes en España. De hecho el artículo 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está pensando en el embargo preventivo de bienes de quien ha dejado el país y, por tanto, «no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino», según la terminología del 1.837, 2.º.

(50) Recordemos que los Códigos francés 1865 e italiano 1942 tenían normas concretas que señalaban que la insolvencia de uno de los fiadores se traducía en un incremento de la responsabilidad de sus compañeros.

entre todos los cofiadores solventes, sin que le sea factible exigir a uno solo de ellos la totalidad de la obligación principal, ni siquiera la cuota íntegra del insolvente (51).

No obstante, el hecho de que se admita esa consecuencia, lo entendemos como una necesidad de dar un contenido al artículo 1.837, 2.º, pero esto no significa que tal solución sea admisible técnicamente. En efecto, el mismo GUILARTE afirma que, en la fórmula del Código, la alteración de la responsabilidad mancomunada de los fiadores solventes les impone el asumir la cuota del fiador o fiadores insolventes, lo que, no, está de acuerdo con la naturaleza de la obligación mancomunada que inicialmente asumieron, con las consecuencias de índole práctica y dogmática que ello representa (52). ALBALADEJO se muestra de la misma opinión cuando señala que en los casos 3.º y 4.º del artículo 1.831 no hay razón que justifique la cesación del beneficio de división, porque si los cofiadores se obligaron subsidiariamente cada uno a una parte de la obligación principal, no hay por qué hacerles después responsables de otra obligación (la subsidiaria parcial contraída por el cofiador insolvente). Ello es tanto como permitir al acreedor obtener de un deudor mancomunado simple el pago de su parte y la de otros deudores mancomunados insolventes. Y ALBALADEJO califica el precepto como «insólito» (53).

Y es que realmente la contradicción del párrafo 2.º del artículo 1.837 con el texto anterior del artículo es irresoluble. El Código pudo optar para organizar la cofianza por alguna de las tres alternativas de las que habíamos al principio de este trabajo. Pero habiendo optado tan claramente en el artículo 1.837, 1.º, por el régimen de la parciariedad o mancomunidad simple, lo que no tiene justificación es esa alteración de la responsabilidad de los fiadores, que además de ir contra los principios de la parciariedad, no tiene un apoyo legal (54).

A nuestro juicio, aparece como mucho más apropiada la regulación que a este tema da la Compilación civil de Navarra. En la Compilación, los cofiadores garantizan la deuda frente al acreedor cada uno por su parte, es decir, quedan obligados mancomunadamente, pero *cada uno es*

(51) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 910.

(52) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 909.

(53) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 445. Dice este autor que no se entiende por qué los fiadores obligados parcialmente en defecto del deudor pueden resultar obligados totalmente. Si se dice que es para garantía o seguridad del acreedor, se debe responder que éste no tiene derecho a una garantía o seguridad que no le dieron.

(54) No se puede admitir, a nuestro juicio, la opinión de MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA, para quienes el aumento de responsabilidad de los fiadores en los casos del 1.837, 2.º, se funda en el artículo 1.844, 2.º, del Código, pues este artículo está pensando en las relaciones internas entre los cofiadores, para las que establece la cobertura de la responsabilidad para la insolvencia de algún cofiador, pero no hay razón alguna para aplicar esa norma a la relación entre acreedor y fiadores.

subfiador de los otros, de modo que si no habiendo pagado el deudor, tampoco lo hizo por su parte algún cofiador, los otros habrán de cumplir en su defecto.

Esto es lo que dispone la Ley 525, 4.º, de la Compilación, según la cual «si fueren varios los fiadores y no se hubiere pactado lo contrario, tendrá el acreedor que dividir entre ellos la reclamación, pero cada uno de ellos es también fiador de los otros».

La solución de la Compilación evita el absurdo del artículo 1.837, 2.º, y, además, alcanza unos objetivos más amplios, puesto que *en cualquier caso y por cualquier causa* que el fiador no pague su cuota, los otros fiadores van a responder, en cuanto subfiadores de aquél, mientras que en el Código Civil, como hemos visto, la responsabilidad de los cofiadores sólo aumenta cuando otro cofiador se encuentre en quiebra o concurso o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino (55).

5.ª Una última diferencia puede estar en la influencia en la posición de un fiador de las vicisitudes de la relación obligatoria de otro fiador. Nos referiremos concretamente a los supuestos de nulidad o anulabilidad de la obligación de un fiador.

En aquellos sistemas que parten de la solidaridad en la cofianza con posibilidad de oposición del beneficio de división, hay que resaltar que se retiene la idea de que el acreedor tiene derecho a obtener el entero de todos los cofiadores, y que este derecho no debe ser perjudicado por el ejercicio del poder de exigir la división (56). Y desde esta perspectiva se

(55) La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1931 se plantea expresamente este supuesto y concluye que la insolvencia de uno de los fiadores no implica aumento de responsabilidad de los otros. Sin embargo, el cambio utilizado por la sentencia para llegar a esa conclusión ha sido criticado por ALBALADEJO, DELGADO ECHEVARRÍA y GUILARTE.

Así, señala esta sentencia que, debido a la limitación que establece el artículo 1.837, 1.º, «el fiador no solidario no viene obligado para con el acreedor a responder subsidiariamente, por insolvencia de un cofiador, de todo o parte de la porción de fianza correspondiente a éste, ya que no existe en el mencionado Código precepto alguno que modifique aquella regla general establecida en el citado artículo de dicho cuerpo legal, aplicable siempre que la fianza no esté comprendida en alguno de los casos en que cesa el beneficio de división». Y a continuación la sentencia dedica el segundo considerando a explicar cómo en los casos del artículo 1.831, a pesar del tenor literal del artículo 1.837, 2.º, no cesa el beneficio de división y no hay, por tanto, repercusión de la insolvencia. Dice la sentencia que en los casos de los artículos 1.831 y 1.832 no se menciona la insolvencia del fiador, sino la del deudor, «casos que podrán tener alguna semejanza, pero que no son idénticos indiscutiblemente». Por tanto, como sólo se habla de cese del beneficio de excusión por insolvencia del deudor, no es aplicable al cese del beneficio de división por insolvencia de un fiador.

Con esta interpretación lo que hace, en definitiva, la sentencia es venir a decir que el artículo 1.837, 2.º, no se aplica nunca, lo que, si bien quizá fuera deseable, no parece que pueda ser admitido con esos argumentos.

(56) Así, FRAGALÍ, *op. cit.*, pág. 338.

afirma unánimemente que en caso de que la obligación de un fiador sea nula, el acreedor prescindirá de ésta en la división de la deuda, que se operará únicamente entre los fiadores cuya obligación es exigible (57). Pretender que en la división se tenga en cuenta la cuota nula quiere decir ejercitar el derecho de reducción en perjuicio del derecho de acreedor. Además, no se puede dividir una deuda entre alguien que no está obligado por ser su obligación nula.

Si, por el contrario, la obligación del fiador es simplemente anulable, la división debe hacerse teniendo en cuenta su cuota, puesto que hasta que se declare la nulidad, la obligación es válida y surte sus efectos. Y una vez declarada la nulidad, podrá reclamar la cuota de esa obligación contra los otros fiadores. Así lo estiman GUILLOUARD, CAMPOGRANDE y FRAGALI.

Pues bien, en nuestro Derecho, partiendo del principio de separación de las deudas que establece el artículo 1.837, 1.º, no parece que la nulidad o anulabilidad de la obligación de los fiadores deba tener repercusión alguna en la situación de los otros fiadores. Así sería, desde luego, en caso de deudas parciarias, conforme al artículo 1.137. Y no conocemos opinión alguna que haya sostenido esa repercusión en caso de pluralidad de fiadores. Por tanto, si A, B, C y D son fiadores cada uno de X por 20, y la obligación de A es nula o anulable, en ningún caso podrá el acreedor exigir que la deuda total de 80 se divida entre B, C y D a partes iguales, sino que cada uno de éstos seguirá respondiendo de sus 20.

c) COFIANZA SOLIDARIA

El artículo 1.837, en su apartado 2.º, después de señalar que en caso de varios fiadores el acreedor no puede reclamar a cada uno de ellos sino la parte que le corresponda, añade: «a no ser que se haya pactado expresamente la solidaridad». En este último caso no procede división alguna, sino que el acreedor puede exigir la totalidad de la deuda a cada uno de los fiadores. Es pacto habitual en la práctica, que suele ir unido al de solidaridad con el deudor principal. Pero se ha señalado acertadamente que, teóricamente, fianza solidaria (o solidaridad del fiador o fiadores con el deudor) y cofianza solidaria (solidaridad de los fiadores entre sí) son conceptos distintos y pueden actuar por separado. Y, a nuestro juicio, es importante distinguir claramente estas dos ideas, puesto que las consecuencias que de ellas se derivan son muy distintas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1968 estudió un supuesto en el

(57) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 172; BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL: *Tratatto teorico-prattico di Diritto civile. Della fideiussione*, pág. 579; CAMPOGRANDE, *op. cit.*, página 426; LAURENT, XXVIII, núm. 230; FRAGALI, *op. cit.*, pág. 339.

que había solidaridad entre el deudor principal y los fiadores, pero no entre éstos. El caso era el siguiente: se trataba de un contrato de préstamo hecho por el actor a una persona y garantizado por dos fiadores de la siguiente forma: «Y nosotros, X y Z, nos constituimos en fiadores de los deudores, con los que nos comprometemos mancomunada y solidariamente al cumplimiento de esta obligación».

El prestamista reclamó a uno de los fiadores la totalidad de la deuda, petición que fue estimada en primera instancia, pero revocada parcialmente en la Audiencia, que condenó al fiador a pagar la mitad de lo reclamado. El Tribunal Supremo desestimó el recurso y señaló que había que aplicar el artículo 1.837 en relación con el 1.137, por lo que cada fiador debía pagar únicamente la mitad de la deuda. Dice el Tribunal Supremo que la reclamación del actor habría prosperado si además de obligarse solidariamente los fiadores con el deudor principal, se hubieran obligado solidariamente entre sí, lo que no había ocurrido en el caso, como se puede fácilmente deducir del texto de la cláusula en que se pactó la fianza.

La diferencia establecida en la sentencia entre fianza solidaria y cofianza solidaria parece clara. Habría que decir entonces que cabrían las siguientes posibilidades:

- a) Que los fiadores se obliguen solidariamente entre sí y con el deudor principal: en este supuesto, el acreedor puede reclamar indistintamente a cada uno de ellos la totalidad de la deuda.
- b) Que los fiadores se obliguen solidariamente con el deudor principal. Esta posibilidad está expresamente prevista en el artículo 1.822 del Código. En este caso, el acreedor podrá reclamar indistintamente al deudor o a los cofiadores, que al estar obligados solidariamente no podrán oponer el beneficio de excusión. Pero si el acreedor opta por reclamar a los cofiadores, tan sólo podrá reclamar su parte a cada uno de ellos, *ex* artículo 1.837. Es el caso de la sentencia.
- c) Que los cofiadores se obliguen solidariamente entre ellos, pero no con el deudor principal. Cabalmente es el supuesto al que se refiere el artículo 1.837 cuando habla de cofianza solidaria. En este caso, el acreedor podrá reclamar el todo a cada uno de los fiadores, pero éstos podrán, a su vez, oponerle el beneficio de excusión, obligándole a dirigirse primero contra los bienes del deudor principal (57 bis).

(57 bis) La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1942 admitía también la existencia de solidaridad entre los fiadores, pero no con el deudor, y

VI. EL REGIMEN DE LA COFIANZA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL. ARTICULO 1.844

Después de haber estudiado el artículo 1.837, sobre las relaciones entre acreedor y fiadores, corresponde ahora el examen del artículo 1.844, que regula las relaciones entre los propios cofiadores. Este artículo señala que:

«Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultase insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra».

El cofiador que paga su parte o la totalidad de la deuda tiene derecho de reembolso y subrogación contra el deudor principal en los términos ordinarios. La pregunta que hay que hacerse ahora es si el cofiador que paga mayor parte de lo que en principio le correspondía tiene algún recurso contra sus cofiadores. La respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa, puesto que el artículo 1.844, si bien con las limitaciones que más adelante expondremos, consagra un derecho de regreso específico en favor del cofiador que ha pagado.

a) ANTECEDENTES

Es norma entre los autores (58) afirmar que el Código, al admitir un derecho de regreso en el artículo 1.844, se aparta en este punto del Derecho romano y del Derecho histórico. Ello es posiblemente cierto para el Derecho antiguo, pero, a nuestro entender, debe tenerse en cuenta que en el Derecho romano ya la *Lex Appuleia* había establecido, para la *sponsio* y la *fideipromissio*, que si el *sponsor* o *fideipromissor* había pagado más de su porción respectiva, podía reclamar el exceso de los demás

al reclamar el acreedor como si fueran codeudores solidarios, se desestima la demanda.

(58) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 912; DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pág. 353; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pág. 602.

fiadores (58 bis). Concretamente, señalaba SCHULZ que si A, B y C eran fiadores de una deuda por 60 y A pagaba ésta totalmente, podía reclamar A 20 de B y 20 de C. En cuanto a la *fideiussio*, a la que no se aplicaba la *Lex Appuleia*, a partir del rescripto de Adriano, que permitió el beneficio de división, se reconoce que el acreedor podría ceder sus acciones al fiador que pagó: era el *beneficium cedendarum actiones*.

En el Derecho antiguo, efectivamente, no existió una acción específica de regreso: el cofiador que pagaba la totalidad de la deuda no tenía acción alguna contra los demás fiadores, y únicamente podía exigir el reintegro de lo pagado dirigiéndose contra el deudor principal. De modo excepcional, dice DÍEZ-PICAZO, el fiador podía dirigirse contra los cofiadores cuando el acreedor pagado le había proporcionado la CARTA DE LASTO, documento en cuya virtud el acreedor cedía al fiador sus acciones contra el deudor principal y contra los fiadores, tal y como señala la Ley 11 del Título XII de la Partida 5.^a

El Código Civil francés, en su artículo 2.035 (ver GUILLOUARD, página 236), establece un derecho de regreso del fiador que pagó contra los restantes cofiadores, siempre y cuando el pago se haya efectuado en alguno de los casos del artículo 2.032. TROPLONG explica que la limitación de la acción de regreso a los casos del artículo 2.032 tiene como finalidad rechazar un sistema que había sido admitido por la antigua jurisprudencia francesa consistente en admitir que el fiador podía, incluso antes de haber pagado, y cuando temiera no poder recobrar lo que pagara, obligar a sus cofiadores a contribuir con él al pago de la suma debida en común al acreedor. POTHIER ya se había mostrado contrario a esta opinión, y el artículo 2.032 del Código viene así a confirmarlo (59). El Código no habla de la repercusión entre los fiadores de la insolvencia de uno de ellos en

(58 bis) Así, GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 234, y CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 533, señalan la *Ley Appuleia* como antecedente del derecho de regreso consagrado en sus respectivos códigos. Se presumía una especie de sociedad entre los *sponsors* y *fidepromissores* de un mismo deudor, de suerte que si uno de ellos pagaba la deuda entera podía actuar contra los otros en virtud de la acción *pro socio*.

(59) La restricción del regreso a los casos del artículo 2.032 es mucho más amplia que la del Código español en el 1.844-3.º, pues se incluyen los supuestos de que el deudor se hubiera obligado a relevar de la fianza al fiador, que la deuda se hubiera hecho exigible por el transcurso del tiempo y que hubieran transcurrido más de diez años cuando la obligación no tuviera término de vencimiento.

El antiguo Derecho francés, señala POTHIER, también concedía una acción de regreso al cofiador que pagó, basada en la equidad, que no puede permitir que los otros fiadores, que estaban obligados como el que ha pagado, se aprovechen a su costa del pago que ha hecho. Añade POTHIER que esta acción no es la verdadera acción de gestión de negocios, pues el fiador que ha pagado lo ha hecho por su cuenta, sino que es una acción *útil* de gestión de negocios, pues por el pago ha gestionado los asuntos de los otros.

vía de regreso —como hace el artículo 1.844, 2.º—, pero la doctrina francesa parece firme en la admisión de tal repercusión (60).

El Código italiano de 1865 establece en su artículo 1.920 el mismo principio que el artículo 2.033 francés, autorizando el regreso en los casos del artículo 1.919, idéntico al 2.022 francés. Aunque no se recoge en el Código, se admite también la insolvencia en vía de regreso de uno de los fiadores, que es asumida a prorrata por los restantes.

Por su parte, el Código italiano de 1942, en su artículo 1.954, admite asimismo el derecho de regreso, suprimiendo toda restricción y apartándose en este punto del Código francés. Para el caso de insolvencia de uno de los cofiadores en vía de regreso, se remite expresamente al artículo 1.299, en sede de solidaridad y con un contenido igual a nuestro artículo 1.145.

En cuanto al Proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA, parece claro, como señala GUILARTE, que el artículo 1.844 tiene su precedente en el artículo 1.758 del Proyecto (con una variación intrascendente, la de sustituirse, en el primer apartado, la expresión «le quepa» por «le corresponda satisfacer»), que, a su vez, reproduce el artículo 2.033 del Código francés, limitando, sin embargo, el regreso, a diferencia de éste, a los dos supuestos que determinaba el Código holandés (61).

(60) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 240, con cita de autores como DURANTON, PONSOT, TROPLONG, PONT.

(61) GULLÓN hace especial hincapié en el hecho de que el artículo 1.844 proviene del artículo 1.758 del Proyecto de GARCÍA GOYENA para resaltar que en este Proyecto se partía del principio opuesto al del artículo 1.837, puesto que, como hemos visto, el artículo 1.750 del Proyecto establecía la solidaridad entre los cofiadores frente al acreedor, por lo cual cree este autor que el artículo 1.844 sólo puede aplicarse cuando hay solidaridad entre los fiadores y cuando el acreedor tiene derecho a exigir a cada uno de ellos la totalidad de la deuda. *Vid.* GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho Civil, Contratos en especial*, pág. 444.

Si bien coincidimos con GULLÓN en su afirmación de que el artículo 1.837 impone en realidad un beneficio de división *ex lege*, discrepamos de este autor en cuanto a su interpretación del artículo 1.844, puesto que reducir la aplicación de éste a los casos de solidaridad de fiadores significaría que en aquellos casos en que no se diera tal solidaridad no existiría diferencia alguna entre la pluralidad de fiadores y la cofianza: parece claro que cuando existe pluralidad de fiadores, constituidos por separado, de un mismo deudor, los fiadores garantizan deudas independientes y no hay un derecho de regreso en caso de que uno de ellos pague la totalidad de la deuda. Nosotros hemos defendido anteriormente que *ex* artículo 1.837 cada fiador responde de su parte independientemente de los demás. Si además se admite que el artículo 1.844 no juega sino en casos de solidaridad, se llega a la conclusión, por un lado, de que no hay diferencia entre pluralidad de fiadores y cofianza, y, por otro, de que el artículo 1.844 no tiene sentido, pues si sólo juega en casos de solidaridad, el mismo derecho de regreso y la misma cobertura de la insolvencia establece el artículo 1.145: es más, no se explicaría entonces por qué el 1.844 restringe el regreso a los supuestos de su último párrafo cuando ninguna limitación establece el 1.145.

b) LA CORRESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES: SU FUNDAMENTO

Se ha discutido en la doctrina el fundamento de la acción de regreso del fiador que pagó contra los otros cofiadores:

- a) En la teoría romana (y fuera de los casos de *sponsio* y *fideipromissio*) se negaba la existencia de tal derecho de regreso a no ser que el fiador se subrogara mediante la oportuna cesión de acciones en los derechos del acreedor: la razón de ello, se decía, era que en el contrato de fianza no contratan nada entre sí los fiadores y no se produce ninguna relación de derecho entre los mismos, sino que cada uno de los fiadores lo que se propone y lleva al contrato, como su única intención, es hacer un servicio al deudor: es decir, hacer el negocio del deudor, pero no el de los cofiadores.
- b) POTHIER, refiriéndose a esta tesis, señala (62) que el principio que establece es evidente, pero que sus consecuencias son demasiado duras. POTHIER no dice que no sean lógicas, sino que ofenden a la equidad, que es la base del derecho consuetudinario (63). La acción de regreso para este autor no nace de la fianza, puesto que el hecho de garantizar la misma deuda no crea ningún vínculo obligatorio entre los fiadores, sino que surge del pago: nace del pago que el fiador ha hecho de toda la deuda y de la *equidad*, que no permite que los cofiadores, obligados como el deudor que ha pagado, se aprovechen a sus expensas del pago que ha efectuado. Para POTHIER esta acción es una acción útil de gestión de negocios (64).

CAMPOGRANDE señala que a fin de que el *negotiorum gestor* (léase el fiador que pagó) pueda exigir del *dominus* (léase el otro o los otros cofiadores) el reembolso de lo que pagó mediante la *actio negotiorum gestorum contraria* (64 bis) es necesario:

(62) POTHIER: *Des obligations*, cit., pág. 445.

(63) De hecho la antigua jurisprudencia francesa, rechazando la tesis romanista, concedía acción de regreso al fiador que pagó.

(64) La acción útil de gestión de negocios como fundamento del regreso entre cofiadores ha sido defendida también por autores como LAURENT: *Principii di Diritto civile*, cit., XXVIII, 266; GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 238; CAMPOGRANDE, *op. cit.*, págs. 540 y ss., y en parte por TROPLONG: *Du cautionnement et des transactions*, cit., págs. 372-373; DELVITTO: *Commentario del Codice Civile*, vol. VI, página 500, califica también al fiador que pagó como un *negotiorum gestor*.

(64 bis) De la *negotiorum gestio*, observa SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, Barcelona, 1928, págs. 403 y ss., nacían dos grupos de derechos necesariamente: unos correspondían al titular del negocio gestionado (*dominus negotii*); así, podía exigir que una vez iniciada la gestión, ésta se llevara a término,

- Que entre el asunto cumplido y el del *dominus* exista una relación objetiva: circunstancia que se da en este caso en cuanto que el fiador que paga no paga una deuda a la que los otros fiadores sean extraños, sino que paga su misma deuda frente al mismo acreedor común.
- Que los gastos (léase el pago) hechos por el gestor (fiador) hayan sido útiles, al menos, en el tiempo en que se realizaron, siendo la utilidad el fundamento de cuasicontrato de gestión de negocios: también se cumple este requisito, pues el pago hecho por el fiador es útil para los otros fiadores en cuanto se trata del pago de una deuda que no habrían podido evitar pagar al acreedor, mientras que el pago del fiador les ha liberado.
- Que los gastos (el pago) no se hayan hecho *donandi causa*, lo que tampoco ocurre en este caso.
- Que el gestor haya administrado el negocio de otro (65) («aquel que voluntariamente asume un negocio de otro»..., decía el art. 1.141 del Código italiano de 1865), y éste era el punto de la controversia, puesto que se argumentaba que el fiador, pagando la deuda administra más su propio asunto (ya que paga su propia deuda) que los asuntos de los fiadores. Pero, dice CAMPOGRANDE, si esta consideración impide que al fiador le pueda corresponder una *actio negotiorum gestorum* propiamente dicha, no excluye que pueda gozar de una *actio utilis negotiorum gestorum*, fundada, como aquélla, sobre la utilidad producida por el gestor al *dominus*, consistente, en el caso concreto, en el pago de una deuda que era propia, no solamente de quien ha pagado, sino también de los otros fiadores. Parece evidente, por tanto, que los fiadores han

empleando la debida diligencia; el gestor debía rendirle cuentas y entregarle todo lo que en calidad de tal hubiese obtenido. Para la efectividad de estos derechos disponía el interesado de la acción directa de gestión de negocios.

Y en ciertos casos podría también adquirir derechos el gestor, como el de ser indemnizado por los desembolsos realizados útilmente en provecho del interesado y precisamente como su gestor. Para ello disponía el gestor de la *actio negotiorum contraria*, siempre que no hubiese obrado con ánimo de liberalidad (*donandi causa*) o en interés propio (*sui lucri causa*).

(65) Es decir, lo que en Derecho romano se llamó *animus aliena negoti gerendi*. Como dice para nuestro Derecho GARCÍA VALDECASAS, el gestor ha de obrar con la intención de sustituir al dueño, siendo el hecho de realizarse en sustitución de otro lo que revela el carácter ajeno del negocio. «La gestión de negocios ajenos», *Revista de Derecho Privado*, 1957, págs. 619 y ss. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO: «La gestión de negocios sin mandato», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, págs. 245-270; NÚÑEZ LAGOS: *Comentarios al Código Civil*, de MUCIUS SCAEVOLE, tomo 30, I.

experimentado una utilidad en el pago efectuado por el fiador, y en base a esta utilidad el *solvens* tiene una acción personal contra cada uno de los fiadores *pro rata*, consistente en la *actio utilis negotiorum gestorum*.

- c) Se sostiene que la acción de regreso entre los cofiadores no es un supuesto de subrogación. GUILLOUARD y LAURENT, respecto al Código francés, y CAMPOGRANDE, respecto al italiano de 1865, así lo afirmaban, al señalar que si el fiador que paga se subroga en los derechos de acreedor contra los fiadores, debería poder ejercitar estos derechos en los mismos límites en que podría ejercitarlos el acreedor, y, consiguientemente, debería tener, *en todo caso*, acción contra los cofiadores, mientras que con base en los artículos 2.033 y 1.920 de los citados Códigos, el regreso se admite solamente cuando el acreedor había pagado en uno de los casos de los artículos 2.032 y 1.919.

En el mismo sentido, FRAGALI, respecto al Código italiano de 1942, artículo 1.954; dice este autor que además del hecho de que tal artículo habla de regreso y no de subrogación, se encuentra el dato de que una subrogación de este género, debiendo tener por objeto los derechos que el acreedor tenía contra otros fiadores, posibilitaría que el fiador que pagó pudiera, a su vez, reclamar a los cofiadores por el todo, y, sin embargo, el regreso entre cofiadores tiene por límite la cuota o parte de cada uno de ellos (66).

- d) FRAGALI ha afirmado que el fundamento jurídico del regreso en la cofianza se encuentra en la relación subyacente a la asunción de la cofianza: el cofiador que cumple no lo hace por sí solamente, sino que también por los restantes integrantes del grupo, puesto que no existe sólo un interés del que paga, sino de todos, aunque tal interés pueda ser desigual: en consecuencia, todos deben soportar la carga del cumplimiento. El derecho de regreso no es, desde este punto de vista, sino el lado activo de una obligación que concurre a formar el contenido jurídico de la relación subyacente a la fianza (67).

(66) FRAGALI, *op. cit.*, pág. 440. Estimo que los argumentos expuestos para negar la asimilación entre acción de regreso y subrogación —que podría pensarse en nuestro Código con base en el art. 1.210, 3.º— son aplicables a nuestro Derecho, teniendo en cuenta la referencia expresa a la cuota de cada fiador que hace el 1.844, 2.º, y la limitación para el regreso del artículo 1.844, 3.º.

En el mismo sentido del texto, BAUDRY-LACANTINERIE: *Della fideiussione*, página 611; en contra, DURANTON, XVIII, n. 366.

(67) FRAGALI, *op. cit.*, pág. 445; GUILARTE, *op. cit.*, pág. 913, con citas del autor anterior.

- e) Ya en nuestro Derecho, MANRESA encuentra el fundamento de la acción de regreso en la equidad: señala este autor que el pago hecho por uno de los fiadores entraña un interés común, resultando en beneficio de todos y produciendo igualmente la liberación de todos. De ahí que todos deban concurrir al sacrificio exigido para obtener la liberación común. En las relaciones entre los diversos fiadores, la concurrencia de ellos surte el efecto de que el débito se divida entre ellos en la cuantía en que quisieron quedar obligados, como en la concurrencia de deudores se divide la obligación entre ellos, y, por consiguiente, es justo y equitativo que al fiador que ha pagado su deuda y la de los otros cofiadores le conceda la Ley el derecho de reintegro contra ellos por las respectivas cuotas (68).
- f) Por su parte, Díez-PICAZO acude a la figura del pago por tercero del artículo 1.158 para fundamentar la acción de regreso. Después de distinguir entre cofianza solidaria y mancomunada, señalando que, en el primer caso, el regreso se entiende claramente en virtud de las reglas de la solidaridad (art. 1.145), en el caso de fianza mancomunada, el fiador que paga cumple, en parte, una deuda propia y, en parte, una deuda de otros, los restantes cofiadores, deuda que queda satisfecha, en definitiva, por el acto de un tercero. Y puesto que el *solvens* es un interesado en la obligación, en el sentido del artículo 1.158, concluye este autor que la acción de reintegro del 1.844 no es más que una aplicación de la acción general de reembolso que se concede al tercero que cumple la deuda ajena cuando tiene interés en la obligación.

Hay que resaltar que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de mayo de 1973, aplicó expresamente el artículo 1.158 para fundamentar una acción de regreso entre cofiadores. El caso era el siguiente: los señores Franco y Almagro se habían convertido en fiadores de la entidad Hércules Ibérica, S. A., para el suministro de mercancías, bajo la siguiente fórmula: «Garantizamos el cumplimiento del pago de este pedido». En un primer pleito, la entidad Guzmán, S. A., presentó demanda de mayor cuantía contra Hércules Ibérica, S. A., como deudora principal, y contra los señores Franco y Almagro, como fiadores solidarios, reclamando el pago de 597.055 pesetas por mercancías suministradas y no pagadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando a Hércules Ibérica, como deudor principal,

(68) MANRESA, *op. cit.*, pág. 352; GUILARTE, *op. cit.*, pág. 913, con cita del autor anterior.

y a los señores Franco y Almagro, como fiadores solidarios, al pago de la cantidad reclamada. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó en parte, condenando a Hércules Ibérica, S. A., como deudor principal, y a los señores Franco y Almagro, como fiadores mancomunados. Recurrida en casación esta sentencia, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de abril de 1969, desestimó el recurso.

Una vez firme, se solicitó la ejecución de la sentencia, dictándose providencia en la que se acordó «se procediera al embargo de bienes de los demandados, señores Franco y Almagro, suficientes a cubrir la cantidad de 566.022 pesetas de principal y 150.000 pesetas para intereses y gastos». Se embargaron, efectivamente, bienes del señor Franco, quien poco después consignó las cantidades reclamadas. Y acto seguido, el señor Franco formuló demanda contra el señor Almagro en reclamación de la mitad de lo que había pagado, esto es, 358.011 pesetas. El demandado argumentaba que el señor Franco había consentido un embargo de bienes por la totalidad de la deuda, cuando realmente sólo le correspondía pagar la mitad de la deuda en su carácter de fiador mancomunado, por lo que la otra mitad que pagó no lo fue por él, pues no existía pacto alguno entre ambos, y ese exceso de pago resultaba hecho voluntaria y graciosamente a favor de la deudora principal, sin que fuera repercutible en él, como segundo fiador mancomunado. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, la Audiencia confirmó la sentencia y el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 14 de mayo de 1973, declaró no haber lugar al recurso (69).

Parece claro que el caso planteado en la sentencia encajaba perfectamente en el artículo 1.844. Es más, la acción de regreso estaba totalmente justificada concurriendo uno de los casos del apartado 3.º, puesto que el fiador había pagado tras haber sufrido un embargo de bienes fruto de una demanda anterior. Por tanto, quedaba excluido cualquier tipo de voluntariedad en el pago. Y, sin embargo, el Tribunal Supremo no menciona una sola vez el artículo 1.844 y aplica el artículo 1.158, que, al parecer, había

(69) No le faltaba, sin embargo, razón al demandado para afirmar que el embargo de bienes del fiador que luego pagó debería haberse practicado únicamente sobre la cuota de deuda que le correspondía, es decir, la mitad, en su condición de fiador mancomunado. Pero la culpa de ello no era del fiador, sino que la providencia acordando el embargo no especificó, como debía haber hecho, que siendo 566.022 pesetas la cantidad reclamada de principal más 150.000 pesetas de intereses y gastos, el embargo de bienes de los fiadores se debía realizar para cubrir con los bienes de cada uno la mitad de lo adeudado.

sido aplicado también en la instancia. En efecto, señala el Tribunal Supremo que no entra en juego, en este caso, para nada la naturaleza solidaria o mancomunada de la fianza prestada, cuestión que había sido objeto del pleito anterior, sino que se trata tan sólo y exclusivamente de la recuperación de un pago hecho a nombre ajeno, de aquello a que se refiere el artículo 1.158 del Código. Y afirma el Tribunal que «declarada por la sentencia firme del primer juicio la cuantía de la deuda del demandado por la fianza prestada a la sociedad Hércules Ibérica, S. A., y embargados los bienes del actor en este pleito para pagar ambas mitades, el pago efectuado por el actor ya no podía oponerse ninguna excepción relacionada con la fianza ofrecida por el demandado, pues agotadas sin efecto en el pleito anterior todas las posibilidades de oposición, no le cabía otro medio de hacerla efectiva, y en esa necesidad ineludible de pagar suplida por quien hoy reclama el importe de lo pagado por él, está representada la utilidad exigida por el segundo párrafo del artículo 1158» (70).

- g) GUILARTE piensa que el fundamento propio de la acción de regreso entre los cofiadores, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.837, 1.844 y 1.845, debe buscarse en la especial naturaleza de la cofianza que origina una relación interna entre los cofiadores, reveladora de un interés de todos ellos en la garantía prestada.

Ciertamente, en el caso de la solidaridad, el regreso es más comprensible, pero también se produce la satisfacción del interés de todos mediante el pago de uno de ellos, en la cofianza que se asumió sin tal carácter (71).

Rescapitulando, se puede observar que esta cuestión de la naturaleza jurídica o fundamento de la acción de regreso no es

(70) A nuestro juicio, y al menos en este caso, la aplicación del artículo 1.158 resulta forzada. En efecto, de los considerandos de la sentencia se desprende un interés del Tribunal en resaltar que el pago se hizo por el fiador una vez agotadas todas las posibilidades de oposición a la demanda del acreedor; es más, el fiador llegó a sufrir un embargo de bienes, con lo que el pago efectuado fue casi un pago «obligado» ante la posibilidad de la ejecución de los bienes embargados. Parece, por tanto, que la justificación al regreso fuera el que el pago se convirtió en ineludible. (Esta preocupación de que esté claro que el pago no se hizo de forma imprudente o prematura reaparece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1982, si bien para un caso distinto, pues allí el pago del fiador no encajaba en los supuestos del artículo 1.844, 3.º). Por el contrario, el pago por tercero regulado en el artículo 1.158 presupone un pago realizado voluntariamente por el tercero y con *animus solvendi*, es decir, para saldar la deuda de otro.

(71) *Op. cit.*, pág. 914; se muestra conforme con GUILARTE, DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*

ni mucho menos pacífica. No obstante, aunque se discuta sobre ello, hoy en día no hay duda de que se admite claramente tal acción de regreso, consagrada en los textos legales.

A nuestro entender, la tesis de la *actio utilis negotiorum gestorum* parte de una base discutible: la idea romana de que en la fianza no nacen obligaciones entre los cofiadores, que nada contratan entre sí. De ahí deriva POTHIER que la acción de regreso no nace de la fianza, sino del pago, y considera esta acción como una *actio utilis negotiorum gestorum*. Pensamos, por contra, que FRAGALI y GUILARTE exponen unas ideas que apuntan en una misma dirección, rebatiendo aquella idea, y es, en definitiva, la consideración de la acción de regreso como algo inherente a la propia fianza, y que no necesita buscar una explicación en otra sede.

En la cofianza, si bien es cierto que los cofiadores no contratan nada entre sí, no lo es menos que por el hecho de ser precisamente COFIANZA y no mera pluralidad de fiadores, nace un nexo especial, una relación interna entre los cofiadores, reveladora de un interés común de todos ellos en la garantía prestada. La idea de que los fiadores se obligan unitariamente en la cofianza ha sido puesta de manifiesto por ALBALADEJO (72), y GUILARTE ha resaltado que la cofianza exige asunción conjunta de una única obligación de garantía (73). Tal asunción conjunta revela la existencia de un interés o finalidad común de todos los cofiadores que permite explicar las relaciones internas que surgen entre ellos —además de las nacidas frente al acreedor principal— y fundamentalmente la acción de regreso.

c) AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS COFIADORES

El artículo 1.844 del Código otorga una acción de regreso del cofiador. «que haya pagado la deuda». Por tanto, y ante todo, la primera condición para el regreso es que se haya realizado el pago (74).

Además, el pago efectuado por el fiador debe ser un pago válido, en el sentido que haya liberado al deudor y, por tanto, también a los cofia-

(72) *Op. cit.*, pág. 442.

(73) *Op. cit.*, pág. 901.

(74) Por tanto, aun en caso de insolvencia del deudor principal, no tiene acción de regreso el fiador antes de haber pagado. Como ya hemos señalado, en el antiguo Derecho francés, por el contrario, se sostenía que en caso de insolvencia del deudor principal, el fiador antes incluso de haber pagado tenía acción contra los cofiadores, a fin de que éstos contribuyeran con él al pago de la suma que todos debían.

dores, lo que no ocurrirá si el pago ha sido nulo. Asimismo, el pago ha de ser debido, necesario. No ocurrirá así, dice CAMPOGRANDE, si el fiador ha pagado cuando el deudor no estaba aún obligado a pagar (75), ni, señala GUILARTE, cuando el pago pudo ser evitado oponiendo ciertas excepciones (76).

En este sentido, y ya directamente en cuanto al ámbito de la responsabilidad, la regla general es la consignada en el artículo 1.844, 1.º, que establece como límite común de esa responsabilidad la cuantía en que se benefició del pago el fiador obligado a reintegrar, o sea, la cantidad por la que quedó obligado según los términos de la fianza (77).

Sin embargo, hay un caso en que la Ley extingue esa responsabilidad a mayores términos: es el caso del artículo 1.844, 2.º: en el supuesto de insolvencia en vía de regreso de uno de los cofiadores, su cuota es asumida proporcionalmente por el resto de los cofiadores, incluido el que reclama. Y es ésta una norma que merece algún comentario. En la cofianza, la insolvencia de un cofiador puede jugar en dos planos: frente a la reclamación del acreedor y frente a la reclamación del cofiador que pagó en vía de regreso. En el primer caso, la regla general en los Códigos francés e italiano y en nuestro Derecho *ex* artículo 1.837, 2.º, es que tal insolvencia fuera asumida proporcionalmente por los otros cofiadores. En el segundo caso, la regla parece ser la misma también. La razón, sin embargo, es claro que es diferente en ambos casos: en el primero de ellos, porque no admitirla significaría causar un perjuicio al acreedor, que antes del juego del beneficio de división habría podido reclamar el todo a cada uno de los cofiadores; en el segundo, se trata de la relación interna de los propios cofiadores.

En los Derechos francés e italiano, la repercusión de la insolvencia de uno de los cofiadores en vía de regreso encuentra, a nuestro juicio, clara justificación en función de cómo se estructura la relación entre acreedor y cofiadores. En efecto, al margen de que se admita o no que la cofianza en esos ordenamientos es solidaria, lo que es evidente es que los cofiadores responden frente al acreedor por el todo (*ex* arts. 2.025 del Código francés, 1.911 del Código italiano de 1865 y 1.946 del Código italiano de 1942), y desde este punto de vista, la acción de regreso entre cofiadores

(75) CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 545.

(76) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 914. Aunque quizá cabría pensar, a nuestro juicio, que en este caso el fiador también podría tener acción de regreso contra los cofiadores, compitiendo a éstos, a su vez, la oposición al fiador de aquellas excepciones que éste pudo haber opuesto y no lo hizo a la reclamación del acreedor.

(77) No es necesario, sin embargo, que el fiador haya pagado la totalidad de la deuda. Si ha efectuado un pago parcial, también tendrá el fiador acción de regreso por la cuantía que exceda de su propia cuota y proporcionalmente a la cuota de cada cofiador.

está muy cercana a la del regreso entre codeudores solidarios cuando uno de ellos ha pagado el todo, como lo demuestra el hecho de que el artículo 1.954 del Código italiano, al regular este supuesto, reenvía al artículo 1.299, que en sede de solidaridad, sanciona la misma regla del artículo 1.145, 3.º, de nuestro Código.

Pero en nuestro Derecho, la relación entre acreedor y cofiadores ya hemos visto que se basa en principios distintos: *ex* artículo 1.837, 1.º, el acreedor sólo puede reclamar al cofiador la parte de deuda que le corresponde. Y según la interpretación admitida del artículo 1.837, 2.º, la insolvencia de un cofiador frente a la reclamación del acreedor sólo es asumida por los otros cofiadores cuando aquél estuviera en quiebra o concurso. Y es precisamente esta última idea la que condiciona la aplicación de la regla del artículo 1.844, 2.º (78).

Como ha señalado GUILARTE (79), la aplicación indiscriminada de esa regla puede producir consecuencias que no tienen fácil explicación. En efecto, el fiador que paga al acreedor paga por hipótesis la parte de deuda y la de los restantes cofiadores. Pero si cuando paga, uno de los cofiadores es insolvente y no se encuentra en uno de los supuestos del artículo 1.837, 2.º (concurso o quiebra o no poder ser demandado judicialmente dentro del Reino), *está pagando más de lo debido*, pues el acreedor no hubiera podido exigir que los otros cofiadores asumieran la cuota de insolvente, puesto que no se daban las circunstancias del artículo 1.837, 2.º. En ese caso, por tanto, el cofiador que pagó ha sido negligente, pues no tenía obligación de pagar la parte de insolvente y, en consecuencia, no tiene justificación que pueda exigir a los otros cofiadores la asunción de la parte proporcional de la cuota del insolvente.

Por lo demás, señala ALBALADEJO (80), el cofiador sólo tendrá acción de regreso cuando paga en alguno de los casos del artículo 1.844, 3.º. Por tanto, fuera de estos casos, al no haber regreso, no existirá tampoco posibilidad de repercusión de la insolvencia. Sin embargo, veremos más adelante cómo la jurisprudencia ha establecido una línea de interpretación diferente respecto al artículo 1.844, 3.º.

d) LA LIMITACIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO A LOS CASOS DEL ARTÍCULO 1.844, 3.º

El artículo 1.844 contempla sólo las relaciones internas de los cofiadores que tienen su origen en el pago por alguno de ellos de la totalidad

(78) Ya señalaba ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 447, que el artículo 1.844, 2.º, es incongruente con el principio de que se parte: mancomunidad, y no solidaridad.

(79) *Op. cit.*, pág. 915.

(80) *Op. cit.*, pág. 446.

de la deuda en alguno de los casos que el párrafo 3.º del mismo artículo determina. Esta limitación obliga necesariamente a plantearse dos preguntas: en primer lugar, hasta qué punto está justificada, y en segundo lugar, qué ocurre cuando un cofiador paga realmente la totalidad de la deuda fuera de los supuestos del artículo 1.844, 3.º

En cuanto a la primera cuestión, hay quizá que comenzar recordando que tal limitación se encuentra ya en el artículo 2.032 del Código francés (y 1.919 del italiano, derogado), en el que parece se inspira nuestro 1.844, 3.º, si bien limitando el regreso a los casos únicamente de pago efectuado en virtud de demanda judicial o estando el deudor principal en estado de concurso o quiebra, que era la solución que establecía el Código holandés. A su vez, la limitación del regreso a los casos del artículo 2.032 del Código francés se explicaba por la necesidad de rechazar la norma de su antiguo Derecho, en el sentido de que el fiador, en caso de insolvencia del deudor principal, y antes incluso de haber pagado, podía exigir a los otros cofiadores que contribuyeran con él al pago de la deuda (81). Con el artículo 2.032 se exige para el regreso que el fiador haya pagado, y además, que haya pagado en alguno de los casos del artículo.

Nuestros autores justifican la limitación del artículo 1.844, 3.º, por una razón de prudencia: así, dice MANRESA (82), se trata de evitar que por la mera voluntad de uno de los cofiadores pueda hacerse surgir la acción de reintegro contra los demás en perjuicio de los mismos. Como el fiador que paga tiene, en primer término, derecho a ser indemnizado por el deudor en virtud del artículo 1.838, es claro que si éste le indemniza los cofiadores quedan liberados. Por el contrario, de prescindir de dicho derecho el fiador, reclamando en primer lugar de los fiadores el oportuno reintegro, éstos no tendrían otro remedio que satisfacer sus cuotas respectivas, repitiendo después por ellas contra el deudor con los consiguientes gastos y molestias. No es aventurado asegurar, afirma este autor, que si el fiador que paga pudiera libremente utilizar uno u otro de dichos derechos, el de indemnización, por el deudor, y el de reintegro, por los cofiadores, indudablemente optaría siempre, y en todo caso, por el segundo, que le ofrece muchas más garantías de solvencia, siendo en la práctica los cofiadores los que deberían ser, a su vez, indemnizados por el deudor. Para evitar estos perjuicios, la Ley no ha podido menos, señala MANRESA, que reducir el ejercicio de ese derecho a los casos en que sea absolutamente indispensable:

(81) GUILLOUARD, *op. cit.*, pág. 236; CAMPOGRANDE, *op. cit.*, pág. 544; BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, pág. 595.

(82) MANRESA, *op. cit.*, pág. 336; en el mismo sentido, DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil español*, pág. 372, Madrid, 1959.

- 1.º Cuando el pago se ha hecho en virtud de demanda judicial, supuesto en que el pago no depende de la voluntad del fiador, por haber sido éste «constreñido».
- 2.º Cuando el deudor principal está en quiebra o concurso de acreedores, supuesto justificado, puesto que es uno de los casos *ex* artículo 1.831 en que no hay lugar al beneficio de excusión, y, por consiguiente, cuanto más demore la reclamación, mayores serán las responsabilidades que pueda exigir el acreedor por razón de intereses u otros conceptos.

Las razones que expone MANRESA no dejan de tener cierta lógica, pero la limitación del regreso exclusivamente a los casos del artículo 1.844, 3.º, parece arbitraria. Y ello por dos motivos:

- 1.º Porque hay casos en que sin darse las circunstancias del artículo 1.844, 3.º, no se puede decir que el fiador pague voluntariamente o por malicia. Así, cuando sin ser demandado judicialmente, el fiador es requerido extrajudicialmente para el pago de forma terminante: por ejemplo, mediante la carta de un Abogado exigiendo el pago bajo amenaza de presentación de demanda judicial (83). O en el ejemplo que cita GUILARTE: cofiador que, vencida la obligación principal, es requerido de pago por el acreedor, aunque no demandado judicialmente, dándose la circunstancia de haberse asumido por los cofiadores la garantía sin solidaridad entre ellos, pero con renuncia al beneficio de excusión, y siendo el deudor principal real y conocidamente insolvente, aunque no se encuentre en situación declarada de concurso o quiebra (84).
- 2.º Porque hay casos en que dándose las circunstancias del artículo 1.844, 3.º, no se cumple exactamente el espíritu de la norma, que apuntaba MANRESA (85). Piénsese en el caso del fiador que paga la totalidad de la deuda en virtud de demanda judicial (y que por hipótesis es un fiador de los del art. 1.837 y no fiador solidario). En este caso caben, a nuestro juicio, dos posibilidades:

(83) Como dice el propio MANRESA, el Código francés en su artículo 2.032 amplía la concesión del regreso a todos los casos en que el fiador hubiera sido constreñido a hacer el pago: es decir, que la falta de voluntariedad del fiador es en ellos la causa determinante del beneficio.

(84) *Op. cit.*, pág. 917.

(85) Realmente señala ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 446, ni siquiera en los casos del artículo 1.844-3.º está el fiador obligado a pagar toda la deuda.

- a) La demanda judicial era sólo por la cuota del fiador, y el fiador, sin embargo, ha pagado la totalidad de la deuda: parece claro que el exceso de su cuota lo ha pagado voluntariamente y, por tanto, parece ilógico concederle acción de regreso *ex* artículo 1.844, 3.º
- b) La demanda judicial era por toda la deuda: y el fiador ha pagado la totalidad. Pero en realidad, en base al artículo 1.837, 1.º, a ese fiador no le correspondía pagar más que su parte viril, por lo que pudo perfectamente haber excepcionado al acreedor en ese sentido. Pero no lo hizo. Piénsese, por ejemplo, en que se allanó a la demanda y pagó toda la deuda. ¿Está justificada, en este caso, la acción de regreso contra los cofiadores por la cantidad que pagó excediendo su cuota? Se nos dirá que sí, porque los cofiadores podrán luego oponerle esa misma excepción cuando el fiador que pagó les reclame. Pero si ello es así, no se entiende entonces por qué no se admite la acción de regreso en otros casos que no sean los del artículo 1.844, 3.º, con la posibilidad para los cofiadores de oponer a quien les reclama en vía de regreso las excepciones pertinentes (86).

Veamos a continuación el segundo problema al que hacíamos referencia anteriormente, es decir, qué ocurre cuando el fiador paga sin darse las circunstancias del artículo 1.844, 3.º (Hay que advertir que excluimos, lógicamente, el supuesto de carácter solidario de la cofianza, caso en el que, al margen del art. 1.844, 3.º, el fiador requerido de pago tendrá siempre que pagar la totalidad de la deuda, gozando de un derecho de regreso incuestionable frente a los cofiadores, en virtud del art. 1.145, merced a la remisión que a las normas de la solidaridad establece el artículo 1.822.)

La postura más drástica en esta cuestión la ha mantenido MANRESA, cuyos argumentos hace suyos también MUCIUS SCAEVOLA. Para estos autores, fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, el fiador que paga la totalidad de la deuda, como lo hace voluntariamente y con renuncia por su parte al beneficio de división, carecerá en absoluto de acción para recla-

(86) Así lo piensa DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*, pág. 354, para quien la protección de los cofiadores ante el pago arbitrario hecho por alguno de ellos se consigue a través de la oposición por éstos de las correspondientes excepciones a la acción de regreso, no limitando éste a los supuestos enunciados en la Ley.

En esta línea, el artículo 1.954 del Código italiano de 1942 prescinde de limitaciones en la acción de regreso entre cofiadores, alejándose así del criterio del artículo 1.919 del Código de 1865, que seguía al francés.

mar a los fiadores la parte que satisfizo por ellos o la participación con que debían contribuir al cumplimiento de la fianza; pero, en cambio, podrán dirigirse por la totalidad de lo pagado contra el deudor principal (87).

En contra de esta opinión se ha manifestado GUILARTE, para quien parece injusto y contrario a la naturaleza de la cofianza otorgar al cofiador, que pagando actuó en beneficio de todos, sólo la posibilidad de dirigirse por vía de subrogación contra el deudor principal (88).

En esta polémica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1982 ha venido a arrojar alguna luz sobre el asunto. Esta sentencia es importante, a nuestro juicio, porque se plantea exactamente el supuesto que estamos estudiando: acción de regreso del fiador que pagó contra los otros cofiadores fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, y rechaza la tesis de MANRESA de que el fiador que pagó fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, tenga sólo acción de reintegro contra el deudor principal. La cuestión planteada era la siguiente: el Banco de Santander había concedido un crédito a la Sociedad Anónima «Decoración Maral-Sistemas Blankers», crédito que había sido garantizado por seis fiadores, de los cuales cinco eran los propietarios de la Sociedad. Llegado el vencimiento del crédito éste resultó impagado, por lo que el Banco se dirigió contra el sexto fiador, don José Luis de la F. U., que era el más solvente. Este, tras intentar infructuosamente que los otros fiadores contribuyeran al pago de la deuda, pagó la suma reclamada por el Banco y posteriormente formuló demanda conjuntamente contra la Sociedad y los cinco fiadores reclamando la suma abonada por él. Es interesante destacar que el actor fundaba su acción en el hecho de haberse subrogado en los derechos que tenía el Banco como consecuencia del pago efectuado.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda, condenó a los demandados para que la Sociedad en su totalidad y los cinco demandados a prorrata reintegraran al actor la cantidad pagada, siendo preferente la primera condena y subsidiaria la segunda, con participación también del actor por la cantidad de 1/6 a su cargo.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia, y estimando en parte la demanda condenó a la Sociedad a pagar al actor la suma reclamada, absolviendo libremente a los fiadores. La absolución de éstos se debió a que la Audiencia entendió que el pago del actor no se había efectuado en alguno de los casos del artículo 1.844, 3.º, por lo que no había acción de regreso.

El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto, casó la sentencia

(87) MANRESA, *op. cit.*, pág. 338; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 658.

(88) GUILARTE, *op. cit.*, pág. 916.

de la Audiencia y dictó otra confirmando la del Juzgado de Primera Instancia (89).

El Tribunal Supremo fija claramente la razón de la norma del artículo 1.844, 3.º: ésta no es otra «que la de establecer una limitación, no del derecho del cofiador que paga, sino de su forma de ejercicio, en el sentido de que sólo un abono justificado del crédito al acreedor puede legitimar su acción de regreso contra los cofiadores, y evitar así a éstos los perjuicios consiguientes a una conducta solutoria del cofiador infundada, unilateral o caprichosa, o en el peor de los casos, maliciosa, ya que si, conforme al artículo 1.838 del Código Civil, «el fiador que pagó por el deudor debe ser indemnizado por éste», lógico resulta que el cofiador deba dirigirse, para su reembolso, primero contra el deudor principal o fiado, y luego contra los cofiadores, pues si lo hiciera previamente frente a éstos podrían verse perjudicados al verse constreñidos al pago y luego obligados a repetir contra el deudor, y de ahí que el Código sólo autorice esto en los supuestos de obrar, a su vez constreñido al pago el cofiador demandado judicialmente o en caso de insolvencia judicialmente declarada».

En este sentido es claro que el Tribunal Supremo acepta las ideas de MANRESA antes expuestas: la Ley no deja al libre arbitrio del cofiador la posibilidad de optar o dirigir su acción de reembolso hacia el deudor principal o hacia los cofiadores, sino que le obliga, a fin de dejar libres a éstos en caso de reintegro por el deudor principal, a entablar primero la acción contra éste.

Sin embargo, el Tribunal resalta la importancia del hecho de que «el requerimiento de pago al cofiador se hizo conminatoriamente por carta, y después a través de Abogado, *comunicación que evidentemente elimina la idea de capricho o voluntad unilateral*, ante su advertencia formal al verse demandado, y *que justificaba su comportamiento y acción de reintegro*». Es decir, para la sentencia, a pesar de no haberse efectuado el pago en una de las circunstancias del artículo 1.844, 3.º, está claro que el

(89) Hay que hacer una salvedad importante respecto a esta sentencia: la fianza que nos ocupa era una fianza solidaria, de forma que cuando don José Luis de la F. U. fue requerido de pago por el Banco, no tenía más remedio que pagar toda la deuda, dado su carácter de fiador solidario y la remisión que efectúa el artículo 1.822. Por ello, el tema del regreso estaría plenamente justificado en el artículo 1.145-3.º, sin necesidad de acudir al 1.844-3.º. Sin embargo, la Audiencia aplicó el artículo 1.844-3.º para liberar a los fiadores. A nuestro juicio, si el recurrente hubiera basado el recurso de casación en la violación por no aplicación del artículo 1.145, éste debía haber sido estimado. ¡Y lo hizo! Lo que ocurre es que ese motivo de casación fue el segundo y en el primero se denunciaba la aplicación indebida del artículo 1.844-3.º. El Tribunal Supremo al estimar este motivo ya no consideró los demás. Y aunque realmente la doctrina que sienta la sentencia es aplicable a nuestra hipótesis, no está de más aclarar que el caso planteado en la sentencia no es al que responde la doctrina que establece.

pago del fiador no es un pago voluntario, sino realizado por unas circunstancias objetivas que lo justifican.

Y a continuación, la sentencia establece la siguiente doctrina: «Que si la finalidad de la norma es evitar el posible perjuicio a los cofiadores ante un pago imprudente, prematuro o malicioso por parte del cofiador, y que por ello lo procedente es exigir que la acción de reintegro se dirija contra el deudor principal —a menos que el fiador pague constreñido por demanda judicial del acreedor o por insolvencia del deudor principal— y no contra los cofiadores, es claro que todas las circunstancias del caso presente autorizan a tener por cumplidos y obviados los límites y condicionamientos del artículo 1.844, porque la intencionalidad y finalidad de la norma aparece cumplida y, por tanto, innecesaria la prevención y garantía que establece, y en tal sentido, no puede serle exigido al cofiador, aquí recurrente, el haber sido antes demandado, ni justificar la insolvencia de la entidad deudora, ya que tanto ésta como los cofiadores codemandados han podido, en el proceso origen de este recurso, defenderse y oponer las pertinentes objeciones y excepciones».

Las consecuencias que, a nuestro juicio, se pueden extraer de esta sentencia serían las siguientes:

- a) El fiador, que paga la totalidad de la deuda en los casos del artículo 1.844, 3.º, puede dirigirse directamente contra los cofiadores en vía de regreso.
- b) Siendo la razón del artículo 1.844, 3.º, evitar un pago voluntario, malicioso o imprudente por parte del cofiador, si a pesar de no darse los casos del artículo 1.844, 3.º, se prueba que el pago no fue hecho de modo espontáneo y voluntario, sino de forma obligada, el cofiador puede reclamar en vía de regreso conjuntamente al deudor principal y a los cofiadores, si bien la condena de éstos será subsidiaria de la del deudor principal.
- c) En vez de «quiebra o concurso», el Tribunal autoriza el derecho de regreso en supuestos de «insolvencia judicialmente declarada», expresión mucho más amplia y lógica, y que incluye de entrada el supuesto de suspensión de pagos, así como, a nuestro juicio, la insolvencia declarada en cualquier jurisdicción.

(90) Hay, sin embargo, un punto que no está claro en la sentencia: el Tribunal Supremo dice en uno de sus considerandos que el fiador debe dirigirse primero contra el deudor principal y luego contra los cofiadores, admitiéndose sólo la acción directamente contra éstos en los casos del artículo 1.844-3.º No explica, sin embargo, el Supremo cuándo deba dirigirse primero contra el deudor principal y luego contra los cofiadores si fuera de los casos del artículo 1.844-3.º, y de los en que el pago no haya sido hecho voluntariamente, no parece que se admita la acción de regreso.

Así, pues, retomando la pregunta que nos hacíamos de si el fiador que pagó tiene acción de regreso contra los cofiadores fuera de los casos del artículo 1.844, 3.º, la respuesta parece que deba ser afirmativa, según esta sentencia, siempre que quede claro que el pago efectuado por el fiador no fue unilateral, infundado o caprichoso.

ALBERTO MANZANARES SECADES
Profesor adjunto interino
Departamento Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

El Mercado Hipotecario. en Europa

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El Mercado Hipotecario.*—III. *Sistemas existentes en Europa:* 1) Francia. 2) Alemania Federal. 3) Italia. 4) Reino Unido. 5) Dinamarca. 6) Federación hipotecaria de la CEE.—IV. *El Mercado Hipotecario y la CEE:* 1) Situación: Principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios y de libertad de circulación de capitales. 2) Operaciones hipotecarias en especial. 3) Establecimiento de un Mercado Europeo. Propuesta de Directiva de 4 de febrero de 1985.—V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCION

La primera indicación que debe realizarse en torno al tema objeto de estudio es que no existe en la actualidad un único Mercado Hipotecario europeo, en el sentido de un único Mercado de hipotecas o de títulos hipotecarios que se desarrolle en todos los Estados miembros de la CEE. Por el contrario, existen una pluralidad de Mercados Hipotecarios en Europa y dentro de la Comunidad, configurados, además, de forma distinta, por la disparidad de los regímenes existentes y sin que se haya producido una armonización a nivel comunitario.

Veremos, sin embargo, que han surgido diversas tendencias, en el seno de la CEE, para el establecimiento de un Mercado Europeo de Valores, mediante la unificación de los Mercados nacionales, que incluiría el Mercado Hipotecario. La unificación podría llegar a ser más amplia, llegándose a un Mercado europeo de capitales, que incluiría no sólo el de valores, sino también otro tipo de Mercados financieros; pero en todo caso, las propuestas de Directivas en que se plasman estas corrientes no se han incorporado a una resolución del Consejo que tenga el suficiente poder normativo.

II. EL MERCADO HIPOTECARIO

Antes de entrar a examinar el régimen existente en el Mercado Hipotecario de los principales Estados europeos y el previsto para el Mercado Común, es conveniente señalar algunas notas que delimitan el contenido de este Mercado. Para ello puede tomarse como referencia el sistema español, que, a pesar de su reciente regulación completa, no es una verdadera novedad sino sólo en su desarrollo.

El Mercado Hipotecario en España goza actualmente de una regulación detallada, que describe un campo institucional muy completo, ya que en ella se han incorporado técnicas elaboradas por sistemas financieros comparados, además de tener en cuenta las particularidades del sistema español.

Normas principales son la Ley 2/1981, de 25 de marzo, y su Reglamento de desarrollo, aunque no reciba esta denominación explícita, aprobado por el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo. Ambas disposiciones delimitan con claridad el ámbito material al que nos vamos a referir acto seguido.

Concretamente, el artículo 1 del Reglamento señala que: «El Mercado Hipotecario, regulado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, tiene por objeto la negociación de los títulos emitidos por las Entidades a que se refiere el artículo siguiente, con la cobertura de los créditos hipotecarios concedidos por las mismas, siempre que unos y otras reúnan las condiciones establecidas en este Real Decreto».

El Mercado Hipotecario es una institución ligada directamente con la financiación de la vivienda, pues surge sobre la base de préstamos hipotecarios concedidos generalmente para realizar aquella finalidad, entendiendo el término vivienda en su sentido de sector económico, de forma que comprenda tanto las actividades de adquisición de terrenos como las de construcción de edificios o mejora y rehabilitación de estrictas viviendas. Por consiguiente, para la comprensión de la esencia del Mercado Hipotecario y la delimitación de su ámbito es preciso tener en cuenta: primero, la necesidad de financiar la vivienda, que se realiza normalmente mediante préstamos con garantía hipotecaria, y segundo, la conveniencia de las Entidades concedentes de tales préstamos de movilizar sus créditos.

La movilización de los créditos se consigue, fundamentalmente, de dos formas distintas: Por una parte, mediante la transmisión de los créditos hipotecarios o «cesión de hipotecas», que se regula de forma general en España por la Ley Hipotecaria, imponiendo tradicionales y engorrosos requisitos, como son el otorgamiento de escritura pública y la inscripción

registral. Este es el sistema calificado de forma inexacta como «cesión de hipotecas» y muy utilizado en sistemas financieros del modelo anglosajón.

Pero de otra forma es posible agilizar la circulación del crédito hipotecario: mediante la utilización de títulos-valores. Recordemos, en este sentido, la posibilidad de emitir obligaciones con garantía hipotecaria, prevista por nuestra legislación desde el siglo pasado. Un paso más en el camino de facilitar la movilización de los créditos es la emisión de títulos especiales por parte de Entidades financieras especiales; se trata de los títulos hipotecarios que en nuestro ordenamiento pueden revestir la forma de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

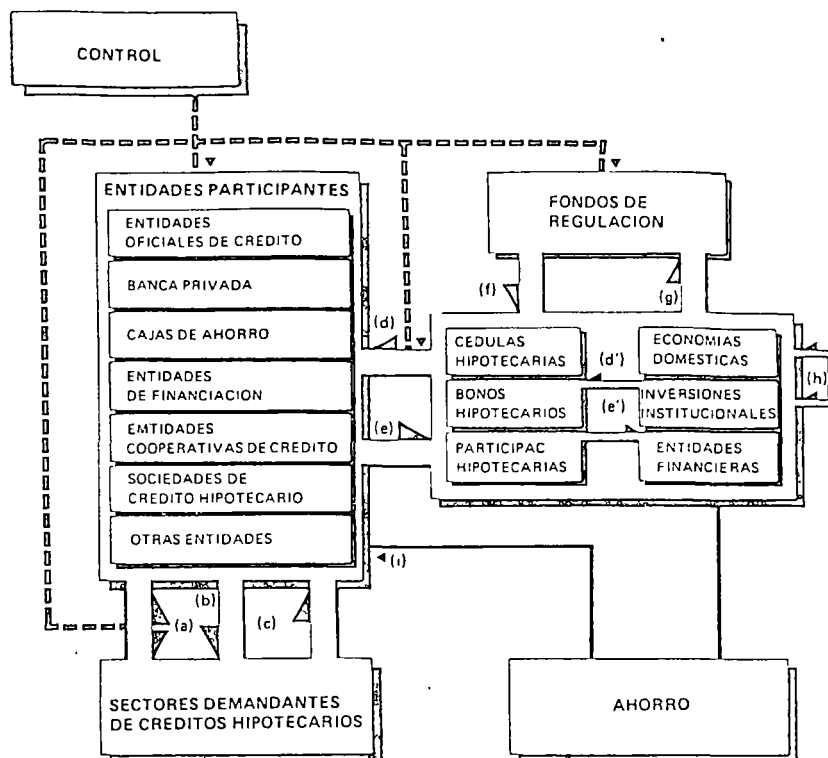
Esta variedad de títulos no se encuentra necesariamente en todos los sistemas financieros, aunque la categoría en sí, incluso en España, no constituye una verdadera innovación. En efecto, la financiación a través de títulos hipotecarios fue un descubrimiento del siglo XIX, pero su empleo se reservó al Banco Hipotecario; sólo recientemente, la nueva legislación española ha abierto a Entidades privadas el acceso a la emisión de estos títulos-valores.

El esquema I recoge el funcionamiento de un Mercado Hipotecario complejo, como es el diseñado por la legislación española, indicando el sentido de los trasvases de fondos que se producen entre los diversos sectores intervinientes en el mismo. El Mercado Hipotecario comprende en realidad varios Mercados integrados: Los sectores demandantes de créditos hipotecarios conciertan con las Entidades financieras, según su clase, las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, constituyendo el llamado «Mercado primario de hipotecas», con términos no muy afortunados, pero de uso general.

A continuación, las Entidades financieras tratan de recolectar los fondos suficientes para operar, es decir, de refinanciar sus operaciones. Estas actuaciones dan lugar a dos Mercados distintos: por una parte, el Mercado primario de emisión de títulos hipotecarios, en el que las Entidades participantes ponen en circulación cédulas, bonos o participaciones hipotecarias, que son suscritas por otras instituciones financieras o por particulares, y acto seguido el mercado secundario de títulos, constituido por las transmisiones de éstos entre los adquirentes primitivos y las Entidades o personas interesadas, con la intervención peculiar de unos fondos de regulación especializados en mantener la liquidez de los títulos hipotecarios.

En definitiva, resulta fundamental la distinción de los tres Mercados señalados: primario de hipotecas, primario de títulos hipotecarios y secundario de estos mismos; cada uno está sujeto a un régimen característico en los diferentes países a que aludiremos, tiene unos participantes distintos y también una amplitud diferente.

Esquema 1.— Flujoograma del mercado hipotecario

**MERCADO PRIMARIO DE HIPOTECAS**

- (a) Demanda de créditos
 (b) Concesión de créditos hipotecarios
 (c) Amortización e intereses de créditos

MERCADO SECUNDARIO DE HIPOTECAS**MERCADO PRIMARIO DE TITULOS**

- (d) — (d') Suscripción
 (e) — (e') Reemolso e intereses

MERCADO SECUNDARIO DE TITULOS

- (f) Compra
 (g) Venta
 (h) Compra—Venta

Nota:

- (i) Representa, aquella parte del ahorro que se canaliza hacia la concesión de préstamos hipotecarios por vías distintas a la adquisición de títulos hipotecarios, como por ejemplo ahorro vinculado, depósitos, etc.

III. SISTEMAS EXISTENTES EN EUROPA

1) FRANCIA

Pasando a examinar los sistemas de Mercado Hipotecario que existen actualmente en Europa, hemos de referirnos primeramente al sistema francés, que, como es bien conocido, ha tenido máxima influencia sobre el régimen español tradicional, aunque este antecedente ha sido superado por la vigente legislación española. También es conocida la posición dentro del sistema financiero francés del «Crédit Foncier», institución pública especializada en el crédito territorial y modelo del Banco Hipotecario de España.

Distinguiendo cada uno de los Mercados que anteriormente hemos delimitado, el Mercado primario de hipotecas francés está dividido teniendo en cuenta la modalidad de viviendas a que la financiación se destina. Existe una forma de financiación de las viviendas sociales, fundamentalmente a través del Estado; un régimen especial para viviendas de tipo medio, con utilización del Mercado Hipotecario, y otro para las de nivel superior, reducido a los cauces ordinarios de actuación de las Entidades financieras generales.

Por tanto, sólo en relación con las viviendas de tipo medio surge un verdadero Mercado Hipotecario, con la emisión de títulos-valores de carácter especial.

En Francia, además, los títulos hipotecarios a emitir sólo pueden revestir dos modalidades, equivalentes a las cédulas y a los bonos de nuestra legislación.

En cuanto a las cédulas, no pueden ser emitidas por cualquier Entidad financiera, sino sólo por el «Crédit Foncier», que, como se ha indicado, tiene naturaleza jurídico-pública. Los bonos pueden ser emitidos igualmente por el «Crédit Foncier», pero, además, por otras Entidades especializadas y rigurosamente limitadas, pues deben incluirse concretamente en una lista especial aprobada por el Gobierno.

Por otra parte, existe en el Mercado Hipotecario francés otra limitación importante, y es que no puede adquirir títulos hipotecarios cualquier persona, sino solamente las Entidades financieras, Bancos, Cajas de Ahorro, Compañías de seguros y Entidades de financiación. Ello supone que no exista un Mercado Hipotecario abierto al público, sino que se trata de un Mercado restringido y de carácter institucional; el Mercado secundario de títulos es limitado, reduciéndose a las instituciones que pueden tener en su patrimonio títulos hipotecarios.

Recientemente se ha tenido conciencia en Francia del escaso volumen de su Mercado Hipotecario, intentándose su ampliación. Para ello se han afectado a estas operaciones fondos especiales obtenidos por las Entidades financieras. Se trata de los fondos colocados en cuentas similares a las de «ahorro-vivienda» conocidas en España; una parte sustancial de los mismos debe destinarse obligatoriamente a la adquisición de títulos hipotecarios. Con esta medida se ha conseguido asegurar la colocación de los títulos, pero no desarrollar el mercado en su conjunto.

En conclusión, el sistema francés es excesivamente restringido y muy limitado, reducido a la participación del ahorro institucional, por lo que se puede esperar sea transformado en el futuro.

2) ALEMANIA FEDERAL

El sistema alemán es muy distinto al francés. Se trata también de un sistema con larga tradición, pero de mucho mayor desarrollo. Característica del Mercado primario de títulos hipotecarios alemán es que las emisiones sólo pueden realizarse por Entidades especializadas determinadas por la Ley. Aunque en las operaciones de concesión de préstamos con fines inmobiliarios intervienen una pluralidad de instituciones financieras (especialmente las Cajas de Ahorros para la Construcción, «Bausparkassen»), sólo pueden emitir títulos, de naturaleza análoga a nuestras cédulas hipotecarias, los llamados Bancos Hipotecarios y las Instituciones Oficiales de Crédito. Esta especialización ha determinado que las emisiones se produzcan de modo fluido y estén dotadas de gran seguridad.

Pero la nota más importante del sistema alemán consiste en la falta de restricciones en cuanto a los adquirentes posibles de títulos. Frente al régimen francés, en éste cualquier inversor puede adquirir títulos hipotecarios sin limitación alguna. Esto ha dado lugar a la posición relevante que el Mercado Hipotecario ocupa en el sistema financiero alemán, pues constituye un cauce muy seguro y utilizado por el inversor para colocar sus ahorros.

Las consecuencias han sido relevantes para la configuración actual del sistema bursátil alemán y, sobre todo, para el empleo del Mercado de títulos como financiación última de las operaciones de urbanización y construcción de viviendas.

Muy ligada a la apertura del Mercado de títulos a todo tipo de inversores está la existencia de un Mercado secundario muy desarrollado, hasta el punto de que más del 56 por 100 de los títulos de renta fija que se encuentran en circulación en el Mercado de valores alemán se ha calculado que son precisamente títulos hipotecarios.

Evidentemente, el Mercado alemán aparece, pues, como radicalmente distinto del francés y con unas posibilidades de expansión externa muy importantes.

3) ITALIA

El sistema italiano también remonta sus orígenes al siglo pasado. Recuérdese, por ejemplo, que cuando se reguló en España la emisión de cédulas por el Banco Hipotecario, uno de los modelos utilizados fue el de las *obligazioni fondiari*, ya consolidadas en el Mercado italiano.

En Italia existe, pues, un Mercado Hipotecario muy desarrollado. Por una parte, en el Mercado primario de hipotecas (préstamos con garantía hipotecaria) intervienen fundamentalmente instituciones financieras especializadas en el crédito territorial y, sobre todo, una Entidad pública, el Instituto Italiano de Crédito Inmobiliario, creado en 1891. En segundo lugar, el Mercado primario de títulos se encuentra representado por las citadas *obligazioni fondiari*, equivalente a las cédulas hipotecarias, que, como títulos de financiación que son, precisan para ser emitidas de una autorización especial del Banco de Italia.

Tampoco existe en este sistema ninguna limitación para los adquirentes, es decir, cualquier persona puede adquirir títulos de este tipo, por lo que se produce un amplio Mercado secundario de los mismos. Tal Mercado secundario se desarrolla en las Bolsas y su volumen de negociación es importante, a pesar de la característica debilidad del sistema bursátil italiano.

El Mercado Hipotecario italiano se muestra, por tanto, cercano al alemán y, con él, contrapuesto al francés.

4) REINO UNIDO

El Mercado inglés es radicalmente distinto a los examinados ya. En él no existe ninguna institución pública de crédito territorial, ni una regulación general para la emisión de títulos hipotecarios; tampoco se ha producido una intervención de los poderes públicos equiparable a la realizada en Estados Unidos sobre los Mercados de hipotecas.

El sistema del Reino Unido es, por tanto, muy flexible, carente de regulaciones coactivas y de funcionamiento independiente. Existe simplemente un Mercado primario de hipotecas y una posible transmisión ulterior de los créditos hipotecarios, pero sin la creación de unos títulos-valores especiales. Sólo un sector especial, el agrícola, utiliza títulos hipoteca-

rios (*debentures*), de circulación limitada. El modelo inglés debe encuadrarse, pues, en otra categoría especial.

5) DINAMARCA

El último de los sistemas vigentes en países de la CEE que vamos a exponer es el danés, el cual, a pesar de las limitaciones propias de su Estado nacional, es el más desarrollado técnicamente.

En primer lugar, el Mercado de concesión de préstamos hipotecarios corresponde a las llamadas Instituciones de Crédito Inmobiliario. También existe un Mercado de títulos hipotecarios con características particulares.

Tradicionalmente en Dinamarca el importe de los préstamos destinados a la financiación de la vivienda no se entregaba en dinero, sino en títulos hipotecarios, que el cliente debía colocar en el Mercado si pretendía realizar la inversión. Aunque este modo de operar está siendo progresivamente abandonado, ha ocasionado que el Mercado danés de títulos hipotecarios tenga una amplitud extraordinaria. Esto cabe afirmarlo especialmente del Mercado secundario, lo cual proporciona una elevada liquidez a los títulos, que se hace efectiva principalmente en la Bolsa de Copenhague.

6) FEDERACIÓN HIPOTECARIA DE LA CEE

La exposición realizada permite advertir la gran variedad de los Mercados Hipotecarios existentes dentro de la CEE, que pueden reducirse a tres modelos:

1. El sistema inglés, que no prevé la emisión generalizada de títulos hipotecarios.
2. El sistema francés, que admite la emisión de títulos especiales, pero con un Mercado restringido a instituciones financieras.
3. Los sistemas alemán, italiano y danés, cuyos Mercados Hipotecarios alcanzan gran desarrollo.

Los sistemas miembros de la CEE y algunos otros asociados a estos efectos (España y Noruega como observadores) han constituido la llamada «Federación Hipotecaria de la CEE», de la que forman parte las instituciones hipotecarias que operan en sus territorios, con vistas a armonizar los sistemas existentes y posibilitar la creación de un Mercado europeo de capitales. En definitiva, el fin propuesto es posibilitar que las Entidades de crédito hipotecario que actúan dentro de los países de la Comuni-

dad puedan prestar sus servicios de intermediación financiera en otros Estados distintos al de origen, y más importante aún, que puedan emitir títulos hipotecarios fuera de su territorio, es decir, captar ahorro externo. Evidentemente, se trata de una tarea difícil y, como veremos inmediatamente, encuentra importantes obstáculos para llegar a término.

IV. EL MERCADO HIPOTECARIO Y LA CEE

1) PRINCIPIOS GENERALES

La dispar configuración de los Mercados Hipotecarios existentes en el seno de la CEE hace difícil encontrar aspectos comunes a todos ellos, pero no cabe duda de que la actividad de las instituciones operantes en tales Mercados debe reconducirse a los principios generales rectores de la Comunidad, que se encuentran recogidos en el Tratado constitutivo (Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, de constante referencia en lo sucesivo).

Para nuestro estudio han de tenerse en cuenta los dos principios básicos de libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de las actividades financieras, y de libertad de circulación de capitales.

A. *Libertad de establecimiento y de prestación de servicios.*—Para los efectos que nos interesan en este momento, conviene aludir al artículo 58 del Tratado, que consagra el principio de libertad de establecimiento en relación con las sociedades, al establecer que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, en la aplicación del presente capítulo (capítulo 2, título III: «Derecho de establecimiento»), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Además, el concepto de sociedad empleado tiene un amplísimo contenido; todas ellas gozan de la misma libertad de establecimiento que las personas físicas. Con arreglo al artículo 52, pues, todas las restricciones a dicha libertad que recaigan sobre los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro serán suprimidas de forma progresiva durante el período transitorio.

Existe, pues, un principio general de equiparación entre nacionales y no nacionales, siempre en el ámbito comunitario y extensivo a las personas jurídicas.

El principio de libertad de establecimiento se conjuga en el Tratado con el de libertad de prestación de servicios. Se establece, también con

extensión a las personas jurídicas, la libre prestación de los mismos por las Entidades que tengan su sede en el territorio de alguno de los Estados miembros y para la realización de sus actividades fuera del territorio de este Estado. En este sentido, el artículo 59 del Tratado establece que «las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas».

Los dos principios indicados han recibido un desarrollo específico para las Entidades financieras, en la fundamental Directiva 77/780, de 12 de diciembre de 1977.

Parte esta Directiva del principio general de libertad, al señalar que «todo trato discriminatorio en relación con el establecimiento queda absolutamente prohibido».

No cabe duda de que en la esfera de aplicación de los principios de libertad, a que nos referimos, se encuentra la actividad especial de intermediación financiera que desarrollan las Entidades hipotecarias. La citada Directiva 77/780, al aplicarse a cuantos establecimientos realicen una actividad que consista en recoger del público fondos bajo forma de depósito u otras (como emisiones de obligaciones y otros títulos) y a la concesión de créditos (más correctamente préstamos) por cuenta propia, incluye, sin duda, las Entidades que operan en los Mercados Hipotecarios.

Sin embargo, es importante señalar que los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios encuentran una restricción importante cuando inciden sobre la circulación de capitales entre Estados miembros. En efecto, el artículo 60 del Tratado califica las actividades consideradas servicios, pero sólo «en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». Esto supone que el régimen de libertad relativo a los servicios, en cuanto afecte a la circulación de capitales, queda absorbido por la regulación de esta última materia. Y dado que los Mercados Hipotecarios forman parte de los sistemas financieros de los Estados miembros, es fácil comprender que cualquier extensión de sus operaciones al territorio de otros Estados entrañará un trasvase de fondos, un movimiento de capitales.

B. *Libre circulación de capitales.*—La exposición anterior evidencia que el estudio de este principio constituye la base para configurar el régimen de las relaciones financieras comunitarias y, por tanto, de la situación de los Mercados Hipotecarios en la CEE.

El principio de libre circulación de capitales se establece en los artículos 67 y siguientes del Tratado (capítulo 4, título III), caracterizándose por no formularse en términos absolutos, sino dejando abierta la imposición de restricciones.

Los términos del Tratado son expresivos, en este sentido. El citado artículo 67 comienza señalando: «Los Estados miembros suprimirán progresivamente y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común las restricciones a los movimientos de capitales...». No se trata, por tanto, de imponer una liberalización absoluta, sino sólo en cuanto lo exija el desarrollo de la Comunidad. El siguiente artículo 68 confirma este criterio, pues «los Estados miembros concederán con la mayor liberalidad posible, respecto de las materias a que se hace referencia en el presente capítulo, autorización de cambio», pero añade: «en la medida en que éstas sean aún necesarias después de la entrada en vigor del presente Tratado». Es decir, que incluso después de la plena vigencia del Tratado constitutivo, se prevé y admite la posible subsistencia de autorizaciones de cambio, sin que sea total la liberalización en materia de circulación de capitales.

El resto de la regulación del Tratado intenta introducir criterios armonizadores de la actuación futura de los Estados miembros, mediante una coordinación progresiva de las políticas de cambio (art. 70) y con el principio *stand still*, que veda la introducción de restricciones nuevas (art. 71).

Pero hasta los esbozos de liberalización establecidos por el Tratado pueden verse afectados por las medidas que adopten los Estados miembros en aplicación de previsiones contenidas en el mismo Tratado. Esto puede ocurrir cuando se produzcan perturbaciones en el funcionamiento del Mercado de capitales de algún Estado, pues el artículo 73 le permite adoptar medidas de protección. Es cierto que previamente habrá de ser elevada la propuesta a la Comisión para que la medida sea autorizada, pero además de poder evitarse el trámite en casos de urgencia, ya evidenciaría la debilidad del principio de libertad.

Tampoco acaban aquí las posibles limitaciones, pues los artículos 108 y 109 del Tratado contemplan también la posibilidad de establecerse cortapisas a la circulación de capitales cuando existan dificultades o amenaza grave de ellas para la balanza de pagos de un Estado miembro o surja una crisis súbita en este campo (adopción de medidas de salvaguardia).

En conclusión, el principio de libre circulación de capitales, tal como se establece por el Tratado, es templado, se impone con grandes cautelas y está sujeto a importantes restricciones. Debe acudir a las disposiciones del Derecho derivado y a la aplicación concreta de los preceptos reguladores para determinar hasta dónde llega la liberalización en esta materia.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades, en una sentencia que no agotó este tema, por afectarle sólo parcialmente, señaló ya los criterios que, a su juicio, informan la regulación del Tratado. Se trata de la Sentencia de 11 de noviembre de 1981, dictada en el asunto Casati. plantea-

do sobre ciertas disposiciones italianas que entrañaban una restricción a la circulación de capitales. En ella señala el Tribunal que en aquellos campos en que el Tratado no establece la liberalización y las Directivas de desarrollo no la han introducido, los Estados miembros pueden aplicar cualquier tipo de restricciones.

Por otra parte, debemos recordar que incluso en el ámbito liberalizado la Comunidad puede autorizar el establecimiento de restricciones y esta previsión viene teniendo un uso constante. Francia, Italia, Dinamarca, Irlanda, el Reino Unido y Grecia (todavía en período transitorio) han utilizado este régimen especial, manteniendo restricciones a la libertad de cambios.

En el ordenamiento comunitario la circulación de capitales se encuentra regulada actualmente en dos Directivas (en realidad una sola, modificada parcialmente por otra posterior) ya antiguas, dictadas en los primeros tiempos de funcionamiento del Mercado Común. Se trata de las Directivas de 11 de mayo de 1960 y 63/21, de 18 de diciembre de 1962, ampliando el alcance de la anterior, dictadas como puesta en aplicación del artículo 67 del Tratado. Estas Directivas clasifican los movimientos de capitales en cuatro grupos (listas), de mayor a menor grado de liberalización.

El primer grupo (lista A) recoge operaciones liberalizadas, pero que requieren una autoridad particular de carácter administrativo que debe otorgarse forzosamente por los Estados miembros caso por caso. Por tanto, se trata de una verificación aplicable a inversiones directas, salvo algunas puramente financieras, inversiones mobiliarias y movimientos de capitales de carácter personal entre los Estados, por ejemplo.

El segundo grupo (lista B) comprende los movimientos de capitales también liberalizados mediante una autorización general dictada por las autoridades competentes de los Estados miembros. Están sujetas a este régimen las inversiones sobre títulos-valores que cotizan en Bolsa, principalmente; tanto las inversiones de no residentes sobre títulos nacionales cotizados, como las de residentes sobre títulos emitidos por Entidades extranjeras y sometidos a cotización bursátil.

El tercer grupo (lista C) recibe un régimen de liberalización condicional. En este caso, el régimen de libertad sólo se concede cuando los movimientos de capitales no obstaculicen la realización de los objetivos de la política económica de un Estado miembro. En caso contrario, el Estado afectado podrá mantener o restablecer las restricciones de cambio. Dentro de este grupo se incluyen, por ejemplo, la emisión y colocación de títulos de una empresa nacional en Mercados extranjeros de capitales, las

operaciones inversas a la anterior y las transmisiones de títulos-valores que no sean cotizados en Bolsa.

Por último, el cuarto grupo (lista D) contiene una relación de inversiones que no se encuentran liberalizadas por disposiciones comunitarias. Se trata de las inversiones en Mercado monetario y de las transacciones financieras a corto plazo, incluyéndose la celebración o reembolso de préstamos y créditos no ligados a transacciones comerciales o prestaciones de servicios.

Las Directivas limitan su aplicación a los movimientos de capitales expresamente determinados en ellas, de modo que cualquiera otra modalidad no encajable en sus previsiones queda excluida de todo tipo de liberalización, pues, como antes se ha indicado, la proclamación general del principio de libre circulación de capitales carece de efecto directo.

2) LAS OPERACIONES HIPOTECARIAS EN ESPECIAL

Sobre la base de la regulación descrita anteriormente, procede ahora centrar nuestra atención sobre las operaciones concretas en que se desarrollan los Mercados Hipotecarios, a fin de determinar el grado en que puedan gozar del régimen de liberalización dentro del ámbito territorial de la CEE.

El tema debe plantearse, en primer lugar, sobre la posibilidad de otorgarse préstamos hipotecarios cuando existan elementos de la relación jurídica situados en distintos Estados miembros, especialmente cuando la garantía hipotecaria recae sobre un inmueble situado en el territorio de otro Estado.

El cotejo de los distintos apartados de las Directivas aplicables lleva a concluir:

- 1.º Que esta operación no puede calificarse de inversión inmobiliaria al ser imposible su asimilación al concepto expreso en la Directiva de 1960 (anexo 2, Notas explicativas).
- 2.º Que tampoco son aplicables las reglas previstas para las operaciones de préstamos o crédito, ya que en ningún caso se contempla la posible existencia de una garantía hipotecaria.
- 3.º Que no se establece un régimen especial para las hipotecas o las garantías reales en general, por lo que debe estimarse que la operación está situada en el ámbito excluido de liberalización.

Esto supone que el otorgamiento de préstamos con garantía hipotecaria sobre inmuebles situados fuera del territorio del Estado miembro de que se trate, está sujeto a todas las restricciones que establezca el Estado

de la Entidad prestamista y también a las que aplique el Estado de situación del bien inmueble que se hipoteque.

En relación con el Mercado primario de títulos hipotecarios sí existe una previsión en las Directivas. Concretamente, el tercero de los grupos de operaciones examinados (lista C) prevé la emisión de títulos por las empresas nacionales en Mercados extranjeros y viceversa; pero se trata de un supuesto de liberalización condicionada. Por tanto, las emisiones estarán sujetas al posible establecimiento de restricciones fundadas en razones de política económica por los Estados miembros.

Finalmente, en el desenvolvimiento del Mercado secundario de títulos hipotecarios resulta esencial determinar su régimen bursátil. Si los títulos de que se trate están sometidos a cotización oficial en Bolsa, les será aplicable el régimen de liberalización con autorización general (lista B). Pero si los títulos en cuestión no son cotizables en Bolsa, su régimen será sólo de liberalización condicional y sujeto, por tanto, a restricciones.

En materia de negociación bursátil, cabe señalar que existe ya en la Comunidad un ordenamiento muy elaborado para la armonización de ciertos aspectos de los Mercados de valores existentes en los Estados miembros. Tres Directivas fundamentales se refieren a esta materia: 79/279, de 5 de marzo de 1979, sobre condiciones para la admisión a cotización oficial; 80/390, de 17 de marzo de 1980, reguladora del folleto de emisión, y 82/121, de 15 de febrero de 1982, sobre información periódica a proporcionar las Entidades cuyos títulos sean cotizados.

Además, debe recordarse la recomendación de la Comisión 77/534, de 25 de julio de 1977, que aprobó el Código de conducta europeo y, con las Directivas, constituye el embrión de un posible Mercado europeo de valores (que incluiría los títulos hipotecarios, claro está).

3) ESTABLECIMIENTO DE UN MERCADO EUROPEO. TENDENCIAS

El establecimiento de un Mercado de capitales a nivel europeo, ya creando un nuevo Mercado supranacional o armonizando y unificando los nacionales, es una aspiración que se renueva periódicamente en el seno de la CEE. Varios informes encargados por la Comisión se han pronunciado en el sentido de entenderlo necesario para el mismo desarrollo del Mercado Común, como los informes Segré, de 1966, y Werner, de 1971.

Sin embargo, obstáculos de importancia dificultan el logro de este propósito. Por ejemplo, es notable la resistencia de los Estados miembros a ceder una parte importante de su soberanía en materia económica, lo que ocurriría si tuviesen que subordinar su actuación a las medidas generales de la Comunidad. También han de considerarse los intereses

financieros extracomunitarios, que, mientras la CEE carece de un Mercado de capitales controlado, han propiciado el desarrollo de un Mercado europeo de títulos (eurodólares primero, ahora eurodivisas) floreciente y exento de trabas. Y, finalmente, no pueden omitirse las consideraciones de índole fiscal, pues el Mercado europeo requiere una previa armonización y simplificación de los procedimientos fiscales, que están proporcionando sustanciosos recursos a los Estados miembros.

Haciendo frente a estas dificultades, la Comisión realiza una labor constante poniendo de manifiesto las ventajas de todo tipo de alcanzar un auténtico Mercado europeo; para ello eleva con frecuencia al Consejo «memorándum», informes y propuestas normativas, que son debidamente publicados.

Concretamente, con fecha 18 de abril de 1983, la Comisión elevó un «memorándum» sobre integración financiera, que se refiere, entre otros aspectos, al Mercado de títulos hipotecarios. Después de lamentar la falta de progreso en este campo luego de veinticinco años de funcionamiento del Mercado Común, se destaca la necesidad de adoptar acciones importantes en relación con el crédito hipotecario eliminando trabas administrativas que dificultan su desarrollo. La medida propuesta consistía en permitir a las Entidades hipotecarias la emisión de sus títulos característicos (obligaciones hipotecarias) en Estados miembros distintos al de origen y utilizar los fondos obtenidos en la concesión de préstamos hipotecarios en el mismo Estado miembro.

Esta recomendación de la Comisión se ha plasmado recientemente y de forma más completa en la propuesta de Directiva de 4 de febrero de 1985, sobre libertad de establecimiento y prestación de servicios en el campo de crédito hipotecario. Como puede observarse, ha tratado la Comisión de soslayar las dificultades ligadas a la libre circulación de capitales derivando su propuesta de los otros principios menos conflictivos.

La propuesta, en su preámbulo, expone con toda claridad las dificultades actuales que impiden el desarrollo de un Mercado Hipotecario a nivel de la Comunidad y su parte dispositiva resulta extremadamente cautelosa, previendo restricciones y garantías, tanto para el Estado miembro donde radique la Entidad de crédito hipotecario como para aquel en cuyo territorio se concedan los préstamos hipotecarios o se emitan los títulos. Esta circunstancia permite abrigar esperanzas sobre la futura aprobación de la Directiva.

La citada propuesta constituye la medida más específica elaborada hasta el momento por la CEE respecto a los Mercados Hipotecarios, por

lo que, a pesar de encontrarse en sus inicios el proceso de aprobación, debemos dedicarla una atención especial.

La Directiva se aplicará a los establecimientos de crédito hipotecario, definidos como aquellos que tengan por objeto reunir fondos en forma de depósitos o por emisión de obligaciones hipotecarias u otro tipo de títulos y conceder préstamos garantizados por hipotecas inmobiliarias. Para el desarrollo del principio de libertad de realización de estas actividades se distinguen claramente los dos tipos de operaciones siguientes:

1. Operaciones activas, es decir, otorgamiento de préstamos con garantía hipotecaria, que se autorizarán por los Estados miembros cuando graven bienes inmuebles situados en otro Estado miembro. Además, la Entidad de crédito podrá aplicar las técnicas vigentes en su Estado de origen.
2. Operaciones pasivas o de recolección de fondos. Los establecimientos que tengan su sede en un Estado miembro podrán captar fondos y refinanciar sus operaciones en el territorio de otro Estado miembro, aplicando las técnicas financieras vigentes en su Estado de origen.

En definitiva, la propuesta de Directiva abre la posibilidad de conceder préstamos fuera del territorio de origen y con garantía hipotecaria, así como emitir títulos hipotecarios fuera del Estado miembro de origen, modificando sustancialmente el régimen vigente.

De forma complementaria, la propuesta trata de garantizar debidamente los intereses de los Estados miembros con el fin de superar reticencias frente a la liberalización que se introduce. Estas garantías afectan tanto al Estado de origen de la Entidad financiera actuante como al Estado en que las operaciones hipotecarias vayan a realizarse. En favor de este último se configura la facultad de exigir que las emisiones de títulos hipotecarios se acomoden a sus disposiciones y que se realicen utilizando su propia moneda. En este punto, la propuesta intenta también promover el empleo del ECU (unidad de cuenta europea), de acuerdo con el propósito de configurarlo como principal instrumento financiero de la Comunidad, ya que, en todo caso, la Entidad emisora podrá imponer la emisión realizada con esta denominación.

Por su parte, el Estado de origen queda tutelado al permitirse la imposición de un límite cuantitativo transitorio a las operaciones hipotecarias que se realicen por las Entidades en él radicadas en otro Estado miembro.

No son tampoco ajenas a la propuesta las limitaciones instrumentadas en medidas de control administrativo, ejercitables por cualquiera de los

Estados miembros afectados. En efecto, las Entidades financieras actuarán sometidas a las autoridades del Estado de origen y también a las del Estado en que actúen, debiendo cumplir, respecto de ambas obligaciones especiales de información, notificaciones y autorizaciones.

Por todo ello, la propuesta de Directiva presentada, con sus limitaciones, tiene posibilidades de llegar a convertirse en el inicio de un Mercado Hipotecario a escala europea.

V. CONCLUSION

No se puede terminar esta exposición sin hacer una breve referencia a las perspectivas que la integración de España en la Comunidad tiene sobre el Mercado Hipotecario, especialmente el español.

En primer lugar, parece claro que al no existir en la actualidad prácticamente ninguna liberalización en este ámbito, ni disposiciones armonizadoras de las legislaciones de los Estados miembros, la incorporación española no va a afectar al Mercado Hipotecario, que se mantendrá restringido a sus actuales límites territoriales.

Por otra parte, si se llegase a aprobar la propuesta de Directiva de 1985, antes examinada, el Mercado Hipotecario español ha alcanzado, desde 1982, el suficiente desarrollo como para confrontarse con éxito con los sistemas vigentes en los demás Estados miembros y superar la competencia externa.

Sin embargo, resulta más difícil pronosticar que el sistema español vaya a superar nuestras fronteras y competir en otros Estados miembros con sistemas hipotecarios más tradicionales y desarrollados. Debe más bien esperarse que la configuración y desarrollo actuales del mercado español sirva simplemente para evitar la ocupación de esta parte del sistema financiero por Entidades radicadas en otros Estados miembros.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Los estudios sobre Mercado Hipotecario son escasos en España, sobre todo por lo reciente del desarrollo de este Mercado financiero; no obstante, la existencia de algún trabajo completo sobre esta materia permite cumplir, en este ámbito, el propósito de limitar las referencias al material publicado en España y sólo excepcionalmente a obras extranjeras fáciles de encontrar en nuestro país.

El estudio monográfico más completo sobre el Mercado Hipotecario, en sus diversos aspectos, es el Suplemento núm. 1 sobre el Sistema financiero de *Papeles de Economía Española*, con el título de Mercado Hipotecario. De los trabajos en él contenidos merece destacarse el de J. J. DURÁN HERRERA y A. SANTILLANA DEL

BARRIO, *Configuración del Mercado Hipotecario español*, del que se ha tomado el «Esquema 1: Flujograma del Mercado Hipotecario», inserto en el texto que precede.

Las distintas vías utilizables para la movilización de los créditos, antes de la Ley del Mercado Hipotecario, se tratan con detalle en el trabajo de L. SANCHO MENDIZÁBAL, «La movilización de los créditos: Aspectos jurídicos», en *Información Comercial Española*, núm. 548, págs. 164 y ss.

En relación ya con la CEE, una panorámica general sobre el desarrollo de los diversos principios puede verse en *L'Europe aujourd'hui - Etat de l'intégration européenne*, publicado por la Comisión en 1984.

La libertad de establecimiento de personas jurídicas se examina por L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA en «La libertad de establecimiento de sociedades y demás personas jurídicas en la CEE», *Documentación Administrativa*, núm. 185, pág. 575.

Más importancia para este trabajo tiene el principio de libre circulación de capitales, sobre el cual pueden consultarse: «Libre circulación de capitales en la CEE», de A. SÁNCHEZ-BELLA Y CARSWELL, en la misma revista, pág. 631; «La integración española en la CEE: Repercusiones sobre el sistema financiero y el mercado de valores», por D. AZQUETA OYARZUN, *Revista de Instituciones Europeas*, 1982, pág. 509; «La libertad de circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea y la adhesión de España a las Comunidades Europeas, de A. ORTIZ-ARCE, en dicha revista, 1984, pág. 719; y, recientemente, «La aplicación en España de la libertad de circulación de capitales», por A. BOIXAREU CARRERA, en *Documentación Administrativa*, núm. 201, pág. 473. No debe olvidarse tampoco el trabajo pionero de L. R. ROJO y G. GIL: *España y la CEE. Aspectos monetarios y financieros*, publicado por el Banco de España en 1978.

Evidentemente la consulta directa de las Directivas comunitarias resulta imprescindible. Pueden encontrarse en el *Dictionnaire du Marché Commun*, cuya voz «Capitaux» está puesta al día hasta finales de 1983, o bien en el *Diario Oficial de las Comunidades*, como se indica a continuación: Directiva 77/780, establecimientos de créditos (J.O.C., núm. L 322/30); Directivas de 11 de mayo de 1960 (J.O.C., núm. 43, de 1960, pág. 921) y 63/12, sobre circulación de capitales (J.O.C., número 9, de 1963, pág. 62); Directivas sobre Bolsa, 79/279 (J.O.C., núm. L 66/2), 80/390 (J.O.C., núm. L 100/1), 82/121 (J.O.C., núm. L 48/26) y Código de conducta, recomendación 77/534 (J.O.C., núm. L 212/37).

El informe sobre integración financiera presentado por la Comisión el 18 de abril de 1983 ha sido publicado en España por la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 13, 1984, pág. 147.

Finalmente, la propuesta de Directiva sobre crédito hipotecario, presentada en 4 de febrero de 1985, fue publicada en el J.O.C., núm. C 42/4.

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
Abogado del Estado

DICTAMENES Y NOTAS

Las unidades mínimas de cultivo ante el Tribunal Supremo

I. DOS FALLOS DISTINTOS

Que nosotros sepamos, sólo hay hasta la fecha dos sentencias del Tribunal Supremo que se refieran a esta materia; por cierto, bastante diferentes. En efecto, si en la de 10 de mayo de 1980 se nos venía a decir que no hay posibilidad de aplicar la legislación de unidades mínimas de cultivo por no existir las necesarias normas complementarias, ya que fueron derogadas en 1973 por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Sentencia más reciente de 10 de marzo de 1986 parte de la idea contraria y las declara vigentes y efectivas.

Ante esta situación no cabría hablar de jurisprudencia, ya que para que ésta exista se requieren varias sentencias idénticas y uniformes, como todos sabemos, según ha proclamado el propio Tribunal Supremo y se establece en el número 6 del artículo 1 del Código Civil.

Aquí tenemos dos sentencias que ante supuestos diversos, o más bien con distintos enfoques, desembocan en soluciones opuestas. ¿Cuál de ellas será la acertada? Para mejor explicar por qué nos parece más ajustada a Derecho la interpretación legal de la última sentencia al afirmar la efectividad de la normativa protectora de las unidades de cultivo, trataremos de estudiar sus diversos aspectos.

El tema es de sumo interés práctico por sus posibilidades de aplicación frecuente, tanto en la defensa de fincas realmente rústicas como en la invasión de urbanizaciones anormales. Para mejor centrar la cuestión será preferible exponer primero un esquema de la normativa discutida, y una vez conocido su confuso entramado entraremos en el examen de las sentencias citadas.

II. NORMAS SOBRE UNIDADES DE CULTIVO

1. *Ley de 15 de julio de 1954.*—Resaltando en su preámbulo la gravedad del problema de la fragmentación y dispersión de la propiedad rústica, definía en su artículo 1.º las unidades mínimas de cultivo como aquellas cuya extensión en secano sea la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto a las de regadío o situadas en zonas pluviosas, su límite mínimo sería el equivalente al señalado para el huerto familiar. En el artículo 2.º se prescribía la indivisibilidad de las fincas que no alcanzasen tal medida, salvo excepciones determinadas, y en el 3.º se establecía la posible adquisición de los colindantes caso de violarse la indivisibilidad señalada.

2. *Disposiciones complementarias fijadoras de la superficie.*—Son dos, que conviene retener y resaltar, por ser las discutidas en las sentencias que estudiamos:

a) *Decreto de 25 de marzo de 1955*, por el que se regulaban los máximos y mínimos entre los cuales se habrían de fijar después las unidades por los órganos y mediante los trámites que se determinan.

b) *Orden del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1958*, por la que se señalaron, ya en concreto, por provincias y cada uno de sus municipios, las superficies de la unidad mínima de cultivo, tanto para el secano como para el regadío.

3. *Decreto de 22 de septiembre de 1955.*—Desarrollando la Ley de 1954, establece en su artículo 2.º que los Notarios y Registradores de la Propiedad, al autorizar o inscribir documentos en los que se realicen segregaciones o divisiones que den lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, harán constar en el título y en la inscripción el derecho de adquisición que asiste a los colindantes.

4. *Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962*, la cual, con respecto a las fincas concentradas, regulaba la materia en sus artículos 72 a 76, sancionando con la nulidad total y absoluta los actos y contratos que den lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo establecida. En el artículo 73 se ordenaba a los Tribunales, autoridades y funcionarios que se abstuvieran de reconocer efectos a tales actos o contratos, prohibiendo expresamente a los Notarios la autorización de documentos que pudieran contener tales divisiones. La norma, recogida de

redacciones anteriores de la misma Ley, trataba de proteger de modo rotundo los resultados de la concentración con unas medidas que consideramos plenamente justificadas por tratarse de una mejora cuya conservación es ineludible, en lo físico y en lo jurídico.

5. *Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.*— Tiene su origen en la Ley constitutiva del Instituto correspondiente, en la que se dispuso la ordenación y sistematización en un único texto legal de varias Leyes que se relacionan (entre ellas la de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 y la de Concentración Parcelaria de 1962) y de «cualesquiera otras de carácter general y de igual rango relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria». La materia de unidades de cultivo se recoge en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en sus artículos 43 a 48. En ellos se establece que por Decreto se señalará y revisará la extensión de la unidad mínima de cultivo, no siendo válida toda segregación o división inferior; pero no hay nulidad absoluta y el efecto de contravenir la indivisibilidad será el derecho de adquisición de los colindantes por precio justo y en plazo de cinco años.

De esta regulación deben resaltarse dos ideas de gran importancia:

- 1.^a La disposición derogatoria de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se extiende exclusivamente a aquellas normas referentes a estructuras agrarias de carácter general y *con rango de Ley*, por lo que deben entenderse vigentes las complementarias de rango inferior, y entre ellas las que fijaban las superficies mínimas.
- 2.^a En la nueva Ley no hay distinción entre fincas concentradas y no concentradas, aplicando a todas el mismo régimen. En otros lugares hemos criticado esta extraña concepción legal que ha suprimido los preceptos de especial defensa de las fincas concentradas sin justificación alguna. Se trataba de una norma efficacísima contra las maquinaciones de los zurupetos y había ganado carta de naturaleza entre los hombres del campo, que la veían como defensa y no como limitación. Y decimos que es injustificada desde el punto de vista legal porque la Disposición Adicional 4.^a de la Ley creadora del Instituto de 1971, que autorizaba la ordenación y sistematización en un único texto legal, lo hacía bajo las condiciones expresas de «respetar el contenido sustancial de la normativa hasta ahora vigente» y, sobre todo, la de que «no podrán introducirse en el mismo modificaciones o *supresiones de normas vigentes* más que en la medida necesaria para lograr la máxima claridad, sencillez y armonía del sistema». Es incompre-

sible la omisión en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de los artículos 72 a 74 de la Ley de Concentración Parcelaria y pensamos que se han rebasado los límites de la autorización concedida. Ya está visto que no se respetó el contenido sustancial de la Ley existente, suprimiendo sin justificación unas normas que tan principalmente defendían la conservación de esta mejora.

6. *Normas autonómicas.*—La Constitución vigente, en su artículo 148, atribuye a las regiones autónomas la competencia sobre materia de agricultura. Sus respectivos Estatutos así lo afirman; ya se ha hecho por la Administración Central la transferencia de funciones y las Comunidades las han asumido, según puede verse en las páginas del *Boletín Oficial del Estado*. Es lógico que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Instrucción de 16 de julio de 1984, indique que en materia de ordenación del territorio rigen en primer lugar las normas que, en su caso, emanen de las Comunidades Autónomas y después la legislación estatal a título supletorio; con arreglo a estas normas se decidirá si son legales determinadas parcelaciones y cuáles son las infracciones que impiden a los Notarios la autorización de los actos y a los Registradores su inscripción.

Hasta ahora hay normas autonómicas en las siguientes regiones:

a) *Cataluña.*—El Decreto de la Generalidad 169/1983, de 12 de abril, sobre unidades mínimas de cultivo, se remite en ciertos aspectos a la Ley catalana de 18 de noviembre de 1981 sobre medidas de protección a la legalidad urbanística.

Según el artículo 2.º de este Decreto, «la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no resulte ninguna parcela de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo fijada para el municipio en que esté situada la finca». La infracción no lleva consigo la nulidad civil del acto, sino solamente genera un derecho de adquisición de los colindantes y da lugar a la presunción de que existe una parcelación de carácter urbanístico. Esta presunción, sin embargo, no impide la inscripción del acto realizado sin licencia, aunque será necesario hacer constar por nota marginal la falta de la autorización, de acuerdo con la citada Ley de 1981.

En un anexo del Decreto se establece la extensión de las unidades mínimas de cultivo en cada uno de los términos municipales de Cataluña, que oscilan, en secano, de 3 a 4,5 hectáreas, y en regadío, de 1 a 1,5 hectáreas.

b) La Ley 4/1984, de 10 de febrero, sobre medidas de disciplina urbanística de la Comunidad de *Madrid*, pretende poner coto a parcela-

ciones y promociones fraudulentas y caóticas que se han encubierto bajo la forma de huertos familiares.

En su artículo 14 se establece que en suelo no urbanizable sólo podrán realizarse parcelaciones rústicas, las cuales deberán ser autorizadas por la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Madrid, previo informe favorable de la Consejería de Agricultura y Ganadería e informe del Ayuntamiento correspondiente. Las parcelaciones rústicas que no se ajusten a esta normativa serán *nulas de pleno derecho*. Sólo podrán autorizarse parcelaciones rústicas por debajo de la unidad mínima de cultivo según la legislación agraria cuando así lo permita un instrumento de planeamiento referido al medio físico.

El artículo 15, 6, de esta Ley de Madrid ordena expresamente que «los Notarios y Registradores de la Propiedad no procederán a autorizar e inscribir, respectivamente, escritura de división de terrenos, sin que se acredite previamente el otorgamiento de la licencia de parcelación, tanto urbanística como rústica, que los primeros deben testimoniar en el documento».

Por Decreto 16/1984, de 2 de febrero, la Consejería de Agricultura y Ganadería de Madrid fija, para el territorio de esta Comunidad, la extensión de unidad mínima de cultivo de tres hectáreas para el secano y en 75 áreas para el regadío.

c) Aunque todavía no se ha dictado, que sepamos, ninguna norma concreta o reglamentaria sobre el particular, el artículo 6.º de la Ley de Reforma Agraria de *Andalucía* de 3 de julio de 1984 atribuye al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la competencia para fijar la extensión de la unidad mínima de cultivo en cada comarca, a propuesta del Consejero de Agricultura y Pesca, previo informe del Instituto Andaluz de Reforma Agraria.

d) El Decreto 76/1984, de 16 de agosto, de *Castilla-León*, fija la unidad mínima de cultivo para sus términos municipales, que en secano va de cuatro hectáreas en el grupo primero, seis hectáreas en el segundo y ocho hectáreas para el tercero, y en regadío, de una, dos a tres hectáreas, respectivamente, para cada uno de los grupos en que se clasifican los municipios de la región.

Se hace mención expresa de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, por lo que debemos entender que se remite a los efectos que en ella se señalan, y se resalta la necesidad de establecer la extensión de la unidad mínima de cultivo para evitar la parcelación de fincas rústicas que degradaría la mejora conseguida con la concentración parcelaria; así se conseguirá su mejor aprovechamiento y el de los recursos utilizados para la producción.

e) Y en la Ley de Concentración Parcelaria de *Galicia* de 14 de agosto de 1985, su artículo 3, 2, establece que el acuerdo de concentración obliga al titular de la propiedad a mantener indivisibles las parcelas que puedan resultar inferiores a la unidad mínima establecida. El artículo 51 dice que la división o segregación de una finca rústica ya concentrada no será válida cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la mínima fijada, aunque la sanción es mínima, pues tan sólo se dice que en este caso no se podrá obtener auxilios o beneficios que puedan concederse para la mejora de las explotaciones. El artículo 52 insiste en que no será válida la división o segregación de las fincas de reemplazo de la concentración, salvo los casos de agregación a fincas colindantes o que la porción segregada se destine a fines industriales, vivienda u otros no agrarios. Para las parcelas afectadas por planeamientos urbanísticos, se estará a las normas de la legislación del suelo y urbanismo.

III. DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS

1. *Sentencia de 10 de mayo de 1980.*—Los hechos arrancan de que la causante de una herencia había dispuesto en su testamento que todos los hijos recibiesen tierras de secano y regadío. Estos no se pusieron de acuerdo para llevar a cabo la partición, por lo que ésta hubo de realizarse, en juicio de testamentaría, por dos Letrados designados por el Juzgado de Primera Instancia.

Una de las herederas, residente en la localidad y que por ello venía detentando la posesión de todas las fincas, interpone demanda de nulidad de la partición efectuada basándose en que algunas de las parcelas se han dividido por debajo de los límites permitidos en la legislación de unidades mínimas de cultivo, resultando inferiores a la extensión fijada para el municipio en cuestión por la Orden ministerial de 27 de mayo de 1958. Los otros hermanos, residentes fuera de la localidad, contestaron afirmando —y este argumento pesó en el fallo definitivo, como veremos— que lo que realmente pretendía la actora era seguir disfrutando todas las fincas de su madre, por lo que había iniciado este pleito tan sólo con ánimo dilatorio. Contraponían el argumento de que la partición era válida porque el artículo 46 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no declaraba nulidad alguna.

Estimada la demanda en primera instancia por «haberse infringido en la partición normas imperativas y prohibitivas de la Ley», esta sentencia fue revocada por la Audiencia Territorial. Entonces la demandante derrotada insiste en sus pretensiones recurriendo en casación por infrac-

ción de Ley, en siete motivos extensamente razonados, que el Tribunal Supremo rechaza.

De sus considerandos entresacamos que la Orden ministerial «se publicó como consecuencia y complemento de la primitiva Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 15 de julio de 1954 (sin duda, se quiere decir Ley de Unidades Mínimas de Cultivo), la que en su artículo 1.º dejaba al Ministerio de Agricultura la facultad de señalar por Decreto la extensión de las unidades mínimas de cultivo dentro de cada zona o comarca de la provincia a los efectos de dicha Ley, y como ésta ha sido expresamente derogada por la vigente Ley de 1973, tal derogación ha de llevar consigo necesariamente la de la Orden de 27 de mayo de 1958, que en cumplimiento de los Decretos de 25 de mayo y 22 de septiembre de 1955 —dictados en aplicación de la mencionada Ley de 1954— fijó la extensión de los referidos mínimos de cultivo, pues sabido es que el espíritu derogatorio de una Ley ha de alcanzar, si la nueva Ley no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada, como lo son las aclaratorias, complementarias o dictadas para ejecución de la misma, y esta condición tiene la Orden ministerial de 1958 en relación con la Ley de 1954». Así se dice en el considerando segundo, que termina afirmando: «La derogación de la Orden ministerial de 27 de mayo de 1958 es consecuencia obligada de la derogación expresa de la Ley de 15 de julio de 1954 —para cuya aplicación y ejecución se dictó—; si el propósito de la nueva Ley era mantenerla en vigor, lo habría así declarado expresamente». Ya hemos resaltado, y en ello insistiremos, que la disposición derogatoria de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario alcanza *tan sólo* a las de rango legal; por ello se excluyen las inferiores. Pero seguimos con la sentencia.

En otros considerandos se continúa con parecida línea argumental, para desembocar en el cuarto, donde se rechaza la alegada nulidad de pleno derecho del artículo 6 del Código Civil, pero no por los argumentos que prestaría la propia Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en sus artículos 44 a 46, sino declarando nada menos que su inaplicabilidad. Para ello se basa en el falso supuesto ya apuntado, diciendo que «al no existir en la actualidad disposición oficial alguna que haya señalado esos mínimos de cultivo y al haber sido derogada la que anteriormente, y como consecuencia de la Ley de 1954, los había establecido, es clara la inoperancia del precepto legal que como infringido se cita».

Hasta aquí el esquema de los hechos y fundamentos jurídicos; después haremos el comentario.

2. *Sentencia de 10 de marzo de 1986.*—Con motivo de ejercitarse el retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos respecto a determina-

das parcelas de las que eran colonos los demandantes, los demandados opusieron varios motivos, uno de los cuales estribaba en que las parcelas a retraer eran inferiores a la unidad mínima de cultivo y por eso no podían segregarse. En consecuencia, la sentencia de primera instancia sólo accedió al retracto de una parcela superior, denegándolo en cuanto a las demás, mientras que la Audiencia desestimó totalmente la demanda.

En el recurso de casación formulado por los demandantes se alegó infracción de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 y sus disposiciones complementarias, resaltando en especial la supuesta contradicción entre el Decreto de 1955, que formulaba un margen de máximos y mínimo, como recordaremos, y la Orden de 1958, que fijaba ya de modo concreto las unidades de cultivo para cada término municipal de España.

En cuanto a la alegada infracción de la Ley de 1954, esta sentencia dice acertadamente, en su Fundamento número 3, que tal Ley fue derogada por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en cuyo articulado ha quedado integrada. Así, dice que «no es, por tanto, lícito a partir del texto refundido de 1973, en que se operó el designio de la adicional cuarta referida (la que ordenaba la refundición, recordemos), citar por los textos legales expresamente derogados y antes bien es de todo punto indispensable el señalar el precepto que se invoca dentro de los que constituyen la refundición».

El Fundamento de Derecho número 4 es el más importante y que queremos resaltar, porque claramente proclama la efectividad de las normas complementarias que fijan las unidades mínimas de cultivo para los municipios españoles no comprendidos en las Comunidades Autónomas que señala (aunque omite Castilla-León, que, como hemos visto, lo reguló por Decreto de 16 de agosto de 1984).

Dice así dicho Fundamento:

«4. En este mismo motivo segundo se argumenta también con la contradicción existente, a juicio de la parte recurrente, entre la Orden de 27 de mayo de 1958, que aplica la Audiencia, y el Decreto de 25 de marzo de 1955, llamado a prevalecer. Mas no existe la contradicción que se alega, ya que el Decreto de 25 de marzo de 1955 estableció únicamente los límites máximos y mínimos que en las diversas provincias habían de asignarse a la unidad mínima de cultivo, y a ello corresponde el texto de su artículo primero que el motivo invoca; mas el designio de ese señalamiento no es otro que el fijar los límites dentro de los cuales habían de fijarse ulteriormente las superficies mínimas para cada una de las comarcas, que es justamente lo que efectuó la *Orden de 1958, la cual goza de la vigencia* que le reconoce la sentencia aquí impugnada *por no quedar*

comprendida en la derogación prevista en 1971 y operada en 1973, y que afecta únicamente a 'las disposiciones de carácter general con rango de Ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria', mas no a las disposiciones de rango inferior, cuales son el citado Decreto de 25 de marzo de 1955 y su complementario de 22 de septiembre del mismo año 1955 y, por lo que aquí y ahora importa, la Orden de 27 de mayo de 1958, que habrá de entenderse vigente, no obstandolo alguna aislada declaración (así, la de la Sentencia de 10 de mayo de 1980), ínterin no se señalan otras o revisan las allí fijadas, por las Comunidades Autónomas a quienes se halla transferida la materia de reforma y desarrollo agrario; facultades ya ejercitadas por alguna de ellas, de suerte que en Cataluña ha de estarse a las unidades mínimas de cultivo fijadas en el anexo al Decreto 169/1983, de 12 de abril, y en Madrid, a las que resultan del Decreto 16/1984, de 2 de febrero, rigiendo en el resto de España las de la Orden de 1958, de aplicación al caso. máxime que las transferencias de dicha materia a la Comunidad Autónoma de Asturias no se efectuaron hasta los Reales Decretos 3461/1981, de 29 de diciembre, y 2543/1982, de 12 de agosto, de fecha posterior a la compraventa originadora de la acción de retracto que se enjuicia.»

IV. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Tal como adelantamos al comienzo de esta nota y a la vista de los razonamientos contenidos en ambas sentencias, nos parece, sin duda alguna, más aceptable la segunda y creemos que la legislación de unidades mínimas de cultivo cuenta actualmente con las precisas disposiciones legales y reglamentarias en pleno vigor y suficientes como para hacer posible su eficacia.

En unas sesiones de trabajo en el curso pasado, que se celebraron en el Colegio de Registradores de la Propiedad, con asistencia además de varios Magistrados, Notarios y otros profesionales jurídicos, se recogió el sentir de que posiblemente la sentencia de 1980, antes resumida, buscando una solución de equidad para evitar que se prolongase la situación injusta de la heredera que pretendía perpetuar su goce de todos los bienes, se acudió a rebatir las alegaciones de la recurrente con unas consideraciones que llegaban a declarar inefectiva la legislación protectora de las unidades mínimas.

Nos parece más correcto mantener que si la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 quedó incorporada casi literalmente a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, conservando su filosofía y valer, sin interrupción alguna, las normas que la desarrollaban deben conside-

rarse vigentes, ya que complementan a unos preceptos que ahora pueden tener numeración distinta en su enmarque en una Ley nueva, es cierto, pero con un contenido idéntico. Cuánto más que, como bien dice la nueva sentencia y puede verse en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, esta última sólo derogó las disposiciones de *rango legal*. Evidentemente, los Decretos de 1955 y la Orden ministerial de 1958 no tienen tal rango, por lo que no es fácil admitir que hubiesen perdido su vigor. Esta opinión ya se había expresado en 1973, a poco de salir el texto refundido legal, por nuestro compañero Carlos-Miguel HERNÁNDEZ CRESPO, en su trabajo titulado «La legislación de reforma y desarrollo agrario y el Registro de la Propiedad. Texto refundido de dicha legislación aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973», que se publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 499, noviembre-diciembre 1973, páginas 1433 y siguientes.

En resumen, entendemos que la regulación legal en torno a las unidades mínimas de cultivo puede concretarse a las siguientes reglas:

1.^a En las Comunidades Autónomas donde haya normas especiales, que ya hemos indicado, habrá de estar a ellas en primer lugar y después a las normas estatales, como Derecho supletorio, según establece la antes citada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1984.

2.^a La normativa general se contiene en los artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, complementada por los repetidamente citados Decretos de 1955 y Orden ministerial de 1958. Para las fincas concentradas, la unidad mínima indivisible se señala para cada Zona concreta en el Decreto correspondiente, que se hace constar de modo expreso en los títulos y en las inscripciones de las fincas de reemplazo adjudicadas.

3.^a Según estas normas generales, sólo será válido el fraccionamiento de una finca rústica cuando las nuevas resultantes no sean inferiores a la unidad mínima de cultivo fijada, y el efecto principal de contravenir la indivisibilidad será que los colindantes podrán adquirir la finca segregada o dividida por justo precio y en plazo de cinco años (arts. 43 y 45 de la LRDA).

4.^a En cuanto a las particiones hereditarias, rige también el sistema de indivisibilidad, con licitación respecto a la parcela indivisible, bien entre los herederos o después en pública subasta (art. 46 de la misma Ley).

5.^a Aunque de la nueva redacción de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario parece desprenderse que no hay distinción a estos efectos entre fincas concentradas o no concentradas, entendemos que en las primeras, la división por debajo de la unidad fijada debe considerarse nula.

En otro caso, se vendría a autorizar la destrucción de una obra costosísima, meritoria y de clara finalidad social.

Para pronunciarnos así nos basamos no sólo en el juicio adverso que ya hemos explicado sobre la omisión en el nuevo texto de los preceptos taxativos que existían en la Ley de Concentración Parcelaria, sino en la propia normativa de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Así, el artículo 117, 5, dice que en el Acuerdo de Reorganización de la Propiedad y, en consecuencia, en el Registro, se harán constar las condiciones a que, conforme a esta Ley, quedan sujetas las fincas y que modifiquen desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio. Y en el título III, que se refiere al régimen de las tierras y explotaciones, su primer artículo, que es el 28, prohíbe desafectar o dividir todos o algunos de los elementos inmobiliarios que integran una explotación familiar constituida por el Instituto (o de los Organismos autonómicos que lo sustituyan) sin la correspondiente licencia, y las fincas concentradas, evidentemente, lo son. Lo mismo decimos respecto a las Explotaciones Familiares Agrarias, reguladas por la Ley de 24 de diciembre de 1981; en su artículo 11 se ordena conservar íntegros y afectos a la explotación aquellos elementos que se consideren necesarios, entre los que están, por supuesto, las fincas rústicas, que constituyen la base indispensable.

6.^a De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y el Decreto de 22 de septiembre de 1955 ha de hacerse constar, tanto en el título como en la inscripción de toda finca rústica, en su caso, si ésta es indivisible. con lo que entendemos que ya se publica suficientemente la posibilidad de que los colindantes ejerciten el derecho de adquisición por pura aplicación de la Ley. Con poner en la descripción simplemente la palabra «indivisible» creemos que basta.

De este modo salvamos la crítica adversa de Buenaventura CAMY, el cual, con toda razón, en su obra *Comentarios a la legislación hipotecaria*, dice que los derechos de adquisición de carácter legal no son inscribibles (ver pág. 397 del tomo I) y también que esa «advertencia» es improcedente, pues las mismas razones habría para avisar de otras limitaciones o retractos legales, como el de comuneros, por ejemplo; las disposiciones legales, dice, tienen por sí solas la publicidad suficiente, con su consiguiente sanción legal, ya que la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento (tomo IV de la misma obra, pág. 598).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, Estudios Monográficos del IRYDA, pág. 97) nos dice igualmente que la limitación forma parte del estatuto ordinario de la propiedad rústica, el cual despliega su eficacia sin necesidad de que en cada asiento se especifiquen sus reglas; si los

bienes están sometidos a un estatuto especial, ésta será una de las circunstancias generales exigidas para la inscripción por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

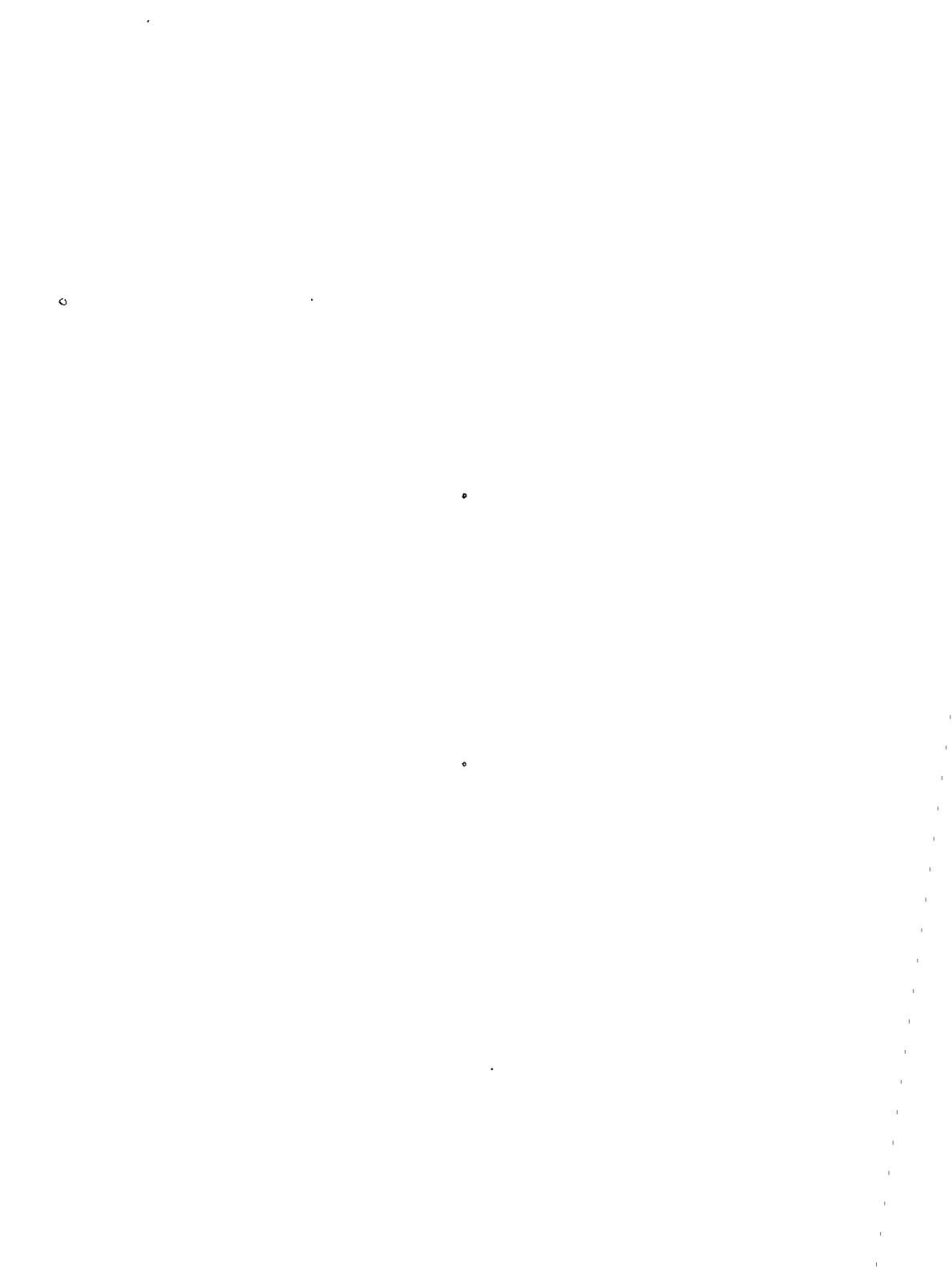
HERNÁNDEZ CRESPO, en el trabajo antes citado (pág. 1437 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 499), es partidario de la constancia registral de estas limitaciones por estas razones: a) porque una cosa es la publicidad abstracta de la norma, cuya ignorancia no excusa de su cumplimiento, y otra su concreción específica sobre una finca determinada; b) porque el derecho de adquisición no nace indiscriminadamente de toda segregación o división; c) porque se trata de evitar que surja el tercero protegido que impida el ejercicio del derecho; d) porque no se trata de inscribir un derecho de adquisición, sino la existencia de unas condiciones o limitaciones sobre una finca concreta para que la calificación sea efectiva.

Esta postura de HERNÁNDEZ CRESPO nos parece la mejor. Aunque no haga falta expresar de modo especial las consecuencias de las limitaciones en cada inscripción, será preciso que quede claro que la finca concreta está afecta al régimen especial de que se trate; la Ley, después y en cada caso, marcará las consecuencias resultantes de la limitación. Así de sencillo.

De este modo, el Registro cumple perfectamente su función de publicidad, tanto de aviso como productora de efectos, al señalar respecto de terceros la existencia de un peculiar estatuto de indivisibilidad, que supone un evidente recorte al dominio privado en aras de finalidades sociales.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ACTUALIDAD JURIDICA



I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) COMUNITARIA

Directiva 77/249/CEE, de 22 de marzo de 1977.—Desarrollada por Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo.—Ejercicio de la Abogacía.— El *Boletín Oficial del Estado* del 1 de abril publica este Real Decreto, por el cual se desarrolla la Directiva indicada, que se encamina a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados nacionales de los Estados miembros de la Comunidad. Tales profesionales podrán desarrollar sus actividades en España en régimen de prestación ocasional de servicios, pero sin abrir despacho.

Sus servicios comprenderán la consulta, el asesoramiento jurídico y la actuación en juicio; pero estos Abogados no podrán desempeñar cometidos que entrañan el ejercicio de una función pública o que sean incompatibles con el carácter ocasional de sus servicios.

Para sus actuaciones deberán presentarse al Decano del Colegio de Abogados que corresponda, el cual comunicará la actuación pretendida al Juez o Tribunal en que hayan de ejercer. En todo caso, el Abogado visitante deberá concertarse con un Abogado colegiado, quien responderá frente al Organismo jurisdiccional de que se trate.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, sobre medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales (Boletín Oficial del Estado de 26 de marzo).*—Según el preámbulo de esta disposición, las medidas que contiene tienden a subvenir a las necesidades de nuestra integración a las Comunidades Europeas. Por un lado, se pretende simplificar los trámites administrativos respecto a las empresas y, por otro, dar eficacia a la Administración Pública, removiendo trabas entorpecedoras para una gestión moderna.

He aquí un esquema de tales medidas:

- Las licencias o autorizaciones para instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo se entenderán otorgadas por silencio administrativo positivo una vez transcurridos dos meses de su solicitud, sin necesidad de denunciar la mora (art. 1).
- Supresión del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (las clásicas «pólizas») en las instancias de los particulares y las certificaciones expedidas por autoridades y funcionarios (art. 3).
- Las comunicaciones entre particulares y Administración podrán realizarse por telégrafo, télex o cualquier otro medio de que haya constancia por escrito si revistieren garantía de autenticidad (artículo 4).
- Las sociedades y fondos de capital-riesgo, cuyo objeto exclusivo es la promoción o fomento de sociedades no financieras, se inscribirán como sociedades anónimas en el Registro Mercantil, gozando de una reducción del 99 por 100 de la base en los actos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (arts. 12 a 19).

2. *Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, sobre Régimen Local (Boletín Oficial del Estado de 22 de abril).*—Aprueba y contiene el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre esta materia, siguiendo de modo principal la Ley de Bases de 2 de abril de 1985. Prácticamente son interesantes casi todos sus preceptos en cuanto las Entidades locales tienen relación con el Registro. Señalemos que los bienes se regulan en los artículos 74 a 87, siendo especialmente resaltable el artículo 85, que ordena a las Entidades locales la inscripción de sus bienes inmuebles y derechos reales en el Registro de la Propiedad. Las normas tributarias se regulan en los artículos 185 y siguientes, comprendiendo los diversos tributos locales, entre ellos la Contribución Territorial Rústica y Urbana; la Licencia Fiscal para Profesionales se regula en los artículos 292 a 315, y el Impuesto conocido vulgarmente de Plusvalía, en los artículos 350 a 361. En la Disposición derogatoria se relacionan las disposiciones que quedan sustituidas por la presente.

3. *Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales (Boletín Oficial del Estado de 30 de abril).*—Se consideran como tales aquellas en las que, al menos, el 51 por 100 del capital social pertenezca a los trabajadores que presten en ellas sus servicios retribuidos de forma directa, personal y en jornada completa y cuya relación laboral sea por tiempo indefinido.

Al igual que toda sociedad anónima, cuya regulación básica se declara supletoria, su personalidad jurídica comienza con la inscripción en el

Registro Mercantil, aunque es necesaria la previa calificación como laboral que ha de hacer el Ministerio de Trabajo y la inclusión en el correspondiente Registro administrativo que se crea en el mismo Ministerio.

Se dan normas sobre el capital social, dividido en acciones nominativas, sin que ningún socio pueda poseer más del 25 por 100, con una detallada regulación de la transmisibilidad de las mismas.

En los artículos 20 y 21 se establece un favorable régimen tributario, que consiste esencialmente en una bonificación del 99 por 100 de las cuotas que se liquiden en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por los actos de constitución y aumento de capital de estas sociedades, por la transformación o adecuación de otras para adoptar la forma de laborales, así como en los préstamos y adquisiciones de bienes provenientes de la empresa de que procedan los socios trabajadores.

C) LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Ley 1/1986, de 5 de febrero, de Finanzas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, 28 de febrero de 1986).—Establece las disposiciones generales por las que han de regirse el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico-financiero cuya titularidad corresponde a esta Comunidad.

Son de destacar los artículos 6 y 21, que establecen:

Art. 6. 1.º Son empresas públicas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, a los efectos de esta Ley, las sociedades mercantiles con participación mayoritaria de la Comunidad Autónoma o de sus Entidades autónomas y aquellas Entidades de Derecho público sometidas a la Comunidad, con personalidad jurídica propia, que hayan de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

2.º Las Empresas Públicas de la Comunidad Autónoma se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, excepto en las materias en que sea de aplicación la presente Ley.

Art. 21. 1. No podrán ser enajenados, gravados ni arrendados los derechos de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, excepto en los supuestos regulados por las Leyes. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los ingresos, excepto en los casos y en la forma que determinen las Leyes.

2. Tan sólo por Decreto, acordado por el Consell de Govern, podrán transigirse y someterse a arbitraje las contiendas que surjan sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad Autónoma.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. SEMINARIO SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

Organizado por Management FORUM España, S. A., y en el aula del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, se celebró a mediados del pasado mes de febrero este interesante Seminario, que abordó dos esferas definidas en esta materia: por un lado, el aspecto puramente jurídico y, por otro, el empresarial.

En el ámbito jurídico se desarrollaron las siguientes ponencias:

- «Principios y características del ordenamiento jurídico comunitario», por el profesor EHLERMANN.
- «El sistema de recursos de la Comunidad Europea», por el profesor JACOBS.
- «El recurso prejudicial», por el profesor SCHERMERS.
- «La aplicación del ordenamiento jurídico comunitario en España», por el profesor Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, Juez del Tribunal de Estrasburgo y Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Granada.

En la Mesa Redonda se discutió sobre el «Acta de Adhesión y los efectos del Ordenamiento Jurídico Comunitario».

En la esfera que podríamos llamar empresarial, las ponencias fueron las siguientes:

- «Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios», por Adriaan VAN RHIJN.
- «Libre circulación de capitales y control de cambios», por Guillermo DE LA DEHESA y Daniel ALVAREZ PASTOR.
- «Derecho de sociedades: La armonización del Derecho de sociedades en la Comunidad Europea», por Inne CATH.

La Mesa Redonda giró sobre «Libertades comunitarias y empresa española».

Fueron coordinadores de ambos aspectos, respectivamente, María Victoria LLAVERO y Evelio VERDERA. La clausura corrió a cargo del Decano del Colegio de Abogados, don Antonio PEDROL RIUS.

2. CURSO SOBRE LA LEY DE EXTRANJERÍA

En el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y durante el mes de abril se ha celebrado este Curso, con la colaboración del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Fue coordinador el Registrador de la Propiedad de Barcelona don José Antonio MIQUEL CALATAYUD, autor de un importante libro sobre la materia aparecido recientemente, el cual tuvo varias brillantes intervenciones y al que agradecemos la información que amablemente nos ha facilitado, complementada por la contenida en «Mon Jurídic», *Boletín del Colegio de Abogados de Barcelona*.

El Curso fue seguido con elevado índice de asistencia, dada la presencia de notables expertos en las materias a desarrollar. Por ello se pudo conseguir el propósito inicial, encaminado a ofrecer una visión analítica, desde distintas vertientes, de la situación jurídica del «no nacional» en España después de la nueva Ley, comparándola con lo que al efecto constituye el *status* consignado en el artículo 13 de la Constitución.

José Antonio MIQUEL CALATAYUD expuso una visión general del ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería en cuatro intervenciones, en las que abordó con amplitud los temas más conflictivos. En su opinión, la nueva Ley roza la inconstitucionalidad, pues atenta fuertemente contra los principios de dicho artículo 13. Especialmente expuso los puntos más candentes, con especial hincapié en el procedimiento sancionador contenido en la norma y en su áspera regulación, tanto en la ejecutividad absoluta que pregona, como respecto a la detención preventiva o cautelar que instaura y en determinadas intervenciones judiciales que califica de «radical y broznamenté heterodoxas». Estudió los recursos posibles frente a los actos de la Administración, que son absorbentes; igualmente estudió los preceptos legales sobre reunión, asociación o sindicación, que son, a su juicio, absolutamente restrictivos, poco acordes con los principios constitucionales.

José María CHICO ORTIZ, también Registrador de la Propiedad, disertó sobre «Configuración jurídica de los derechos constitucionales de los súbditos extranjeros en España». Glosó el principio de la seguridad jurídica, que pertenece por igual a toda persona, sea nacional o extranjera, haciendo un extenso y profundo estudio del tema. Nos dice el coordinador en su nota que «José María nos deleitó con su riqueza lingüística y su enjundia doctrinal, corroborando su magistral saber estar jurídico».

Juan VERGER GARAU, Notario y Registrador, habló sobre el extranjero en el ámbito notarial, tema difícil que el ponente supo exponer con gran maestría, explicando los conflictivos temas de las inversiones extranjeras,

su instrumentación notarial, autorizaciones administrativas y otros problemas.

José Manuel GARCÍA GARCÍA, Registrador, fue ponente del tema «Problemática en torno al derecho de propiedad. Su proyección registral». También giró en torno a reconocer la garantía de la seguridad jurídica para extranjeros, basada en este caso en el Registro de la Propiedad, fundamental en el tráfico inmobiliario. Su intervención fue precisa y minuciosa, demostrando profundo conocimiento del tema y apasionamiento por su profesión.

Vicente TORRALBA SORIANO, Catedrático de Derecho Civil de Barcelona, impartió una gran lección sobre «Aspectos de Derecho sustantivo y procesal civil relacionados con el extranjero». Tocó varios temas, como la caución de arraigo en juicio y la reciprocidad en los arrendamientos y la propiedad intelectual.

José RICÓ VALLBONA, Abogado en ejercicio, habló sobre «Derechos y obligaciones laborales. Trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena; su régimen jurídico». Es autor de un libro titulado *Nacionalidad y extranjería* y conoce el tema perfectamente.

Juan POCH SERRATS, Magistrado de la Audiencia de Barcelona, habló brillantemente sobre «Aspectos penales, sustantivos y procesales», que conoce de modo perfecto por su profesión.

En la clausura del Curso intervino el Delegado Territorial en Cataluña del Colegio de Registradores, Pablo VIDAL FRANCÉS, quien puso de relieve que varios juristas de distintos campos aportaran sus conocimientos para enfocar un problema común.

Un éxito por el que felicitamos a los organizadores e intervinientes.

3. II CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN HISPANO-ALEMANA DE JURISTAS

Nuestro compañero, el Registrador de Majadahonda don Jesús LÓPEZ MEDEL, que asistió al mismo, nos envía la información que con gusto insertamos:

En la ciudad de Berlín, del 30 de abril al 4 de mayo de 1986, se ha celebrado el II Congreso de Trabajo, organizado por la Asociación Hispano-Alemana de Juristas, que preside el doctor Klaus ADOMEIT, Profesor de la Universidad Libre de Berlín, titular de las cátedras de Filosofía Jurídica y de Derecho Laboral y autor de *Introducción a la teoría del Derecho*, traducida recientemente al español (Civitas, 1984). Asistieron unos 250 juristas, de los cuales, 50 españoles. El Vicepresidente de la Entidad es el Letrado español, de origen alemán, doctor FRÜHBECK, de

Madrid. En representación del Ministerio de Justicia asistió don Valeriano HERNÁNDEZ, Letrado del Estado, destinado en la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (antigua Dirección General de lo Contencioso). Antes de relatar cómo se desarrolló el Congreso, pueden ser útiles algunas indicaciones sobre el carácter de esta Asociación y el planteamiento de este tipo de estudios.

La Asociación Hispano-Alemana de Juristas nació hace un par de años y, en buena parte, como consecuencia práctica de los intereses y la importancia que, cada vez más, están teniendo las relaciones de todo orden —inversiones, patrimonios, comercio, etc.— nacidas, recíprocamente, entre Alemania y España. Hay que partir, además, de que en aquel país ha habido siempre un gran respeto a la Ley y a la Justicia, pero también tiene un gran predicamento la certeza y la seguridad. Sigue pesando en la doctrina alemana no ya las propias vicisitudes histórico-políticas, sino los planteamientos de un Gustavo RADBRUCH, entre otros, que entre la preguerra y la postguerra mundiales (1935-45) han reforzado, junto a la idea de la *Justicia*, la idea de la *Seguridad Jurídica*, aspectos que en el Derecho privado germánico habían tenido siempre buenas raíces, precisamente por su *propio sistema registral*.

Klaus ADOMEIT es un jurista que sabe hacer compatible el saber jurídico-teórico con el práctico. Por razones académicas, había estado en conexión con algunos juristas españoles, como el Catedrático de Derecho del Trabajo, Profesor DE LA VILLA. Nosotros, hace años, le habíamos conocido en los Congresos de Filosofía del Derecho, como los de Basilea, Helsinki, Bolonia, y habíamos tenido la oportunidad de estimar esos deseos de aproximación entre juristas españoles y alemanes, y con un sentido práctico.

El año pasado, en un hotel madrileño, se celebró la primera reunión, llamada de «trabajo». Y de su experiencia nació este Segundo Congreso berlinés, sobre la base de ponentes especializados y sobre temas concretos, de los que se da un resumen en el Pleno. Tienen, pues, más que un carácter doctrinal, sobre el que se polemice, un sentido de exposición, que puede enriquecer, sin llegarse a una discusión abierta acerca de la cual luego pudiera haber resoluciones, sino orientaciones, indicaciones. Se trata, en términos globales, de conocer la legislación comparada hispano-germana sobre diversos temas específicos, casi siempre de notoria actualidad o interés recíproco, con sus problemas de aplicación.

Podríamos añadir que, además de las interconexiones que suelen salir de las discusiones entre juristas, en esta ocasión, el ingreso de España en las Comunidades Europeas daba pie a ampliar lo monográfico a cuestiones jurídicas derivadas del desarrollo normativo y efectos de dicha inte-

gración en la legislación española. Eso, por un lado, y, por otro, la valoración y preocupación global sobre los *Derechos Humanos*, dado el progresivo desarrollo de la jurisprudencia de las instancias internacionales y europeas, muy en particular. Es decir, la *superlegalidad normativo-comunitaria* obliga a una interconexión efectiva y no meramente de ensayo, y, a su vez, resulta fundamental en las sociedades democráticas contemporáneas que aquella normativa sea contemplada dentro del marco general de la problemática de los derechos humanos, en su proclamación y en su verificación.

Estas pulsaciones de carácter práctico, y las de ámbito superior y orientativo, pudieran ser los parámetros de este tipo de Congresos.

Las ponencias y sus autores designados de conformidad con el programa han sido los siguientes:

1. «Derecho europeo», por Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Santiago de Compostela, y Michael SCHEITZER, Universidad de Passau.
2. «Problemas sociales y jurídicos de los españoles en la República Federal», por Carlos GARCÍA DE CORTÁZAR NEBRADA, Agregado Laboral a la Embajada de España en Bonn.
3. «Derecho civil y Derecho internacional privado», por los Abogados doctor PLITZ (Gütersloh) y doctor Josef FRÖHLINGS DORF (Madrid).
4. «Derecho económico», por los Abogados Karl-Heinrich LEONHARDT y Jacinto SOLER PADRÓ, ambos de Barcelona.
5. «Protección del consumidor con arreglo al Derecho alemán y español», por el Profesor Johann GERLACH (Berlín) y el Profesor Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Madrid).
6. «Derecho de autor», por el Profesor Wilhelm NORDEMANN, Berlín.
7. «Problemas actuales de los derechos humanos», por el Abogado Manuel LÓPEZ-MEDEL Y BÁSCONES (Madrid).
8. «Problemas actuales del Derecho laboral español», por los Profesores Luis-Enrique DE LA VILLA (Madrid) y Alfredo MONTOYA MELGAR (Murcia).
9. «Derecho penal», por el Profesor José-Miguel ZUGALDÍA (Granada).

A cada una de estas ponencias se aportaron diversas comunicaciones, como ambientación o documentación. Al no poder asistir a todas y cada una de ellas, sí haré algunas indicaciones derivadas de los propios contactos personales y del Pleno.

La *primera ponencia*, documentada y brillante, llamó la atención por la importante asistencia de universitarios, buena parte de ellos conocedores del español. Se centró en el tema general *El desarrollo de la Comunidad Económica Europea después de la entrada de España*. El Profesor PÉREZ GONZÁLEZ aludió a diferentes cuestiones jurídico-internacionales planteadas con ocasión de la adhesión española (la aceptación del *acquis communautaire*, los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, la aplicación de éste en el ordenamiento español, la ejecución y desarrollo por las Comunidades Autónomas, etc.). Y nos ilustró con un tal «proyecto de convenio» entre el Gobierno de la nación y las Comunidades Autónomas sobre cooperación en los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, que quiere o pretende aclarar algunos puntos que quedaron pendientes en la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, y en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación al Gobierno para la Aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas.

En la *segunda ponencia*, la experiencia laboralista de nuestro Agregado Laboral, GARCÍA DE CORTÁZAR, y su equipo, entre ellos el veterano Manuel ROJAS, dio lugar a alguna polémica, al describirse las realidades práctico-jurídicas en que se encuentran los trabajadores españoles en Alemania en sus derechos, así como su aplicación en el contexto socioeconómico y político y aun educativo y social. Posiblemente, la coherencia ideológica de algunos de los ponentes hacía desbordar en algún momento la raíz jurídica de ciertos planteamientos no meramente legales.

La *tercera ponencia* se ciñó al tema de *El derecho de compraventa internacional desde el punto de vista alemán y español*. Y precisamente aquí, en el Pleno final del Congreso, por el doctor FRÜHBECK, se hizo la sugerencia de tratar en los próximos encuentros el tema de la compraventa de inmuebles y su sistema registral.

La *cuarta ponencia* tuvo una referencia precisa a las *inversiones extranjeras en España*. Aquí, por ejemplo, SOLER PADRÓ insistió mucho en que el Congreso se pronunciara claramente por la solicitud al Gobierno español de la derogación de la Ley de Cambios, por las contradicciones —se alegaba— con la normativa comunitaria. Pero daba la impresión de que la cuestión, aunque surgida de la ponencia, desbordaba el cauce de la sesión plenaria y aun el sentido de las «consideraciones», «resoluciones» o «conclusiones» que la naturaleza del mismo Congreso requería.

En la *quinta ponencia*, dado el paralelismo en el tiempo de la Ley del Consumidor y del Usuario en ambos países, se hicieron consideraciones muy valiosas sobre el mayor ámbito y ambigüedad de nuestra legislación,

aunque había facetas no advertidas por la alemana, si bien volvía a surgir la constante preocupación germana de que las Leyes han de ser cumplidas y no meramente encerrar buenos deseos o proclamaciones.

En la *sexta ponencia* había interés en conocer *La reforma alemana del derecho de autor y su significado para España*, toda vez que, entre nosotros, están en proyecto importantes innovaciones. Se trataba de ver si en la inspiración europea o comparada de nuestros proyectos nos acercábamos o distanciábamos de la reforma alemana, cuyos derechos de autor están finamente salvaguardados, sin excesivas concesiones a los llamados «derechos de la sociedad sobre los derechos de autor».

En la *séptima ponencia*, que despertó un gran interés, participaron, además del ponente, el doctor ZALTEN, de Basilea, con una aportación específica sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el progreso como problema y cuestión del Derecho internacional y de la ética política; también el doctor GNAUCK, Presidente de la *Internationale Gesellschaft für Menschenrechte*, con sede en Frankfurt, expuso una panorámica internacional de los derechos humanos tras los diez años del Acta de Helsinki y las recientes conferencias de expertos de Ottawa y Berna. Esta última, sobre contactos humanos, que comenzó en abril del presente año, de gran interés para las relaciones interalemanas. Todo lo anterior suponía un enriquecimiento al tema global de la ponencia sobre *El respeto de los derechos y libertades como principio general del Derecho comunitario europeo*, defendido por Manuel LÓPEZ-MEDEL, partidario de la adhesión de las Comunidades Europeas *as a whole* al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, cuyo artículo 25 constituye la garantía más progresiva jurisdiccionalmente en la materia. El Acta Unica Europea, firmada en febrero, no toma una posición definitiva o decidida sobre esa adhesión, que no excluye la futura elaboración de un catálogo comunitario ni la constante aplicación por la vía de los principios generales por el Tribunal de Luxemburgo. En realidad —como nosotros nos permitimos apostillar en este grupo de trabajo, que es en el que mayormente estuvimos ocupados— se puede decir que en la dinámica de los derechos humanos y su problematismo, presente en la misma rúbrica de la ponencia, se debe distinguir aquellos derechos que *se tienen* y aquellos que *se aspiran a tener*. Y para que esta bipolaridad tensional no caiga en el mito, la demagogia o el dogmatismo, más o menos revolucionario, hay que partir también de lo que el *hombre «es»*. Y aquí entra la cuestión medular: el respeto a la dignidad de la persona humana en todas sus dimensiones, su trascendencia ética, su libertad. De ahí, en consecuencia también, por ejemplo, la *fuerza creadora de la educación y su libertad* y el *sentido posi-*

tivo de la seguridad jurídica, como de facto ocurre con la institución registral.

En la *octava ponencia* había un gran interés en conocer, por especialistas españoles tan cualificados como los Profesores DE LA VILLA y MONTOYA, cuál había sido el proceso de verificación normativo-práctica del *Derecho laboral* después de la transición-ruptura operada en España. El primero, por ejemplo, apostilló sobre las circunstancias políticas y económicas de los últimos años. Que si en el *Ancien Régime* se habían desarrollado más los *derechos sindicales individuales* y menos los *colectivos*, y, sin embargo, después habían sido recortados esos derechos sindicales individuales, acaso por razones de crisis económicas o de concertación. MONTOYA, a su vez, expuso la situación normativa de los *derechos sindicales colectivos* —sindicatos, convenios y conflictos—. Y uno y otro apelaron por un Derecho laboral más cualificado, que no esté tan drásticamente asido a las coyunturas político-económicas y que provoquen el progresivo «empobrecimiento del Derecho del trabajo y sindical».

Finalmente, en la *novena ponencia*, dedicada al Derecho penal, el Profesor ZUGALDÍA dio una lección magistral, muy precisa, sobre los conceptos claves de la teoría penalista: «dolo y negligencia», tal como vienen observándose en la jurisprudencia y en la práctica jurídica españolas, tema que en la ciencia penal alemana, ya desde su Código penal anterior —que había dado carácter agravatorio a la imprudencia temeraria ejercida por profesionales, luego rectificada—, siempre ha tenido gran interés. El Tribunal Supremo español, se recordó, no suele estimar el dolo eventual en materias socialmente adecuadas (tráfico, construcción, electricidad) y sí, en cambio, cuando el resultado previsible deriva del ejercicio de una actividad ilícita.

En cuanto a los *congresistas*, daré alguna información de interés. Respecto a los *alemanes*, se advertían dos cosas. Una, que junto a los profesores estaban los profesionales prácticos: Abogados, Notarios, Jueces, y buena parte de ellos que llevan temas jurídicos de intereses españoles en la República Federal o afincados allí. Los apellidos de algunos de ellos, siendo alemanes, nos eran conocidos, como los de Roberto CARBALLO (Hamburgo), Antonio PÉREZ (Colonia), Matthias PÉREZ (Frankfurt), RODRÍGUEZ BUJAN (Bad Homburg), José TEIJEIRA MARTÍNEZ (Passau). Y la otra circunstancia, el gran número de jóvenes universitarios participantes con verdadera curiosidad científica y asiduidad. Con sentido de la cortesía —por ejemplo, las guapas jóvenes que acudieron al aeropuerto para saludarnos, aunque sólo fuera para decirnos qué autobús, estación de metro o taxi deberíamos tomar para el hotel, sin otra demostración «inflacionista» o «folklórica»— y, además, con sentido también de respeto o de inte-

rés. (Me permito un inciso. Entregué algunos ejemplares de mi libro *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho natural* a unos universitarios congresistas. Al agradecer el obsequio, manifestaron su alegría porque lo habían visto «dedicado» al Profesor Klaus ADOMEIT, en el departamento correspondiente de la Universidad Libre de Berlín.)

Y por lo que se refiere a los *participantes españoles*, además de los citados anteriormente como representantes o ponentes, recordar que en la sesión de apertura asistió el Cónsul General español, don Antonio ORTIZ, en representación del Embajador, don Eduardo FONCILLAS. Decir que abundan profesionales que asisten jurídicamente los intereses o propiedades alemanas en España, y quizá por ello también entre los nombres de Letrados españoles abundan los de procedencia alemana, como el citado Vicepresidente FRÜHBECK, LEONHARDT (Barcelona), VON CARSTENN-LICHTERFELDE (Madrid), FROEHLINGS DORF (Madrid), GESCHE VENTHUR (Canarias), VESTWEBER-HAAS (Barcelona), WIESNER (Marbella). A su vez, españoles afincados en diversas regiones, como CERVERA (Valencia), DÍAZ MARRERO (Gran Canaria), LLORENTE (Vitoria), SAGARDOY (Madrid), YELLAMOS (Sevilla), MORENO LABRADO (Madrid). GARCÍA ARRONIZ (Madrid). (Y perdón si me dejo alguno en el tintero.)

Nosotros asistimos por la amistad y recíproca compenetración con su Presidente, doctor ADOMEIT, una joven promesa de la Universidad de Berlín. Pero cuando fue oportuno y necesario exhibí mi condición de Registrador de la Propiedad de España, profesión e institución —junto con el Notariado— por la que el jurista alemán siente una singular estima. Así lo pudimos advertir en la conversación que mantuvimos con el Presidente del Tribunal Supremo de Berlín (*Kammergericht*), el doctor DEHNICKE, durante una recepción, y al que le hice llegar un ejemplar de mi obra *Modernas orientaciones sobre la institución registral*.

El Congreso era muy germánico, sobrio en algunas recepciones de contacto o de intercomunicación —la copia o copas—, como el cariñoso de la Universidad Libre de Berlín, cuyo Rector, Profesor doctor Dieter HECKELMANN, explicó la génesis y sentido de una Universidad intereuropea y libre, ya que la clásica de Berlín, la de HUMBOLDT, quedó en la parte oriental, más allá del «muro», el cual celebrará en agosto ya los veinticinco años.

Una sobriedad, por otra parte, divertida cuando los desplazamientos se hacían en autobuses de dos pisos de las líneas normales y hasta en un metro especial de línea regular. Pero al tiempo con dignidad y elegancia, como en la recepción de inauguración en el llamado hotel «Gehrhus» —sin duda, una residencia palaciega de esas películas de la postguerra—, ofrecida por el Senador de Justicia y Asuntos Federales del *Länd* de Ber-

lín, doctor Rupert SCHOLZ. El concierto previo a las copas. O las invitaciones para la Opera de Berlín. Una buena organización, una delicadeza, un hacer bien las cosas. Sin faltar la alegría.

El Congreso, que se había iniciado, tras las palabras de bienvenida del Presidente de la Asociación, con un colosal informe del Presidente del Colegio de Abogados de Berlín, doctor Ulrich SCHMIDT, sobre «La situación jurídica de Berlín», y con una conferencia magistral del Profesor doctor WESTERMANN, de la Universidad Libre, sobre «Poder y responsabilidad en la sociedad anónima», terminó con una visita «voluntaria» al Berlín Este y, tras la correspondiente Asamblea General de la Asociación, con una fiesta de hermandad en el hipódromo de Berlín-Mariendorf, *Tribünenhaus*. Como casi siempre pasa, para nosotros, lo bueno fue habernos conocido más y mejor entre los españoles mismos; haber hecho más amigos alemanes; valorar más algunas cosas que nosotros tenemos, y siempre aprender de los demás. Todo al margen de ideologías o de grupos. Porque la *Justicia*, el *Derecho* y la *Seguridad Jurídica* son valores trascendentes, que el jurista, profesor o profesional debe respetar y admirar. Porque la *Ley* es marco, es cancha, no es «poder» o «conflicto». Es seguridad y esperanza. Gracias, amigo Klaus ADOMEIT, como Registrador de la Propiedad de España. El próximo Congreso en Valencia 1987.

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA



I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 15 de abril de 1986.—EXEQUATUR a la sentencia dictada por un Tribunal extranjero. Se declara correcto.—Sala 1.ª Recurso de amparo 325/1985.

Hechos.—A) La Entidad mercantil «Zabala Hermanos, Sociedad Anónima», se dedica a la fabricación y venta de escopetas de caza y tiro de pichón. Desde hace algún tiempo parte de sus productos han sido exportados a los Estados Unidos de América.

Entre las escopetas fabricadas en 1971 y asimismo exportadas a los Estados Unidos, se puede identificar una de dos cañones paralelos, calibre 10, con número de fabricación 148.182. Esta escopeta, como el resto de las fabricadas por la solicitante de amparo, fue sometida a las pruebas oficiales pertinentes, de las que resultó acreditado que reunía todas las condiciones para su venta.

Provista de las garantías oficiales mencionadas, tal escopeta fue exportada en el año 1972 a los Estados Unidos, con destino a la Entidad «Kassnar Imports», cliente con el que «Zabala Hermanos» sostenía y sostiene normales relaciones comerciales.

B) El 16 de enero de 1981, nueve años después de su recepción por la Entidad importadora, se notificó al Gerente de «Zabala Hermanos», por medio de una llamada telefónica, la existencia de una demanda interpuesta por el súbdito estadounidense señor Howard, comprador, en su momento, de la citada escopeta, en reclamación de daños y perjuicios de un accidente sufrido por dicho señor en el año 1976.

C) El 4 de febrero de 1981 «Zabala Hermanos» recibió una citación del Juzgado de Distrito de Michigan, por la que se le dio cuenta de la existencia de una reclamación contra ella. La Entidad requerida, ante la existencia del certificado del Banco de Pruebas de Armas de Fuego ya mencionado, consideró que la demanda carecía de toda base y apoyo legal según el Derecho español, y que la acción de daños y perjuicios debía haber sido ejercitada ante el Juzgado de su domicilio y dentro del plazo de un año a partir del momento en que se produjeron los hechos. Por otra parte, entendió que no debía aceptar «la imposición injusta e ilógica de un Juez no español, perteneciente a un país extranjero», para ser parte en un juicio que

no conocía y que le inspiraba desconfianza. A todo ello añade que hubiera sido injusto soportar los enormes gastos que hubiera implicado el traslado y estancia en Estados Unidos; la contratación de expertos en Derecho, cosa difícil, si no imposible de realizar con acierto en un país desconocido, y, en fin, los cuantiosos gastos que todo ello conllevaría aparejado.

En conclusión, considera lógico haber optado por una actitud de rebeldía.

D) El 13 de agosto de 1981, el Juzgado de Distrito de los Estados Unidos, distrito oeste de Michigan, división norte, dictó sentencia declarando en rebeldía a la Entidad solicitante de amparo y condenándola al pago de la cantidad anteriormente reseñada. Dicha sentencia no fue nunca notificada a «Zabala Hermanos, Sociedad Anónima». En consecuencia, aparte de la irregularidad que ello significa, «Zabala Hermanos, Sociedad Anónima», no ha podido ejercitar ningún tipo de recurso.

El 15 de febrero de 1984, «Kassnar Imports» solicitó del Tribunal Supremo el reconocimiento y ejecución de la sentencia ya mencionada dictada por el Juzgado de Michigan el 13 de agosto de 1981.

La solicitante de amparo se opuso a la pretensión de reconocimiento y ejecución de la sentencia. El 25 de febrero de 1985, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó auto por el que declaró haber lugar a cumplir en España la sentencia dictada por el Juzgado de Estados Unidos.

La sociedad recurrente en amparo considera que se ha infringido el artículo 24 de la Constitución, en cuanto que se olvida el derecho a la tutela judicial efectiva y se padece indefensión, pues se ha vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y el derecho a recurrir y ser citado de evicción.

El Tribunal Constitucional DESESTIMA el recurso de amparo en virtud, entre otros, de los siguientes

Fundamentos jurídicos.—Tercero. Este Tribunal ha tenido ocasión, señaladamente en la Sentencia 98/1984, de 24 de octubre, de pronunciarse en vía de amparo respecto de resoluciones judiciales referentes al reconocimiento y ejecución en España de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, afirmando que el examen de los requisitos estatuidos por el ordenamiento del foro para la ejecución de una resolución judicial extranjera, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que los establecen son cuestiones de legalidad ordinaria y función jurisdiccional en sentido estricto, perteneciente en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, por lo que el Tribunal Constitucional no puede ni debe entrar en ella, salvo, obviamente, en el supuesto de vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional. Se trataba, no obstante, en los supuestos enjuiciados por este Tribunal, de recursos de amparo constitucional en los que la queja formulada se basaba en decisiones dictadas por órganos de la jurisdicción ordinaria que rechazaban el *exequatur* o la homologación de sentencias dictadas por Tribunales extraños. En el presente caso, la queja se formula, por el contrario, respecto de una resolución judicial que ha homologado la sentencia extranjera, en cuanto que este reconocimiento interno, del que dimana su fuerza ejecutoria en el ordenamiento español, podría haber vulnerado derechos fundamentales de la solicitante de amparo. Con la salvedad de esta eventual vulneración, es evidente que resultando la concesión del *exequatur*, como su no concesión, de la aplicación e interpretación de las (mismas) disposiciones legales, corresponde asimismo en plenitud a la jurisdicción ordinaria,

sin que quepa, fuera de la hipotética vulneración señalada, intervención alguna de este Tribunal al respecto.

Cuarto. Antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución.

Quinto. El demandante de amparo se queja, en primer lugar y principalmente, de la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión (art. 24, 1, de la Constitución Española), causada al conceder el auto impugnado el *exequatur* respecto de una sentencia dictada en rebeldía de la parte vencida, por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 954, 2, no reconoce fuerza en España a las ejecutorias relativas a tales sentencias. Pero por lo que atañe a la tutela judicial efectiva, el demandante de amparo ha tenido acceso a la jurisdicción competente para oponerse a la ejecución de la sentencia extranjera, y ha podido alegar cuanto estimara pertinente en defensa de su interés. El Tribunal Supremo, por su parte, a pesar de declarar aplicable el criterio de reciprocidad establecido en los artículos 952 y 953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha examinado extensa y razonadamente las circunstancias en que se produjo la rebeldía de la solicitante de amparo. Y ha llegado a la conclusión de que la rebeldía como posible causa para denegar el *exequatur* sólo puede admitirse cuando la parte no haya sido debidamente notificada del procedimiento seguido contra ella o no haya podido hacer valer sus medios de defensa.

Ahora bien, la Entidad «Zabala Hermanos, Sociedad Anónima», ha admitido, y el auto impugnado confirma, que le fue notificada «la citación de demanda» contra terceros por iniciativa de «Kassner Imports», y en la cual aparece como demandado, con lo que queda cumplido desde el punto de vista del orden jurídico del foro el derecho a una tutela judicial efectiva, y la pretendida indefensión de que se lamenta la solicitante de amparo se debe única y exclusivamente a su propia omisión de comparecer ante la autoridad extranjera, pues es evidente que una diligencia adecuada le habría permitido defender su interés ante la jurisdicción estadounidense.

En cuanto a las alegaciones de la Entidad «Zabala Hermanos, Sociedad Anónima», sobre la insuficiencia de la notificación de la demanda o sobre la falta de notificación de la sentencia extranjera y los recursos utilizables contra ella, es obvio que, según doctrina de este Tribunal antes mencionada, corresponde a la jurisdicción ordinaria el examen del cumplimiento de tales formalidades desde el punto de vista del ordenamiento español. En una relación de tráfico jurídico externo no se puede pretender que jueguen exacta y rigurosamente todos los requisitos existentes en nuestro ordena-

miento, y no es a este Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria, a quien compete valorar, con respecto a la ejecución de una sentencia extranjera, cuáles de entre esos requisitos son esenciales, por formar parte del orden público del foro, para denegar o conceder el *exequatur* de las ejecutorias extranjeras.

Séptimo. Igualmente infundada resulta la pretendida vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, garantizado en el artículo 24, 2, de la Constitución, que se trata de conectar a la incompetencia del Juez norteamericano para juzgar la pretensión que le fue formulada. La solicitante de amparo alega incluso incongruencia en el auto de la Sala Primera, al no haber examinado esa cuestión, planteada por la solicitante de amparo. Pero lo cierto es que la Sala Primera ha planteado el problema de la competencia internacional o general de la jurisdicción extranjera bajo la rúbrica de la denominada «rebeldía por convicción», a la que califica como la surgida por la no presentación ante un Tribunal que se considera incompetente, y que al otorgar el *exequatur* en el presente caso, se pronuncia implícita, pero claramente, sobre la improcedencia de negar la homologación de la sentencia por dicho motivo, entendiéndose que de las reglas españolas de competencia jurisdiccional internacional resulta la competencia del Tribunal norteamericano para juzgar el caso que nos ocupa.

Octavo. Finalmente, por lo que se refiere a las alegaciones sobre la carga excesiva que hubiera supuesto a la recurrente acudir ante la citación del Tribunal norteamericano, o a los argumentos sobre la confianza o recelo que los Tribunales extranjeros merezcan a la recurrente, carecen de todo contenido constitucional. Pasa por alto, por lo demás, la solicitante de amparo que ha sido ella misma la que, al exportar sus mercancías al extranjero, ha establecido un punto de conexión con un ordenamiento cuyas exigencias y requisitos no puede desconocer y que las autoridades españolas deben respetar en aras de la seguridad del tráfico internacional. Los datos aportados por la recurrente acerca del cumplimiento de todos los requisitos administrativos por parte de la mercía exportada o del plazo del ejercicio de la acción de responsabilidad son cuestiones de hecho en las que no puede entrar este Tribunal, y que debieron ser esgrimidas por la recurrente ante el Tribunal de Distrito del Estado de Michigan o, en la medida en que ello hubiera sido posible, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR MANUEL CASERO MEJÍAS,
JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY,
FERNANDO CANALS BRAGE,
RICARDO EGEA IBÁÑEZ,
ALFONSO PRESA DE LA CUESTA,
IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA,
JUAN PABLO RUANO BORRELLA y
JULIO SOLER GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. NO ES POSIBLE CANCELAR EN VIRTUD DE AUTO INSCRIPCIONES PRACTICADAS EN BASE A DOCUMENTOS OTORGADOS DURANTE EL PERÍODO DE RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA, ESTANDO LOS ADQUIRENTES PROTEGIDOS POR LOS ARTÍCULOS 34 Y 37 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 20 de enero de 1986 (B. O. del E. de 17 de febrero).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Manuel Rodas García, en nombre y representación de la Entidad «Instituto Europeo de Inversiones, Sociedad Anónima», contra la negativa del señor Registrador de la Propiedad de Cerdanyola del Vallés a practicar las cancelaciones interesadas en mandamiento expedido por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de Sabadell, en autos de quiebra necesaria seguidos con el número 1/1978 en el de igual clase número 7 de Barcelona.

Resultando que en expediente de quiebra necesaria seguido con el número 1/1978 contra la Entidad «Instituto Europeo de Inversiones, Sociedad Anónima», el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 7 de Barcelona dictó auto de fecha 22 de junio de 1983, declarando la nulidad de los contratos de opción de venta y venta realizados por la Sociedad quebrada con posterioridad al 1 de octubre de 1975, fecha definitiva de retroacción de la quiebra, y acordando la cancelación de las inscripciones registrales a que dieron lugar dichas operaciones y otras posteriores que traen causa de aquéllas, que afectan a las fincas registrales 10.981, 10.982, 10.983, 10.985,

10.986, 10.987, 10.988, 10.989, 10.991, 10.992, 10.993, 10.994, 10.995, 10.997, 10.999, 11.000, 11.001, 11.003 y 11.004 del Registro de la Propiedad de Cerdanyola del Vallés.

Resultando que en mandamiento expedido por el Magistrado-Juez de Primera Instancia del número 2 de Sabadell, con fecha 14 de octubre de 1983, dando cumplimiento a exhorto procedente del de igual clase número 7 de Barcelona, dictado en autos de quiebra necesaria 1/1978, se interesó la cancelación de aquellas inscripciones registrales.

Resultando que presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Cerdanyola del Vallés, fue calificado con nota del siguiente tenor: «Denegadas las cancelaciones ordenadas en el precedente mandamiento por los siguientes defectos: 1) No describirse las fincas a que se refiere, de conformidad con el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento, ni tampoco constar las circunstancias de los títulos registrales, de conformidad con los citados preceptos. 2) Al pretenderse la cancelación de las inscripciones segundas de opción de compra, otorgadas por el quebrado a favor de don José o de don Juan Nogués Sirván o de ambos, según las fincas; de las inscripciones terceras de compra otorgadas por el quebrado asimismo a favor de don José o de Juan Nogués Sirván o de ambos, según las fincas; de las inscripciones cuartas de venta otorgadas por dichos señores cada uno o por ambos, según la titularidad, a favor de don Joaquín María Figa García, e incluso de venta respecto de la finca 1.981, en cuanto a una quinta parte indivisa, y de la 10.991, en su totalidad, según las inscripciones quintas otorgadas por don Joaquín María Figa García a favor de doña Teresa Morillas Gascón, no es suficiente el auto, que no consta sea firme, y aunque constase, para cancelar inscripciones practicadas por escritura pública y a favor de titulares protegidos en principio por los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, siendo para ello necesario sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, así como que los titulares registrales a quienes afecte la cancelación hayan sido parte y vencidos en el juicio a que tenga fin la sentencia que corresponda, la cual no consta, y esto no sólo respecto a los titulares referidos, aludidos o no en el mandamiento, sino también respecto a los demás que tengan adquiridos derechos sobre la finca, según el Registro, al constar en las fincas, además de los actos y asientos relacionados en el mandamiento y de los expresados más arriba, anotaciones de embargo sobre todas las fincas a favor de otras personas a las cuales también afectará la cancelación. 3) Existir además contradicción respecto de las diez fincas primeras relacionadas, en cuanto a la cancelación de su inscripción tercera que se pretende, pues las mismas se practicaron a favor de don Juan Nogués Sirván, en virtud de escritura otorgada el 29 de marzo de 1977 ante el Notario de Mataró don José María Ferré Monlláu, que no se cita en el mandamiento, lo cual debe aclararse, y se ordena cancelar la venta a favor de don José Nogués Sirván; excepto en la finca 10.989, que la venta es a favor de ambos señores. 4) Existe contradicción respecto de las fincas 10.981, en cuanto a una quinta parte indivisa, y 10.991, en cuanto a su totalidad, pues según sus inscripciones quintas aparecen practicadas en virtud de escritura de fecha 5 de marzo de 1982, ante don José María Lozano Gómez, Notario de Barcelona, al cual no se menciona entre los documentos acompañados, y en vista a los cuales se solicitan las cancelaciones. El se-

gundo defecto se considera insubsanable y, por tanto, no se toma anotación de suspensión, que, por otro lado, tampoco había sido solicitada. Se extiende esta nota de conformidad con mi cotitular, en Cerdanyola del Vallés a 22 de noviembre de 1983.—El Registrador (firma ilegible)».

Resultando que don Manuel Rodes Garriga, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Instituto Europeo de Inversiones, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo y alegó: Que el auto del día 26 (*sic*) de junio de 1983 es firme y ejecutorio, y, en cualquier caso, la falta de justificación de su firmeza no sería nunca defecto insubsanable; que el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio proclama una nulidad intrínseca invocable frente a todos y, en consecuencia, no exige una declaración judicial previa, según reconoce la doctrina legal contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1960, 29 de octubre de 1962 y 22 de febrero de 1963; que el conflicto entre el Registro y la retroacción de la quiebra ha sido zanjado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, confirmada por las de 31 de mayo de 1960 y 1 de febrero de 1974, en el sentido de que la nulidad intrínseca que proclama el artículo 878, 2, del Código de Comercio es independiente de la ignorancia o buena fe de terceros; que los actos de dominio a que se refieren no pueden ser convalidados por el adquirente al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni siquiera en el caso de que no resultase del Registro el estado legal de quiebra del transmitente.

Resultando que el señor Registrador de la Propiedad informó: Que de la lectura del escrito de interposición del recurso se deduce que no se recurre contra los defectos números 1, 3 y 4 de la nota, a los cuales, al parecer, no se opone el recurrente; que respecto de las fincas a que se refiere el mandamiento de cancelación existen las siguientes inscripciones: respecto de todas, una opción de compra y una venta otorgadas por el quebrado a favor de unos primeros adquirentes; unas ventas otorgadas por estos primeros adquirentes a favor de otros subadquirentes, e incluso, respecto de las fincas 10.981 y 10.991, ventas de una quinta parte indivisa de una y la totalidad de la otra a favor de otro adquirente del subadquirente, y además diversas anotaciones de embargo sobre los derechos tanto del primer adquirente del quebrado como de los subadquirentes; que en el Registro no consta ningún asiento referente a la quiebra, por lo que al no constar inscritas causas de rescisión, resolución o revocación es evidente que los actuales titulares registrales estén protegidos por los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y pretender despojarles de sus derechos sin ser citados, oídos y vencidos resultaría incluso anticonstitucional (art. 24 de la Constitución); que si se cancelaran las inscripciones a favor del adquirente del quebrado y del subadquirente resultaría que el quebrado, a través de sus órganos, podría vender de nuevo las fincas a unos extraños y estos nuevos adquirentes tendrían la cualidad de terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dejando en absoluta indefensión —contraria a cualquier norma procesal, constitucional y sustantiva— a los titulares de asientos cancelados; que precisamente para evitar esas situaciones el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria declara que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y completando esto, el párrafo segundo del artículo 38 de la misma Ley dice que como consecuencia de lo dispuesto anteriormente no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria

del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o ente determinado, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, demanda que habrá de fundamentarse en alguna de las causas que taxativamente expresa la Ley cuando haya de perjudicar a terceros, y en aplicación de ese principio general el artículo 40, D), de la Ley Hipotecaria exige, para la rectificación del Registro, el consentimiento de los titulares afectados o resolución judicial en la que la demanda se haya dirigido contra todos aquellos a quienes el asiento conceda algún derecho; que, por otra parte, el artículo 878 del Código de Comercio declara la nulidad de los actos realizados por el quebrado, pero no la nulidad de los realizados por el adquirente del quebrado, supuesto éste en el que tiene la plena aplicación el artículo 82, 1, de la Ley Hipotecaria, que exige para la cancelación escritura pública en la cual preste su consentimiento el titular registral, o sentencia firme; que en las sentencias alegadas por la parte recurrente, la retroacción de la quiebra fue alegada por la sindicatura y en procedimientos adecuados frente a los titulares afectados, o sea, que fueron oídos y vencidos en el correspondiente procedimiento declarativo de mayor cuantía; que, finalmente, es muy ilustrativa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 1977, que, sobre un idéntico caso de quiebra, señaló que «lo esencial que se deduce y presuponen ambos preceptos (arts. 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3, del Reglamento Hipotecario) son la nota de firmeza y que el titular registral haya sido parte y vencido en el juicio a que la sentencia haya puesto fin», tesis confirmada por la Resolución de 29 de enero de 1979, que no se da o, al menos, no consta de los documentos calificados en el caso que se discute.

Resultando que el Magistrado-Juez de Primera Instancia del número 7 de Barcelona informó: En cuanto al primer defecto de la nota, que puede prescindirse de la descripción si no hay duda racional acerca del asiento que debe ser cancelado, según reconoció la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 31 de julio de 1958, y ello por ser la cancelación un asiento accesorio y negativo; en cuanto al segundo defecto de la nota, que, efectivamente, debió expresarse el carácter de la firmeza del auto de 22 de junio de 1983 en el testimonio unido al exhorto, pero en cuanto al resto de la nota es contrario al parecer del señor Registrador, por cuanto: a) Los Registradores y la Dirección General carecen de facultades para examinar los fundamentos legales de los autos o sentencias, y b) La nulidad que declara el artículo 878 del Código de Comercio es absoluta y opera a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y con independencia de la buena o mala fe del tercer adquirente, sin que pueda exigirse sentencia que declare la nulidad de dichos actos, pues la nulidad se produce por ministerio de Ley, no teniendo siquiera los afectados derecho a ser indemnizados, teniendo acogida esta interpretación en el ámbito registral en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria —cancelación basada en la extinción del derecho declarado por la Ley—; en cuanto a los defectos tercero y cuarto de la nota que, bien para aclarar las posibles contradicciones, bien para extender la cancelación a asientos no mencionados en el auto, debió suspenderse la cancelación en tanto se subsanaran los defectos expresados.

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto en el que, estimando en parte el recurso, declara subsanables

todos los defectos señalados en la nota, bastando para subsanar el segundo —único que es objeto del recurso— aportar la certificación acreditativa de la firmeza de la resolución judicial.

Resultando que el señor Registrador se alzó de la decisión presidencial, alegando que si bien es cierto que la nulidad a que se refiere el artículo 878 del Código de Comercio es absoluta, la Ley Hipotecaria es de promulgación posterior y, por tanto, en lo que se oponga a ella, derogatoria, y después de señalar en su artículo 33 que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, dice su artículo 34 que el tercero que reúna las condiciones determinadas será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro, remitiéndose en lo demás al informe anterior.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 872, 878, 880 y 881 del Código de Comercio; 1.º, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria; 164, 4.º, y 166, 5.º, del Reglamento para su ejecución; las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1927, 9 de junio de 1932, 17 de marzo de 1958, 31 de mayo y 14 de diciembre de 1960, 29 de mayo de 1965 y 1 de febrero de 1974, y las Resoluciones de este Centro de 16 de marzo de 1916, 7 de junio de 1920, 28 de junio de 1926, 9 de mayo de 1943, 28 de febrero de 1977 y 24 de enero de 1979.

Considerando que la cuestión que plantea este expediente hace referencia —al haberse sólo recurrido el defecto segundo— a si pueden ser canceladas en virtud del testimonio del auto judicial presentado una serie de inscripciones practicadas a favor de terceras personas que adquirieron los inmuebles de quienes, a su vez, los habían adquirido de otros, a los que les habían sido transmitidos por persona que posteriormente es declarada en quiebra, y habiéndose otorgado las escritura correspondientes de compraventa dentro del período al que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra.

Considerando que una de las cuestiones más debatidas dentro del campo jurídico ha sido motivada por la aparente discordia que se produce entre lo preceptuado en el artículo 878 del Código de Comercio, que declara la nulidad de los actos otorgados dentro del período al que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra, y de otra parte la protección que la Ley Hipotecaria concede al tercero de buena fe que reúne las condiciones que señala el artículo 34 de dicha Ley, cuando en los libros registrales no consta ninguna causa de resolución o revocación que pueda afectarle.

Considerando que, como ya se ha indicado, una fuerte polémica sobre la preferencia de uno y otro texto se ha planteado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que en relación a este último se haya llegado a una posición uniforme, pues si bien principalmente en la Sentencia de 17 de marzo de 1958 se entendió que, de acuerdo con el artículo 878 del Código de Comercio, la declaración de quiebra afectaba incluso al tercer hipotecario que traiga su causa del quebrado, otras Sentencias, como la de 9 de junio de 1932, e indirectamente las de 31 de mayo de 1960 y 1 de febrero de 1974, declaran, por el contrario, la inmunidad del tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que el juego de la Ley Hipotecaria no es, por principio,

y sólo excepcionalmente —y sin distinción de tipos de nulidad— confiere una posición inatacable en favor del tercer adquirente cuando reúna las condiciones exigidas por el artículo 34 de la Ley, y que es una protección singular que el legislador ha establecido como exigencia para la seguridad del tráfico inmobiliario y del crédito territorial.

Considerando que para armonizar en lo posible los intereses en juego la legislación hipotecaria ha introducido la posibilidad de la anotación de la demanda de declaración de quiebra, a fin de que los terceros adquirentes, una vez practicada, queden ya advertidos de la situación jurídica en que pueden encontrarse los inmuebles propiedad del demandado, y a su vez quede enervada la protección que les dispensaría el mencionado artículo 34 de la Ley.

Considerando que, en el presente caso, al parecer toda una serie de inscripciones practicadas a favor no sólo del primer adquirente, sino de terceros o segundos subadquirentes sin que exista en los asientos ninguna causa de resolución, y como además los titulares actuales al no haber sido citados ni oídos en juicio estarían en situación de indefensión, no cabe, en virtud de lo establecido en el artículo 82, 1.º, de la mencionada Ley Hipotecaria, practicar la cancelación solicitada sin que hayan prestado voluntariamente su consentimiento dichos titulares o, en su defecto, que en el procedimiento adecuado se haya ordenado la cancelación mediante la resolución judicial firme.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente el auto apelado, confirmando el defecto segundo de la nota del Registrador.

COMENTARIO.—Estamos ante una resolución que sin duda será objeto de fuertes controversias, que analizarán su doctrina con mucho mayor detenimiento del que ahora es posible. Adelanto ya mi aplauso a la Dirección General por la doctrina que sienta, cuya trascendencia se alcanza a ver, de inmediato, y que, a mi juicio, ha venido a sentar una pieza clave para el fortalecimiento del Registro de la Propiedad, y lo que es más importante, de la seguridad jurídica en general.

Prescindo del estudio de los defectos 1, 3 y 4, que además no son objeto de recurso, limitándome al examen del segundo, en el que reside la importancia del recurso. El Registrador entiende que no es suficiente el auto declarando la nulidad de ciertos contratos realizados durante el período de retroacción de la quiebra para cancelar las inscripciones que dichos contratos causaron, estando en principio los titulares protegidos por los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria. El recurrente, en nombre y representación de la Sociedad quebrada, alega que sí es suficiente, dada la nulidad absoluta de dichos contratos, citando al respecto, cómo no, la famosa (y triste) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958 y alguna más (la de 31 de mayo de 1960 creo que no muy bien traída a colación, como veremos más adelante).

El Registrador en su informe reitera el defecto y apunta ya el aspecto sustantivo del tema, no meramente procesal, alegando incluso la posible inconstitucionalidad de la cancelación pretendida (es importante, a este respecto, la Resolución de 28 de febrero de 1977, como veremos). El Registrador en su recurso a la Dirección General ya no se anda con rodeos y plantea de forma directa el choque entre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la nulidad de los contratos celebrados durante el período de re-

incompatible con la ineficacia que declara el artículo 878 del Código de Comercio, aun admitido que este precepto dé a la ineficacia el alcance absoluto de otros tipos de nulidad, y que además determine una cadena de nulidades, las de los negocios ulteriores que partieron de la validez del negocio otorgado por el quebrado, ya que ciertamente la legislación registral parte de que en todos esos supuestos la regla sería la ineficacia absoluta, como expresa el artículo 33 de la Ley cuando declara que «la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las Leyes», troacción de la quiebra que declara el artículo 878, 2, del Código de Comercio. La resolución, por su parte, revoca el auto y confirma el defecto por entender que el auto no es suficiente para la cancelación pretendida, y sienta la importante doctrina (considerando 4) de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria aun frente a la retroacción de la quiebra.

Dos aspectos íntimamente relacionados entre sí cabría examinar en esta resolución: el aspecto procesal (cual sería el documento adecuado para proceder a la cancelación de las inscripciones causadas por actos celebrados durante el período de retroacción de la quiebra) y el sustantivo (choque del artículo 878, 2, del Código de Comercio con los principios hipotecarios, singularmente con el de fe pública registral). No obstante, sólo examinaré el segundo de estos aspectos, sin que pueda olvidarse que la solución que se dé al mismo condiciona decisivamente el primero. En cuanto al aspecto procesal basta decir que no resulta claro cuál sería el documento adecuado para llevar a cabo la cancelación, derivado fundamentalmente de la inexistencia de un procedimiento para declarar tal nulidad, pues ni el Código de Comercio ni la Ley de Enjuiciamiento Civil dicen nada al respecto. Prestigiosos autores (GARRIGUES a la cabeza) deducen de esta inexistencia de normas que ni siquiera hace falta resolución judicial alguna, dada la nulidad absoluta establecida por el artículo 878. Así, por ejemplo, GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, volumen II, quinta edición, págs. 423 y sigs.) afirma que la nulidad no necesita ser declarada judicialmente: Los síndicos, dice este autor, deben considerar como inexistentes en Derecho todos los actos de dominio y administración posteriores a la fecha de retroacción. En consecuencia, pueden disponer de las cosas vendidas como si no hubiese mediado su venta, ocupándolas, incluyéndolas en el inventario, etc. Todos los elementos patrimoniales que por un acto de disposición del deudor salieron de su patrimonio vuelven a él *ipso iure*, sin consideración a si los terceros conocían o no el estado de cesación de pagos y sin ningún derecho a indemnizar a su favor.

Tirso CARRETERO, al comentar la Resolución de 28 de febrero de 1977, sobre la que luego volveré (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 524, enero-febrero 1978, págs. 75 y sigs.), distingue cómo la resolución judicial, base del mandamiento que ordena la cancelación, sólo puede ser el auto de declaración de quiebra (arts. 1.326 y 1.333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la sentencia de declaración de quiebra (que sólo existe como final del incidente de oposición del quebrado al auto de declaración de quiebra solicitado por los acreedores, arts. 1.326 a 1.330 de dicha Ley) o la sentencia de calificación dictada en la sección quinta, que tampoco es seguro que revista la forma de sentencia, salvo el caso de que el quebrado se oponga a la pretensión de calificación de los síndicos y del fiscal (artículos 1.384 y 1.385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

No obstante, como dije antes, me limitaré ahora al examen del choque

del artículo 878, 2, del Código de Comercio y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Es de sobra conocida la polémica suscitada ya desde hace muchos años sobre la nulidad declarada por dicho artículo del Código de Comercio para los actos de administración y dominio del quebrado posteriores a la fecha a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, y la protección que el Registro de la Propiedad debe brindar a los adquirentes de buena fe (con las demás circunstancias del art. 34), polémica en la que casi siempre los principios hipotecarios y, a mi juicio, la seguridad jurídica en general han salido mal parados. Son innumerables las opiniones vertidas sobre el alcance de la nulidad declarada por el artículo 878, 2, sin que sea éste el momento oportuno para su resumen. Diré simplemente que la práctica totalidad de los mercantilistas han abogado por la interpretación más radical de dicho precepto. Volviendo a citar palabras de GARRIGUES, este autor (*obra citada*, págs. 424 y sigs.) llega a decir que de la enérgica formulación de dicho artículo se desprende que a efectos de su nulidad se equiparan los actos realizados después de la fecha de la retroacción a los realizados después de la fecha de la declaración de quiebra, y que esa nulidad es una nulidad absoluta, tanto desde el punto de vista subjetivo (nulidad frente a todos y no sólo frente a los acreedores) como objetivo (la nulidad afecta a todos los actos de dominio y administración del deudor y no sólo a aquellos que produzcan una disminución del activo o aumento del pasivo), citando a estos efectos la Sentencia de 7 de marzo de 1931.

OLIVENCIA RUIZ (en su conocido trabajo *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, págs. 92 y sigs.) insiste en el mismo sentido diciendo que el artículo 878 no tiene limitaciones en su tajante enunciación ni reconoce excepciones. Todo acto afectado por esta norma, realizado de buena o de mala fe, inscrito o no inscrito en el Registro de la Propiedad, es radicalmente nulo, resultando muy difícil aminorar el radicalismo de esta norma, por entender que dentro del sistema de nuestro Código de Comercio no cabe para el artículo 878 otra interpretación que la literal que se desprende de su texto, claro y rotundo. Concluye afirmando que no cabe otro medio para evitar el peligro que el precepto representa para la seguridad del tráfico que el de la sustitución del sistema del Código de Comercio por otro más adecuado a las necesidades actuales. La mayoría de los mercantilistas se manifiestan en términos parecidos (puede verse un resumen de las diversas opiniones en el citado comentario de Tirso CARRETERO a la Resolución de 1977 en el núm. 524 de esta *Revista*).

Este tipo de opiniones no dejan margen alguno a la actuación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, convirtiendo al citado artículo 878 en una excepción a la fe pública registral. Intentando salvar en lo posible la seguridad del tráfico jurídico y la vigencia de los principios hipotecarios, BILBAO ARISTEGUI, en su conocido trabajo «Actuación de los principios de legitimación y fe pública registral, en relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra» (publicado en el núm. 493 de esta *Revista*, noviembre-diciembre 1972), propone limitar la sanción de nulidad, establecida por el artículo 878, 2, en dos formas: 1) dejando fuera de ella todos aquellos actos y contratos que constituyan la actividad normal o habitual del comerciante (por ejemplo, la venta de pisos en una sociedad inmobiliaria), y 2) permitiendo que dentro de los que merezcan la calificación de nulos y se refieran a inmuebles jueguen libremente los principios hipotecarios.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado reiteradamente sobre este tema, con soluciones un tanto contradictorias entre sí, aunque, por desgracia, casi siempre se cita como fundamental la «tremenda» Sentencia de 17 de marzo de 1958, que pulverizó por completo los principios hipotecarios y cualquier protección que el Registro de la Propiedad pueda brindar. Esta sentencia, como es sabido, no sólo anula la adquisición efectuada por el adquirente del quebrado (aun reuniendo los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria), sino también la adquisición del subadquirente, por entender que anulado radicalmente el derecho del transmitente (adquirente del quebrado), queda anulado el derecho del subadquirente, sin distinguir más circunstancias (para el examen de esta sentencia puede verse, por ejemplo, el magnífico comentario realizado por Bartolomé MENCHÉN en esta misma *Revista*, julio-agosto 1959, págs. 548 y sigs.). Sin entrar en su examen, diré simplemente que la misma fue calificada como trágica para los principios hipotecarios, y para la seguridad del tráfico, añadiría yo). OLIVENCIA RUIZ, por ejemplo (trabajo citado, págs. 107 y sigs.) critica abiertamente la solución dada por esta sentencia en cuanto a las adquisiciones de los subadquirentes, por entender que éstos deberían quedar protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Otras sentencias del Tribunal Supremo no han sido tan radicales en la aplicación del artículo 878 del Código de Comercio: así, por ejemplo, la de 13 de mayo de 1927, citada en los vistos, que anula la transmisión a favor del adquirente y subadquirente por apreciar mala fe, o la de 31 de mayo de 1960, citada por el recurrente, en la que se negó la protección registral al subadquirente por apreciar mala fe en el mismo, diciendo expresamente que no debe gozar de protección por faltarle la buena fe (por tanto, si hubiera buena fe, el subadquirente quedaría protegido; por eso entiendo que el recurrente para fundamentar su tesis no debió traer a colación esta sentencia).

La Dirección General, a su vez, también se ha manifestado reiteradas veces sobre este tema; de los últimos años cabe destacar las Resoluciones de 28 de febrero de 1977 y 24 de enero de 1979 (ambas magníficamente comentadas por Tirso CARRETERO en esta misma *Revista*, núms. 524, enero-febrero 1978, como antes digo, y 545, julio-agosto 1981). La primera de dichas resoluciones, citada por el Registrador y por la Dirección en los vistos, además de otros defectos que ahora no interesan, resolvió sobre la posibilidad de cancelar inscripciones practicadas en base a actos del quebrado durante el período de retroacción, a la vista de un mandamiento, entendiendo el Registrador que era necesaria sentencia firme y no un auto. El Centro Directivo confirmó la nota y el auto de la Audiencia en cuanto a este defecto, pero calificándole de subsanable. Por su parte, la Resolución de 24 de enero de 1979 confirmó la nota del Registrador de no ser posible extender anotación de declaración de quiebra sobre fincas que ya no aparecen inscritas a nombre del quebrado. Ahora me interesa resaltar el considerando 6 de esta resolución, pues ya viene a suponer un adelanto de la doctrina que ha venido a sentar la resolución ahora comentada. Dice dicho considerando 6 que al poner en relación los principios hipotecarios con el artículo 878, punto 2, del Código de Comercio trae consigo que este último precepto no pueda ser interpretado en su sentido más radical, pues ello llevaría a cancelar automáticamente los asientos posteriores a la fecha de retroacción y relativos a actos dispositivos del quebrado; pero a la

práctica de la referida cancelación se oponen preceptos que, como los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3, del Reglamento para su ejecución, minimizan los efectos de la retroacción en este caso, al no ser firme la resolución, por lo que resulta registralmente inadecuada la postura maximalista en el supuesto discutido.

Entrando ya en el examen de la resolución, la misma establece con claridad la preferencia de la protección registral frente a la nulidad decretada por el artículo 878, 2. Acabo de transcribir un considerando de la Resolución de 1979, en el que ya se apuntaba cómo dicho precepto no puede interpretarse tan radicalmente que haga tabla rasa de cualquier protección registral al adquirente. La actual resolución culmina la evolución sentando el criterio de protección al adquirente que reúna las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Nótese cómo esta protección se brinda no sólo al subadquirente (que adquiere de quien adquirió del quebrado), como ya había admitido indirectamente alguna sentencia del Tribunal Supremo, según vimos, al negar la protección por intervenir mala fe, sino incluso al adquirente directo del quebrado. Así, por lo menos, creo deben entenderse los fundamentales considerandos 4 y 5 de la resolución.

A mí siempre me ha sorprendido la firmeza con que los defensores de la aplicación hasta sus últimas consecuencias de la nulidad declarada por el artículo 878 prescinden de cualquier consideración sobre la protección al adquirente que brinda el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Digo que me ha sorprendido, porque ante artículos antagónicos, como son el 878, 2, del Código de Comercio y 34 de la Ley Hipotecaria, en teoría parece que el adquirente de buena fe debe merecer, por lo menos, igual protección que los acreedores del quebrado; sin embargo, asistimos a un afán de proteger, y hasta mimar diría yo, al acreedor, despreciando al adquirente. Y aunque no sea un argumento jurídico, tampoco puede desconocerse que en la práctica la adquisición de un inmueble, singularmente una vivienda, supone la inversión económica fundamental de la práctica totalidad de los ciudadanos, con pagos que abarcan muchos años. Verse privado de ese inmueble por causas ajenas y desconocidas por parte del adquirente (no se olvide que para su protección se requiere buena fe, que, entre otras cosas, supone la ignorancia de la situación económica de «prequiebra» del vendedor) me parece una gran injusticia, sobre todo cuando existe un precepto legal que, en principio, le ampara.

Y es que en el fondo del problema late algo tan esencial como es el principio de SEGURIDAD DEL TRAFICO e incluso el principio de SEGURIDAD JURIDICA. El propio GARRIGUES, cuya posición extrema antes expuse, no deja de reconocer que con esta interpretación queda seriamente dañada la seguridad del tráfico. OLIVENCIA RUIZ (trabajo citado, págs. 93 y sigs.) igualmente entiende que aunque, a su juicio, es inevitable la interpretación del artículo 878, en el sentido de anular las enajenaciones incluso frente al artículo 34 (no subadquirentes, como vimos, en opinión de este autor), no deja de reconocer que ello trae consigo la aparición de situaciones que atentan a la seguridad del tráfico, y se muestra partidario de la modificación de este criterio en futuras reformas legislativas.

No debe olvidarse que hoy en día el principio de seguridad jurídica tiene rango constitucional, apareciendo recogido en el artículo 9, 3, de la Constitución. Pone de relieve CHICO ORTIZ (en su trabajo «Proyecciones de la seguridad jurídica», en esta misma *Revista*, núm. 563, julio-agosto

1984, págs. 797 y sigs.) cómo, por regla general, los comentaristas de la Constitución no desarrollan prácticamente este principio, ni los efectos que produce, quizá por dar por supuesto su conocimiento por todos. Este autor, partiendo de la conocida distinción entre seguridad estática y dinámica, sitúa dentro de esta última la llamada seguridad del tráfico jurídico. Tratándose de bienes inmuebles, la eficacia plena de esa seguridad del tráfico reside, en último extremo, en el Registro de la Propiedad. La propia resolución ahora examinada, en su fundamental considerando 4, afirma expresamente que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la protección que el mismo brinda ha sido establecido como EXIGENCIA PARA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO INMOBILIARIO Y DEL CREDITO TERRITORIAL.

Repito lo dicho antes: ¿Por qué han de ser de mejor condición los intereses de los acreedores del quebrado que los del ciudadano que amparándose en los pronunciamientos del Registro adquiere un inmueble? Se ha dicho (BILBAO ARISTEGUI, trabajo citado) que quizá lo que ha llevado al Tribunal Supremo a declarar la preferencia del artículo 878, 2, es su claridad, mientras que la aplicación de la protección registral ha de ser objeto de una interpretación bastante elaborada. No me parece un argumento con suficiente peso como para proteger al acreedor del quebrado a costa de cualquier otro interés. Incluso la sentencia de 1958, al negar protección al adquirente, añade «a pesar» de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, lo que lleva a algún comentarista a decir que en el fondo el Tribunal Supremo está de acuerdo con proteger al tercero del artículo 34 (incluso al adquirente directo del quebrado), pero no se atreve a llevarlo a sus últimas consecuencias.

Pero la presente resolución sí se ha atrevido, y de ahí mi aplauso, como antes dije. Entiendo que la doctrina ahora sentada, a pesar de las encontradas reacciones que va a suscitar, ha venido a fortalecer la seguridad del tráfico, y como consecuencia de ello la seguridad jurídica. Además, no pueden desconocerse dos importantes argumentos apuntados por el Registrador en su informe: por un lado, en caso de choque de preceptos, el promulgado posteriormente (en este caso, el art. 34 de la Ley Hipotecaria) deroga al anterior que se le oponga; por otro, la posible anticonstitucionalidad que supondría despojar de derechos a personas sin ser oídas o citadas (art. 24 de la Constitución), como ocurriría aplicando el artículo 878, 2, en su forma más radical.

La propia resolución en su considerando 5 pone de relieve cómo la propia legislación hipotecaria ofrece a los acreedores del quebrado otras armas para defender sus derechos. La quiebra no es un fenómeno que surja en veinticuatro horas, sino que normalmente se va fraguando a lo largo de un período de tiempo (de ahí la institución de la retroacción), y es durante este período en el cual los acreedores pueden ya adoptar una serie de medidas que enerven la protección registral (anotaciones de solicitud de quiebra o de suspensión de pagos, de embargo, etc.) y no esperar al final para luego pretender resarcirse a costa de adquirentes de buena fe.

Por lo demás, la doctrina sentada por la resolución (incluyendo la protección del adquirente del quebrado) era el final inevitable en la evolución de soluciones al choque de la retroacción de la quiebra con los principios hipotecarios. Dije antes cómo ya OLIVENCIA RUTZ abogaba por la introducción de modificaciones en futuras reformas legislativas. Pues bien, esto ya

se ha producido, y es previsible que en un corto plazo se vea confirmado definitivamente. Veamos dos ejemplos, uno de ellos ya vigente y otro que pronto verá la luz:

1) Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario: El artículo 10 de esta Ley dice textualmente que «las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo segundo (se refiere este artículo a las Entidades financieras que pueden otorgar préstamos y emitir títulos al amparo de la Ley) sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que SE DEMUESTRE LA EXISTENCIA DE FRAUDE EN LA CONSTITUCION DE GRAVAMEN, Y QUEDANDO EN TODO CASO A SALVO EL TERCERO QUE NO HUBIERA SIDO COMPLICE EN AQUEL». Por su parte, el artículo 25, 5, del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, que desarrolla dicha Ley, reitera con palabras casi idénticas lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley. La claridad de estos preceptos sobre el tema que nos ocupa ahorra cualquier comentario al respecto.

2) Anteproyecto de Ley Concursal: Este Anteproyecto, aprobado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en junio de 1983, regula los efectos de la declaración del concurso sobre actos del deudor anteriores a tal declaración en sus artículos 181 y siguientes; en lo que ahora nos interesa, el artículo 189 dispone que «son anulables los actos realizados por el deudor, dentro del período de retroacción, EN FRAUDE DE SUS ACREEDORES». El artículo 190 enumera una serie de actos que se presumen fraudulentos, y serán anulables salvo que se pruebe la ausencia de fraude a los acreedores, añadiendo el artículo 191 que «quedan excluidos de la presunción establecida en el artículo anterior los actos corrientes del tráfico propio del deudor y los que resulten adecuados y normales para el desarrollo de su vida ordinaria de acuerdo con su situación social y económica» (en este sentido, vimos antes cómo ya BILBAO ARISTEGUI propuso paliar los efectos que la interpretación maximalista del artículo 878, 2, traía consigo). Finalmente, el artículo 192 de dicho Anteproyecto añade que «son anulables los actos de enajenación a título oneroso realizados dentro del período de retroacción cuando la contraprestación a favor del concursado no alcance la mitad del valor real de mercado de los bienes o derechos transmitidos, salvo que se pruebe la ausencia de efectivo perjuicio para los acreedores en caso de mantenimiento de la eficacia de estas operaciones. El adquirente podrá mantener la adquisición satisfaciendo en dinero la diferencia de valor». Veamos, pues, que este Anteproyecto de Ley Concursal reconoce la protección al adquirente directo del quebrado siempre que concurra la buena fe (ausencia de fraude) y qué adquisición sea a título oneroso.

Termino citando unas palabras de Tirso CARRETERO: Decía este autor que existía un grave peligro de que la Sentencia de marzo de 1958 pudiese tener alguna *reprise* trágica para la protección del tercero hipotecario. Pues bien, la resolución ahora examinada ha supuesto un frenazo a dicho peligro, en beneficio de la seguridad jurídica en general, y muy particularmente de la seguridad del tráfico inmobiliario.

M. C. M.

2. NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA FACULTAD CONFERIDA POR EL ÓRGANO COMPETENTE DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL MARCO DE UN PODER CONCEBIDO EN TÉRMINOS GENERALES, Y DE LA QUE RESULTA QUE EL APODERADO DESIGNADO PUEDE ASISTIR CON VOZ Y VOTO EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD PODERDANTE A CUALQUIERA DE LAS JUNTAS GENERALES QUE SE CELEBREN DE LAS SOCIEDADES A LAS QUE LA MENCIONADA COMPAÑÍA PERTENEZCA COMO SOCIO (ARTÍCULOS 60 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y 16 DE LA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA).-

EL REGISTRADOR NO ESTÁ OBLIGADO A NOTIFICAR AL NOTARIO RECURRENTE EL ACUERDO ADOPTADO POR AQUÉL EN RELACIÓN CON EL RECURSO PLANTEADO (ART. 68 DEL REGLAMENTO DE REGISTRO MERCANTIL).

Resolución de 21 de enero de 1986 (B. O. del E. de 25 de febrero).

A) *Antecedentes de hecho.*—El Registrador Mercantil de Valencia remite el recurso gubernativo interpuesto a efectos doctrinales por el Notario de esta capital don Joaquín Sapena Tomás contra la negativa de aquel funcionario a inscribir una escritura de apoderamiento otorgada por «Saneamientos y Suministros, Sociedad Anónima», de fecha 26 de julio de 1983, autorizada por el Notario recurrente, y que fue inscrita en el Registro Mercantil, a salvo la facultad conferida al Apoderado de «prorrogar, disolver, modificar y liquidar toda clase de Sociedades de objeto análogo, ejecutar todos los derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio».

Solicitada de nuevo la inscripción de la mencionada cláusula, se deniega dicha inscripción por la misma causa que lo fue en su primera presentación, o sea, por: «No ser susceptible de poder general las facultades de prorrogar, disolver, modificar y liquidar toda clase de Sociedades de objeto análogo y ejercitar todos los derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio contenidas en el número 4, tanto si se refieren a Sociedades personalistas, sean civiles o mercantiles, por ser incompatibles con su propia naturaleza, como en las Anónimas y Limitadas, por infringir los artículos 60 y 16, respectivamente, de sus Leyes reguladoras».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso a efectos doctrinales y alegó lo siguiente:

1.º Aunque la cuestión parece de ínfima importancia, al afectar al modo de documentar y a la técnica de redacción de las escrituras, de poder prosperar el criterio contrario se contrariaría el buen quehacer notarial.

2.º Centrando la cuestión, hay que partir de que no se está ante un caso de ingreso en el Registro de un precepto estatutario o de una regla privada contraria a una norma legal, pues la atribución de facultades a un Apoderado no tiene carácter imperativo, ni siquiera entre las partes.

3.º Los actos a que se refiere el poder son todos lícitos y la cuestión sólo surge por el hecho de que en unos casos la Ley requiere poder espe-

cial para cada caso (asistencia y voto en Juntas de Sociedades Anónimas y Limitadas) o la doctrina estima que no puede ser objeto de delegación.

4.º Los actos autorizados no se reducen al punto escueto de asistir y votar en las Juntas, ya que al ser Sociedades familiares, todos estos actos suelen ser previamente debatidos y consultados por quienes tienen poder decisorio, y que una vez tomados traen como consecuencia otra serie de actos distintos.

5.º En las Sociedades personalistas, la cuestión quiebra cuando la actividad personal no es posible, como sucede con los incapaces o las personas jurídicas.

6.º Al texto del poder hay que atender en dos momentos distintos: a) el de calificar su validez e inscripción, y si de su redacción resulta ser contrario a la Ley, no es válido ni inscribible; b) legitimación del Apoderado en cada caso concreto, cuando de su redacción no aparezca el supuesto vetado. En este caso es indiscutida su validez, y sólo cabe discutir una frase que comprende una amplia gama de actos, y que si hay unos para los que está legitimado, en todos los demás casos podrá el Apoderado actuar, y no cabe que en previsión de unos actos *contra legem*, que específicamente no se expresan en el poder, se impida y vete la inscripción de unas facultades que no pueden discutirse.

7.º La aplicación del veto impuesto por los artículos 60 y 16 de las respectivas Leyes repugna a la esencia y práctica del poder general, y actos de más trascendencia que los de asistir y votar en Junta puede realizarlos, mientras que para los últimos necesitaría delegación concreta y específica; por eso el anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas exime de la necesidad del escrito especial para cada Junta al Apoderado, persona física con poder para administrar todo el patrimonio.

8.º De admitirse el criterio registral, se pasaría del formalismo al formulismo y ello llevaría a una repristinación de viciosas cláusulas *ad cautelam*.

9.º Finalmente, añade que el supuesto discutido es similar al que contempla la Resolución de 11 de febrero de 1983, y termina solicitando que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68 del Reglamento del Registro Mercantil y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se le notifique el acuerdo que pudiera adoptar el funcionario calificador.

El Registrador Mercantil mantuvo su acuerdo en base a los siguientes razonamientos:

1.º Hay que desentrañar lo que se ha querido decir en la cláusula discutida, pues es evidente que atribuir a un Apoderado la facultad de prorrogar, disolver, modificar y liquidar toda clase de Sociedades es algo imposible por naturaleza; lo que se ha querido decir en el poder es que se faculta al Apoderado para asistir en nombre de la Sociedad poderdante a las Juntas Generales de Sociedades de las que el poderdante sea socio, y para ello es preciso en las Sociedades personalistas que asista el socio personalmente, y en las capitalistas, si no lo hace, se precisa poder especial y expreso (arts. 60 de la Ley de Sociedades Anónimas y 16 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

2.º Los demás derechos que puedan surgir de estos acuerdos nada tienen que ver con el de prórroga, disolución, etc., y lo que se ventila en este

recurso es si el poder general concedido para asistir a tales Juntas está permitido.

3.º Señalar, como se hace por el recurrente, que en estas Sociedades familiares todos estos actos suelen estar previamente consultados y debatidos, es contradictorio con el otorgamiento de un poder general para asistir a Juntas; el hecho de que en el supuesto de incapaces o personas jurídicas no puedan asistir personalmente tratándose de Sociedades personalistas, no es un argumento en contra, ya que supone confundir la representación legal con la voluntaria.

4.º La Sociedad poderdante tiene capacidad para otorgar poderes especiales para cada Junta si espera actuar en Sociedades capitalistas, pero no para las personalistas; así, la Resolución de 11 de febrero de 1983, alegada por el recurrente, sienta la doctrina mantenida por este funcionario en este recurso al señalar que no cabe aceptar un poder general para asistir a Juntas de Sociedades; por otro lado, la norma establecida en el artículo 75 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, aparte de no señalar lo indicado por el Notario, no cabe alegarla, ya que reiterada doctrina del Centro Directivo declara no ser aplicable hasta que convertido en Ley entre en vigor, mientras que la tesis de la nota aparece avalada por destacados tratadistas.

5.º En cuanto a la petición en el otrosí de que se comunique al recurrente el acuerdo adoptado por este funcionario, hay que resaltar que la mencionada notificación no resulta del artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil y que, además, no es aplicable el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, como han puesto de relieve las Resoluciones de 23 de marzo de 1961 y 23 de febrero de 1968, así como tampoco es aplicable el artículo 125 del Reglamento Hipotecario; otra cosa sería la notificación de la Resolución de la Dirección General.

B) *Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado.*— Vistos los artículos 26 y 29 del Código de Comercio, 60 de la Ley de 17 de julio de 1951, 16 de la Ley de 17 de julio de 1953 y 1 y 68 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956.

Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si designado por el órgano competente de una Sociedad Anónima un Apoderado con carácter general para que actúe en nombre de la misma, es inscribible en el Registro Mercantil una de las facultades que se confieren y que, aunque no en forma feliz en su redacción, hace referencia a si dicho Apoderado designado puede asistir en nombre de las Sociedades poderdantes a aquellas Juntas Generales de otras Sociedades de las que la mencionada Compañía sea socio, cuando se trate de «prorrogar, disolver, modificar y liquidar toda clase de Sociedades de objeto análogo, ejecutar todos los derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio».

Considerando que los términos contundentes con que aparecen redactados los artículos 60 de la Ley de Sociedades Anónimas y 16 de la de Responsabilidad Limitada, al establecer la norma prohibitiva de que no cabe más que una representación especial para poder asistir a cada Junta, impiden el acceso al Registro Mercantil del inciso discutido que contiene la escritura de poder inscrito, e idéntica razón existe en el caso de que la Sociedad poderdante fuere socio de una de carácter personalista, dado que sólo podría realizarlo su representante orgánico, y no a través de otra persona ajena a la Sociedad.

Considerando que en relación a la cuestión planteada por el Notario en el escrito de interposición del recurso de que se notifique al recurrente el acuerdo del Registrador, de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, hay que advertir que, como ya declaró este Centro Directivo (Resoluciones, entre otras, de 23 de marzo de 1961 y 23 de febrero de 1968), este tipo de recurso recae sobre materias de Derecho privado, y por eso las normas a aplicar, en defecto de las específicamente suyas, serán las del Reglamento Hipotecario.

Considerando que no es necesario acudir a este último texto legal, pues el artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil confiere al recurrente el derecho a estar informado del estado en que se halla la tramitación del recurso, así como del acuerdo recaído, a través de las reglas establecidas para las manifestaciones, norma especial, por tanto, aplicable en este caso concreto.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V.S. para su conocimiento y efectos.

C) COMENTARIO.—En la resolución objeto de este comentario se abordan dos cuestiones: una de carácter sustantivo y que en realidad es la base del recurso; otra de tipo más bien procesal, planteada por el Notario recurrente.

En relación con la *primera*, bien resumida por la Dirección General de Registros en su considerando inicial, hay que señalar que fue tratada ya, efectivamente, por la Resolución de 11 de febrero de 1983, aunque en ésta se revoca el acuerdo y la nota del Registrador dado que el *poder general* otorgado no facultaba expresamente para actuar en el marco de Sociedades mercantiles, sino para: *Asistir con voz y voto a Juntas de regantes, propietarios, consocios, condueños y demás cotitulares o de cualquier otra clase.*

En el ámbito de las Sociedades mercantiles, sin embargo, la *representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta*, al establecerlo de una manera precisa el párrafo último del artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 16 de la de Responsabilidad Limitada.

En el poder calificado y que motivó la denegación parcial objeto del recurso comentado, la Sociedad poderdante facultaba a su representante para *prorrogar, disolver, modificar y liquidar toda clase de Sociedades de objeto análogo, y ejecutar todos los derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio.*

Voy a examinar dos aspectos en relación a los términos transcritos.

El primero hace referencia a la inadecuada expresión formal utilizada al manifestar la voluntad de apoderar, ya que no pueden concederse facultades al Apoderado para que éste, por sí solo, pueda *prorrogar, disolver..., etcétera, toda clase de Sociedades*, al margen del procedimiento legalmente establecido para conformar la voluntad social y adoptar los acuerdos pertinentes.

En este sentido, y salvando la poco feliz redacción apuntada, el Registrador y la Dirección General de Registros consideran que lo que se quiso es atribuir al Apoderado la *facultad de asistir en nombre de la Sociedad poderdante a las Juntas Generales de Sociedades de las que aquélla fuera*

socio, cuando se trate de «prorrogar, disolver, modificar y liquidar toda clase de Sociedades de objeto análogo y ejecutar todos los derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio». Esto nos lleva al segundo de los aspectos señalados, que constituye el núcleo central del recurso: ¿Es contraria al artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas y 16 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada la concesión de facultades de la manera antes expuesta?

Conforme a las normas citadas, la representación de las Sociedades no puede dejarse al arbitrio del accionista ni de los Estatutos. La Ley prohíbe la cesión legitimadora del voto, y así, la delegación de éste es ilícita cuando recae: 1.º En una persona jurídica. 2.º En las personas individuales que la Sociedad haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate (art. 60 de la Ley de Sociedades Anónimas). Además, exceptuando el principio de libertad de forma de los contratos (artículo 1.278 del Código Civil) exige un poder *escrito* y también *especial* para cada Junta (art. 60 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 16 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, últimos incisos, respectivamente).

Como dice BÉRGAMO (1), uno de los problemas que plantea la representación voluntaria en el ejercicio del voto es el de la validez del apoderamiento concebido en términos generales. Según el artículo 1.713 del Código Civil, el mandato general no comprende más que los actos de administración, ya que «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso». Puede discutirse, en efecto, si el ejercicio del derecho al voto es un acto administrativo o dispositivo. Ahora bien, continúa diciendo el autor citado, *si se considera que el voto, más que un acto situable en determinado compartimento de los actos jurídicos, constituye, en abstracto, una declaración de voluntad dirigida a integrar la voluntad colectiva colegiada, es lógico que, en base al artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas el poder general sea insuficiente a efectos de la representación voluntaria.*

Así, concluye que *el poder debe ser especial para cada reunión. Tiene que individualizar, sin duda alguna, la asamblea a que se refiere. Una delegación para concurrir a todas las Juntas que pudieran celebrarse durante determinado período de tiempo no sería bastante, puesto que para cada una de ellas habría que renovar el instrumento de la representación.*

La argumentación del Notario parte, a mi juicio, de un planteamiento erróneo desde el momento en que parece confundir las *facultades concedidas al Apoderado*, que, ciertamente, no son contrarias a derecho ni tienen por qué ejercitarse por aquél imperativamente, *con la forma en que son atribuidas por la Sociedad poderdante*, y de la que resulta una clara infracción de los preceptos alegados por el Registrador en defensa de su nota.

No es, por consiguiente, del conjunto de facultades en que se manifiesta la voluntad de apoderar de la Sociedad «Saneamientos y Suministros, Sociedad Anónima», de donde surge la causa para denegar la inscripción en los términos arriba expresados, sino de la configuración jurídica de la representación misma que las contiene, que no puede adoptar la forma de un poder general, sino concreto y especial para cada Junta.

La *segunda* de las cuestiones tratadas en la resolución comentada hace referencia a si es o no necesaria la notificación al Notario del acuerdo

(1) Alejandro BÉRGAMO: *Sociedades Anónimas*, tomo II, págs. 417 y sigs.

adoptado por el funcionario calificador. Pues bien, del examen de los preceptos invocados por las partes interesadas en este recurso resulta lo siguiente:

Primero: El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que señala que: *Se notificarán a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses*, no puede aplicarse al *acuerdo del Registrador*, pues, conforme se establece en su artículo 1.º, *sus prescripciones regirán la actuación de la Administración del Estado*. Si sería aplicable, sin embargo, como recoge el Registrador en la fundamentación de su nota, a la *Resolución de la Dirección General de Registros*.

Segundo: Tampoco resulta aplicable el artículo 125 del Reglamento Hipotecario referido al recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores de la Propiedad.

Tercero: Del artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil, se deduce que el recurrente *en la fase de «pendiente de resolución» tan sólo tiene «derecho a informarse en el Registro durante las horas que deba estar abierto y observando las reglas establecidas para las manifestaciones, del estado en que se halle la tramitación de las diligencias de reforma preparatorias del recurso y del acuerdo que se dicte»*, sin que se imponga, en modo alguno, en el precepto citado, al Registrador la obligación de notificar al recurrente el repetido acuerdo.

J. L. B. del R.

3. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS SOCIALES. ES SUFICIENTE LA REMISIÓN A LAS NORMAS LEGALES, SIN QUE SEA PRECISO DETALLAR LAS REGLAS.

Resolución de 24 de enero de 1986 (B. O. del E. de 3 de febrero).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Callella don Luis Enrique Barberá Soriano contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad Anónima «Maresma Sport, S. A.», autorizada por el recurrente.

Resultando que mediante escritura autorizada por don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario de Callella, el día 29 de enero de 1982, los cónyuges don Recaredo Serriñá Bassó y doña Enriqueta Maresma Colomer, junto con su hija María Angeles Serriñá Maresma, procedieron a la constitución de la Entidad mercantil «Maresma Sport, S. A.»; que en los Estatutos sociales constan los pactos relativos a la denominación de la Sociedad, objeto social, duración, fecha de comienzo de las operaciones sociales, domicilio, capital social y administración de la Sociedad.

Resultando que presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con nota del tenor siguiente: «Suspendida la inscripción del documento que antecede, por cuanto los Estatutos para su inscripción en el Registro Mercantil deben contener todas las circunstancias exigidas por el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil, y en este caso

dichos Estatutos sociales están casi vacíos de contenido. No ha sido solicitada anotación de suspensión. La presente nota de calificación la extiendo con la conformidad de mis cotitulares en esta oficina.—Barcelona, 10 de julio de 1984.—El Registrador. Firma ilegible».

Resultando que el Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: En cuanto a la vista en su conjunto, que no se ajusta a la Ley, infringiendo el artículo 44 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que no expresa la naturaleza subsanable o insubsanable del defecto alegado; que califica con criterios puramente formalistas los Estatutos y omite en su nota cuestiones sustantivas; que es errónea al señalar que los Estatutos sociales, para su inscripción en el Registro Mercantil, deben contener todas las circunstancias exigidas por el artículo 11 de la Ley y 102 del Reglamento, toda vez que hay requisitos esenciales y otros puramente accidentales; que es imprecisa, al expresar que los Estatutos están «casi vacíos» de contenido, como si ese concepto constituyera una mera categoría jurídica; que los Estatutos contienen todas las determinaciones necesarias para el desarrollo de la vida de la Sociedad, atendido el efecto integrador de la Ley de Sociedades Anónimas; que quizá la nota quiere decir que en los Estatutos debe expresarse los plazos y forma de convocar y constituir las Juntas los socios, la forma de deliberar y tomar acuerdos, cuando en realidad la omisión de las mencionadas letras i) y j) del artículo 11, 3.º, de la Ley no es base para denegar la inscripción, habida cuenta de que la Ley contiene una reglamentación de la vida corporativa prácticamente completa; que así se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley, lo corrobora la doctrina al distinguir entre menciones necesarias y potestativas, incluyendo las citadas entre las meramente potestativas, y lo confirma la Dirección General de los Registros en Resoluciones de 16 de septiembre de 1954 y 4 de marzo de 1981: que tampoco se requiere una cláusula, a modo de reserva, que remita al contenido de la Ley todo lo no regulado en los Estatutos, por las siguientes consideraciones: 1, el principio espiritualista de libertad de forma; 2, la fuerza obligatoria de la Ley no depende de la remisión o aceptación expresa de los sujetos de derecho; 3, la voluntad de constituir una Sociedad Anónima, contenida en el primer acuerdo de la escritura, lleva implícita la voluntad de someterse a la Ley que la regula; 4, la práctica jurídica y el quehacer diario nos lleva a la misma conclusión; 5, la escritura subsanatoria, si fuera necesaria, no tendría más que un contenido formal, adjetivo y accesorio, consistente en la remisión de lo no previsto en los Estatutos a la Ley; 6, las llamadas cláusulas de estilo son superfluas cuando su contenido está recogido en la Ley, y 7, no debe quedar al arbitrio del Registrador elevar a forma *ad solemnitatem* normas de imperativo cumplimiento; que el Registrador no se ajusta en su interpretación de las normas al mandato del artículo 3.º del Código Civil, y se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo, recogida en la Resolución de 4 de octubre de 1982, al señalar que «cuando se trata de una Sociedad Anónima de capital modesto, las normas legales han de ser aplicadas con mayor flexibilidad y sin sujeción a un criterio automático...».

Resultando que el Registrador dictó acuerdo confirmando la nota de calificación recurrida y alegó: Que no hace falta expresar que se trata de una falta subsanable si, como ocurre en el presente caso, se suspende la inscripción —y no se deniega— y se hace referencia a una posible anotación

de suspensión; que la palabra «todas» de la nota se refiere a aquellas menciones que sean de preceptiva aplicación a todas las Sociedades Anónimas y no a las que sean meramente circunstanciales, como sucursales, delegaciones, desembolsos...; que los requisitos que imponen las Leyes y Reglamentos están bien claros en el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas —«se expresará» en contraposición al «se podrá incluir los pactos»— y en el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil —«deberá expresarse», y su omisión constituye defecto que impide la inscripción según el artículo 44 del propio Reglamento —«del mismo modo se apreciará la no expresión...»—; que la remisión a la Ley no sería, en los Estatutos calificados, ociosa, superflua o mera cláusula de estilo, sino el modo de suplir un vacío u omisión de nada menos que 15 artículos (del 48 al 62 de la Ley de Sociedades Anónimas); que, en ausencia de otras estipulaciones, deben regular el funcionamiento de la Sociedad; que el criterio calificador debe ser objetivo y único para todo tipo de Sociedades, sin que quepa tomar en consideración la modestia del capital ni el parentesco de los socios.

Doctrina de la Dirección.—Vistos los artículos 11 de la Ley de 17 de julio de 1951; 100 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, y las Resoluciones de 16 de septiembre de 1958 y 4 de marzo de 1981.

Considerando que el funcionario calificador indica en su acuerdo que las menciones de los preceptos legales —artículos 11 de la Ley y 102 del Reglamento del Registro Mercantil— que son potestativas no hay que entenderlas incluidas dentro de los términos literales de la nota de calificación.

Considerando que por ello la cuestión queda reducida a determinar si los Estatutos sociales se encuentran «casi vacíos de contenido», a lo que hay que responder, a la vista del texto examinado, que, empleando un estilo claro, puro y preciso, tal como señala el artículo 148 del Reglamento Notarial, aparecen contenidas las menciones: *a)* denominación de la Sociedad, *b)* objeto social, *c)* duración de la Sociedad, *d)* fecha de comienzo de las operaciones sociales, *e)* domicilio social, *f)* capital y número de acciones en que se divide, *g)* desembolso total de las acciones, *h)* designación del órgano de administración, todas ellas enumeradas en los citados artículos 11 de la Ley de Sociedades Anónimas y 102 del Reglamento del Registro Mercantil.

Considerando, por último, que la Ley regula la Junta general en todos sus aspectos, según anticipa su propia exposición de motivos, y tal como se indica en las resoluciones citadas en los vistos, no es necesario establecer —reproduciéndola— reglas fundamentales idénticas a las legales, cuando en los mismos Estatutos se haga constar la remisión al contenido de la Ley, siendo, por tanto, conveniente, por razones de claridad y de equilibrio, que tal constancia y remisión figure en el texto estatutario, aunque propiamente su omisión —como sucede en este caso— no constituya propiamente defecto, dada la vigencia, unas veces imperativa y en otras supletoria, de los Estatutos sociales, que tienen las normas contenidas en los artículos 48 a 71 de la Ley.

La Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y nota del Registrador.

COMENTARIO.—Se mece el recurso sobre la base de una nota que parece extendida con cierto apresuramiento, y mucho me temo que no pareció propicio a la Dirección, aun cuando su defensa fuera brillante, que aquella pudiera prosperar; de hecho, la resolución viene a combatirla con sus propios métodos: «aunque propiamente su omisión no constituya propiamente defecto», como palpable evidencia de no estar tampoco muy convencida de lo que resolvía. Indudablemente, el tema se presta más a las afirmaciones que a los razonamientos.

Forzoso es reconocer que aun en su acuerdo, el Registrador Mercantil nos mantiene en ascuas sobre la vaciedad del contenido de los Estatutos. Sólo indirectamente alude a la omisión de 15 artículos (48 al 62 de la Ley de Sociedades Anónimas) que son parte de los contenidos en la sección primera: «De la Junta General», del capítulo IV: «Organos de la Sociedad», sin que se atisbe a comprender por qué no ha extendido la referencia a la sección entera (arts. 48 a 70), como sí hace la Dirección, aunque ésta añada el artículo 71. (Quizá se comprenda respecto de los arts. 67 a 70, relativos a la impugnación de acuerdos, pero no respecto de los restantes.)

Imperceptible y lentamente, pues, el debate se va centrando en torno a si sobran o no las letras *i*) y *j*) del punto 3 del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas (y, correlativamente, la letra *i*) del art. 102 del Reglamento del Registro Mercantil). No creo que se haya de ser excesivamente puntilloso a la hora de exigir en los Estatutos la salvaguarda de los preceptos imperativos de la Ley de Sociedades Anónimas; con acertada expresión dice el Notario recurrente: «No debe quedar al arbitrio del Registrador elevar a forma *ad solemnitatem* normas de imperativo cumplimiento». La tenacidad —apunta CÁMARA— debe reservarse para mejores empeños. Sin embargo, en este caso, la postura de la Dirección no me termina de convencer.

Nadie discute la aplicación, bien imperativa bien supletoria, de la Ley de Sociedades Anónimas, y es evidente que más vale el silencio que una deficiente regulación (v. las reflexiones de E. CANO: «Los Estatutos de la Sociedad Anónima. Sus defectos más frecuentes», demoledor título de un trabajo imprescindible, en *BCNR*, núm. 171, septiembre 1981) o que una transcripción parcial (v. Resolución de la Dirección General de 10 de julio de 1984, comentada por Salvador MÍNGUEZ SANZ, en *RCDI*, núm. 570, septiembre-octubre 1985). Pero el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas figura entre las normas imperativas, de modo que todas las circunstancias que enumera deben constar expresamente ya en la escritura, ya en los Estatutos, y son igualmente esenciales a la inscripción.

No obsta a ello que haya dos circunstancias aleatorias, que por consecuencia únicamente se habrán de expresar cuando ello proceda: «los lugares en que vaya a establecer sucursales, agencias o delegaciones», cuando tales no se establezcan, «y el modo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos», cuando el capital esté totalmente desembolsado.

A mi juicio, no hay excepción posible para que todas las demás circunstancias figuren necesariamente en la escritura. La peculiaridad de las letras *i*) y *j*) del punto 3 del citado artículo es que su contenido es objeto de una regulación exhaustiva o, cuanto menos, autosuficiente en la propia Ley de Sociedades Anónimas, de tal modo que puede cumplirse su mandato bien mediante una simple remisión a aquella (Resolución de la Dirección General de 16 de septiembre de 1958 y 4 de marzo de 1981), bien

mediante la transcripción en los Estatutos de su articulado con las variantes que el carácter dispositivo de alguno de sus preceptos permita.

La Ley regula con pretensión de integridad otros aspectos de la vida de las Sociedades Anónimas, cuyo reflejo no exige se reitere en los Estatutos, y de ahí debe concluirse —so pena de convertir la dicción legal en algo perfectamente inútil— que es voluntad del legislador evitar que el silencio de los fundadores sobre los contenidos de las repetidas letras i) y j) se interprete sin más como voluntario acogimiento de la íntegra regulación legal.

F. C. B.

4. NO ES INSCRIBIBLE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA HIPOTECA PARA EL CASO DE QUE EL DEUDOR INCIDA EN QUIEBRA, CONCURSO DE ACREEDORES O SUSPENSIÓN DE PAGOS.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1986 (B. O. del E. del 25 de febrero).

Hechos.—Por escritura otorgada el 27 de julio de 1982 ante el Notario de Valencia R. A. C., el Banco de V., S. A., y la Entidad mercantil «Aliter, Sociedad Anónima», concertaron un préstamo con garantía hipotecaria, que contiene, entre otros, los siguientes pactos: IX. Vencimiento anticipado. El Banco acreedor, aun no vencido el plazo estipulado para el pago de la deuda en el anterior dispositivo II, podrá reclamar cuanto le adeude ejercitando las acciones que se indican en el dispositivo y en los siguientes supuestos: f) Si la Entidad deudora cayese en estado de quiebra o suspensión de pagos.

Resultando que presentado este documento en el Registro de la Propiedad de Valencia número 3 para su inscripción, se declara que no procede la inscripción por adolecer de los siguientes defectos: 2. En cuanto al apartado f) del dispositivo IX, porque los efectos de la declaración de quiebra, en cuanto a los acreedores hipotecarios, quedan ya establecidos en el Código de Comercio, y en cuanto a la suspensión de pagos, porque expresamente la Ley de 26 de julio de 1922 deja a salvo los créditos asegurados especialmente con hipoteca y por afectar además esta cláusula al libre tráfico inmobiliario en perjuicio del deudor hipotecante.

Resultando que por F. R. A., en nombre del Banco de V., S. A., se interpuso recurso gubernativo en el que se hacía constar que en cuanto al apartado f) del pacto IX, no existe ninguna disposición que prohíba cuanto se establece en la cláusula cuya inscripción se deniega, que la legislación reguladora de la quiebra y la suspensión de pagos no contiene un *numerus clausus* respecto a sus efectos y sin que pueda pactarse nada al margen de la misma. Que si el propio Código de Comercio establece el vencimiento anticipado de la deuda, no se entiende por qué no se puede reflejar así entre los pactos de la hipoteca. Que el hecho de afectar al libre tráfico inmobiliario en perjuicio del deudor hipotecante es un juicio de valor que el Registrador no está autorizado a hacer.

Resultando que el Presidente de la Audiencia Territorial confirmó en todos sus extremos la nota del Registrador y vistos los artículos correspondientes del Código Civil, Código de Comercio, Ley y Reglamento Hipotecario y las sentencias y resoluciones que se citan, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado decide esta cuestión en base al considerando 5.º

Doctrina de la Dirección General.—Que el segundo defecto hace referencia a si es inscribible la cláusula por la que puede el acreedor dar por vencido el crédito hipotecario si la Entidad deudora cae en estado de quiebra o suspensión de pagos, que ha de resolverse en el sentido de estimar fundada la denegación, porque el posible vencimiento de los créditos en las hipotecas concursales no es que sea previsión contractual inútil para unas u otras hipotecas (véanse arts. 1.129, 1, y 1.915 del Código Civil, y 883 del Código de Comercio), sino que se trata de una previsión contractual que recae sobre materia que por su naturaleza —conflicto entre los acreedores concurrentes— está sustraída a las posibilidades de un contrato entre el deudor y uno de sus acreedores, pues es la Ley la que establece interpretativamente «debe ser imperativamente» cuanto tiene lugar el posible vencimiento anticipado y sus consecuencias.

COMENTARIO.—El problema que se plantea en esta nota se reduce a la cláusula IX —vencimiento anticipado—: el Banco acreedor aun no vencido el plazo estipulado para el pago del deudor, podrá reclamar el pago de la deuda ejercitando las acciones que se indican en los dispositivos de esta escritura. f) Si la Entidad deudora queda en estado de quiebra o en estado de suspensión de pagos.

Ejecuciones universales y singulares. La acción ejecutiva puede realizarse a través de dos procedimientos con estructuras muy diversas: la ejecución singular y la ejecución universal (Miguel A. FERNÁNDEZ: *El proceso de ejecución*, pág. 32). La ejecución singular se caracteriza porque un solo acreedor procede contra un solo deudor por un título ejecutivo y generalmente por una sola deuda; éste es un supuesto típico y simplificado. En la ejecución singular se sigue el principio *prior in tempore potior in iure*. El acreedor se dirige contra los bienes del deudor sin tener en cuenta si hay o no otros acreedores; hecho el embargo por el acreedor, éste adquiere una verdadera facultad de carácter procesal que le da derecho a la venta de los bienes embargados para el pago de su crédito.

Al lado de esta ejecución singular está la ejecución universal, que se caracteriza por las siguientes notas: 1.º El acreedor no necesita justificar su título ejecutivo y embargo la totalidad del patrimonio del deudor, quedando éste suspendido para administrar y disponer de sus bienes. El proceso universal no termina hasta que está completamente liquidado el patrimonio del deudor o se ha llegado a un convenio entre el deudor y los acreedores. 2.º Los procedimientos universales de ejecución están regidos por el principio *par conditio creditorum*, que viene a significar que todos los acreedores son iguales en sus créditos, y en este sentido se hace el reparto sobre los bienes del deudor.

Como se ve, en la ejecución singular el principio *prior in tempore potior in iure* coexiste con la ejecución universal y el principio *par conditio creditorum*. Esto nos presenta el problema de la ejecución singular de todos los créditos hipotecarios en los supuestos en que el deudor a la vez que afectado

por la ejecución hipotecaria está sujeto a la quiebra o a la suspensión de pagos. El examen de esta cuestión se hace sobre la siguiente sistemática:

I. *Quiebras e hipotecas*.—En nuestro Derecho el Juez no puede declarar la quiebra de oficio, aunque debe declararla si la pide el deudor o los acreedores legítimos, artículo 875 del Código de Comercio.

La declaración judicial de quiebra se hace sin citación ni audiencia del quebrado. La declaración de quiebra se hace por medio de auto, artículos 1.325 y 1.326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Procede ahora examinar los supuestos de colisión entre las acciones ejecutivas hipotecarias y la declaración de quiebra.

A) Declaración de la quiebra durante la fase de ejecución de la hipoteca. Una vez que se ha iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria, éste no queda paralizado por la declaración de quiebra. El artículo 127, 7, de la Ley Hipotecaria dice que no suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo ni por la muerte del deudor o tercer poseedor, ni por declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos. Pero este criterio es el que se aplica en el procedimiento judicial sumario, en el artículo 135, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, donde dice: los autos del procedimiento sumario que establece esta Ley no son acumulables entre sí ni tampoco a los del juicio ejecutivo ni a un juicio universal.

De todo esto resulta claro, dice LALAGUNA (*Los créditos hipotecarios*, página 23), que la realización de un crédito hipotecario no queda detenida en ningún caso cuando el deudor sea declarado en concurso y quiebra después de haberse iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria. En este sentido, pero de una forma muy breve, ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, V edición, tomo IV, pág. 709).

B) Declaración de quiebra en fase anterior a la ejecución de la hipoteca. En este caso, la situación se encuentra más controvertida y podemos hacer la siguiente exposición:

BROSETA (*Manual de Derecho mercantil*, pág. 676) hace constar cómo la ejecución universal en caso de quiebra sustituye a las ejecuciones singulares aisladas, de tal forma que una vez declarada la quiebra no procede ejercitar ninguna acción ejecutiva contra el patrimonio del deudor y las acciones ejecutivas que estaban realizándose antes de la declaración de quiebra quedan acumuladas en el procedimiento de quiebra. Esta norma no está expresamente redactada en nuestro sistema legislativo, pero sí está implícita en dos grupos de preceptos. Según los artículos 1.218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.366 de la misma Ley, los síndicos tienen la representación de los acreedores para el ejercicio de las acciones judiciales y, por otra parte, los artículos 1.173 y 1.186 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil decretan la acumulación a la quiebra de las ejecuciones pendientes. Sin embargo, esta regla tiene una excepción, no afecta a todos los acreedores del quebrado, como son los acreedores con hipoteca naval y los acreedores hipotecarios, lo cual se explica, como dice BROSETA, porque este tipo de acreedores tienen derecho sobre los bienes, artículo 104 de la Ley Hipotecaria, que hace que no se apliquen las normas de garantía de los acreedores comunes. El artículo 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que no procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí

ni a un juicio universal cuando sólo se persigan bienes hipotecados, salvo el supuesto del artículo 133 de la Ley Hipotecaria.

Ahora bien, cuál es la situación jurídica en que se encuentran los acreedores hipotecarios cuando se ha declarado la quiebra en el comerciante.

1. Los bienes que pertenecen al quebrado, como consecuencia de la declaración de quiebra, han de ser reducidos; los bienes que tiene el quebrado en su poder, pero no pertenecen a su patrimonio, han de ser sacados del procedimiento, y esto se hace mediante la separación *ex iure domini* que se produce por medio de una acción reivindicatoria de los dueños de los bienes que están situados en la masa de quiebra, pero cuya propiedad no pertenece al quebrado. Y la separación *ex iure crediti*; en este caso de lo que se trata es de determinar que cierta clase de acreedores pueden hacer efectivos sus créditos sobre bienes del quebrado, pero que estos bienes son separados de la masa para hacer efectivo sobre ellos esta clase de créditos; que tienen lo que se llama derecho de separación.

Tienen derecho de separación:

- 1.º Los acreedores con prenda, artículo 1.918 del Código Civil.
- 2.º Los casos de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, artículo 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954.
- 3.º Los acreedores con hipoteca naval, artículo 39, 3, de la Ley de 21 de agosto de 1853.
- 4.º De igual forma, los acreedores con derecho de hipoteca inmobiliaria, artículo 104 de la Ley Hipotecaria; pero si su crédito no quedara cubierto pueden participar con el resto de los acreedores sobre los bienes de la quiebra, artículo 919 del Código Civil. Esto parece el criterio de SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho Mercantil*, página 530).

2. De una forma más clara LALAGUNA manifiesta la autonomía del crédito hipotecario en los supuestos de declaración de quiebra del deudor. La declaración de quiebra no afecta ni al contenido ni a la realización del crédito hipotecario. La autonomía del crédito hipotecario se manifiesta de la siguiente forma:

Declarada la quiebra, según el artículo 884 del Código Civil, dejarán de devengar intereses todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde llegue su propia garantía. A la regla general de la cesación del devengo de intereses, aparece la excepción de los créditos hipotecarios en la forma que determina el artículo 884 citado. Por otra parte, el artículo 1.916, 1, del Código Civil dice que desde la fecha de declaración del concurso dejarán de devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos pignoratícios e hipotecarios hasta donde alcance su respectiva garantía.

Por otra parte, en el supuesto de convenio en el caso de quiebra, el artículo 900 del Código Civil dice que los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios podrán abstenerse de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio, y absteniéndose no les parará perjuicios en sus respectivos derechos. En este mismo sentido, el artículo 1.917 del Código Civil en materia de concurso señala que los convenios celebrados con las formalidades de la Ley serán obligatorios para todos los concurrentes y para los que citados y notificados en forma no

hubieran protestado en tiempo. Se exceptúa los acreedores que tienen derecho de abstenerse, y tienen derecho de abstenerse, según el artículo 1.923, 3, del Código Civil, los créditos hipotecarios inscritos en el Registro de la Propiedad.

Todo esto revela, dice LALAGUNA, que en materia de créditos hipotecarios tienen una autonomía total estos créditos incluso después de haber sido declarado el concurso o la quiebra: Los créditos hipotecarios pueden ser ejecutados fuera del concurso o de la quiebra aun después de declarados ambos. Según LALAGUNA, éste es el criterio dominante en la doctrina, como BROSETA, SÁNCHEZ CALERO y RAMÍREZ, salvo la opinión de GARRIGUES, que también será expuesta.

3. Aparece así como opinión dominante que la hipoteca puede ejercitarse con absoluta independencia antes de declarada la quiebra y después de declarada la quiebra, y que se ejecutan independientemente de los juicios universales de concurso o quiebra; sin embargo, aparece otra cuestión en este tema, el problema de si es necesario o no inscribir los créditos hipotecarios en la masa pasiva de la quiebra.

Para BROSETA todo acreedor hipotecario ha de inscribirse en la masa pasiva de la quiebra, y, entre otras razones, por el hecho de que su inclusión en la masa es el único medio para asegurar fehacientemente que los acreedores hipotecarios han de aportar a la masa activa el exceso en el supuesto de la ejecución de la garantía hipotecaria o, por otra parte, solicitar lo que le falta por cobrar como acreedor hipotecario debidamente reconocido, artículo 919 del Código Civil. Bien entendido, dice este autor, que una vez inscritos los créditos hipotecarios en la masa pasiva, mantienen su privilegiada situación, ya que podrán ejercitar sus créditos hipotecarios aislada y separadamente fuera del procedimiento de quiebra, que es lo que realmente les reconoce la Ley.

Para GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, pág. 479), el Código de Comercio no concede un derecho de ejecución separada al acreedor hipotecario fuera de la quiebra. El Código Civil distingue entre acreedores con separación absoluta, que es el acreedor hipotecario que haya empezado su ejecución antes de la declaración de quiebra y que es el criterio que sigue el artículo 126, 7, de la Ley Hipotecaria, y, por otra parte, los acreedores hipotecarios que no ejercitaron su crédito antes de la declaración de quiebra: En este último caso, el crédito hipotecario debe solicitar su inscripción en la masa pasiva de la quiebra con el fin de que sea reconocido por la Junta de Acreedores. Ahora bien, dice GARRIGUES, si el acreedor hipotecario ejercita su derecho después de la declaración de quiebra, pierde su derecho de hacer una ejecución separada. En sustancia este crédito, dice dicho autor, sobrevive a la quiebra, ya que al acreedor hipotecario se le paga, en primer lugar, con el precio de venta de los bienes hipotecados.

RAMÍREZ estudia esta cuestión bajo otro punto de vista: Los acreedores hipotecarios no necesitan su inscripción en la masa pasiva de la quiebra y, por otra parte, mantienen en cualquier momento el derecho de ejecución separada (*La quiebra*, tomo II, pág. 231). RAMÍREZ estima que el acreedor hipotecario que con anterioridad a la declaración de quiebra haya ejercitado su crédito, queda dispensado de integrarse en la masa pasiva de la quiebra: pero que también el acreedor hipotecario que después de declarada la quiebra ejercita su derecho de crédito separadamente, no tiene obli-

gación de integrarse en la masa pasiva (*obra citada*, tomo II, pág. 218). Para RAMÍREZ se funda en los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 1.234, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde dice que puestos los síndicos en posesión de los bienes del concurso, procederán a su enajenación en ramos separados, exceptuando solamente los inmuebles que por hallarse hipotecados especialmente hayan sido embargados en ejecución no acumulada al concurso. En este caso se oficiará al Juez que conozca del juicio ejecutivo para que ponga a disposición del concurso el sobrante, si lo hubiere, después de pagar al acreedor hipotecario. Esta referencia al concurso se aplica a la quiebra en virtud del artículo 1.319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde dice que en lo que esté previsto por el Código Civil y en este título sobre el orden de proceder en las quiebras, se aplicará lo establecido para los concursos cuyas disposiciones se consideran supletorias. Para BROSETA, el hecho de que la ejecución de los créditos hipotecarios pueda hacerse separadamente de la quiebra parece aceptada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1961. RÓCA SASTRE (*obra citada*, pág. 790) dice que el concurso y la quiebra no constituyen obstáculo para el ejercicio del crédito hipotecario, en el sentido de que no impide al acreedor hipotecario iniciar el procedimiento ejecutivo, ni, por otra parte, la declaración del concurso o de la quiebra es un obstáculo para que el crédito hipotecario que estuviera en curso quede paralizado.

II. *Suspensión de pagos e hipotecas:*

A) Ejercicio de la acción hipotecaria antes de la suspensión de pagos. Esta es una cuestión que tiene como base, ya hemos visto, el texto del artículo 127, 7, de la Ley Hipotecaria. Este texto nos dice que no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por la declaración de quiebra o por el concurso del deudor o del tercer poseedor. Es verdad que el texto del artículo 127, 7, de la Ley Hipotecaria sólo se refiere al concurso y la quiebra, pero RÓCA SASTRE (*obra citada*, pág. 790) amplía el supuesto del citado artículo a la suspensión de pagos. El tema está claro, pues, como dice RÓCA SASTRE, sobre la base del artículo 127, 7, de la Ley Hipotecaria, las personas que han ejercitado la acción hipotecaria, no queda suspendido ni paralizado el procedimiento por la posterior declaración de la suspensión de pagos.

B) Acción hipotecaria ejercitada después de la suspensión de pagos. Hay que tener en cuenta que la declaración de suspensión de pagos ha de ser solicitada por el deudor, y examinada por el Juez dicha solicitud dicta providencia tenida por solicitada tal suspensión. La suspensión de pagos, dice SÁNCHEZ CALERO, desde que se tiene por solicitada produce una serie de efectos, entre los cuales están la formación de una masa de acreedores cuyas acciones individuales quedan paralizadas, artículo 9 de la Ley de Sociedades Patrimoniales. La constitución de esta masa de acreedores tiene por objeto delimitar qué acreedores tienen derecho a asistir a la Junta General y a qué clase de acreedores afecta el convenio.

Los interventores elaboran una lista de acreedores sobre la base de la información del deudor y su documentación. Esta es una lista provisional de acreedores; posteriormente, y tras las alegaciones de los acreedores, se elabora la lista definitiva de éstos, que es aprobada por el Juez y que

declara cuáles son los acreedores que tienen derecho de abstención, artículo 12 de la Ley de Sociedades Patrimoniales. Tienen derecho de abstenerse los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios.

Los acreedores hipotecarios tienen derecho de abstenerse en la Junta en la que se aprueba el convenio de suspensión de pagos, y si se abstienen, el convenio de suspensión de pagos no les afecta. Por el contrario, si renuncian a este derecho, asisten a la Junta General en que se aprueba el convenio, la acción hipotecaria se verá afectada por este convenio.

Todo lo expuesto explica la absoluta separación que existe en el ejercicio de los créditos hipotecarios en los supuestos de quiebras y suspensión de pagos, en la forma que hemos expuesto. Por eso, el considerando de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado comentado dice que los conflictos entre acreedores concurrentes están sustraídos a las posibilidades de un contrato entre el deudor y sus acreedores, pues es la Ley la que establece imperativamente cuándo tiene lugar el posible vencimiento anticipado y sus consecuencias.

R. E. I.

5. ES POSIBLE LA CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE SOBREELEVACIÓN SOBRE UN EDIFICIO SÓLO PROYECTADO, SUJETO A LA CONDICIÓN SUSPENSIVA DE SU EFECTIVA CONSTRUCCIÓN; EL NEGOCIO JURÍDICO EN EL QUE AQUÉL SE PACTA PUEDE SER OBJETO DE INSCRIPCIÓN, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 5 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 28 de febrero).

A) *Supuesto de hecho.*—Mediante escritura autorizada el día 18 de mayo de 1983 por don Javier López-Polín Méndez de Vigo, Notario de Seo de Urgel (Lérida), don Ramón Tor Font cedió a don José Bertrán Serra el derecho de elevar plantas sobre un solar edificable sito en la avenida de la Cerdaña de dicha ciudad. En la citada escritura se expresa que «el señor Bertrán Serra va a levantar, sobre dicha superficie edificable, un edificio de tres plantas de las que devendrá propietario de las dos elevadas, reteniendo el señor Tor Font la propiedad del solar y la de la futura planta baja». Con tal antecedente, los interesados otorgaron: Primero: «El señor Tor Font constituye y transmite al señor Bertrán el derecho de vuelo para levantar o construir y en su día hacer suyas en pleno dominio dos plantas elevadas que éste levantará..., y a efectos de constancia registral lo describen así...». Segundo: «El señor Bertán Serra acepta el derecho de vuelo antes descrito y, a cambio, se obliga a construir, en plazo máximo de dos años, a contar desde la fecha de obtención del permiso de obra, la planta baja del edificio proyectado...». Tercero: Condición suspensiva: «La transmisión y adquisición, por tanto, por el señor Bertrán Serra, del derecho de elevar las plantas indicadas queda sujeta y suspendida al hecho de terminar dicho señor los bajos del edificio en las condiciones y plazo antes detallado...». En las estipulaciones cuarta y quinta se prevén las cuotas de los

futuros elementos independientes y el sometimiento al régimen de propiedad horizontal, asignando a cada elemento un número correlativo.

Presentada copia del documento en el Registro de la Propiedad, fue calificado con nota del siguiente tenor: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto de no constar claramente determinado el derecho que se constituye y, en todo caso, por carecer de trascendencia real. No procede tomar anotación preventiva.—Seo de Urgel a 5 de enero de 1984.—El Registrador.—Ilegible.—Fdo.: Fructuoso Flores Bernal».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, alegando: Que todo derecho subjetivo viene acotado en la realidad jurídica por los sujetos, el objeto y el contenido, y así, en el presente caso, los sujetos son los otorgantes del documento, el objeto, el solar descrito, y el contenido, la constitución de un derecho de vuelo o de elevar a favor del señor Bertrán Serra, con condición suspensiva, no exclusivamente potestativa, dependiente de construir la planta baja del edificio proyectado en un plazo determinado; que el derecho, independientemente de su denominación, está suficientemente delimitado en cuanto a su contenido; que no se trata de un derecho de superficie, dado el carácter temporal que le atribuye el artículo 16 del Reglamento Hipotecario y la Ley del Suelo; que si se trata de un derecho de vuelo, en cuanto que vuelo es aquello que está sobre el suelo de una finca, más concretamente es un derecho de sobreedificación o de elevar una o más plantas en un edificio que, si bien no existe ahora, existirá, al menos con una planta baja, cuando se transmita definitivamente el derecho; que cuando se dice que el señor Tor Font retiene la propiedad del solar, ha de concordarse con el total contenido del documento, de manera que cuando se cumpla la condición, previa constitución en régimen de propiedad horizontal, el solar será elemento común; que el derecho de vuelo o de elevar, igual que el de superficie, ha de inscribirse en el Registro para su eficaz constitución; que este derecho y su regulación en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario demuestran su carácter real.

El Registrador informó lo siguiente: Que en los antecedentes del otorgamiento, los interesados manifiestan su voluntad de retener el transmitente (señor Tor) la propiedad del suelo y ceder al adquirente (señor Bertrán) la propiedad de dos plantas de las tres que tendrá el futuro edificio —voluntad sólo encuadrable en la figura del derecho de superficie—; que con esos antecedentes, que sirven para juzgar la intención de los contratantes (art. 1.282 del Código Civil), sobre todo si los términos de un contrato no son claros (art. 1.281 del Código Civil), el señor Tor constituye un derecho de vuelo o sobreedificación sobre una planta baja de un inmueble cuya construcción no existe; que, por ello, no se aprecia la inmediatez característica del derecho real; que si la edificación no existe, la relación con ese objeto del derecho de sobreedificación no es directa e inmediata, sino a través de una persona que se obliga a construir, es decir, la vinculación es a través de una relación obligacional; que la transmisión y adquisición por el señor Bertrán del derecho de vuelo se hace pender de una *condictio facti*, cual es la previa construcción del bajo, cuando, dada la configuración del derecho de vuelo que ofrece el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, la preexistencia de la edificación constituye, en todo caso, una *condictio iuris*; que por exigencia de los principios de especialidad y tracto, no puede inscribirse un derecho real si, previamente, no está inscrita la finca o derecho sobre el que recae, sin que del artículo 8, 4, de la Ley Hipotecaria

pueda deducirse lo contrario, ya que al permitir que se abra folio al piso meramente proyectado, está reconociendo implícitamente que sobre una cosa futura sólo cabe una relación obligacional; que la *condictio facti*, tal y como está redactada, deja al arbitrio del transmitente el cómputo del plazo y, en definitiva, el cumplimiento de la obligación del adquirente —en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil—, puesto que sólo el dueño o titular de un derecho real sobre la finca puede solicitar la licencia de obra; que tampoco se constituye, en el documento calificado, un derecho real atípico, pues faltan las notas de inmediatividad y eficacia *erga omnes*; que por eso se dice en la nota que, cualquiera que fuese el derecho constituido y transmitido, carece de trascendencia real.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó auto estimando el recurso por considerar que el derecho definido en el documento puede estimarse comprendido en el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, y que el derecho de vuelo, que se constituye con sujeción a una condición suspensiva, tiene su apoyo en la realidad física del solar existente, ya que la contraprestación a que se obliga el constructor frente al propietario del solar es la condición necesaria para que nazca y tenga efectividad el derecho de vuelo que se le concede.

El Registrador recurrió la decisión del Presidente de la Audiencia, alegando: Que el derecho de vuelo cedido se apoya sobre la realidad física del solar, cuando el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario se refiere al edificio como elemento objetivo del derecho de sobreedificación; que en el propio auto se reconoce que el derecho de vuelo no nace hasta que tenga lugar la edificación, por lo que se trata de una auténtica *condictio iuris*, que no cabe configurar como *condictio facti*; que un derecho no nacido no puede transmitirse como derecho real, pues no cabe una *traditio*, ni tan siquiera *ficta*, por lo que su existencia jurídica se limita al campo de lo obligacional; que mantiene en su totalidad el anterior informe.

La Dirección General confirmó el auto apelado por el Registrador.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del Código Civil; 2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, y 7.º y 16 del Reglamento para su ejecución:

Primero. La cuestión planteada en el recurso consiste en determinar si es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en la que se constituye un derecho de vuelo sobre la planta baja de un edificio proyectado y sujeto a la condición de que el adquirente del referido derecho la construya dentro de un plazo determinado.

Segundo. El derecho contemplado en la escritura no puede estimarse que carece de trascendencia real, pues se trata de un derecho de vuelo o sobreelevación, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie no sólo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria.

Tercero. Aunque no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación, es indudable que no se ha constituido un derecho actual y perfecto al tiempo de su otorgamiento, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de dicha planta baja. Y el carácter condicional del mismo, que hace de él una simple expectativa hasta el cumplimiento de

la condición, no impide, a la vista de nuestro Ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito, al estar prevista en el artículo 23 de la Ley una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente.

Cuarto. En la escritura se cumplen los requisitos que exige el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario para la inscribibilidad del derecho de sobreelevación, la determinación de las cuotas que han de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, así como, además, la descripción de los elementos que constituirán la propiedad horizontal, cuya declaración se proyecta para el tiempo en que se termine la construcción del edificio.

C) COMENTARIO.—I. Cuestión previa: la determinación del derecho de sobreelevación o profundización.

a) *Concepto*.—Derecho de sobreelevación o profundización, a mi modo de ver, es aquel en cuya virtud una persona ostenta la facultad de levantar o profundizar, respectivamente, una o más plantas sobre o bajo un edificio de propiedad ajena ya construido.

b) *Naturaleza jurídica*.—Se trata de un verdadero derecho real: su titular tiene atribuido un poder directo sobre la cosa (inmediatividad) que ha de ser respetado por todos (absolutividad). Es, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que el artículo 16, 2, de su Reglamento determine los requisitos para dicha inscripción.

c) *Diferenciación de figuras afines. El denominado derecho de vuelo*.—Creo que debe distinguirse:

— El derecho de sobreelevación o profundización (1) y el derecho de superficie.

No debe confundirse el derecho de sobreelevación o profundización con el derecho de superficie. Este —acudiendo a la clásica definición de ROCA (2)— es aquel «derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente». Por el contrario, en el derecho de sobreelevación o profundización no existe esa dualidad de propiedades suelo-vuelo, sino un derecho real para construir, que más tarde se convertirá en un derecho de propiedad sobre lo edificado, integrado y sometido al régimen de propiedad horizontal del edificio. Dicho de otro modo, en el derecho de superficie hay una coexistencia de propiedades en sentido vertical (una del suelo y otra distinta sobre lo levantado), mientras que en el derecho de sobreelevación o profundización no se desmembra verticalmente la titularidad de la unidad-finca (ni se deroga el principio de accesión del art. 361 del Código Civil), porque con él va unida, en todo caso, la transmisión de una cuota sobre los elementos comunes del edificio y, consiguientemente, de la titularidad vertical de la finca.

(1) Al emplear la expresión «derecho de sobreelevación o profundización» no quiero decir con ello que la alternancia entre sobreelevar o profundizar deba darse obligatoriamente. Por eso, creo que tal derecho puede constituirse de las maneras siguientes: 1.ª Derecho de sobreelevación. 2.ª Derecho de profundización. 3.ª Derecho de sobreelevación y profundización.

(2) ROCA SASTRE: «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, edición separada de los números 392/393 de 1961, pág. 3.

— El derecho de sobreelevación o profundización y el derecho de vuelo. La necesidad de un concepto específico y propio para el derecho de sobreelevación.

Con relativa frecuencia se suele emplear la expresión «derecho de vuelo o sobreelevación». Esto, a mi juicio, no es correcto o, al menos, no es preciso, pues induce a confusión en una materia de por sí ya bastante confusa como consecuencia de su insuficiente regulación legal.

El vuelo es un concepto enormemente genérico y alude al espacio existente entre dos puntos determinados «que puede recorrerse volando sin posarse» (la frase entrecomillada pertenece al *Diccionario de la Real Academia Española*). La expresión «derecho de vuelo», por tanto, lo mismo puede referirse al derecho para levantar un edificio de nueva planta, que una o más plantas en uno ya construido, que a una plantación o siembra. Se trata, consiguientemente, de un género.

Así, pues, pienso que sería más técnico emplear los siguientes términos:

1. Derecho de superficie: se proyecta a partir del suelo. Puede ser tanto urbana como rústica.
2. Derecho de sobreelevación o profundización: se proyecta a partir de un edificio ya construido (aunque no veo obstáculo para que pudiera constituirse en forma superficiaria).
3. Derecho de vuelo sobre fincas rústicas: el género ya va matizado por la especie y con ello se aumenta su precisión. En este término se encuentran comprendidos el derecho de plantación, siembra, etc. Para muchos se trata de un auténtico derecho de superficie rústica (también pudiera ser útil el reservar el término «derecho de vuelo» para esta especie de derecho de superficie rústica, aunque esto, a pesar de ser aparentemente lo más práctico, podría ser origen de confusiones).

Las más modernas Leyes siguen este camino y la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele hablar de derecho de vuelo sobre fincas rústicas. De este modo:

1. La Compilación de Navarra distingue específicamente entre derecho de superficie (Ley 430: facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido), derechos de sobreedificación y subedificación (Ley 435: son aquellos que conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste) y derecho de plantaciones en suelo ajeno (Ley 443: derecho real de plantación en suelo ajeno, que atribuye al concesionario la propiedad de la plantación separadamente del dominio del suelo). Para mi gusto, esta Compilación es, indudablemente, la Ley española que mejor precisa estos conceptos —y también la única que se refiere a los tres—: y por ello, o quizá para ello, suprime claramente la expresión «derecho de vuelo».
2. La Ley de Montes, en su artículo 11, párrafo 5.º, habla de derecho de vuelo con referencia a las fincas rústicas.
3. El Reglamento Hipotecario, en su artículo 30, 3.º, dice «derecho real de vuelo sobre fincas rústicas». Y en el artículo 16, 1, se ocupa del derecho de superficie, y en el 16, 2, del derecho de sobreelevación.
4. La Ley de Montes Vecinales en Mano Común regula un «derecho de

superficie con destino a instalaciones, edificaciones o plantaciones» (artículo 3, 3.º), y elude la expresión «derecho de vuelo».

5. El Tribunal Supremo ha empleado la frase «derecho real de vuelo sobre fincas rústicas» (Sentencia de 20 de octubre de 1971).

Doctrinalmente, entre los trabajos aportados al VI Congreso Internacional de Derecho Registral encuentro el siguiente comentario de RAMOS BLANES: «La denominación de derecho real de vuelo, empleada en el artículo 30 del Reglamento Hipotecario, según la redacción dada a éste por la reforma de 17 de marzo de 1959, tampoco es muy acertada, puesto que, como se deduce del apartado primero del artículo 16 del mismo texto legal, es posible un derecho de superficie urbana sobre el vuelo, de lo que resulta que este último es únicamente un bien patrimonial susceptible de aprovechamiento rústico o urbano mediante la constitución de uno u otro tipo de derechos» (3).

d) *Regulación normativa:*

— Regulación mediante Ley. Únicamente aparece recogido en las Leyes 435 a 442 de la Compilación de Navarra, bajo la denominación —como ya he apuntado— de «derechos de sobreedificación y subedificación». El Código Civil no se refiere a él en ningún precepto, ni siquiera en los oscuros artículos 1.611 y 1.655, pretendidamente aplicables al derecho de superficie (4).

— Regulación mediante Reglamento. Tiene lugar en el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario (5).

II. Examen del supuesto de hecho y del criterio de la Dirección General:

a) Problema que se plantea: ¿es inscribible en el Registro de la Propiedad una escritura en la que se constituye un derecho de sobreelevación sobre la planta baja de un edificio proyectado, sujeto a la condición —suspensiva, dice la escritura— de que el adquirente de tal derecho la construya dentro de un plazo determinado?

En dicha escritura se dice: «El señor Tor Font constituye y transmite al señor Bertrán el derecho de vuelo para elevar o construir... El señor Bertrán acepta el derecho de vuelo y, a cambio, se obliga a construir, en el

(3) RAMOS BLANES: «Notas sobre el derecho de superficie agrícola en la Compilación de Navarra», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, páginas 649 y sigs.

(4) El mismo derecho de superficie no se encuentra regulado de una manera afortunada en nuestro Derecho. En el Código Civil se refieren a él los artículos 1.611 y 1.655, pero no queda claro su propósito; el Texto Refundido de la Ley del Suelo regula el derecho de superficie urbanística en sus artículos 171 a 174; la Ley de Montes Vecinales en Mano Común contempla una especie de superficie rústica en su artículo 3, apartados 3 a 7; la Compilación de Navarra regula tanto el derecho de superficie como los derechos de sobreedificación y subedificación; la Ley de Montes se refiere al derecho de superficie en el artículo 11, 5, y su Reglamento en los artículos 287 a 295; por último, la Ley Hipotecaria se ocupa de él en su artículo 107, 5, y el Reglamento Hipotecario en los artículos 16, 1, y 30, 3 (derecho real de vuelo sobre fincas rústicas).

(5) Conforme al artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar. a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación. b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción».

plazo máximo de dos años, la planta baja del edificio proyectado... Condición suspensiva: la transmisión y adquisición del derecho de elevar las plantas indicadas queda sujeta y suspendida al hecho de terminar el señor Bertrán los bajos del edificio en las condiciones y plazos detallados...». Se prevén las cuotas de los futuros elementos independientes y el sometimiento al régimen de propiedad horizontal, asignando a cada elemento un número correlativo.

¿Es esto posible?

— Para el Notario, sí, pues se trata de un derecho de vuelo —dice— y no de superficie, dado el carácter temporal que le atribuye el artículo 16 del Reglamento Hipotecario y la Ley del Suelo, en cuanto que vuelo es aquello que está sobre el suelo de una finca; más concretamente —sigue diciendo el Notario—, es un derecho de sobreedificación o de elevar una o más plantas en un edificio que si bien no existe ahora, existirá, al menos, con una planta baja, cuando se transmita definitivamente el derecho.

— No está de acuerdo el Registrador, que contesta: «Esta voluntad de retener el transmitente la propiedad del suelo y ceder al adquirente la propiedad de dos plantas de las tres que tendrá el futuro edificio únicamente es encuadrable en la figura del derecho de superficie»; y, además, «...al no existir la planta baja, no se aprecia la inmediatez característica del derecho real...; no hay más que una obligación del señor Bertrán a construir...; dada la configuración del derecho de vuelo que ofrece el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, la preexistencia de la edificación constituye, en todo caso, una *condictio iuris*...; por exigencias de los principios de especialidad y tracto no puede inscribirse un derecho real si previamente no está inscrita la finca o derecho sobre el que recae...».

— Finalmente, tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección General están de acuerdo en la resolución: «El derecho de vuelo, que se constituye con sujeción a una condición suspensiva, tiene su apoyo en la realidad física del solar existente», estima el Presidente de la Audiencia; y aunque «...no existe aún la planta baja sobre la que ha de recaer la sobreelevación —señala la Dirección General—, es indudable que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja..., que puede ser inscrito, al estar prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionante».

A mi modo de ver, teniendo presentes los razonamientos aportados por el Notario y el Registrador, así como la doctrina de la Dirección General, debe distinguirse:

1.º Estamos ante un derecho de sobreelevación y no de superficie.

2.º El señor Bertrán asume, frente al señor Tor, la obligación personal de construir la planta baja del edificio en cuestión. Esta obligación no es inscribible por sí misma, teniendo en cuenta los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento, entre otros.

3.º A su vez, se pacta que la construcción de dicha planta baja será condición suspensiva del nacimiento (6) a favor del señor Bertrán de un

(6) ¿Nacimiento o eficacia? Esta cuestión es discutida en cuanto a la condición suspensiva; es decir, dicha condición, ¿suspende el nacimiento de la relación obligatoria o simplemente su eficacia? Díez-

derecho de sobreelevación de dos plantas más sobre tal planta baja. Y esta inscripción —al posible amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria— es la que se discute.

Por ello, creo que no debe confundirse la obligación personal de construir la planta baja, con el derecho de sobreelevación de dos plantas más, que se sujeta a la condición suspensiva de la construcción de aquélla.

b) Sobre todo lo expuesto es necesario hacerse dos preguntas:

Primera: Sustantivamente, ¿es viable constituir un derecho de sobreelevación no ostentándose la titularidad del edificio —únicamente la del suelo— sobre el que aquél ha de asentarse?

Segunda: Registralmente, suponiendo la viabilidad sustantiva del negocio jurídico de que se trata, ¿puede el mismo ser objeto de inscripción en el Registro?

Respuesta a la primera pregunta:

1.º La existencia de la planta baja es un requisito exigido por la Ley para la constitución del derecho de sobreelevación. Para el Registrador se trata de una *condictio iuris* de todo punto inexcusable.

2.º Las partes contratantes, sin embargo, pueden estipular que dicho requisito legal juegue, a su vez, como condición suspensiva de la eficacia del contrato. Así lo estima la Dirección General (en el tercer considerando de la presente resolución dice: «...en el caso examinado no existe aún la planta baja, pero es indudable que no se constituye al tiempo del otorgamiento un derecho actual y perfecto, sino un derecho condicionado en su origen a la construcción de la planta baja»). Y la Compilación de Navarra, en su Ley 435, recoge tal posibilidad: «Los derechos reales de sobreedificación y subedificación conceden a su titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, respectivamente, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad». Consiguientemente, no hay inconveniente para que aquello que ostenta el valor de una *condictio iuris* sea convenido por las partes —artículo 1.255 del Código Civil en relación con el 1.114— como *condictio facti*.

Respuesta a la segunda pregunta:

La *condictio iuris* (o, si se prefiere, el negocio jurídico sometido a dicha condición) o requisito legal convenido por las partes como *condictio facti* es tan inscribible como cualquier otra condición, al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Así lo resuelve la Dirección General en el cuarto considerando de la resolución que nos ocupa: «El carácter condicional del derecho, que hace de éste una simple expectativa hasta el cumplimiento de la condición, no impide, a la vista de nuestro Ordenamiento hipotecario, el que pueda ser inscrito, al estar prevista en el artículo 23 de la Ley una nota marginal para el caso de cumplirse el hecho condicionalmente». No obstante, creo que es importante detenerse en este punto, ya que:

PICAZO dice sobre ello que «al ser necesario organizar una situación provisional de protección de los eventuales derechos de cada una de las partes, hay que sostener la existencia de la relación obligatoria condicional desde el momento de la celebración del negocio constitutivo, si bien atraviesa en un primer momento una fase interina de eficacia debilitada (DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 532). Y el Tribunal Supremo se mueve en esta misma línea; así, entre otras, la Sentencia de 18 de mayo de 1963: «La condición, como causa a la que se subordina o se hace depender la eficacia del contrato...».

— Por un lado, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria —argumenta el Registrador— impone el requisito del tracto sucesivo.

— Por otro, el artículo 23 de la misma Ley —precepto ya aludido, en el que se apoya la posibilidad de inscribir negocios jurídicos sujetos a condición— determina que el cumplimiento de la condición suspensiva se haga constar por nota marginal. ¿Quiere esto decir que la declaración de la obra nueva de la planta baja deberá recogerse en el Registro mediante nota marginal?

— Y, por último, «la *condictio facti*, tal como está redactada —dice el Registrador— deja al arbitrio del transmitente el inicio del cómputo del plazo y, en definitiva, el cumplimiento de la obligación del adquirente, puesto que sólo el dueño o titular de un derecho real sobre la finca puede solicitar la licencia de obra».

Sobre lo cual puede sostenerse:

— Que el principio del tracto sucesivo no constituye un obstáculo a la inscripción del derecho de sobreelevación, precisamente porque se inscribe la titularidad de la planta baja a favor del señor Tor, si bien sujeta a la condición suspensiva de su construcción (quiero recordar que el art. 8, 4.º, de la Ley Hipotecaria permite la inscripción de «los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, 'comenzada'»).

— Que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria impone el cumplimiento de unos determinados requisitos, pero no impide la inscripción del negocio que nos ocupa. Dichos requisitos son:

1. Perfecta descripción, con todas las exigencias legales, de la planta baja (el principio de especialidad, al tratarse de una inscripción condicional, cobra una importancia extraordinaria).
2. Recoger la misma en el Registro a través de un asiento de inscripción (no por nota marginal).
3. Hacer constar, por nota marginal, la efectiva construcción de la misma, es decir, el cumplimiento de la condición suspensiva.
4. Cumplimiento de todo lo exigido por el artículo 16, 2.º, del Reglamento Hipotecario.

— Que es posible inscribir, al amparo del repetido artículo 23 de la Ley Hipotecaria, una condición suspensiva en la que no se sabe a partir de cuándo se iniciará el cómputo para su cumplimiento o que el mismo quede a la exclusiva voluntad de la parte, pues, a fin de cuentas, se trata de una condición potestativa, pero no rigurosamente potestativa, sino simplemente potestativa, por lo que entiendo que no cabe encuadrarla en la determinación del artículo 1.115 del Código Civil («cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula») (7).

(7) En este sentido, recojo lo dicho al respecto por PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, págs. 102 y sigs.): «Al regular las obligaciones condicionales, el artículo 1.115 del Código Civil se refiere, sin duda alguna, a las condiciones potestativas, y precisamente a las rigurosamente potestativas. Si el cumplimiento de la condición impone al obligado una tarea tan leve que de hecho equivale a expresar su voluntad en uno u otro sentido, la condición dejada a la libre potestad del deudor será incompatible con la firmeza de la relación obligatoria; en otras palabras, cuando la obligación dependa de que el supuesto obligado realice un acto que suponga para el mismo tan poco esfuerzo que equivalga a dejar la obligación pendiente de la reiteración de su voluntad. Más que nula,

— Y que no debe olvidarse el criterio del I Simposio sobre Propiedad Horizontal y de autores como FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (8), según el cual los edificios únicamente proyectados podrán tener acceso al Registro, pues en éste se recogen no sólo realidades, sino también simples posibilidades o proyectos. En base a lo cual, en el supuesto que nos ocupa, se inscribiría el edificio proyectado y se articularía en tal inscripción el derecho de sobreelevación sujeto a la ya expresada condición.

Sin embargo, tanto este camino —aunque sea más discutible, pues el artículo 8, 4.º, de la Ley Hipotecaria habla de «obra nueva comenzada»— como el anteriormente expuesto nos llevan a la misma solución: la posibilidad de inscripción siempre que hubiera un volumen edificable perfectamente determinado. Y esto es lo que está consagrando indirectamente la Dirección General: que el volumen edificable tiene un contenido aprovechable y negociable y, por tanto, inscribible.

D) Conclusiones:

1.º Se constituye un derecho de sobreelevación —no de superficie— sobre el que sería deseable una mayor precisión terminológica.

2.º Dicho derecho de sobreelevación puede constituirse con sujeción a la condición suspensiva de la construcción del edificio sobre el que aquél va a asentarse. Igualmente puede ser objeto tal negocio jurídico de inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

3.º Todo lo cual requiere una observancia absoluta del principio de especialidad.

4.º Como consecuencia de lo dicho cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Está la Dirección General admitiendo de manera indirecta la inscripción de edificios meramente proyectados (hablo de edificios y no de pisos o locales)?

5.º Adquiere particular importancia el concepto de volumen edificable, que si se encuentra perfectamente determinado tiene un contenido negociable e inscribible (esta conclusión ha de entenderse en relación con la anterior).

J. P. R. B.

es una obligación inexistente o proyectada... Pero otra cosa, sin duda, ha de suceder cuando la obligación depende de que el obligado adopte una decisión que suponga cierto esfuerzo o sacrificio para el mismo. Ya no se trata de algo que dependa del puro arbitrio del obligado, sino de un acto cuya realización limita la libertad jurídica de quien entonces ha de considerarse verdaderamente obligado. La condición simplemente potestativa no está reconocida por el Código de manera expresa, pero, sin duda, ha de considerarse admitida...».

(8) «I Simposio sobre Propiedad Horizontal», Valencia, octubre de 1972, y FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2.º, págs. 142 y sigs..

6. ES INSCRIBIBLE EL DERECHO DE HIPOTECA AUN CUANDO NO CONSTEN INSCRITAS LAS CONSTRUCCIONES RELACIONADAS EN LA ESCRITURA QUE LO DOCUMENTA, CON TAL QUE QUEDE SUFICIENTEMENTE IDENTIFICADA LA FINCA OBJETO DE LA GARANTÍA.

Resolución de 6 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 20 de febrero).

I. *Hechos.*—En una escritura de hipoteca se hace referencia a una vivienda-chalet cuya obra nueva no fue declarada y, consecuentemente, no figura inscrita en el Registro, encontrándose inscrita tan sólo la finca (solar) sin construcción alguna.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad por dos veces, fue calificada con notas del tenor literal siguiente:

Primera nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro la obra nueva de una vivienda-chalet, según consta en la descripción de la finca en esta escritura. No se toma anotación de suspensión por no haber sido solicitada»...

Segunda nota: «Presentado por correo y por segunda vez el precedente documento a las once horas veinte minutos del día 5 de diciembre del corriente año, asiento número 381, folio 30, del diario 180, se deniega la inscripción por no aparecer inscrita en este Registro la obra nueva de una vivienda-chalet, según consta en la descripción de la finca en la escritura. No procede tomar anotación de suspensión por tratarse de defecto insubsanable, sin que, por otra parte, se haya solicitado»...

Recurrida la última de las notas de calificación transcritas, se argumentó por el recurrente que la falta de inscripción de la obra nueva, aparte de no impedir la identificación de la finca objeto de la garantía, sino muy al contrario, no implicaba un cierre registral; destacó además la ausencia de preceptos legales en la nota objeto de recurso, lo que, a su juicio, creaba una indefensión. Por su parte, el Registrador informante sostuvo la procedencia de la nota, tanto en el aspecto formal como en el sustantivo; en cuanto al aspecto formal porque no existe precepto legal ni reglamentario alguno que imponga al Registrador la obligación de citar normas, bastando con que la nota se exprese en términos claros y precisos (arts. 113 y 127 del Reglamento Hipotecario), y en cuanto al aspecto sustantivo porque al ser la inscripción de hipoteca de carácter constitutivo no puede extenderse a más de lo que consta en los libros del Registro, sobre todo cuando se aprecia de la escritura que se está intentando hipotecar algo más que el solar, aparte de que ello implicaría una discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral y un fradude en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Confirmada la nota de calificación por el Presidente de la Audiencia, el cual abundó en el carácter constitutivo de la inscripción, el recurrente se alzó ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que resolvió en la forma que se transcribe a continuación:

II. *Doctrina jurisprudencial*.—Vistos los artículos 9, 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento para su ejecución.

Considerando que la cuestión debatida en el presente recurso consiste en determinar si procede o no inscribir un derecho real de hipoteca que se ha constituido sobre una finca en la que se indica existe una vivienda-chalet, a la que se extiende la indicada hipoteca, todo ello sin que haya tenido acceso a los libros registrales la correspondiente declaración de obra nueva del edificio construido.

Considerando que la mencionada cuestión aparece resuelta en el artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria, que al tratar de la extensión de la hipoteca, sólo excluye de su contenido a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere, pero no a las que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca.

Considerando, por tanto, que la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda no constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues ésta se extenderá a aquélla, aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (art. 110 de la Ley), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código Civil, y precisamente es acertado el haber hecho constar la existencia del edificio en la escritura, ya que ello evita el que cuando en un futuro se ajuste la realidad registral a la extrarregistral mediante la presentación de la correspondiente escritura de obra nueva, puede surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca con la consiguiente extensión de gravamen, o bien se construyó con posterioridad, en cuyo caso no habría tal extensión, aunque en este caso concreto sobra tal discusión, ya que por pacto la hipoteca se extiende a las ulteriores edificaciones.

Considerando, por último, que en la escritura calificada no se vulnera el principio de especialidad —porque se concreta la finca registral sobre la que recae el gravamen—, ni tampoco el de tracto sucesivo —porque la finca figura inscrita a favor del constituyente de la hipoteca—.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

III. *CONSIDERACIONES CRÍTICAS*.—Hubiera sido deseable que la Dirección General hubiese entrado en la problemática del aspecto formal de la nota de calificación, es decir, en si es o no necesario que el Registrador exprese los preceptos legales en que funda su criterio. La discusión entre recurrente e informante se desarrolla en torno a los artículos 65 de la Ley Hipotecaria y 113 y 127 de su Reglamento, olvidando, sin embargo, que existen otros preceptos de mejor adaptación al caso, tal es el supuesto del artículo 429 o del 434, ambos del Reglamento; el primero de ellos concede al interesado la facultad de exigir «la extensión de la nota de suspensión o denegación, con expresión de los motivos»..., y el segundo obliga al Registrador a devolver el título con «nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación»; la Resolución de la Dirección General de 24 de diciembre de 1948 declaró que «las notas calificadoras deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades que quedan inducir a error o causar indefensión a quien de buena fe las impugna».

La cuestión es enormemente resbaladiza; no ofrece duda alguna, como afirma el Registrador informante, el hecho de la ausencia de norma alguna

que imponga al calificador la obligación de expresar los preceptos legales en que descansa su calificación, pero, por otro lado, el interesado para poder interponer el recurso habrá de valorar dicha calificación y su procedencia o no con arreglo al régimen legal vigente, para lo cual tendrá que conocer la base normativa de la nota. El antiguo artículo 106 del Reglamento Hipotecario exigía que la referida nota se expresara en términos «claros y precisos», pero como parece deducirse de la resolución a que antes se ha hecho referencia tal declaración va referida más a la forma que al fondo, es decir, a la redacción de aquélla; por otro lado, cabe preguntarse si la expresión de la causa o motivo de la calificación que exigen los artículos 429 y 434 del Reglamento implica necesariamente la referencia a los preceptos legales en que descansa la nota de calificación; en mi modesta opinión, no necesariamente habrá de consignarse la base normativa de la nota calificadora, sólo habrá lugar a esto cuando resulte imprescindible para venir en conocimiento del defecto señalado. Se me viene ahora a la cabeza una nota de calificación que por desgracia me vi obligado a poner: «suspendida la inscripción en cuanto a las fincas números..., por el defecto subsanable de resultar ilegibles»; no creo que en este caso deba hacerse referencia al principio de especialidad o a otro argumento jurídico, la nota por sí misma es lo suficientemente expresiva sin necesidad de acudir a disquisiciones legales. Pues bien, lo mismo ocurre en el caso que nos ocupa; la nota se basa en un argumento, que si bien resulta discutible, descansa casi en la pura lógica: se suspende la inscripción porque no se puede crear un derecho en el Registro sobre algo que no existe en los libros.

Por último, y en cuanto se refiere a este aspecto formal, decir que si bien no es necesaria, por imperativo legal, la expresión de los preceptos jurídicos en que descansa la calificación, resulta conveniente hacer cita de ellos en orden a evitar al interesado una situación que, aunque no resulte de indefensión, se acerca peligrosamente a ella.

Entrando ya en el aspecto sustantivo o de fondo del recurso, es decir, en si es posible o no la inscripción del documento en cuestión, debo decir que, en principio, me parece acertada la forma en que la Dirección General ha dictado su resolución, todo ello a pesar de que deja algunos «cabos sin atar», que aunque no influyen sobre el fondo de la cuestión, confieran a la misma una apariencia de obra incompleta. Todo ello se verá más adelante.

Lo primero que se observa es una discordancia entre la nota de calificación y el informe en su defensa, de la cual nada dice el Centro Directivo: la nota recurrida es de denegación por defecto insubsanable; sin embargo, el defecto es claramente subsanable, para ello bastaría con presentar la oportuna declaración de obra nueva o con completar el título con otra nueva escritura en la que se describiera convenientemente la vivienda-chalet. Es, pues, la nota de calificación la que resulta incorrecta; de ser la calificación desfavorable al título, lo sería por defecto subsanable y, en consecuencia, lo procedente hubiera sido la suspensión y no la denegación.

La Dirección General se limita a declarar inscribible el documento rechazado en base a las siguientes razones:

- 1.ª La finca objeto de la garantía queda perfectamente identificada, por lo que no se vulnera el principio de especialidad.
- 2.ª La declaración de obra nueva no es requisito previo para la inscripción posterior de hipoteca (sí lo sería para otras inscripciones, como, por

ejemplo, para la división horizontal o el caso del art. 218 del Reglamento Hipotecario) (*).

3.º No se vulnera el principio del tracto sucesivo, en cuanto no existe cambio de titularidad.

Además, el Centro Directivo aplaude la decisión de hacer constar la existencia de la vivienda-chalet en la escritura en cuestión, pues ello permite la extensión de la hipoteca a aquélla de forma natural, si bien advierte que en este caso, al pactarse la extensión a todas las edificaciones, cualquiera que fuera el momento de su construcción, carece de transcendencia.

Por todo ello, se decreta la procedencia de la inscripción del título debatido sin decir nada más; tal conclusión plantea un problema: ¿cómo habrá de practicarse dicha inscripción?, ¿habrá de expresarse la existencia de la vivienda-chalet?; en mi opinión, no. El defecto en que, a mi juicio, incurrió el Registrador en su calificación se centra en un exceso de celo, pues suspende el título en su totalidad cuando lo que debió suspender era la inscripción de hipoteca en relación a la vivienda-chalet; puede ser conveniente que dicha construcción se cite en título, pero resulta inadmisiblesu constancia en el Registro, a menos que preceda la obra nueva correspondiente. Ello es así porque relacionar la vivienda-chalet en los libros registrales implicaría una mención de derechos susceptible de inscripción especial y separada, mención que la propia legislación hipotecaria prohíbe (artículo 98 y Disposición Transitoria 1.ª de la Ley Hipotecaria, y artículo 353 del Reglamento Hipotecario) y que habría que cancelar, en caso de practicarse, a la primera certificación o asiento que viniera relativo a la finca en cuestión.

No es lo mismo, desde el punto de vista técnico, que la hipoteca se extienda o que la hipoteca se inscriba; el término de extensión implica necesariamente la no inscripción del derecho sobre la materia a la cual éste se extiende, de manera que no será objeto de una constancia registral expresa, mientras que el término inscripción del derecho implica necesariamente la previa inscripción del objeto sobre el que aquél se constituye. En el caso que tratamos, si bien la hipoteca se extiende a la construcción, no podrá constituirse sobre la misma por resultar registralmente inexistente. En definitiva, la extensión tiene su vida fuera del Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que exista algún pacto expreso relativo a la misma que conste en los libros registrales; la inscripción tiene únicamente vida dentro de la institución registral.

Siendo la inscripción de hipoteca de carácter constitutivo, no podrá este derecho tener vida sino en cuanto a todo aquello que consta en los libros registrales, con exclusión de lo que teniendo vida extrarregistral carezca, sin embargo, de inscripción; este razonamiento, que básicamente es el que utiliza el Registrador, tiene clara aplicación cuando se trata del objeto del derecho, pero no cuando se refiere a elementos a los que el derecho se extiende por disposición legal (art. 110, 1.º, del Reglamento Hipotecario).

El Centro Directivo, cuando se refiere a lo conveniente de que en la escritura se haga referencia a la construcción, afirma que «ello evita el que cuando en un futuro se ajuste la realidad registral a la extrarregistral mediante la presentación de la correspondiente escritura de obra nueva, pueda surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorga-

(*) Lo consignado entre paréntesis es de «cosecha propia»

miento de la escritura de hipoteca o bien se construyó con posterioridad». Mucho me temo que tal y como viene relacionada la referida vivienda en la escritura («vivienda-chalet de 120 metros cuadrados construidos»), su declaración posterior como obra nueva no evite la prueba extradocumental de que la construcción se realizó con anterioridad a la hipoteca, puesto que dicha vivienda no se identifica convenientemente de tal manera que impida su coincidencia con otras construcciones análogas, que de haber superficie en la finca pudieran construirse posteriormente.

A. P. DE LA C.

7. NO ES POSIBLE CANCELAR POR MEDIO DE INSTANCIA PRIVADA UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA VIGENTE PRACTICADA EN BASE A UN MANDAMIENTO JUDICIAL.

Resolución de 7 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 25 de febrero).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Josefa Castanedo San Miguel contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1-I de Santander a cancelar una anotación preventiva de embargo practicada en virtud de mandamiento judicial, en virtud de apelación de la recurrente.

Doña María Josefa Castanedo San Miguel, casada con don Félix Saiz Montejo, con domicilio en Santander, calle Isaac Peral, número 8, escalera A, 1.º B, sobre cuya vivienda se ha practicado en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de embargo, decretada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Santander, en virtud de mandamiento de fecha 29 de noviembre de 1984, por responsabilidad civil de su marido, dimanante de diligencias preparatorias número 25/1979 sobre imprudencia con muerte; que según certificación del Registro de fecha 17 de julio de 1985, a su esposa le ha sido notificado la existencia del procedimiento a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario; que por escrito de fecha 1 de agosto de 1985, la recurrente solicita del señor Registrador de la Propiedad se cancele dicha anotación por entender que el embargo no se ajusta a derecho y ser improcedente, por lo que se ha visto obligada a formular una tercería de dominio ante el Juzgado.

Presentado en el Registro el anterior escrito, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la cancelación de la anotación letra A de la finca 14.558, folio 21 del libro 181 de la sección segunda del Ayuntamiento de Santander, por los defectos de falta de previa presentación del documento en la Oficina Liquidadora del Impuesto, por falta de autenticidad del mismo y por no ser idóneo para producir la cancelación de una anotación preventiva de embargo tomada en virtud de mandamiento judicial, todo ello según la siguiente doctrina legal: Primero. Todo documento que deba producir asiento en el Registro de la Propiedad debe contener nota de pago del Impuesto extendida por la Oficina competente o, en su caso, la de exención o no sujeción. Así lo establece el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 57 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real

Decreto 3050/1980, de 30 de diciembre, y artículo 23 de su 'Reglamento, aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre. Segundo. Conforme al artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, todo documento que deba producir asiento en el Registro deberá ser auténtico. La autenticidad de la petición requiere la de la firma y, por tanto, su legitimación notarial. Tercero. El documento necesario no es idóneo para producir la cancelación de una anotación preventiva de embargo practicada en virtud de mandamiento judicial. Con independencia de lo dispuesto con carácter general por el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, el artículo 83 de la misma expresamente establece para este tipo de anotaciones que: 'Las anotaciones de embargo no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, es decir, por resolución judicial firme y mandamiento de la misma naturaleza'. Cuarto. En orden a los hechos y fundamentos de derecho invocados en la instancia, que tratan de argumentar, más que sobre la posibilidad de cancelación de la anotación, sobre la procedencia de la anotación preventiva ya tomada, con independencia de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, según dispone el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se pone de manifiesto: A) Que el hecho tercero del escrito contiene el error de confundir dentro del procedimiento ejecutivo el embargo preventivo, que es una resolución judicial recurrible en tercería de dominio o de mejor derecho, con la anotación del mismo en el Registro de la Propiedad, que es la mera publicidad de aquella con efectos en cuanto a terceros adquirentes de la finca, que con tal publicidad conocen la existencia del procedimiento. Sólo partiendo de ese error puede afirmarse, como se hace en el documento, que la anotación de embargo, que incluso puede no existir, es la que obliga a la tercería. B) Que en cuanto a los fundamentos de derecho, con independencia de que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en los términos literales que se citan, está derogado, el problema del caso concreto a que se refiere el escrito ha sido ya tratado y resuelto por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su Resolución de 13 de abril de 1964 declaró: 'Que decretado el embargo en causa criminal y notificado a la mujer del inculcado, hay que estimar cumplida la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y anotarse sobre bienes gananciales'. Debemos añadir que en el mandamiento que ordenó tomar la anotación preventiva constaba la notificación a la esposa. Los dos primeros defectos son subsanables; el tercero, es decir, la petición de cancelación por instancia, es insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión, que, por otra parte, no se ha solicitado. De conformidad con mi cotitular, don José Antonio García y García, se extiende la presente nota de calificación, contra la que cabe el recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia Territorial dentro del plazo de cuatro meses, a contar desde la fecha de la misma, sin perjuicio de contender ante los Tribunales sobre la idoneidad y validez del documento. Se archiva en el legajo de su clase fotocopia cotejada del escrito y nota de calificación. Santander, 7 de agosto de 1985.—El Registrador.—Firma legible».

Con fecha 27 de agosto de 1985, doña María Josefa Castanedo San Miguel presenta de nuevo escrito en el Registro de la Propiedad reiterando la petición de cancelación de la anotación preventiva de embargo, dando lugar a la siguiente nota: «Subsanados los defectos de tal carácter, señalados bajo números 1 y 2 de la nota puesta al pie del documento, y sin

tener en cuenta que el tercero de los defectos es insubsanable, es decir, que con una instancia no se puede obtener la cancelación de una anotación de embargo practicada por mandamiento judicial, que requiere igual mandamiento, han sido remitidos de nuevo los documentos reiterando la petición y que el Registrador determine las normas que han modificado el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. En cuanto a la calificación, se reitera y mantiene la ya efectuada considerando que el defecto señalado bajo el número 3.º es insubsanable y, por tanto, denegada la petición formulada. En cuanto a la ilustración sobre disposiciones que se publican en el *Boletín Oficial del Estado*, es materia de consulta a Abogado, y siendo el cargo de Registrador incompatible con tal ejercicio, no puede entrar en la petición. El recurso que procede y la fecha de presentación del documento constan en la nota de calificación. Santander, 11 de septiembre de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible».

El día 19 de septiembre de 1985, la recurrente insiste en su petición con un nuevo escrito al que acompaña un certificado del Ayuntamiento de Santander de 10 de septiembre de 1985, que acredita que la vivienda objeto del embargo es el hogar familiar, lo que da lugar a la tercera nota: «Presentada el 6 de agosto del corriente año, asiento de presentación 1.313, diario 133, una solicitud firmada por la del presente escrito y remitida por correo, en la que se solicitaba la cancelación de la anotación de embargo a que el mismo se refiere, que fue practicada en virtud de mandamiento judicial, fue denegada la solicitud por dos defectos de orden formal y uno de fondo y sustancial considerado insubsanable, cual es el no ser una instancia documento hábil y suficiente para la cancelación de una anotación de embargo ordenada en mandamiento que requiere igual mandamiento. Subsanaos los defectos calificados como subsanables, se reiteró la petición siendo mantenida la calificación y denegada. Todo ello según notas que constan en el documento que ha quedado relacionado. Entregada en mano y por la propia interesada en el día de hoy el documento que precede, que por referirse a la misma materia hace innecesaria su presentación, previo examen del mismo, se le devuelve con la siguiente nota adicional: 1. Se mantiene y reitera la calificación de ser insubsanable el defecto por no ser idóneo el documento para obtener la cancelación. 2. Los asientos del Registro, en cuanto se refieren a derechos ya inscritos o anotados, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que no cabe que un particular pueda pedir la suspensión de un asiento practicado a nombre de otro, sin que aquéllos lo ordenen. 3. Contra la petición formulada y denegada, se advierte que cabe el recurso que ya fue señalado en la nota puesta al primero de los documentos. Santander, 19 de septiembre de 1985. El Registrador.—Firma ilegible».

Dña María Josefa Castanedo San Miguel interpone recurso contra la nota de calificación, y tras hacer un relato prolijo sobre los hechos que dieron lugar al mandamiento del Juez ordenando la anotación de embargo del inmueble, así como de la desestimación de la demanda de tercería de dominio contra todas las partes del proceso penal, termina solicitando la cancelación de la anotación de embargo decretada por el Juzgado, por no haber sido la demanda dirigida contra ambos cónyuges (art. 144 del Reglamento Hipotecario), y sin que baste que el embargo haya sido notificado a la esposa al no perseguirse bienes comunes (art. 1.366 del Código Civil).

El Registrador informó que en el mandamiento consta de forma expresa

que el embargo se le ha hecho saber a la esposa del encausado, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario; que impiden dar cumplimiento a la petición los artículos 1.º y 83 de la Ley Hipotecaria; que la cuestión de fondo, de si procede o no el embargo, es totalmente ajena a la calificación, y el derecho que considera infringido la recurrente tiene su amparo en la tercería de dominio, a promover ante el propio Juzgado y no ante el Registrador; que el Registrador no puede entrar a calificar el fondo de una resolución judicial, y que la notificación de embargo es suficiente para practicar la anotación, conforme a las Resoluciones de la Dirección General de 13 de abril de 1964 y 28 de mayo de 1963, y que la instancia no es documento hábil para poder obtener la cancelación de la anotación, ya que se requiere documento de la misma clase.

El Magistrado-Juez de Primera Instancia número 1 de Santander informa que por providencia dictada en la pieza separada de responsabilidad civil derivada de las diligencias preparatorias número 25/1979, en las que recayó sentencia condenatoria contra don Félix Saiz Montejo por delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, se acordó el embargo de la vivienda familiar que tiene el carácter de bien ganancial, notificándose el embargo a su esposa, librándose el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad para su anotación preventiva; que el embargo se acordó porque los bienes gananciales responden de las obligaciones de uno de los cónyuges derivadas de culpa extracontractual en el desarrollo de la actividad generadora de ingresos para la sociedad de gananciales.

El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador.

Doña María Josefa Castanedo San Miguel se alzó de la decisión presidencial con los siguientes argumentos: 1. Que no ha tenido intervención alguna en el hecho por el cual fue condenado su marido, ni tampoco en el proceso penal, y que no es responsable civil subsidiaria porque con este carácter ha sido condenado el empresario de don Félix Saiz Montejo. 2. Que el siniestro estaba asegurado con pólizas de seguro voluntario y obligatorio con la Entidad «Ibérica de Seguros La Providence, Sociedad Anónima», y no se sabe la razón por la cual no se le ha exigido a la misma la responsabilidad directa, aunque dicha Entidad aseguradora haya sido disuelta forzosamente por el Ministerio de Hacienda en el año 1980, pues debería responder la Comisión Liquidadora o el Consorcio de Compensación de Seguros, y, además, la Entidad durante el proceso aceptó el siniestro. 3. Que se encuentra en una situación de indefensión porque se va a subastar la vivienda familiar, porque formuló demanda de tercería de dominio y el Juzgado no la admitió a trámite y porque tampoco se ha requerido de pago a la Comisión Liquidadora. 4. Que la demanda no ha sido dirigida contra ambos cónyuges, y que no basta que haya sido notificado el embargo a la esposa según el artículo 1.366 del Código Civil, pues el hecho es culposo. 5. Que el Registro debe coadyuvar a la defensa y conservación del hogar familiar, según el preámbulo del Real Decreto 3215/1982, que modifica el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. 6. Que el artículo 91 del Reglamento exige el consentimiento expreso del otro cónyuge. 7. Que el Registro, según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, debería haber examinado la congruencia del mandamiento con el procedimiento (y éste es el fondo de la cuestión), y que el artículo 112, 2.º, del mismo Reglamento prevé la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones

o negativas a inscribir y debió hacerlo también en la ejecutoria de la que dimana el mandamiento y en la tercería de dominio.

Doctrina de la Dirección.—Fundamentos de Derecho: Vistos los artículos 1.º, 3.º, 40, 82 y 86 de la Ley Hipotecaria:

1. La recurrente pretende la cancelación de una anotación preventiva de embargo practicada sobre un inmueble (vivienda familiar), en virtud de petición hecha en una instancia. En realidad, este recurso no se promueve contra la calificación de un título al que se haya negado acceso al Registro de la Propiedad, sino contra un asiento ya practicado.

2. La recurrente olvida que los asientos del Registro, artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud.

3. Para cancelar una anotación preventiva, artículo 82 de la Ley, se requerirá providencia ejecutoria, a través del mandamiento correspondiente y en base a resolución judicial firme, sin que el Registrador sea competente para proceder a la cancelación por simple petición de parte, excepción hecha de los supuestos de caducidad del asiento (arts. 86 de la Ley y 355 del Reglamento).

4. En realidad, lo procedente en este recurso es su inadmisión, dado que el recurso gubernativo, artículos 122 y siguientes del Reglamento, sólo cabe contra la negativa del Registrador a practicar un asiento, pero no puede interponerse contra una calificación ya realizada de un título que ha tenido acceso a los libros registrales.

La rectificación de un asiento que se estima erróneo habrá de realizarse por el procedimiento idóneo entre los que señala el artículo 40 de la Ley, o bien acudiendo a los Tribunales para contender acerca de la validez o nulidad de los documentos que lo motivaron, artículo 66 de la misma Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

COMENTARIO.—En el comentario de esta resolución separaré dos aspectos claramente diferenciados: por un lado, la doctrina sentada por la Dirección General, por lo demás tan evidente que sobraría cualquier comentario, y, por otro, el examen de la anotación de embargo practicada en el Registro, cuya cancelación se solicitaba por instancia privada. Veamos ambos puntos:

1) IMPOSIBILIDAD DE CANCELAR POR MEDIO DE UNA INSTANCIA PRIVADA UNA ANOTACION PRACTICADA EN VIRTUD DE MANDAMIENTO JUDICIAL: El Registrador en la primera de las notas aprecia la existencia de tres defectos, los dos primeros posteriormente subsanados y el tercero objeto de recurso. Esta primera nota, más que una nota de calificación parece un verdadero informe en defensa de la misma por su desmesurada extensión; entiendo que hubiese sido más que suficiente la simple enumeración de los defectos, concretamente en cuanto al tercero la no idoneidad del documento presentado para practicar la cancelación, dejando todo lo demás para el correspondiente informe caso de recurso. Quizá la extensión de la nota se deba a la existencia de cierto enfrentamiento entre el Registrador y la presentante, como parece desprenderse

de la redacción de las diferentes notas: Véase, por ejemplo, la alusión a la imposibilidad de asesorar sobre disposiciones publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, dada la actual legislación de incompatibilidades. La segunda nota es una mera insistencia en el tercero de los defectos. Finalmente, la tercera reitera el defecto e incluso amplía los argumentos en que se apoya la calificación, sobrepasando, a mi juicio, como ya dije antes, lo que debe ser una nota de calificación.

Antes de entrar en el examen del defecto creo oportuno hacer una breve referencia al hecho de haberse extendido esta tercera nota en una nueva instancia, con idéntico contenido que la primera (supongo que con la nota de la Oficina Liquidadora y legitimación de firma, pues de lo contrario se habrían añadido los dos primeros defectos nuevamente), y con la expresión del Registrador de que «por referirse a la misma materia hace innecesaria su presentación». Es decir, se presenta una nueva instancia con idéntico contenido que la primera, sin que la segunda sea objeto de nueva presentación «por referirse a la misma materia». ¿Es correcto el proceder del Registrador de calificar el documento sin su previa presentación en el Diario? Lógicamente para plantearse esta duda debe estar vigente el asiento de presentación causado por la primera instancia presentada, pues si el mismo hubiere caducado no admite duda alguna la necesidad de nueva presentación.

El problema de la presentación de nuevos ejemplares o copias de documentos estando vigente el asiento de presentación causado por el anterior ejemplar es hoy en día abordado por el artículo 428 del Reglamento Hipotecario tras la reforma de 1982, que admite la no necesidad de nueva presentación si no existe duda sobre la identidad de los dos ejemplares o copias. Este precepto parece, evidentemente, pensado para documentos públicos notariales (o judiciales), y de ahí la expresión que emplea de aportación de «otra copia o ejemplar», pero su aplicación a supuestos de documentos privados parece ofrecer dudas. Además, la aplicación o no de este precepto puede tener importantes consecuencias. En el supuesto ahora examinado no parece tener mayor importancia, pero pueden ponerse múltiples ejemplos donde la aplicación del precepto en uno u otro sentido puede acarrear efectos de gran importancia, especialmente si el documento causa el correspondiente asiento por ser objeto de calificación positiva. Veamos simplemente uno de estos ejemplos: Presentación en el Registro de una solicitud privada para la práctica de una anotación preventiva de acreedor refaccionario (arts. 59 de la Ley Hipotecaria y 155 de su Reglamento), y posterior retirada de la misma; posterior presentación de un mandamiento ordenando la práctica de una anotación de embargo sobre la finca (lógicamente dirigido contra el titular registral), y, finalmente, aportación al Registro de un nuevo ejemplar de la instancia primitiva de solicitud de anotación de acreedor refaccionario, estando aún vigente el asiento de presentación, por haberse extraviado la primera o por cualquier otra causa. Si entendemos que no es necesaria una nueva presentación por aplicación del citado artículo 428 del Reglamento Hipotecario, la anotación de acreedor refaccionario tendrá la preferencia que le otorga dicho asiento de presentación; caso contrario, su preferencia vendrá determinada por el nuevo asiento de presentación que se extienda.

La necesidad o no de nueva presentación puede tener también trascendencia incluso en supuestos de calificación negativa: Así, por ejemplo, la

posibilidad de interponer el recurso con tiempo suficiente para que la orden del Presidente de la Audiencia declarando la suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación llegue al Registro vigente dicho asiento (arts. 114 del Reglamento Hipotecario y 66 de la Ley), etc....

Aunque, como digo, la aplicación de dicho artículo 428 al supuesto de documentos privados pueda plantear dudas, entiendo que el Registrador, en el caso ahora examinado, procedió correctamente no presentando la nueva instancia, haciendo, por tanto, extensiva la doctrina del artículo 428 del Reglamento Hipotecario a supuestos de documentos privados; en estos casos, como es lógico, habrán de extremarse aún más las precauciones para la plena identificación de ambos documentos, tal como exige dicho precepto. Una vez admitida la aplicación de dicho precepto, entiendo correcta la nota puesta por el Registrador, explicativa de haberse calificado ya otra instancia, reiterando nuevamente el defecto.

Entrando ya en el examen del defecto propiamente dicho, como ya digo antes, el mismo es tan claro que sobraría cualquier comentario. Basta leer los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria para comprobar la imposibilidad de cancelar una anotación preventiva practicada en base a un mandamiento judicial, con una simple instancia privada, salvo supuesto de caducidad (art. 353 del Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 1982, y no 355, como por error dice la resolución). Como es sabido, los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria), incluso los practicados erróneamente, y no son los particulares los llamados a cancelarlos por medio de una simple instancia.

No obstante, quiero hacer una referencia a alguna imprecisión en que, a mi juicio, incurre la Dirección General. La resolución, en su primer fundamento de Derecho, afirma que en realidad este recurso no se promueve contra la calificación de un título al que se haya negado acceso al Registro de la Propiedad, sino contra un asiento ya practicado. Por su parte, el cuarto fundamento añade que lo procedente es su inadmisión por no poderse interponer recurso contra un título que ya ha tenido acceso al Registro.

Yo no veo tan claro estas afirmaciones de la Dirección General en cuanto al recurso resuelto, y entiendo que lo procedente es admitir el recurso y confirmar la nota del Registrador, en el sentido de no ser posible cancelar la anotación preventiva por una simple instancia. La recurrente pretende obtener esta cancelación por estar, a su juicio, mal extendida la anotación: Lo procedente es, por tanto, denegar esa cancelación, tal como hizo el Registrador, siendo indiferente los motivos que la recurrente crea le asisten para obtener la cancelación. La posición correcta es admitir el recurso y confirmar la nota declarando no procedente la práctica de la cancelación solicitada. El recurso sí se promueve contra la calificación de un título al que se ha negado acceso al Registro (la instancia), en contra de lo que dice el primer fundamento de Derecho. La propia resolución, a pesar de lo afirmado en ese fundamento, y en el cuarto, parece resolver en el sentido apuntado, pues el fallo lo que hace es confirmar el auto, que, a su vez, había confirmado la nota del Registrador; en este sentido, por ejemplo, el tercer fundamento de Derecho. En el fondo, la solución es la misma, pero repito que la resolución adolece, a mi juicio, de las imprecisiones señaladas. Además, al hablar en dicho fundamento tercero de la necesidad de providencia ejecutoria para cancelar anotaciones, debería aña-

dir practicadas en virtud de mandamiento, pues la expresión genérica, con referencia, por tanto, a todo tipo de anotaciones, es incorrecta, ya que alguna sí se puede cancelar por documento privado, como, por ejemplo, la del acreedor refaccionario (arts. 206, 12, y 208, 2, del Reglamento Hipotecario).

2) EXAMEN DE LA ANOTACION DE EMBARGO CUYA CANCELACION SE SOLICITABA: Ya he dicho antes cómo a efectos del recurso es indiferente que la anotación de embargo se hubiese practicado correcta o incorrectamente, pues aunque se hubiese extendido erróneamente nunca procedería su cancelación por una simple instancia privada. No obstante, quiero examinar brevemente la controvertida anotación a la vista de los datos que se desprenden del recurso.

Se trata, en principio, de una anotación de embargo practicada sobre bienes gananciales: A pesar de que el recurrente declara en su informe no perseguirse bienes comunes, el carácter ganancial del bien embargado parece evidente: así, por ejemplo, el Magistrado Juez en su informe lo afirma expresamente, y el mismo Registrador lo reitera. Sin embargo, sólo tenemos conocimiento del carácter ganancial del inmueble, pero no cómo fue adquirido (por el marido, la mujer, o por ambos) y si tal adquisición se efectuó ya vigente la reforma del Reglamento Hipotecario de noviembre de 1982, por lo que no podemos saber la forma en que figura inscrito el bien embargado, lo que tiene trascendencia a efectos del embargo, como veremos.

La deuda que motiva el embargo deriva de diligencias preparatorias contra el marido por imprudencia simple con muerte, con infracción de reglamentos. La recurrente entiende que dicha deuda no es a cargo de la sociedad de gananciales, por derivar de un hecho culposo (debe referirse a culpa grave por aplicación del art. 1.366 del Código Civil, que ella misma cita). El Magistrado que ordenó la práctica del embargo, por su parte, entiende en su informe que los bienes gananciales sí respondían de la deuda a tenor de dicho precepto.

Sin perjuicio de la posibilidad de anotar embargos sobre bienes comunes por deudas que no sean a cargo de la sociedad de gananciales (artículo 144, 1, párrafo 2, del Reglamento Hipotecario), la regla general es que para practicar anotaciones de embargo sobre bienes comunes, la deuda ha de ser a cargo de la sociedad de gananciales. Ahora bien, la calificación de la deuda que motiva el embargo (es decir, si es o no a cargo de los gananciales) escapa al Registrador, siendo problema previo de orden civil, que, por tanto, debe determinar el Juez (en este sentido, es prácticamente unánime la doctrina: así, por ejemplo, CAMY, LA RICA, RIVAS TORRALBA, y más recientemente GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO en su trabajo «Anotaciones preventivas de embargo sobre bienes gananciales», publicado en el volumen *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, editado por el Colegio de Registradores, págs. 833 y sigs.). Además, la casi totalidad de los mandamientos que se presentan en los Registros no contienen datos suficientes para poder determinar si la deuda es o no a cargo de la sociedad de gananciales. En último término, salvo que el carácter privativo se desprenda claramente, existirá una presunción de ganancialidad de la deuda. Como un dato más para apoyar esta interpretación de no ser materia de calificación la naturaleza de la deuda, es significativa la reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que antes hacía referencia a «deu-

das y obligaciones contraídas por el marido y la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales», habiendo desaparecido esta mención en la reforma de 1982, por lo que el Registrador ya no tendrá que calificar este punto.

Siendo, por tanto, la determinación de la naturaleza de la deuda materia reservada al Juez, es evidente que en el supuesto que ahora examinamos, la misma es ganancial a efectos registrales, al decirlo expresamente el Magistrado. Precizando más, hemos visto que la deuda deriva de una causa criminal; la posibilidad de anotar embargos sobre bienes gananciales por deudas derivadas de causa criminal ya fue expresamente admitida por la Resolución de 13 de abril de 1964, citada por el Registrador en su informe. Esta resolución distingue claramente entre el carácter personal de la responsabilidad penal y la posible afección de los bienes comunes para garantizar la responsabilidad civil derivada del delito o la falta, como ocurre en el caso ahora examinado.

Estamos, pues, ante una anotación de embargo decretada sobre bienes comunes por una deuda a cargo de la sociedad de gananciales, tal como expresamente la califica el Juez (suficiente, incluso vinculante para el Registrador, como vimos). Para determinar la correcta extensión de la anotación, hay que acudir al artículo 144 del Reglamento Hipotecario. No es éste el momento ni el lugar para estudiar este polémico precepto, por lo demás objeto de innumerables trabajos en los últimos años, especialmente a partir de la reforma de 1959 (puede verse, por ejemplo, recientemente el trabajo de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, antes citado, en el que se estudia exhaustivamente la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este precepto, antes y después de las reformas de 1982 y 10 de octubre de 1984; a esta última, al parecer desconocida por la recurrente, parece referirse el Registrador en sus notas primera y segunda). Prescindo, por tanto, del estudio de la evolución del artículo, sus interpretaciones tras la reforma de 1959 (con las importantes Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966), problemas procesales que plantea, etc., temas por lo demás sobradamente conocidos. Me limitaré a examinar las soluciones hoy vigentes tras la reforma de 1982, pues además la anotación se practicó con posterioridad a noviembre de 1984, fecha del mandamiento que las ordena, y sólo en cuanto a las anotaciones practicadas vigente la sociedad de gananciales.

Los párrafos 1 y 2 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 1982, establecen que «para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno sólo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente. Cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.272 del Código Civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor» (ya vimos antes cómo se ha suprimido la referencia a ser las deudas a cargo de la sociedad de gananciales). Los términos empleados por estos dos párrafos del artículo 144 parecían indicar la insuficiencia de la simple notificación al cónyuge no deudor, en contra de la doctrina sentada por las Resoluciones de diciembre de 1966. En este sentido se manifestaron, por ejemplo,

GARCÍA GARCÍA (*Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Editorial Civitas), que entendía que con esta redacción quedaba superada la doctrina de las indicadas resoluciones, o EMILIANO CANO (en un trabajo publicado en esta misma *Revista*, número 558, septiembre-octubre 1983), que entendió que el precepto obliga expresamente a demandar a ambos cónyuges, trayendo a colación la Resolución de 10 de noviembre de 1981, dictada en un supuesto de embargo decretado una vez inscrita la liquidación de la sociedad de gananciales, pero habiéndose instado el procedimiento por deudas contraídas vigente dicha sociedad: La Dirección entendió que al figurar el bien inscrito a nombre de uno de los cónyuges, éste debe ser el demandado, sin que baste demandar al otro y notificar a éste.

Pero a pesar de los textos aparentemente claros del nuevo artículo 144, la Dirección General en las importantes Resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1983, tras estudiar el nuevo precepto, ha reiterado la suficiencia de notificar al cónyuge del demandado en el supuesto de embargo de bienes comunes por deudas gananciales. Distingue la primera de dichas resoluciones las tres posibilidades que pueden darse según la obligación haya sido contraída por ambos cónyuges; por uno solo de ellos con carácter puramente personal, de la que responde solamente el esposo deudor con la posibilidad que al otro cónyuge le ofrece el artículo 1.373 del Código Civil, y obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley. Sin entrar en el examen de esta resolución, diré simplemente que la misma entiende que en el tercero de los casos enumerados es suficiente demandar al cónyuge deudor y notificar el embargo al otro cónyuge, sin que, por tanto, sea necesario demandar a ambos. Estudia la Dirección General el aspecto procesal de la cuestión (carácter individual de la cualidad de deudor), lo que es criticado por GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, por entender que acudir a la Ley Procesal para saber cómo debe establecerse la litis-pendencia es correcto, pero no para determinar si el embargo es anotable o no.

Pero guste o no, ésta es la interpretación que la Dirección General ha dado al nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Creo que a pesar de lo dicho por la citada Resolución de marzo de 1983, la cuestión no está resuelta plenamente, sin que pueda simplificar hasta el extremo de entender que cualquier embargo sobre bienes gananciales para responder de deudas calificadas como gananciales es anotable con la simple notificación al cónyuge no deudor. Y es que la inscripción de los bienes comunes puede revestir múltiples formas; prescindiendo de los antiguos artículos 94 y 95 del Reglamento, los actuales artículos 93, 94 y 95, al regular la inscripción de los bienes adquiridos vigente la sociedad de gananciales establecen diversas formas de inscripción de los mismos.

No veo inconveniente alguno en aplicar la doctrina sentada por la Resolución de 1983 a los bienes inscritos con arreglo al artículo 93, 1 (adquiridos por ambos cónyuges), y a los inscritos con arreglo a los artículos 93, 4, y 94, 1, cuando el cónyuge demandado sea el titular registral (y, por tanto, el adquirente). Pero ¿qué sucede en el caso de ser el adquirente y, por tanto, aquel a cuyo favor se ha inscrito el bien, el cónyuge no deudor? ¿Bastará en estos casos la simple notificación de la demanda sin necesidad de demandarle? GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, en el trabajo citado, entienden que este supuesto plantearía serias dudas derivadas fundamen-

talmente de los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento. Para desarrollar este problema sería necesario entrar en consideraciones que escapan a estas notas, como la naturaleza de la sociedad de gananciales, y especialmente la distinción entre el titular del bien y el carácter ganancial del mismo. No es éste el momento para desarrollar este tema, siendo además numerosos los trabajos publicados al respecto en los últimos años, desde que BLANQUER ÜBEROS estableció esta distinción (en su trabajo «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales: alcance, modalidad y excepciones», hoy en día publicado en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 25, 1982). En síntesis, distingue este autor entre titular del bien, que es el que lo adquiere, y carácter del bien (ganancial o no), según la forma de adquisición, siendo el carácter ganancial del bien el que exige el consentimiento de ambos cónyuges para su disposición, pero no para los actos de administración, que podrá realizarlos por sí solo el titular.

Si aceptamos esta distinción, como de hecho recoge hoy el Reglamento Hipotecario en sus artículos 93 y siguientes, parece evidente que sólo será anotable el embargo si la demanda se dirigió contra el cónyuge que sea titular registral, y se notificó al otro, pero no si el demandado no es titular registral, por aplicación fundamentalmente del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, debiendo en este sentido entenderse matizada la Resolución de marzo de 1983.

Finalmente, una breve referencia al problema del carácter de VIVIENDA FAMILIAR que, al parecer, tenía el bien embargado. El Juez ordenante del embargo así la califica, y la recurrente lo afirma igualmente en su informe; incluso a la segunda instancia presentada se acompaña un certificado del Ayuntamiento de Santander que «acredita que la vivienda objeto del embargo es el hogar familiar» (un inciso: No alcanzo a ver bien cuál puede ser el contenido de este certificado que «acredita» que la vivienda es hogar familiar, aunque a mí ya no me extraña nada. Recientemente me decía un Notario que en su despacho se había presentado una pareja que, para fines que no vienen al caso, aportaban una certificación expedida por el Alcalde de su Ayuntamiento que «acreditaba que convivían», aunque parece que tampoco detallaba excesivamente hasta dónde llegaba la convivencia).

A los efectos que ahora examinamos, sin embargo, es indiferente que la vivienda embargada sea o no el hogar familiar (o vivienda habitual, como habla el art. 144 del Reglamento) dado el carácter ganancial del inmueble. Tratándose de bienes comunes, los requisitos para anotar el embargo son los mismos, sea o no vivienda habitual. Las especialidades surgen si el inmueble tiene el carácter de privativo de uno de los cónyuges, tal como establece el artículo 144, 5, del Reglamento Hipotecario, actualmente redactado por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984. No es éste el lugar ni el momento para estudiar este precepto, y si lo cito es sólo para poner de relieve el error de la recurrente al entender que el hecho de ser vivienda habitual lleva consigo requisitos especiales para poder anotar el embargo.

M. C. M.

8. HABIENDO DESIGNADO LA JUNTA GENERAL PARA ACTUAR COMO ÓRGANO ADMINISTRATIVO A DOS ADMINISTRADORES CON CARÁCTER SOLIDARIO, NO ES APLICABLE EL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN CUANTO SE REFIERE A LA RENOVACIÓN PARCIAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

NO ES APLICABLE EL ARTÍCULO 1.518 DEL CÓDIGO CIVIL PARA DETERMINAR EL PRECIO DE READQUISICIÓN DE ACCIONES EN EL SUPUESTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE POR LOS SOCIOS NO TRANSMITENTES DE AQUÉLLOS.

ES VÁLIDA LA NORMA ESTATUTARIA QUE PREVEA UN SISTEMA DE VALORACIÓN OBJETIVA, DE MANERA QUE OUEDE ASEGURADO UN JUSTO PRECIO A LOS INTERESADOS.

Resolución de 11 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 28 de febrero).

A) *Antecedentes* —Don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario de Calella, interpone recurso gubernativo contra la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona a inscribir una escritura de constitución de la Sociedad «Llars del Maresme, Sociedad Anónima».

Mediante escritura autorizada por el Notario de Calella don Luis Enrique Barberá Soriano el día 16 de mayo de 1984, don José Doménech Grantche, doña Purificación Ruiz Sánchez y don Juan García Martínez procedieron a fundar la Compañía «Llars del Maresme, Sociedad Anónima», estableciendo, entre otros, los siguientes preceptos estatutarios: «Artículo 7.º Administración: La Junta General, mediante acuerdo tomado con los requisitos exigidos para la modificación de Estatutos, decidirá la forma concreta de Administración, optando entre un Administrador único, varios Administradores solidarios hasta un máximo de tres o un Consejo de Administración compuesto por un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco. Los Administradores no precisarán ser accionistas y ejercerán el cargo por el plazo que determine la propia Junta General que los elija. Toda renovación del Consejo deberá ser parcial. Artículo 9.º Sindicación de acciones: ... En el caso de que cualquier socio enajenase sus acciones o parte de ellas sin atenerse a lo dispuesto en los párrafos anteriores, los demás socios o la Sociedad, en su caso, podrán, dentro de un plazo de dos meses, a contar desde la fecha en que se hubiese puesto en conocimiento del órgano de administración la enajenación de aquéllas, ejercitar el derecho de retracto para adquirirlas, siendo en tal caso su precio el satisfecho por el tercer adquirente, siempre que no exceda del que corresponda a las acciones en el haber líquido social del último balance practicado, y en el caso de que excediere, el retrayente no vendrá obligado a satisfacer el precio superior máximo satisfecho... En todo caso, serán nulas las transmisiones que no se ajusten a este pacto y la Sociedad no reconocerá el carácter de socio y el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, cuando no se hubiese cumplido lo anterior estipulado».

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con nota del tenor siguiente: «No admitida la

inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos de carácter insubsanable: 1.º En el artículo 7.º de los Estatutos se infringe, por omisión, el artículo 73 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, al no constar la forma en que ha de tener lugar la renovación parcial del Consejo, según tiene declarado la Dirección General de los Registros (Resolución de 24 de noviembre de 1981). 2.º En el artículo 9.º se regula un derecho de retracto, infringiéndose el artículo 1.518 del Código Civil, pues el precio del retracto, por la propia naturaleza de este derecho, no puede ser inferior al de la compra más los gastos del contrato. 3.º En el mismo artículo 9.º no puede admitirse una 'declaración de nulidad' que sólo compete al órgano judicial, aparte de que la transmisión, en cualquier caso, sufre efectos *inter partes*. Por otro lado, esta afirmación de nulidad es contradictoria con la regulación de un derecho de retracto. No procede tomar anotación preventiva. La presente nota se extiende con la conformidad de mis cotitulares. Barcelona, 6 de julio de 1984.—El Registrador (firma ilegible)».

Don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario autorizante del documento calificado, interpuso recurso gubernativo contra la nota, y alegó lo que sigue:

1.º En cuanto a la nota en su conjunto, que lamenta la falta de una línea homogénea y congruente en la calificación del Registro Mercantil de Barcelona, ya que en los Estatutos los que ahora se tachan de defectos se han inscrito en ese Registro medio centenar de veces aproximadamente —provocando el desconcierto aludido en la Resolución de 1 de diciembre de 1982—.

2.º El calificativo de insubsanable atribuido a los defectos no es correcto, ya que los Estatutos y la escritura social contienen todos los datos y menciones necesarias para que la Sociedad tenga plena personalidad jurídica, y los defectos aluden a un hipotético Consejo de Administración y a uno de los pactos lícitos que no influyen sobre la Sociedad como persona.

3.º La calificación se aparta del criterio de interpretación del artículo 3.º del Código Civil, no atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma y olvidando la equidad como elemento de ponderación, con desprecio de la interpretación más favorable para que surta efectos; la calificación se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 20 de abril de 1960, recogida por la Resolución de 4 de octubre de 1982, que dejó establecido que «cuando se trata de Sociedad Anónima de capital modesto las normas legales han de ser aplicadas con mayor flexibilidad, sin sujeción a un criterio automático, sino con la prudencia que el Derecho requiere».

4.º En cuanto al primer defecto de la nota, señala que el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige la constancia expresa en los Estatutos de cómo se tiene que renovar parcialmente el Consejo; que la Resolución de 24 de noviembre de 1981 no es aplicable por contemplar un supuesto distinto; que aun suponiendo que sea siempre necesario determinar la forma de renovación parcial del Consejo en los Estatutos, lo cierto es que en los Estatutos calificados sí se prevé la forma de renovación, remitiéndose al acuerdo de la Junta, que cuidará de cumplir el mandato de la renovación parcial.

5.º En cuanto al defecto segundo, indica que por el hecho de citar en el artículo 9.º de los Estatutos el derecho de retracto, no resulta aplicable, sin más, el artículo 1.518 del Código Civil establecido para la venta a carta de gracia o con pacto de retro mal llamado retracto convencional; lo que regula el artículo 9.º de los Estatutos es un derecho de tanteo en sus dos fases de tanteo de preadquisición y postadquisición, perfectamente admisible según los artículos 1.255 del Código Civil y 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, igual que la determinación del precio de tanteo, que no es totalmente libre. Si no se hiciera esta prevención en cuanto al precio del tanteo, podría quedar burlado mediante la fijación de un precio desorbitado que impediría el ejercicio de su derecho a los demás socios. La determinación del precio se hace por referencia a un valor objetivo —haber líquido social del último balance practicado—, en línea con lo dispuesto en los artículos 1.447 y 1.448. El adquirente que compra con infracción de la normativa estatutaria no puede llamarse a engaño, pues los Estatutos están inscritos en el Registro Mercantil y se presume que su contenido es conocido por todos y no puede invocarse su ignorancia. Es ilógico pensar que una infracción de un consocio lleva aparejado para el socio retrayente un perjuicio, cual sería el de abonar los gastos e impuestos.

6.º En cuanto a las razones expuestas en el tercer defecto de la nota, señala que obedecen al conceptualismo jurídico que no atiende a los intereses en juego. No se niega que la declaración de nulidad sólo compete al órgano judicial y el párrafo estatutario no hace más que avisar de la posible sanción, habiéndose convertido en una cláusula de estilo copiada del artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada. Tampoco se niega que la transmisión antiestatutaria surta efectos *inter partes*, pero de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1983, si bien el contrato obligacional es perfectamente válido, el comprador no adquiere la condición de socio ni podrá actuar como tal; que la nulidad sea contradictoria con el ejercicio del derecho de retracto no es más que una entelequia conceptual que no tiene en cuenta los intereses mercantiles.

El Registrador Mercantil dictó acuerdo confirmando la nota recurrida, y alegó:

1.º Que la calificación de insubsanables de los defectos señalados se basa en que no pueden ser modificados sino mediante un nuevo acuerdo de modificación de Estatutos y, por tanto, mediante un nuevo otorgamiento sustancial; cuando, a juicio del Registrador, los Estatutos infringen la Ley, hay que calificarlos negativamente, por muy modesto que sea el capital de la Sociedad.

2.º En cuanto al primer defecto, indica que es precisamente la Resolución de 24 de noviembre de 1981 la que impone que «habrá de prevenirse en los Estatutos la forma en que ha de tener lugar» la renovación parcial del Consejo; el funcionario recurrente confunde tiempo con plazo, desconociendo que cuando dicen los Estatutos que «... y ejercerán el cargo por el plazo que determine la propia Junta que los elija», ya está imponiendo a la Junta la obligación de establecer un límite en el tiempo de actuación de dichos Administradores, pues eso es precisamente lo que quiere significar la palabra plazo.

3.º En cuanto al segundo defecto de la nota, el Notario parte de la base de que es igual la denominación que se adopte, porque el Registrador

Mercantil tiene que ser flexible, lo que es opuesto al rigor jurídico y conceptual que debe existir entre auténticos profesionales del Derecho y a la propia naturaleza del Registro Mercantil. Ese derecho de adquisición preferente postadquisitiva, a que alude el recurrente, no puede ser otra cosa que lo que la tradición jurídica ha venido conociendo con el nombre de retracto, el cual se define como el derecho que se concede al vendedor o a un tercero de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa; la subrogación ha de entenderse en las mismas condiciones del contrato, pues, en otro caso, no cabría hablar de subrogación. Esa es la *ratio legis* del artículo 1.518 del Código Civil, aplicable no sólo a la venta con pacto de retro, sino también al denominado derecho de retracto, y así lo confirma el artículo 1.525 del Código Civil.

4.º En cuanto al tercer defecto apuntado, señala que no cabe que en unos Estatutos se efectúe una declaración de nulidad que sólo compete al órgano judicial, sin que sea argumento para rebatir esta tesis el que utiliza el recurrente de que es una cláusula de estilo copiada del artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, puesto que la Ley sí marca qué actos pueden ser nulos, siendo, por tanto, la declaración estatutaria contraria al orden público. Por otro lado, la declaración de nulidad es incompatible con el ejercicio de un derecho de retracto, pues si la transmisión es nula, ¿cómo puede un socio subrogarse en lugar del adquirente? Lo correcto hubiera sido declarar que la Sociedad no reconocerá al adquirente la cualidad de socio y conceder el derecho de retracto a los demás socios.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*— Vistos los artículos 11, h); 46, y 71 a 73; las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 y 20 de marzo de 1975, y la Resolución de este Centro de 24 de noviembre de 1981.

Considerando que en el presente expediente hay que distinguir unas cuestiones meramente formales de las que constituyen la esencia del recurso y, en relación a las primeras, conviene señalar que la lectura íntegra del artículo 9.º de los Estatutos sociales muestra claramente que el sentido dado al término «nulidad» de las transmisiones —que, por cierto, utiliza el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— es el de entender que cuando aquellas transmisiones no se ajusten a lo establecido, la Sociedad puede desconocer la transmisión y no reconocer al adquirente el carácter de socio y el ejercicio de los derechos sociales.

Considerando igualmente que la lectura del mencionado artículo 9.º pone de manifiesto que se ha incluido en los Estatutos sociales una de las variadas cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones, regulándose desde la doble vertiente de voluntad del socio de enajenarlas con notificación al órgano administrativo para que los restantes socios puedan adquirirlas (tanteo), y caso de enajenación por el socio incumpliendo lo ordenado en la cláusula, la posibilidad de readquirirlas los demás accionistas.

Considerando que entrando ya en los problemas de fondo, son dos los planteados: a) si el artículo 7.º de los Estatutos infringe el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de renovación parcial del Consejo de Administración, y b) si el precio de readquisición de las acciones puede ser el que corresponde en el haber líquido social del último balance practicado, aunque éste sea inferior al de compra, sumando los gastos del contrato.

Considerando que en cuanto a la primera cuestión hay que observar que el artículo 73, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la renovación parcial cuando existe Consejo de Administración, pero tal precepto no es aplicable en el caso presente, en que, de conformidad con lo establecido en los Estatutos sociales, se ha designado por la Junta para actuar como órgano administrativo a dos Administradores con carácter solidario por un plazo de cinco años, situación, por tanto, que no exige el determinar la forma de renovar tales cargos.

Considerando que en el supuesto de que en un futuro la Junta General, con los requisitos que se exigen para modificar los Estatutos, según exige su artículo 7.º, decidiera optar por otro sistema de administración, entre ellos, designar un Consejo, sería entonces el momento adecuado de fijar la forma y plazo de renovación parcial, que ya aparece previsto, si bien en términos genéricos, en los vigentes Estatutos sociales.

Considerando, en cuanto a la segunda cuestión, que hay que partir —al no haberse reflejado en los resultandos— de la base de que el artículo 9.º de los Estatutos, en su primera parte, establece una cláusula limitativa de transmisión de acciones muy similar a la recogida en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y dispone la cláusula discutida que en caso de discrepancia entre los interesados acerca del precio de venta de las acciones se acudirá a la valoración pericial de las mismas, y sólo si el socio no cumple las normas de notificación que el artículo estatutario impone es cuando la valoración se hará con arreglo a otro índice —el del último balance—, siempre que no sea superior al máximo que se haya satisfecho por el adquirente.

Considerando que a la Sociedad le es, en principio, indiferente el precio que se haya podido pactar entre el cedente y el cesionario, en el negocio traslativo que celebran, ya que puede —como antes se indicó— desconocer la cualidad de accionista en el nuevo adquirente, si se incumplió la norma estatutaria, y de ahí que no exista obstáculo que impida aplicar la alternativa que ofrece al socio que desee transmitir sus acciones, pues ambos sistemas de valoración están basados en criterios objetivos, que aseguran el justo precio a los interesados: uno, inspirado en el recogido por el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y el otro, en el valor real de los títulos, según el último balance.

Esta Dirección General ha acordado revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V.S. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 11 de febrero de 1986.—El Director general, Gregorio García Ancos.

C) COMENTARIO.—Creo, en primer lugar, que merecen serias objeciones las opiniones expresadas por el Notario recurrente en relación con la forma en que se efectúa la calificación por el Registrador y el alcance de la misma.

No cabe, a mi juicio, argumentar que «la falta de una línea homogénea y congruente en la calificación del Registro Mercantil, donde se pretende la inscripción del documento, provoca desconcierto», pues la esencia de la función calificadora, base del principio de legalidad registral, reside en la total y absoluta independencia de criterio del Registrador, no sólo por lo que

respecta al de otros, sino también al de él mismo en relación con anteriores calificaciones.

Tampoco resulta convincente la manifestación del recurrente, en el sentido de considerar errónea la calificación de insubsanables atribuida a los defectos del documento presentado para su inscripción, partiendo de la premisa de que «tanto la escritura social como los Estatutos contienen todos los datos y menciones necesarios para que la Sociedad tenga plena personalidad jurídica».

La determinación del carácter subsanable o insubsanable de las faltas advertidas es una de las cuestiones más arduas, a veces, en el ejercicio de la profesión registral, que cuenta, en este aspecto, con directrices más o menos precisas, según los casos, emanadas de la doctrina y de la jurisprudencia. Pero como aquéllas no le vinculan de modo definitivo, al fin, es el Registrador quien asume directamente la responsabilidad de señalar el alcance de los defectos observados teniendo en cuenta su trascendencia legal y su posible subsanación. Así, en el supuesto aquí planteado, e independientemente del acierto o no de la calificación, el Registrador en su examen y juicio sobrepasa el marco de la existente personalidad jurídica considerando que «los defectos no pueden ser modificados sino mediante un nuevo acuerdo de modificación de Estatutos y, por tanto, mediante un nuevo otorgamiento sustancial», siendo, por tanto, insubsanables.

Sin embargo, lo que considero más sorprendente es la invocación que hace el recurrente del artículo 3.º del Código Civil y, concretamente, de ciertos criterios de interpretación en él contenidos, esto es, «la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma» y «la equidad como elemento de ponderación».

Por supuesto que la determinación del sentido de la norma a través de la interpretación, y su especial aquilatamiento o afinamiento por vía de la equidad, constituyen parte de la función registral, máxime si se tiene en cuenta que ésta participa, aun con singularidades incuestionables, de la naturaleza propia de los actos de jurisdicción voluntaria.

Pero lo que no acierto a ver es la implicación de la «realidad social del tiempo en que se aplican las normas» cuando ni éstas, ni la naturaleza de los supuestos presuntamente contemplados por aquéllas, ofrecen la menor proyección social, como veremos a continuación.

En efecto, entrando ya en el fondo del recurso, el Registrador señala que: «En el artículo 7.º de los Estatutos se infringe, por omisión, el artículo 73 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, al no constar la forma en que ha de tener lugar la renovación parcial del Consejo».

Conforme al artículo 11, 3.º, *h)*, de la Ley de Sociedades Anónimas corresponde a los Estatutos definir la estructura del órgano u órganos que han de ejercer la administración de la Sociedad. Las posibilidades son, sin embargo, tres: Administrador único, Administradores solidarios y Consejo de Administración. Es decir, se descarta la administración confiada a varias personas para que la ejerzan mancomunadamente. Así, el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «cuando la administración de la Sociedad se confíe a varias personas *conjuntamente* éstas constituirán Consejo de Administración». Confirma este criterio el apartado *h)* del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil al disponer *que los Estatutos deberán determinar si la administración se confiere a uno o varios Administradores solidarios o a un Consejo de Administración*. El requisito

de la *renovación parcial del Consejo* y, por ende, la *determinación de la forma* en que ésta deba llevarse a cabo sólo se refiere, pues, al supuesto de administración colegiada de la Sociedad, según se infiere del párrafo primero del citado artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ocurre, sin embargo, que frente a las alegaciones formuladas por el Notario recurrente y el Registrador sobre *si consta o no la forma de la renovación parcial del Consejo*, la Dirección General de Registros considera *no aplicable el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas*, dado que *en el momento presente no existe Consejo de Administración* y sí dos Administradores solidarios nombrados por la Junta General de acuerdo con una de las previsiones estatutarias. En la resolución que se ha tenido a la vista no aparece este dato fundamental y que traslada el problema, como bien dice el órgano directivo, al futuro posible en que la Junta General, con los requisitos que se exigen para modificar los Estatutos, optara por utilizar otra de sus previsiones en materia de administración, esto es, la administración colegiada.

La segunda cuestión de fondo planteada, se refiere a la regulación estatutaria del *derecho de adquisición preferente* ejercitable por los socios no transmitentes en el caso de enajenación de acciones por cualquiera de ellos. En este punto hay que destacar tres aspectos, dos de ellos considerados como formales por la Dirección General: el de la *denominación*, empleada en el documento calificado al tratar el «derecho de retracto para adquirir las acciones ya transmitidas», y el de la sanción estatutaria prevista —la *nulidad*—, para el caso de que las transmisiones efectuadas no se ajusten a lo establecido en las normas fundacionales.

La *denominación* utilizada, no muy felizmente por cierto, de «derecho de retracto», no impide, a mi entender, sin embargo, la fácil comprensión de la naturaleza y el alcance del derecho concedido. En cuanto a la *nulidad* establecida por los Estatutos sociales para el caso de incumplimiento de sus reglas en los supuestos de transmisión de acciones, estoy de acuerdo con la Dirección General de Registros cuando señala que, además de venir avalado el término por el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el sentido que ha de darse a aquél es el de «desconocimiento por parte de la Sociedad de la transmisión efectuada, y el no reconocimiento al adquirente del carácter de socio y, por tanto, del ejercicio de sus derechos como tal».

El tercero de los aspectos a que antes se ha hecho referencia constituye, por tanto, el núcleo central del defecto señalado, esto es, «si el precio de readquisición de las acciones por los demás socios puede ser el que corresponda según el haber líquido social del último balance practicado, aunque éste sea inferior al de compra, sumando los gastos del contrato».

Pues bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado considera que el sistema de valorización establecido en los Estatutos (precio estipulado o el correspondiente al haber líquido social, según el último balance practicado cuando aquél fuere superior al que resulta de éste) *está basado en criterios objetivos que aseguran un justo precio a los interesados*.

El último considerando tiene, a mi juicio, dos quiebras: una, entiendo que por error material que no afecta al fondo del asunto, que se refiere al supuesto del *socio que desee transmitir sus acciones*, cuando la cuestión que se dilucida es la fijación del precio en los casos de *transmisión de acciones ya efectuada y ejercicio del derecho de adquisición preferente*

de las mismas por los socios no transmitentes; otra, que no profundiza en las argumentaciones del recurrente y del funcionario calificador a propósito de la aplicación o no a este caso del artículo 1.518 del Código Civil.

Personalmente, estoy de acuerdo con el Notario, ya que el citado precepto, situado en la sección 1.ª del capítulo VI, relativa al «retracto convencional», e invocado por el artículo 1.507 del Código Civil (vendedor que se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida), no es aplicable a este supuesto, rigiendo el principio de libertad de pacto siempre y cuando quede establecido un *sistema de valoración objetivo que asegure un justo precio*, según señala la Dirección al revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

J. L. B. DE R.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

I. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL—CONTRIBUCION A LOS GASTOS POR OBRAS DE REPARACION EN LOS ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que, desestimando la incompetencia de jurisdicción apreciada por el Juzgado número 7 de Madrid, revocó la Sentencia de éste y estimó la demanda.

Entiende el Tribunal Supremo que una cosa es la posible exención a los gastos comunes ordinarios de uso de ascensor y montacargas al que no tiene acceso el local y otra cosa muy distinta es que esta exención alcance también a los gastos originados por la sustitución o cambio de dicho ascensor y montacargas, dado que ambos son elementos comunes y deben regir para ellos los mismos principios y consideraciones que para el arreglo de la cubierta o de cualquier otro elemento común.

Tal se desprende de las siguientes consideraciones:

Que en la presente litis se solicitó por la entidad demandante, denominada «Garaje Martínez Campos, S. A.», la exención del pago del importe a ella correspondiente de la sustitución de un ascensor y un montacargas instalados en la finca, en la cual posee dos locales en la planta baja destinados a garaje y local comercial; acciona contra la comunidad de propietarios alegando sustancialmente que la exención de pago indicada viene determinada por hallarse exenta del pago de gastos de ascensor y montacargas, según expresamente determina el artículo 12 de los Estatutos y de la Comunidad, a cuyo tenor «los gastos comunes referentes al

ascensor y montacargas se satisfarán por todos los propietarios a partes iguales, con exclusión de los de garaje y local comercial»; el acuerdo que la entidad actora impugnó fue tomado en la reunión de dicha comunidad de propietarios de la finca número 48 de la calle de Ayala de esta Villa el día 12 de abril de 1977, aprobando el presupuesto de sustitución de ascensores de la finca, adoptándose la fórmula de pago en treinta y seis mensualidades, con incremento del 12 por 100 sobre la cantidad presupuestada y asignándose en la misma junta a la actora la cuota mensual de 6.242 pesetas por el local comercial y 25.892 pesetas por el garaje; b) en junta anterior de 31 de enero del mismo año se había acordado ya la sustitución de ascensores aludida, aplazando para reunión posterior la ejecución y financiación de la operación, pero sin plantearse la obligación de pago de la actora hasta la reunión de 12 de abril ya citada, en la cual la representación de la entidad demandada y ahora recurrida, sin oponerse expresamente al acuerdo de sustitución de elevadores, reservó su voto en la junta para poder consultar con su representante; c) considera probado la sentencia de instancia que los locales propiedad de la actora se hallan incomunicados con los elementos comunes a los que «por consiguiente no prestan servicio alguno, ni siquiera potencialmente, puesto que estos locales no tienen comunicación alguna con el resto de la finca» (considerando quinto, al final); d) la sentencia recurrida, con base en el artículo 12 de los Estatutos de la Comunidad, referido, como se ha visto, a los «gastos comunes», anuló el acuerdo de la junta relativo al pago de la «sustitución» de elevadores por parte de los locales de la planta baja sin comunicación con el resto del edificio, extendiendo así el concepto de gastos comunes al de importe de sustitución de dicho elemento común del edificio.

Que sobre la resultancia fáctica que se ha recogido en el anterior considerando, la entidad recurrente Comunidad de Propietarios de calle Ayala, 48, de Madrid, opone los dos primeros motivos, ambos con apoyo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador, presentando como tales en el primero de los motivos el acta de la Junta General de 5 de febrero de 1976 en el que el representante de la entidad recurrida pidió constase en acta la reiteración de su petición de arreglo de la terraza; confirmó así el criterio de la recurrida manifestando ya en la junta de 12 de junio de 1975 en la que solicitó que debe arreglarse la terraza; revela esta conducta, derivada de documentos, que la Sala *a quo* no tuvo en cuenta la disposición de la entidad ahora recurrida para reparar elementos comunes del edificio como es la terraza del mismo, elemento que integra el edificio junto con otros de la misma naturaleza indispensables para su uso y disfrute, no sólo por los propietarios de los pisos superiores, sin también para los de la planta baja; elementos integrantes del inmueble, incorporados al mismo y que en conexión con los demás forman la cosa compuesta desde el punto de vista jurídico que es el edificio, de manera que como cosas incorporadas (escaleras, elevadores, cubiertas, terrazas, patios, etc.) pierdan su propia objetividad económica y jurídica para dar lugar a la cosa compuesta en su conjunto y susceptible de una finalidad económica; de ahí que al no haber tenido en cuenta la sen-

tencia recurrida que la disposición resultante de los documentos alegados para reparar elementos comunes del edificio por parte de la entidad recurrida no puede ser distinta cuando se trata de unos o cuando se trata de otros, mereciendo todos ellos la misma consideración y régimen jurídico; por ello, sin necesidad de interpretación alguna de los documentos esgrimidos, sin más que el mero cotejo de la exención acordada por el fallo *a quo* con las actas referidas de 12 de junio de 1975 y 5 de febrero de 1976 se llega a la conclusión del evidente error padecido, que da lugar a la casación de la sentencia impugnada y, sin necesidad de examinar los restantes motivos, exponer en la segunda sentencia una solución distinta de la litis presente.

Y en su segunda sentencia declara "que el régimen jurídico de la propiedad horizontal no cabe confundir y dar el mismo tratamiento a los «gastos comunes» para la conservación y funcionamiento de los elevadores o de otros elementos comunes, como gastos de portería, de conservación de terrazas y patios y otros gastos análogos, que se caracterizan por su mayor o menor periodicidad y que redundan en beneficio directo de quienes utilizan algunos de estos elementos, con el desembolso mucho más elevado y sin carácter alguno de periodicidad que es necesario hacer para la «sustitución» de alguno de los elementos comunes, singularmente en el caso debatido los aparatos elevadores, incorporados y formando parte integrante del edificio, del que forman también parte todos los pisos cualquiera que sea su situación y que contribuyen a la conservación o elevación de su valor económico; diferencia de tratamiento jurídico que se revela en la regulación estatutaria de numerosas comunidades de propiedad horizontal que, haciendo uso de la autonomía de la voluntad privada autorizada en el artículo 1.255 en relación con el artículo 396, párrafo 4.º, ambos del Código Civil, eximen de aquellos gastos comunes a los propietarios de las plantas bajas del inmueble que no utilizan determinados servicios comunes; como es el caso de la comunidad recurrente, según establece para el supuesto discutido el artículo 12 de sus Estatutos; pero de esta cláusula normativa no puede deducirse, desorbitando su finalidad y su espíritu, que haya de aplicarse el mismo criterio cuando se trata de «sustituir» elementos comunes integrantes del inmueble, confundiendo los conceptos de «conservación» y «sustitución» y los de «gasto de uso» y gastos o «importe de sustitución», ya que estos últimos afectan al conjunto del edificio y, quiérase o no por los titulares de las plantas bajas, producen un incremento de valor que beneficia a todos los titulares inmobiliarios de la finca.

Que el criterio legal, a falta de disposición más expresa, se deduce del artículo 9, 6.º, párrafo 2, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en el sentido de que la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes, en este caso, sin perjuicio de la exención lícita de los gastos de conservación y análogos, no exime de contribuir a sufragar el importe de la sustitución de un elemento integrante del inmueble; implica esto último, como reconoce la doctrina científica, una titularidad de las llamadas *ob rem* o subjetivamente reales, que se ostentan y se sufren por razón de la cosa, cuya propiedad lleva ínsita la carga de soportar, en el caso debatido, los gastos consecuencia de la renovación de elementos comunes, o las

demás obligaciones que el artículo 9.º citado expresa para cada propietario; todo ello como cuestión distinta de la relativa a la liquidación entre todos ellos de los llamados «gastos comunes de conservación y buen funcionamiento» de los diversos elementos de tipo común".

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL—MODULO PARA GASTOS COMUNES. ACUERDOS NULOS Y ANULABLES. Artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1985).

«Hidroeléctrica Española, S. A.», compró unas viviendas en régimen de propiedad horizontal para sus empleados, en las cuales las acometidas de agua caliente y calefacción centrales no fueron conectadas a la del edificio, sin disfrutar, por tanto, de esos servicios, que se suministraban por sistema eléctrico independiente de los generales del mismo. Ante los requerimientos de la Comunidad para que «Hidroeléctrica» participara en tales gastos comunes, en consideración al sobredimensionado de las calderas, los gastos fijos de su encendido y la parte correspondiente a la vivienda del portero, se llegó a un acuerdo entre la Comunidad y dicha Sociedad para que ésta pagara el 20 por 100 de las cantidades que procediera en relación con sus cuotas de condominio, acuerdo confirmado por la Junta general de propietarios en 28 de junio de 1966 y abonando «Hidroeléctrica» las cantidades correspondientes a dicho porcentaje. Posteriormente, la Comunidad de propietarios pretende, invalidando anteriores Juntas por falta de firmas y otros requisitos, dejar sin efecto el citado acuerdo y que «Hidroeléctrica» contribuya conforme a su cuota a tales gastos.

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid desestimó la demanda de «Hidroeléctrica», que solicitaba se declarase la validez del anterior acuerdo, Sentencia confirmada por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante, en base a las siguientes consideraciones:

Que, a efectos de dar adecuada solución al recurso de casación de que se trata, son de tener en cuenta los siguientes aspectos fácticos, que la sentencia recurrida reconoce y en los que precisamente basa su decisión: A) Que tanto en la escritura de constitución de la finca de que se trata en régimen de propiedad horizontal, otorgada en Madrid, ante la fe notarial, el 21 de mayo de 1964, como en la de compraventa afectante a los pisos de tal finca en cuestión llevada a cabo, también con intervención de Notario, el 3 de junio de 1978, se hace constar la correspondiente cuota asignable a cada propietario a todos los efectos previstos en la Ley de 21 de julio de 1960, y por tanto, con proyección a la aportación o participación en la cuota de gastos comunes; B) Que en Junta general ordinaria celebrada el día 28 de junio de 1966 por la Comunidad de Propietarios de la referida casa, y con relación a la forma en que

se han de distribuir los gastos de calefacción y agua caliente a la vista de las conversaciones mantenidas con «Hidroeléctrica Española, S. A.», y otros copropietarios, se aprobaron los acuerdos, sin constancia de veto alguno en contra, y, por tanto, pr unanimidad, de que «Hidroeléctrica Española, S. A.», como propietaria de las viviendas letra «D» de las plantas segunda a octava y letra «B» de la planta novena, todos de la escalera «A», de la casa 18 del paseo del Doctor Esquerdo («Edificio Roma») de esta capital —o sea, las viviendas afectadas por la contienda a decidir mediante la presente sentencia—, se compromete a participar en los gastos de sostenimiento y prestación de los servicios de calefacción y agua caliente a razón del 20 por 100 del coeficiente del 1,39 por 100 asignado a cada una de las viviendas de las plantas segunda a séptima, de 1,4 por 100 la de la planta octava y de 1,51 por 100 la de la planta novena, y en los gastos de reparación o reforma, necesarios o acordados en legal forma, a razón del 100 por 100 de los expresados coeficientes» y que «Hidroeléctrica Española, S. A.», gozará de derecho de enganche y disfrute de uno o ambos de los expresados servicios generales, tanto para el conjunto de dichas viviendas como para cada una de ellas aisladamente consideradas. En este supuesto, la participación en los gastos se regirá por las normas generales de la Comunidad, y serán de cuenta exclusiva de la citada Compañía, o de quien de ella traiga causa, la totalidad de los gastos que se originen por acometida de instalación, así como los de reparación de los deterioros que se causen en el inmueble, ya afecten a bienes comunes o a privativos de los condueños», y el «facultar expresamente al señor Presidente de la Comunidad para formalizar los anteriores acuerdos y suscribir los documentos públicos o privados a que haya lugar»; C) que en Junta general extraordinaria celebrada por la expresada Comunidad de Propietarios el 24 de junio de 1976, se aceptó por unanimidad por los intervinientes en tal Junta, entre los que no figuró «Hidroeléctrica Española, S. A.», en cuanto a cuotas o gastos y para hacer frente a los reales, se aumentasen, a partir del mes de septiembre de dicho año 1976, «en la cifra que se estime conveniente en proporción al coeficiente de propiedad»; y D) Que en Junta general ordinaria de la misma Comunidad de Propietarios celebrada el 11 de febrero de 1977, el señor Martínez-Castellanos, interviniente en ella representando a «Hidroeléctrica Española, S. A.», que había hecho reserva de los derechos que estimaba correspondían a esa entidad en orden a la liquidación del gasto de servicio de calefacción, ante manifestaciones de varios copropietarios al respecto, después de aprobarse, con el voto en contra del representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», la aplicación del criterio de que todos los copropietarios deben contribuir al sostenimiento de la calefacción según dispone la Ley de Propiedad Horizontal, ante la reiteración por parte de dicho representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», de la reserva de sus acciones en cuanto a la forma en que se había llevado a cabo la liquidación de los indicados gastos de calefacción, por todos los intervinientes en la referida Junta, sin constancia de voto alguno en contra y, por tanto, con el carácter de unanimidad se tomó el acuerdo de celebrar conversaciones la Junta de Gobierno de la precitada Comunidad de Propietarios con el aludido señor Martínez-Castellanos, representante de

«Hidroeléctrica Española, S. A.», «para tratar de aunar criterios» referentes a dicho problema planteado de gastos de calefacción, y concretamente sobre el coeficiente de participación en la propiedad.

Que atendidos los aspectos de hecho enunciados en el precedente, y habida cuenta, como en él viene indicado, que en la sentencia recurrida no se desconocen tales hechos, derivados de lo constatado al respecto en las actas correspondientes a la Junta general extraordinaria de 24 de junio de 1976 y Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977, sino que, por el contrario, se basa precisamente en ellos la Sala de instancia se dictó aquella resolución impugnada, claramente está poniendo de manifiesto aspecto de inconsistencia y, por tanto, no acogida de los motivos primero y segundo en que la entidad recurrente «Hidroeléctrica Española, S. A.», fundamenta el recurso de que se trata con apoyo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por causa de error de hecho que se trata de deducir de aquellas actas, como de los motivos tercero y cuarto, alternativamente planteados con relación al primero, también amparados en el número 7.º del precitado artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, por alegado error de Derecho, que asimismo se invoca generado por la expresada acta de 11 de febrero de 1977, puesto en concordancia con la normativa de los artículos 1.225 y 1.281 del Código Civil, puesto que dichas dos clases de errores solamente cabe estimarlos cuando el Tribunal *a quo* desconoce los bienes que puedan ser apreciados fácticamente por consecuencia de unos determinados documentos o actas —error de hecho—, o por no dar el alcance o valor adecuado a un determinado medio de prueba que lo establecía preceptivamente —error de Derecho—, que no es la esencia motivadora de la base fundamentadora de los relacionados motivos primero, segundo, tercero y cuarto, que en definitiva lo que tienden a deducir, en el ámbito jurídico y con respecto a la cuestión controvertida, no es circunstancia de hecho no tenida en cuenta en la sentencia recurrida, sino simplemente las consecuencias que de ellas dedujo la Sala sentenciadora de instancia, que tienen un marco adecuado no en el mencionado número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, sigue el cauce del número 1.º del mismo precepto procesal.

Que, por el contrario, procede estimar el motivo quinto, que la tan repetida entidad recurrente «Hidroeléctrica Española, S. A.», fundamenta, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aplicación indebida del artículo 16, 4.º, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y en cuanto la resolución impugnada, apreciando situación de caducidad de la acción impugnatoria contra los acuerdos objeto de controversia adoptados en las precitadas Juntas generales de 24 de junio de 1977 y 11 de febrero de 1977, por entender no haberse ejercitado dentro del plazo de treinta días establecido al respecto, manteniendo tesis que fue sustentada en fase procesal de primera instancia, desestima las pretensiones formuladas por dicha entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», en la súplica del escrito rector de demanda, pues en contra de ello, cual seguidamente se razonará detalladamente, no se ha producido acuerdo que determinase que la referida entidad hubiere de impugnar dentro del indicado periodo de tiempo, que concretamente señala el citado número 4.º del artículo 16 de la invocada

Ley de Propiedad Horizontal y que la Comunidad de Propietarios demandada, ahora recurrida, pretende deducir de las expresadas Juntas generales de 24 de junio de 1976 y 11 de febrero de 1977.

Que la solución estimatoria del alegado motivo quinto surge, por lo que se refiere a lo consignado en la referida Junta general extraordinaria de 24 de junio de 1976, de que al limitarse ésta, en orden a las cuotas o gastos de los copropietarios del inmueble en cuestión, su aumento, a partir del mes de septiembre de 1976, «en la cifra que se estime conveniente en proporción al coeficiente de propiedad», y acordarse en la Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977, después de aprobar en principio la aplicación del criterio de que todos los copropietarios deben contribuir al sostenimiento de la calefacción según impone la Ley de Propiedad Horizontal, la celebración de conversaciones por la Junta de Gobierno de la Comunidad de Propietarios del tan referido inmueble cuestionado, con el señor Martínez-Castellanos, representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», «para tratar de aunar criterios», precisamente con referencia al problema planteado de gastos de calefacción y concretamente sobre el coeficiente de participación en la propiedad, claramente está poniendo de manifiesto, en contra de lo apreciado por el Tribunal *a quo*, que no existía efectivo acuerdo alterador producido en su día en Junta general ordinaria celebrada el día 28 de junio de 1966 en que por la Comunidad de Propietarios de la referida casa, y con relación a la forma en que se han de distribuir los gastos de calefacción y agua caliente, se convino, por unanimidad, que «Hidroeléctrica Española, S. A.», como propietaria de las viviendas que había adquirido en dicho inmueble participase en los gastos correspondientes a tales servicios a razón del 20 por 100 del coeficiente del 1,39 por 100 asignado a cada una de las viviendas de las plantas segunda a séptima, de 1,4 por 100 la de la planta octava y de 1,55 por 100 la de la planta novena; y en los gastos de reparación o reforma, necesarios o acordados en legal forma, a razón del 100 por 100 de los expresados coeficientes, «así como que “Hidroeléctrica Española, S. A.” gozará de derecho de enganche y disfrute de uno o ambos de los expresados servicios generales, tanto para el conjunto de dichas viviendas, como para cada una de ellas aisladamente consideradas», en cuyo supuesto «la participación en los gastos se regirá por las normas generales de la Comunidad, y serán de cuenta exclusiva de la citada Compañía, o de quien de ella traiga causa, la totalidad de los gastos que se originen por acometida de instalación, así como los de reparación de los deterioros que se causen en el inmueble, ya afecten a bienes comunes o a privados de los conductos» con facultad expresa al Presidente de la repetida Comunidad «para formalizar los anteriores acuerdos y suscribir los documentos públicos o privados a que haya lugar», toda vez que, de una parte, establecer un aumento en orden a las cuotas o gastos de los copropietarios «en la cifra que se estime conveniente en proporción al coeficiente de propiedad» no supone objetivamente más que el autorizar ese aumento, pero no alteración del régimen que con respecto a ese coeficiente estuviere prevenido a los copropietarios, y concretamente el que fue reconocido en la mencionada Junta general ordinaria el día 28 de junio 1966, dado que incrementó, en el aspecto gramatical, y por tanto con proyección

jurídica, no es otra cosa que aumentar sobre la base que ya venía establecida, y, de otra parte, debido a que habiéndose creado como consecuencia del acuerdo unánime alteración de las reglas contenidas en el título constitutivo, mediante el acuerdo adoptado en la mencionada Junta general ordinaria de 28 de junio de 1966, en su proyección a la cuota de contribución a los gastos emanantes de los servicios de calefacción y agua caliente asignable a los pisos correspondientes a la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», adscrito en régimen de propiedad horizontal a la Comunidad en cuestión, vinculante al respecto, en cuanto tal acuerdo fue expresamente adoptado por los asistentes a la referida Junta y tácitamente por el no asistente al no haber formulado la impugnación a que estaban autorizados conforme a la ley reguladora de esa materia, dando efectividad al principio de libertad en los pactos sobre esa cuestión, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad consagrada genéricamente en los artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil, y específicamente en la materia de que se trata en el párrafo 2.º del epígrafe b) del artículo 3.º, párrafos 2.º y último del artículo 5.º y norma quinta del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, conforme tiene reconocido esta Sala en sentencias, entre otras, de 16 de febrero de 1971, 23 de abril de 1974, 27 de abril de 1976 y 7 de octubre de 1978, con la consecuencia de eficacia y consiguientes efectos de toda alteración respecto a la atribución de cuotas referentes a los gastos objeto de debate unánimemente acordados en la indicada Junta general ordinaria, tan citada, de 28 de junio de 1966 atribuibles a «Hidroeléctrica Española, S. A.», en tanto no se produzca otro acuerdo también unánime, que expresamente deje sin efecto, altere o modifique el referido adoptado en aquella Junta general ordinaria del año 1966, y que no puede entenderse producido con la vaga manifestación, contenida en la posterior Junta general extraordinaria de 24 de junio de 1976, de que las cuotas o gastos se aumentaban, a partir del mes de septiembre de dicho, «en la cifra que se estimase conveniente en proporción al coeficiente de propiedad», pues esa vaga expresión si ciertamente es significativo de un acuerdo, con efectividad, en orden al incremento de las aportaciones que por esos gastos pudieran corresponder conforme a lo que proporcionalmente venía asignado a cada propietario, en manera alguna puede estimarse significativo de modificación del porcentaje que, con relación a los pisos que les correspondían a la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», fue establecido en virtud de acuerdo adoptado por unanimidad en la tan aludida Junta general ordinaria de 24 de junio de 1976, que para privarle de efectos habría precisado de un también unánime acuerdo, expreso, concreto y terminante que así lo declarase, y que no consta producido.

Que asimismo confirma la viabilidad del precitado motivo quinto el resultado de la Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977 a que se deja hecha mención, el que si efectivamente en principio, ante la manifestación de reserva de derechos efectuada por el señor Martínez-Castellanos representando a las tantas veces aludida entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», en cuanto liquidación de su cuota en orden a servicios de calefacción alterando las bases que para ella habían sido establecidas en la Junta general ordinaria celebrada el 28 de junio de

1976, a causa de su no utilización e incluso no instalación de medios para utilizarlo por llevarse a cabo particularmente a medio de instalaciones eléctricas, se aprobó, con el voto en contra del citado representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», la aplicación del criterio de que todos los copropietarios debían contribuir al sostenimiento de la calefacción, según dispone la Ley de Propiedad Horizontal, sin embargo, posteriormente, ante la reiteración del referido representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», de reserva de acciones en cuanto a la forma en que se había llevado a cabo la invocada liquidación de los indicados gastos de calefacción, se adoptó un nuevo acuerdo, por todos los intervinientes en esa Junta, sin constancia de voto alguno en contra y, por tanto, con el carácter de unanimidad, al no formularse impugnación alguna al respecto, de celebrar conversaciones la Junta de Gobierno de la precitada Comunidad de Propietarios con el aludido señor Martínez-Castellanos, representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», para tratar de aunar criterios referente a dicho problema planteado de gastos de calefacción, y concretamente sobre el coeficiente de participación en la propiedad, lo que determina, en el ámbito fáctico-jurídico, bajo un aspecto, que, en definitiva, no se mantuvo el inicial acuerdo de que la mencionada entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», hubiese de abonar su cuota de participación en el tan repetido servicio de calefacción, sin percibirlo, con el mismo alcance cuantitativo que los demás copropietarios que lo percibían, ya que mal se compagina la pretensión de existencia de una determinada situación cuando precisamente se acuerda, en definitiva, la celebración de conversaciones entre los interesados afectados para tratar de aunar criterios en relación con el problema planteado, dado que precisamente esas conversaciones no podían tener otra finalidad que, una vez concluidas, acordarlo en definitiva procedente, y cuyo acuerdo después de esas conversaciones no consta producido, persistiendo, en consecuencia, situación de incertidumbre sobre la cuestión planteada; bajo otro aspecto, porque, como queda puesto de relieve en el precedente considerando, la modificación de la situación creada en cuanto a la cuota asignada a «Hidroeléctrica Española, S. A.», para gastos de calefacción en virtud de acuerdo unánime adoptado en la Junta general ordinaria celebrada por la Comunidad de Propietarios en cuestión el 28 de junio de 1966, no puede venir apreciada por ambiguas y genéricas manifestaciones de aumentos asignables a todos los copropietarios «la cifra que se estima conveniente en proporción al coeficiente de propiedad», a causa de que incrementar un coeficiente, por sí sola, simplemente supone aumentar lo que ya se venía abonando, pero no alterar las bases a que ese abono venía sometido, pues esa alteración indudablemente requiere un acuerdo expreso, claro y terminante; y, finalmente, en razón a que, en todo caso, la alteración que de la base de abono acordada en la precitada Junta general de 24 de junio de 1966, con relación a «Hidroeléctrica Española, S. A.», se pretende por la Comunidad de Propietarios del inmueble en cuestión, con fundamento en lo acordado en la Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977, de que se viene haciendo referencia, siempre sería inviable, al no producirse con el requisito de unanimidad que exigen 1 párrafo segundo, *in fine* del epígrafe b) del artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de junio de 1960,

así como el párrafo último, en concordancia con el segundo, del artículo 5.º y norma quinta del artículo 9.º del mismo Cuerpo legal regulador de tal modalidad de propiedad en cuanto que los acuerdos afectantes a la controvertida cuota de gastos de calefacción lo fueron con el voto en contra del señor Martínez-Castellanos representando a la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», puesto que, de conformidad con lo normado en aquellos preceptos legales, fijada por unanimidad una determinada cuota de participación en los gastos de determinados servicios, con la consiguiente modificación de lo prevenido en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, la modificación que posteriormente se pretenda ha de venir configurada también con aquella exigencia de unanimidad.

Que lo consignado en el precedente, reiterado con su base argumentándose en el presente, lleva a igual solución estimatoria del motivo sexto, que se formula, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, a causa de inaplicación, del artículo 1.256 del Código Civil, toda vez que si existe un acuerdo eficiente, en cuanto ha sido producido con requisito de unanimidad que la ley autoriza, el reconocimiento que la sentencia recurrida acoge de su modificación sin el previo preciso cumplimiento de igual exigencia de unanimidad, claramente denota el sostener la posibilidad de alterar los términos de un convenio por la simple voluntad de una de las partes, lo que no autoriza el indicado artículo 1.256 del Código Civil, ya que si las partes pueden usar de su autonomía de voluntad al perfeccionar todo convenio, sin embargo, éste, una vez perfeccionado, limita aquella autonomía reduciendo su arbitrio a los términos, alcance y efectos convenidos.

Que estimando el recurso de casación ejercitado por la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», contra la sentencia dictada, con fecha 5 de mayo de 1982, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que aquel recurso dimanaba, por acogida de los motivos quinto y sexto en que dicho recurso se apoya, declaramos haber lugar a éste, con devolución a la entidad recurrente del depósito constituido; y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en el mencionado recurso. Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicte a la Audiencia referida, con devolución de las actuaciones remitidas.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—José Beltrán. Antonio Fernández. Jaime Santos. Cecilio Serena. Mariano Martín-Granizo.—Rubricados.—PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos estando celebrando audiencia pública, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico. Juan José Vizcaino.—Rubricado.

Y en la segunda sentencia declara la nulidad de las Juntas posteriores en cuanto vulneran los derechos reconocidos a «Hidroeléctrica Española, S. A.», en la Junta de 28 de junio de 1966 y, en consecuencia, que esta

Sociedad sólo está obligada a participar en los gastos de agua caliente y calefacción centrales en el porcentaje del 20 por 100 de sus cuotas de condominio.

F. C. L.

SERVIDUMBRES.—EXTINCION. Artículo 546, número 3.º, del Código Civil (SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1985).

El Tribunal Supremo declara, conforme al artículo 546, número 4.º, del Código Civil, que aunque la servidumbre de luces y vistas no pueda temporalmente ejercitarse como consecuencia de la demolición del predio dominante, no se extingue la misma si no ha transcurrido, una vez reconstruido el inmueble dominante, el tiempo necesario para la prescripción, que comienza a contarse desde la fecha de la demolición.

F. C. L.

TERCERIA DE DOMINIO.—REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL DE SEPARACION DE BIENES (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena y López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la esposa actora y apelante que había otorgado con su marido deudor escritura de capitulaciones matrimoniales sustituyendo su régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes, sin previa liquidación de la sociedad conyugal, estimando que la esposa carece del carácter de tercero, por lo que no la compete ejercitar la acción de tercería de dominio respecto a los bienes embargados por obligaciones contraídas por el marido.

Se basa para ello en las siguientes consideraciones:

Que la acción de tercería de dominio deducida por la aquí recurrente, es desestimada en la sentencia de primer grado, al considerar que en la tercería no concurre tal condición, sino de la deudora, dado que siendo la deuda reclamada en el proceso del que la tercería es incidencia, preexistente a la alteración del régimen económico matrimonial a la sazón de sociedad legal de gananciales, el régimen de separación de bienes establecido por escritura de 24 de enero de 1978, no puede perjudicar ningún derecho adquirido por terceros, de acuerdo con el artículo 1.322 del Código Civil, además de que conforme el artículo 1.408 de dicho Código previene, todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio han de responder con cargo a dicha sociedad, supuesto concurrente en el de autos, dado que, en otro caso sería fácil burlar los acreedores, a los que únicamente puede afectar la separación, desde la fecha de inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, en el caso de bienes inmuebles, operada en el caso enjuiciado, con fecha posterior

a la de la anotación preventiva de embargo; razonamiento aceptado por la sentencia dealzada, al que se añade la siguiente consideración, la existencia del «hecho decisivo y que la parte obligada reconoce por expresarlo, a su vez, los propios documentos que aporta, es que entre la actora y el demandado señor E. existió una sociedad de gananciales, que se disolvió al modificar el régimen de gananciales por el de separación, pero *en cuya escritura no aparece la necesaria liquidación*, sino una simple relación de los bienes, que afirman constituían el activo y el reparto entre los cónyuges coincidentes en que *sólo* los inmuebles se adjudican a la esposa, hoy tercerista, sin que aparezca consecuencia alguna de la actividad del esposo contra el que se reclaman deudas contraídas antes de dicha fecha, y, reclamadas en proceso en que se demanda a la tercerista, lógicamente como esposa, partícipe en la sociedad de gananciales, por cuya normativa legal se regía el matrimonio», ante cuyos antecedentes fácticos, corroborados probatoriamente, viene a concluir en la desestimación de la pretensión actora, pues que «si la misma formaba parte de la sociedad que se beneficiaba con la condición del socio, su esposo, y obligadamente era responsable de la consecuencia de la misma», por lo que «no es tercera y carece de acción para sustraer de la ejecución los bienes inmuebles objeto de la misma».

Que si bien es cierto que tanto antes de la celebración del matrimonio, como con posterioridad al mismo, los cónyuges pueden acogerse al régimen económico matrimonial que estimen más conveniente, cuando aquél se hubiera contraído bajo el de la sociedad de gananciales, la sustitución de tal régimen, constante el matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme el artículo 1.396 del Código Civil, establece, previa la formalización del oportuno inventario del activo y pasivo de la sociedad, en cuyo pasivo habrán de integrarse, a la luz del número 1.º del artículo 1.398, el importe de «las deudas pendientes a cargo de la sociedad», cuyo prioritario pago impone el artículo 1.399 del propio Cuerpo legal, y una vez abonadas las deudas de la sociedad conyugal, se dividirá el remanente entre los cónyuges, adjudicándoles por mitad, tal como establece el artículo 1.404; exigencias legales no cumplidas en el caso enjuiciado, como con acierto se señala en la instancia, por cuanto que, constando a la esposa, demandante de tercería, la existencia de un procedimiento seguido contra su esposo, en reclamación ascendente a más de 13.000.000 de pesetas, de cuya demanda tuvo cabal conocimiento, deducida en 27 de febrero de 1978, siendo a la sazón el sistema económico matrimonial el de sociedad de gananciales, se aviene a otorgar la escritura de modificación de tal régimen, en 24 de enero de 1978, y en connivencia con su esposo, acuerdan establecer el régimen de separación de bienes, inventariando los bienes de la sociedad, y sin hacer la previa liquidación pendiente de las deudas asumidas por el esposo, como representante de la sociedad, y cuya satisfacción ha de hacerse con cargo a la misma, en perjuicio de los legítimos derechos de acreedores anteriores, la disuelvan, adjudicándose la esposa los bienes inmuebles, «tres días antes» de acordarse su embargo, en ejecución de la sentencia firme recaída en el antes dicho proceso, adjudicándose al esposo unas determinadas acciones, que en la citada escritura se valoran por el mismo montante económico de los inmuebles.

Que es doctrina reiterada de esta Sala, ya iniciada en la Sentencia de 4 de abril de 1896, seguida por las de 20 de enero de 1904, 13 de enero de 1913, 2 de noviembre y 6 de diciembre de 1935, 22 de marzo de 1863 y las más recientes de 2 de febrero y 10 de diciembre de 1984, que a la vista del contenido de los artículos 1.532 y 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de proceder al examen de si los bienes embargados pertenecen en propiedad al accionante de tercera, ha de examinarse si el mismo es tercero, o, si por el contrario, en él concurre la condición de deudor, ya que de concurrir en el demandante tal condición, carecería de la legitimación precisa para ejercitar la acción tendente a que se le declare titular dominical del bien embargado; legitimación de la que, a la vista de lo antes razonado, carece la aquí accionante y recurrente, como en todo acierto se señala en las sentencias recaídas en la instancia.

Que si por una parte la realidad fáctica establecida en tales resoluciones no se combate por cauce adecuado, acudiendo al ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si los bienes a los que la tercera se contrae forman parte de la sociedad de gananciales integrada por la impugnante y su esposo, debiendo responder de las deudas con cargo a aquéllas contraídas, al resultar inoperante la sustitución del régimen económico matrimonial preexistente, por el de separación de bienes, así como la adjudicación a la esposa de los inmuebles sin la previa liquidación de las deudas contraídas constante la sociedad de gananciales, los cuatro motivos que integran el recurso, todos aducidos con apoyo procesal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Adjctiva, han de decaer, ya que al supuesto enjuiciado no son aplicables los artículos 1.392, en relación con los 1.325 y 1.326 del Código Civil, motivo primero, ni el 1.923 del Código en relación con el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, motivo tercero, en los términos que la parte recurrente pretende, resultando inoperante el motivo segundo, que acusa la aplicación indebida del artículo 1.322 del mismo Cuerpo legal sustantivo así como la infracción por el mismo concepto, del artículo 1.408 del citado Cuerpo legal, denunciada en el motivo cuarto, no ya solamente porque su aplicación en la sentencia de primer grado constituye un razonamiento más conducente a la repulsa de la pretensión actora, sino también porque, aunque pudieran admitirse indebidamente aplicados tales preceptos, la sentencia impugnada, desesmatoria de la demanda, habría de mantenerse, con base a los demás razonamientos, extraídos de una apreciación fáctica no adecuadamente combatida

COMENTARIO —Esta sentencia se mueve en la línea de todas aquellas que protegen la buena fe en el tráfico jurídico y rechazan los actos otorgados en posible fraude de otras personas. Por eso no creo que deba interpretarse literalmente el *obiter dictum* de que la sustitución del régimen de gananciales constante matrimonio por el de separación de bienes exige que se proceda a su liquidación, sino que tal declaración debe interpretarse en relación con la *ratio decidendi*, que es el posible perjuicio a terceros; es decir, que sólo para el cambio de régimen econó-

mico matrimonial pueda afectar a los terceros se exige, en su caso —en caso de existir deudas u obligaciones pendientes— la previa o simultánea liquidación de la sociedad conyugal hasta entonces existente.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTOS COMUNES ESENCIALES Y POR DESTINO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1985).

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 interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid, y ratifica que el patio cuya propiedad se discute es elemento común, en base a las siguientes razones:

Que en la demanda que inicia la litis de la que este recurso dimana se solicitó, en síntesis, la declaración de que el actor correspondía el dominio, posesión, tenencia y disfrute del patio a que tiene salida el piso de su propiedad, con los demás pronunciamientos consecuencia de dicha declaración, más la condena a la Comunidad de propietarios demandada al pago de los daños y perjuicios causados por la acción interdictal ejercitada por dicha Comunidad y a la que se dio lugar, en relación con el desmontaje de mampara, cubiertas, puertas, etc., existentes en dicha parte del patio; demanda que fue desestimada en primera instancia y su apelación, fundamentando esta última sentencia el rechazo, tras el debido análisis de las pruebas practicadas, en los siguientes razonamientos: a) los patios de un edificio en régimen de propiedad horizontal gozan *ope legis* de la condición de elementos comunes del inmueble, teniendo sobre los mismos todos los comuneros un derecho conjunto de copropiedad; b) el título de propiedad aportado por el demandante —escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad— no sólo no demuestra ser propietario del patio que reivindica, sino que evidencia que su dominio se limita al piso del que es titular, cuyo lindero por el fondo es, según dicho título, «caja de escalera y patio»; y c) de ser cierta la tesis del demandante de que el patio es de su propiedad exclusiva, tal supuesto tendría su adecuado reflejo en la superficie asignada al piso del actor en la escritura de división horizontal de la casa y en la correspondiente cuota de participación en la comunidad, y la prueba practicada —escrituras públicas y asientos registrales— demuestra que todos los pisos de la planta primera, como es el del actor, lindan con el patio, tienen la misma superficie y el mismo coeficiente de copropiedad y todos los pisos inmediatamente superiores al del actor, es decir, los pisos número 4.^o de las plantas segunda, tercera y cuarta, tienen, también, la misma superficie e iguales cuotas de participación, lo que evidencia que el patio del litigio no perdió nunca, en beneficio del demandante, su condición de elemento común de la casa.

Que si bien en los edificios en régimen de propiedad horizontal existen

unas partes o elementos que por la propia naturaleza de las cosas tienen que ser necesariamente comunes a los distintos propietarios de los pisos o locales, llamados por dicha razón esenciales o por naturaleza, tales como las cimentaciones, muros, etc., existen, sin embargo, otros llamados accidentales o por destino, como los patios interiores para dar luz y ventilación a la parte interna del edificio, respecto de los cuales lo mismo puede predicarse su cualidad de comunes y esta es la regla general por aplicación del artículo 396 del Código Civil en cuanto se adscriben al servicio de todos o de algún grupo de propietarios, como atribuirles la condición de privativos, con la particularidad de que así como en este último caso están sujetos a las servidumbres y limitaciones que sobre ellos recaigan en beneficio de los pisos o locales del edificio, en el supuesto de ser elementos comunes y con independencia de que su titularidad es de la Comunidad, el uso de los mismos, cuando el título constitutivo de la propiedad horizontal no lo haya previsto y ante la ausencia de normativa sobre el particular en la Ley Especial, se regirá por las disposiciones del Código Civil y más concretamente por lo establecido en su artículo 394 que faculta a cada partícipe para servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la Comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho, uso que en ningún caso puede comprender la realización de alteraciones en la cosa común por prohibirlo, tanto el artículo 397 del citado Código con carácter genérico, como el artículo 7, párrafo 2.º, de la repetida Ley de Propiedad Horizontal con carácter específico; a la luz de cuya normativa debe examinarse el recurso interpuesto contra la indicada sentencia que rechazó la pretensión actora de que se declarase ser propietario del patinillo que tiene salida su piso, examen que debe empezar por el motivo tercero, de preferente estudio, apoyado en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal en su anterior redacción y en el que se acusa el error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación del juzgador, pues a su entender las escrituras y certificaciones de asuntos registrales aportados al proceso, así como los documentos que se unieron a un anterior juicio de interdicto de recobrar seguido a instancias de la Comunidad aquí demandada. y preferentemente las fotografías obrantes en los autos, evidencian que el patio en cuestión está dividido en cuatro partes y cada una de ellas tiene una puerta de salida, no al patio en su totalidad, sino a cada patinillo en particular privativo de cada uno de los pisos bajos, por lo que cuando la descripción de las viviendas de la planta baja dicen que lindan con la caja de la escalera y patio, debe entenderse que lo es con el resto del patio, es decir, con el patio de las otras viviendas de la misma planta baja; motivo que no puede prosperar, en primer lugar, porque para que un documento tenga el carácter de auténtico a efectos de casación es menester que, por sí mismo, haga prueba de su contenido, de tal suerte que contenga la demostración de aquello que es contrario a las afirmaciones del juzgador, mostrando así su equivocación evidente, supuesto de autenticidad que manifiestamente no concurre en los documentos invocados, puesto que de ellos ha deducido el juzgador sus conclusiones fácticas; y, en segundo término, porque el motivo está dirigido

a rebatir el criterio del juzgador respecto a la apreciación conjunta de la prueba para sustituirlo por el singular juicio del recurrente mediante un examen disperso y fraccionado de alguno de los particulares de tales documentos, lo que no es lícito hacer ni menos admitir, para no convertir la casación en una tercera instancia con nueva valoración de todo el material de convicción traído al proceso

Que el motivo primero del recurso, amparado en el ordinal primero del citado artículo, acusa la infracción por violación del artículo 396 del Código Civil en relación con el artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues a su entender no se puede establecer como axiomático que todo los patios de un inmueble dividido horizontalmente hayan de ser elementos comunes y en el caso de litis, continúa diciendo: *a)* el patio cuya propiedad se reclama es la cuarta parte de un patio dividido por la entidad constructora y adscrito, según el proyecto de obra, a cada una de las viviendas de la planta baja, únicas que tienen acceso al mismo; *b)* se silencia por la demandada si en la medida superficial que se le asigna a la vivienda del recurrente está incluido o no el referido patinillo; *c)* la Comunidad demandada no aporta la escritura de obra nueva y división horizontal, ni el proyecto con sus planos, así como tampoco prueba su dominio sobre el patinillo; y *d)* la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1964 distingue entre el uso del patio común y la titularidad dominical del mismo, pudiendo aquél atribuirse a los propietarios de la planta baja, con la que ordinariamente tiene una comunicación directa; motivo que, igualmente, debe perecer porque, en definitiva, si la sentencia recurrida sienta como presupuesto de hecho que la vivienda del actor linda por su fondo con el patio común y tal presupuesto fáctico no ha sido desvirtuado, según se hace constar en el anterior considerando, es manifiesto que el argumentar a base de distinguir entre patio total y patinillos adscritos a cada vivienda de la planta baja es hacer supuesto de la cuestión y atacar la resultancia probatoria por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, que no es el idóneo para dicha finalidad; todo ello, claro es, referido a la propiedad discutida, no al uso del suelo del patio que se rige, como se ha dicho, por las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes en defecto de previsión en el título constitutivo de la propiedad horizontal; conclusión desestimatoria que debe aplicarse también al motivo segundo en el que se denuncia la infracción de los mismos preceptos del motivo anterior, aunque en esta ocasión por el concepto de interpretación errónea, desestimación que procede, no sólo por ser incompatible dicho concepto de interpretación errónea con el de inaplicación articulado o el motivo precedente, ni sólo, tampoco, porque la interpretación ha de referirse al sentido y alcance de un precepto legal y no a la apreciación de los elementos de prueba tenidos en cuenta por el juzgador para afirmar o negar la certeza de los hechos invocados, supuesto este último que es de litis en cuanto la sentencia decide cuál es el lindero de la vivienda por la valoración de los distintos elementos de convicción existentes en autos, sino, fundamentalmente, porque, en definitiva, este motivo no hace más que

reproducir los mismos argumentos utilizados en el motivo anterior para defender el carácter privativo del patinillo y, por tanto, le son aplicables para su rechazo la misma fundamentación utilizada para desestimar aquél.

F. C. L.

USUCAPION.—TRADICION INSTRUMENTAL. Artículos 348, párrafo 2.º, y 1.952 del Código Civil (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1985).

Estimada parcialmente la demanda por Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que, revocando en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, estimó adquirida la propiedad de algunas de las parcelas que reclamaban los actores en virtud de escritura pública de compraventa y de algunas otras por usucapión, recurrida dicha sentencia por ambas partes, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos interpuestos, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el primero de los recursos presentados lo fue por la representación de los actores apelantes, don A. M. y don F. S. L., y se funda en dos motivos, de los cuales el primero se articula «por infracción de ley de la doctrina legal concordante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por infracción de la norma contenida en el artículo 1.940, en relación con el artículo 1.952, ya que el título para adquirir por usucapión ordinaria la parcela 15 del Mapa Topográfico Catastral de Los Llanos, en Churriana de la Vega, no puede ser un título jurídicamente perfecto, para transmitir el dominio, ya que en ese caso sobraría esta institución», y debe ser rechazado, toda vez que, si bien es cierto que esta Sala tiene declarado que «el artículo 1.952 entiende por justo título el que legalmente basta para transferir el dominio o el derecho real de cuya prescripción se trate, preceptuando el artículo 1.953 que el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido, habiendo sostenido la jurisprudencia de esta Sala que aun cuando exista algún defecto o vicio originario ello no puede servir de obstáculo para que opere la prescripción adquisitiva, pues para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción, que de otro modo sería una institución inútil» (Sentencia de 11 de diciembre de 1965) también lo es que, declarado como fundamento fáctico por la resolución recurrida en relación con la referida parcela número 15, que con la demanda se presentan diversas escrituras de adquisiciones de la finca, en todas las cuales se dan los mismos linderos; linderos que según la demanda son erróneos y que estos títulos no se identifican sobre la parcela número 15 como se pretende en la demanda, sin que tal hecho haya sido combatido en casación al amparo del número 7 del artículo 1.692, única vía útil para ello, es obvio que debe prevalecer la conclusión a que llega la resolución que se recurre de la imposibilidad de prescripción ordinaria, por no ajustarse el título a la parcela que se pretende adquirir por prescripción, razón por la que debe decaer este primer motivo.

Que en parecidos términos habremos de pronunciarnos con relación al segundo y último motivo de este recurso, formulado «por infracción de ley y de la doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil, en relación con el artículo 103, número 4, de la Ley Hipotecaria y el artículo 173 de su Reglamento, infringidas por el concepto de interpretación errónea», y en el que se alega que para que prospere la acción reivindicatoria basta con que se identifique la cosa y pueda ser restituida sin que el hecho en que la desposesión sea parcial signifique imposibilidad de que prospere la acción, por lo que, al estimarse por el recurrente acreditado el dominio por parte del mismo de las parcelas números 12, 13 y 16, así como su desposesión parcial por parte del Ayuntamiento demandado, debió de prosperar la acción reivindicatoria, motivo que, como dijimos, también habrá de verse rechazado, puesto que, proclamado por la resolución que se recurre, en relación con la parcela número 16, que no existen en los autos elementos de prueba de los que pueda deducirse que se haya precisado la extensión en que se haya desposeído al actor, ni en la demanda se ha concretado, lo que hubiera sido necesario para precisar lo que habría que restituir la corporación demandada, y, con relación a la parcela número 12, que no puede acordarse la restitución de la misma por no concretarse qué porción de parcela ha sido objeto de desposesión, es lo cierto que tales afirmaciones, como cuestiones de hecho que son, no aparecen adecuadamente combatidas en concepto de error en la apreciación de la prueba, por lo que deben reputarse inmutables las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida.

Que si entramos ya a examinar el segundo recurso, veremos que lo anteriormente apuntado es enteramente aplicable al primer motivo, suscitado por la corporación demandada, en concepto de recurrente, ya que amparado este primer motivo «en el párrafo 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por estimarse que el fallo de la sentencia recurrida contiene violación por inaplicación del artículo 348, párrafo 2.º, del Código Civil, en relación con la reiterada doctrina jurisprudencial de que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria sobre el dominio de los inmuebles es preciso acreditar el requisito de la plena identificación de la finca», alegándose en el cuerpo de dicho motivo que las parcelas 12, 11 y 13 no se hallan plenamente identificadas y, sin perjuicio del error no esencial en que incurre el recurrente, al olvidar que respecto a tales parcelas la resolución que se recurre no estima la acción reivindicatoria, sino simplemente la declarativa de dominio, cuyo éxito exige, sin embargo, y en la misma medida que aquélla, el requisito de la identificación de la finca, ha de proclamarse que, como tiene sentado una constante doctrina de esta Sala, la cuestión de la concurrencia de la identificación de una finca es una cuestión de hecho que, como tal, corresponde sentar al Tribunal de instancia, y que una vez sentada tan sólo puede ser impugnada al amparo del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, al no haberlo hecho así, procede la desestimación de este motivo.

Que por lo que se refiere al segundo motivo de este segundo recurso, formulado, como todos los demás, al amparo del ordinal primero del

artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por estimarse que el fallo de la sentencia recurrida contiene violación por inaplicación del artículo 609, párrafo 2.º, del Código Civil», que proclama que la propiedad se adquiere y transmite «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» y a través del cual se alega por el recurrente que las aludidas parcelas catastrales, números 11, 12 y 13, que fueron transmitidas por su titular anterior don A. S. L. a su hermano, don M., en escritura pública de 5 de octubre, no pudieron ser adquiridas por éste, toda vez que, al haber sido desposeído aquél el año anterior por el deslinde efectuado por el Ayuntamiento no pudo operarse la tradición de las fincas, será también objeto de rechazo por desconocer que, gracias al mandato del artículo 1.462 del Código Civil, y habiéndose operado la venta de tales parcelas en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa siempre que, como sucede en el presente caso, no se estipulase ni resultase de la escritura lo contrario, por lo cual, habiéndose operado la tradición instrumental de las repetidas parcelas habrá de entenderse que el actor don M. S. L. adquirió el dominio de las mismas, en la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de ellas.

Que, finalmente, también deberá rechazarse el motivo tercero de este segundo recurso, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por estimarse que el fallo de la sentencia recurrida contiene una aplicación indebida del artículo 1.957 del Código Civil en relación con el artículo 1.941 del mismo texto, y con las parcelas catastrales números 11, 12 y 13 de cuya usucapión se entendió por la Sala consumada por el actor don M. S. L., así como en relación con los demás preceptos y jurisprudencia que se citan», puesto que como acertadamente razona la resolución recurrida, con relación a las parcelas 11 y 13, únicas que reputa adquiridas por prescripción, puesto que la número 12 lo fue por transmisión del título, hay que reconocer que los actores poseyeron de buena fe, en concepto de dueño y con justo título el tiempo necesario para la usucapión desde el año 1959 en que se inició su posesión hasta el año 1976 en que se les privó de la posesión por el Ayuntamiento, en virtud del deslinde administrativo, por lo que cuando se operó la transmisión por don A. a don M. S. L. ya había transcurrido, con creces, el plazo prescriptivo, habiendo pasado a su dominio las fincas aludidas, y teniendo en su consecuencia facultades para transmitirlo por escritura pública de venta a su hermano don M., por todo lo cual debe decaer este tercer último motivo.

F. C. L.

SOCIEDAD ANONIMA PENDIENTE DE INSCRIPCION.—IRRETROACTIVIDAD DE ESTA (SENTENCIA DE 13 FEBRERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial

de Granada revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Málaga, conforme a las siguientes consideraciones:

Que según entiende la sentencia objeto de recurso, cuyas declaraciones fácticas no han sido combatidas en la casación, otorgada el 12 de febrero de 1976 la escritura fundacional de la «sociedad mercantil anónima PROPIEDADES, S. A.», con un capital dividido en 500 acciones suscritas en número de 594 por don José Manuel Roda Ruiz, quien aportó en pago a la Compañía dos solares y una parcela, el referido instrumento público no fue presentado en el Registro correspondiente hasta el 16 de septiembre de 1977, causando inscripción el 17 de octubre, y hasta el 12 de diciembre del mismo año no tuvo constancia en el Registro de la Propiedad el cambio en la titularidad dominical en favor de la recurrente; acaeciendo que en juicio ejecutivo entablado por el «BANCO CENTRAL, Sociedad Anónima», contra don José Manuel Roda Ruiz y otro con base en una póliza de crédito por importe de 3.500.000 pesetas, fueron embargados dichos bienes el 19 de octubre de 1976, siendo practicada la anotación preventiva de la medida cautelar el 22 de junio de 1977, por lo tanto, en tiempo señaladamente anterior a la trascendencia registral del contrato constitutivo de «PROPIEDADES, S. A.», y cuando figuraba como dueño tabular el ejecutado.

Que frente a la resolución de la Sala rechazando la tercera de dominio promovida por la citada Sociedad Anónima respecto de aquellos tres inmuebles en que consistió la aportación no dineraria del socio nombrado, se alza el motivo inicial del recurso amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando falta de aplicación de los artículos 6.º, 7.º y 31 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, alegando que si bien aquella norma establece taxativamente que la Compañía no adquiere personalidad jurídica en tanto que la escritura no haya sido inscrita, del artículo 7.º «se desprende inequívocamente que el hecho de la inscripción en el Registro Mercantil obligatoriamente hace retrotraer los efectos de la misma al instante de la constitución de la Sociedad, por lo que queda perfectamente claro que, aunque la inscripción se realizó en fecha 17 de octubre de 1977, todos los efectos inherentes a la misma tienen plena aplicación y se retrotraen al 12 de febrero de 1976»; tesis que no puede prosperar, por las siguientes razones: Primera.—Atendidos los términos categóricos del precepto, convienen la doctrina jurisprudencial y la científica que la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, número 2.º, 36 y 38, párrafo 1.º, del Código Civil, aunque tal situación de interinidad del ente en formación surte determinados efectos entre los contratantes, si bien ese núcleo jurídico obligacional *inter partes* no puede ser calificado propiamente como sociedad anónima imperfecta, y de otro lado no es permitido admitir en nuestro ordenamiento positivo la figura de una sociedad anónima irregular, por lo que la eficacia del embargo sólo podría desvanecerse en el caso de mediar un acto dispositivo válido, anterior a la anotación tabular privando al deudor ejecutado de sus facultades más características, en virtud de la presunción de exactitud

del Registro proclamada en los artículos 38 y 39 de la Ley Hipotecaria, negocio traslativo para cuya creación es indispensable la existencia de un sujeto adquirente, primordial presupuesto que no concurre, puesto que si «PROPIEDADES, S. A.», no había nacido como persona jurídica al tiempo en que el embargo se produjo mal podía tener en su patrimonio los bienes en cuestión. Segunda.—La posibilidad de convertir en el curso de su fundación a la sociedad anónima en sociedad civil dotada de personalidad, es descartada por las voces más numerosas entre los autores, a cuyo parecer ante la falta de inscripción registral no puede darse paso a una figura societaria regular o irregular o de otra clase, porque ello pugnaría con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas, sino que ha de ser aplicada en todo su alcance la normativa de la Ley de 17 de julio de 1951, como apuntó la Sentencia de 6 de febrero de 1964. Tercera.—Si la falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios, «implica su inexistencia para terceros» como reitera la Sentencia de 9 de marzo de 1981, es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura al Registro Mercantil pudo adquirir la Sociedad de que se trata el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, «de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinadora de la personalidad jurídica de la demandante, ésta no era propietaria, y consiguientemente la tercería de dominio, que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues falta la prueba de ser la actora titular del dominio de las fincas embargadas al practicarse la traba», según ya tiene declarado esta Sala en sus Sentencias de 22 de febrero de 1980 y 6 de marzo de 1981, resolviendo controversia que guarda práctica identidad con el tema ahora debatido. Cuarta.—Inexistente la sociedad como persona jurídica, por cuanto las normas de constitución y publicidad de las Compañías mercantiles no pueden ser sustituidas por las civiles, como dicho queda, no ofrece duda que la anónima no inscrita carece de un patrimonio autónomo formado por las aportaciones de los socios, sin que sea dable invocar el artículo 7.º de la Ley, sobre el tratamiento de los contratos celebrados en la fase denominada de «presociedad» o *in fieri*, pues el proceso actual no versa sobre tal supuesto y tampoco cabría retrotraer en perjuicio de tercero la fecha de adquisición de personalidad jurídica por la Sociedad, con relación al cual no había nacido la misma al campo del Derecho al tiempo en que el embargo se trabó.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—REPRESENTACION ORGANICA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. RUINA DEL EDIFICIO. CONCEPTO Y DIFERENCIA CON LOS VICIOS OCULTOS (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1985).

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 interpuesto por la parte demandada

y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Tarrasa, en virtud de los siguientes fundamentos:

Que, según se dice en la exposición de motivos, el normal funcionamiento del régimen de propiedad horizontal se ha confiado, por la Ley que la regula, a tres diferenciados órganos, la Junta de copropietarios, el Presidente de la misma y el Administrador, atribuyendo su artículo 12 a dicho Presidente —que debe elegirse entre los copropietarios— la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él en los asuntos que la afecten, representación que no es la ordinaria que se establece entre el representante y el representado, sino la orgánica en cuya virtud la voluntad del Presidente frente al exterior vale como voluntad de la Comunidad de la que es su órgano de manifestación (Sentencias de 19 de junio de 1965, 13 de diciembre de 1979, 10 de junio de 1981, 26 de mayo de 1982, 5 de marzo de 1983, 9 de enero y 29 de mayo de 1984, etc.), por lo que si en la presente litis no se discute la cualidad del Presidente del señor L. R., y fue éste quien otorgó los poderes al Procurador que formuló la demanda, es visto que no puede prosperar el motivo primero del recurso que, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia la infracción del número 3.º, del artículo 533 de dicha Ley, en relación con el artículo 17 de la de Propiedad Horizontal, pues el citado Procurador estaba investido de la representación correspondiente conferida por quien podía otorgarla, ello aparte de que, además, en el poder emitido se testimonia por el fedatario público el acta de la Junta de la Comunidad en la que consta el nombramiento del citado Presidente y el acuerdo de que ejercite cuantas acciones estime oportunas contra los promotores, constructores y arquitectos como consecuencia de la aparición de diversas humedades en los áticos del inmueble; sin olvidar, por otra parte, que dicho señor L. R., actuando como simple copropietario otorgó poderes al mismo Procurador y es sabido que cualquier comunero puede ejercitar las acciones pertinentes en defensa de los intereses de la Comunidad.

Que la jurisprudencia de esta Sala viene comprendiendo dentro del concepto de ruina del artículo 1.591 del Código Civil, no sólo el derrumbamiento actual o previsible de todo o parte de un edificio por graves defectos que afecten a su estructura o a sus elementos esenciales (Sentencia de 20 de noviembre de 1959), sino también aquellos otros defectos constructivos que por exceder de las meras o simples imperfecciones corrientes impliquen una ruina potencial que hagan temer por su pérdida o le inutilicen para la finalidad que les propia, entre los que la mencionada doctrina relaciona los vicios en la cubierta por el mal resultado de las juntas de sellado con aparición de líneas de fisura que la hagan inservible para sus fines (Sentencia de 27 de diciembre de 1983), los desprendimientos de ladrillos de la fachada, las filtraciones de agua, la inadecuada impermeabilización, las grietas y humedades, etc. (Sentencias de 21, 8 de febrero de 1982, 17 de febrero y 16 de julio de 1984, etc.), doctrina que, aplicada al caso aquí contemplado, conduce a incurrir en el indicado concepto de ruina los discutidos defectos en la cubierta del edificio, consistentes en humedades causadas por la defectuosa cons-

trucción de la terraza, «al no estar debidamente introducida o empotrada en las paredes que delimitan aquel espacio la tela asfáltica ni haberse aplicado pintura impermeable a los paramentos interiores de las paredes o barandas de obra existentes en la terraza», en cuanto tales defectos constructivos, además de suponer una ruina potencial, inciden en la habitabilidad del inmueble, lo que conduce a la desestimación del segundo motivo, amparado en el mismo ordinal del artículo 1.692 y en el que se acusa la infracción, por violación, de los artículos 1.484 en relación con los 1.485 y 1.490, todos ellos del Código Civil, pues, según queda expuesto, los defectos de que adolece la construcción constituyen, no simples vicios ocultos, cuya acción de saneamiento se extingue a los seis meses, sino defectos constructivos tipificables en el mencionado artículo 1.591 y a los que conviene la prescripción decenal establecida en dicho precepto, conclusión que lleva aparejada, también el rechazo del motivo tercero, amparado en el mismo número del repetido artículo 1.692 y en el que se acusa la aplicación indebida del indicado artículo 591, al tomar como base de su argumentación, en contra de lo anteriormente afirmado, que las humedades del inmueble constituyen vicios ocultos y no defectos de construcción integrados en el concepto de ruina.

F. C. L.

II. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

CULPA EXTRACONTRACTUAL: HAN DE CONCURRIR CULPA Y ELEMENTO CAUSAL (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Entre los requisitos integrantes de la culpa extracontractual o aquiliana, hay elementos de acusado matiz fáctico, como son la naturaleza y circunstancias de la acción u omisión, y la realidad y cuantía del daño causado, y otras de predominante índole jurídica, tales como la culpa o negligencia y el elemento causal; en lo que respecta a la atribución de culpa o negligencia al agente productor del daño, ha de obtenerse haciendo aplicación de la definición que contiene el párrafo primero del artículo 1.104 del Código Civil, en cuanto determina que la misma consiste en la «omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», así como que, por lo que se refiere al elemento causal, ha de entenderse, a los efectos de decidir sobre su existencia, que es causa eficiente para producir el resultado, aquella que aun concurriendo con otras concausas simultánea o sucesivamente, de modo indubitado prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas respectivamente como mediata e inmediatamente originarias del evento dañoso que por su acción conjunta se produjo.

J. Q. S.

AL PROMOTOR-PROPIETARIO LE SON APLICABLES LOS ARTICULOS 1.591 Y 1.909 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La denominación de «promotor», gramaticalmente equívoca, en cuanto susceptible de diversos significados, sirve para designar en alguna de sus acepciones iniciales «a quien pone en movimiento, activa o hace en principio algo», o «a quien inicia, o da impulso a alguna cosa», lo que proyectado sobre el marco de la construcción y a la vista de la reglamentación de las Viviendas Sociales y Protegidas, en cuyo ámbito surge el término, ha dado lugar a que con el mismo se designe, por regla general, a la persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas, bien para su venta a terceras personas, bien para sus asociados, etc., localizando terrenos edificables, buscando capitales, poniendo en conexión a los propietarios de solares con constructores o capitalistas, facilitando compradores, etc., y todo ello sin olvidar que en el cada día más complicado mundo de la construcción, en ocasiones la figura del «promotor» haya ido ampliando los matices de su significación gramatical inicial, para incluir dentro de sus actividades y cada vez con mayor frecuencia, las de constructor e incluso vendedor.

Es doctrina de esta Sala en la materia que al promotor-propietario que concierne con un contratista o un conjunto de empresas la ejecución de la obra le son aplicables, en casos como el presente, los artículos 1.591 y 1.909 del Código Civil, preceptos estos que cual tiene manifestado también esta Sala, entre otras en Sentencias de 13 de febrero y 14 de noviembre de 1984, pueden coexistir.

J. Q. S.

EL REQUERIMIENTO JUDICIAL DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL SERA VALIDO AUNQUE HAYA SIDO HECHO POR JUEZ INCOMPETENTE (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—El precepto general del artículo 1.100, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y de no ser necesario el requerimiento al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato, cede ante el precepto más específico, caso de la venta de inmuebles, del artículo 1.504 del Código Civil, según el cual, aún sin el llamado pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido judicial o notarialmente, lo que no es sino un beneficio para el comprador, quien, a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo aceptado, tiene una posibilidad de cumplir, salvo que medie el aludido requerimiento.

No obstante la polémica doctrinal existente en torno a la naturaleza jurídica del requerimiento *ex* artículo 1.504 del Código Civil, es doctrina reiterada de esta Sala que dicho acto constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por

resuelto el contrato, mas no un requerimiento o intimación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho a la resolución contractual, constituido por una declaración unilateral de voluntad a la que el pacto o la ley anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de los que sólo podrá escapar el deudor si paga o cumple antes de recibir esa comunicación, no después.

Dado que la finalidad del requerimiento es notificar la voluntad resolutoria, si la citación con el traslado de la copia de la papeleta de demanda de conciliación llega, como así ha de ser, al conocimiento del comprador, aquella finalidad se ha cumplido, sea o no sea competente, por razón del territorio, el Juez conciliador.

J. Q. S.

NO ACTUA DE MALA FE QUIEN EJERCE NORMALMENTE UN DERECHO (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Si ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe —artículo 7, 1, del Código Civil— equivale a sujetarse en su actuación a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo, es claro que cuando la Comunidad de propietarios trata de exigir el cumplimiento de unos concretos preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, que prohíben al propietario de un piso hacer alteraciones en los elementos comunes del inmueble, no está infringiendo el indicado principio de buena fe, pues su conducta, al actuar de tal forma, lejos de pugnar con exigencias éticas, sólo supone el ejercicio normal de un derecho, con la lícita finalidad de poner término a una trasgresión jurídica.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: NO HACE FALTA QUE EL NEGOCIO SE HALLE EN ACTIVIDAD (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La determinación de si lo arrendado constituye una industria o si ha de ser conceptuado como local de negocio con instalaciones o accesorios, entraña una cuestión que ha de resolverse considerando que se tratará de la locación de un establecimiento mercantil cuando el contrato versa sobre una organización patrimonial económicamente productiva, o con susceptibilidad para serlo, integrada por un conjunto organizado y dispuesto («aviado») con tal pluralidad de elementos para proceder a la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada, sin que sea menester, como se desprende del artículo 3, párrafo 1, de la Ley especial, y así lo ha señalado la Sentencia de 15 de noviembre de 1984, que la empresa o negocio se encuentre en actividad al tiempo de la celebración del contrato, sino que basta que

se haga entrega al arrendatario de los componentes para que la industria funcione, siempre que el objeto contractual haya sido creado por el arrendador.

J. Q. S.

FUERZA ATRACTIVA DE LA JURISDICCION ORDINARIA. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION ORDINARIO Y EL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Al gozar la jurisdicción ordinaria, como fuente y raíz de todas las restantes, de fuerza atractiva para llevar a su ámbito la preferencia en el conocimiento de los casos que se estimen dudosos, postulado que se acomoda al principio de las garantías referentes al órgano jurisdiccional o derecho «al Juez natural» proclamado en el artículo 24, párrafo 2, de la Constitución, siempre prevalecerá aquélla frente a la laboral si se trata de decidir sobre temas que no están nítidamente atribuidos a ésta.

Entre el procedimiento de ejecución ordinaria y el sumario del artículo 131 existen marcadas diferencias, pues mientras que en el procedimiento ordinario se fija mediante tasación pericial el valor económico íntegro de la finca, en el sumario son los propios interesados los que la tasan por su valor efectivo, deduciendo o debiendo deducir del valor económico integral las cargas perpetuas, diversidad que, a su vez, lleva aparejada la exigencia de una liquidación de cargas en el procedimiento ordinario como diligencia de todo punto indispensable para rebajar del precio del remate el importe de las que subsistan pagadero en su día, y señalar la cantidad de pago inmediato, mientras que en el procedimiento sumario carece de finalidad la liquidación de cargas.

J. Q. S.

PARA QUE SE PRODUZCA INTIMIDACION LA AMENAZA HA DE SER INJUSTA (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Para que la intimidación vicie el consentimiento se precisa que la coacción moral que se aduzca como causa esté integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico, y tan fuerte que obligue al sujeto que la padece a que su voluntad se manifieste en sentido contrario a sus intereses, anulando su consentimiento, de manera que se produzca entre éste y la invocada intimidación nexo causal, lo que no puede apreciarse cuando el hecho pretendido como injusto emane de una situación proveniente del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho.

Reconocido que los recurrentes libraron cheques en descubierto, claramente significa que el procedimiento penal planteado con su causa por los referidos recurridos tiene su razón de ser en el ejercicio legítimo de un derecho, con correcta y no abusiva utilización de él, dado que, cuando los hechos imputados en el ámbito penal son ciertos, en manera alguna

pueden constituir un mal injusto ni pueden, por tanto, justificar la aplicación del aludido párrafo 2 del artículo 1.267 del Código Civil.

J. Q. S.

LOS «PAPELES PRIVADOS» SON LOS QUE SE FORMAN PARA MANTENERLOS CONSIGO (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Los «asientos, registros y papeles privados» a que se refiere el artículo 1.228 son aquellos que «se forman y conservan por uno solo de los interesados» y «para mantenerlos consigo», no conviniendo el concepto, por lo tanto, al documento anexo a la carta que dirigió la entidad demandada a la demandante y que, de existir, caería fuera de la noción legal, ya que habría sido confeccionado justamente para ser cursado a la otra parte.

J. Q. S.

LA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO VIENE EN PRINCIPIO DEMOSTRADA POR EL HECHO DE LA INEFECTIVIDAD DEL PRECIO (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Según reiteradas declaraciones jurisprudenciales, la resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de inmuebles, con arreglo al artículo 1.504 del Código Civil, modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones bilaterales, descansa sobre el presupuesto del requerimiento preceptivamente exigido por aquella norma, además del elemento básico de la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del contratante contra quien la acción se ejercita, bien entendido que la actitud incumplidora sancionable con la resolución por estar informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado, viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, salvo la intervención de circunstancias denotadoras de que al comprador no le es reproachable la falta de prestación.

J. Q. S.

LA CONSTRUCCION DE UNA MARQUESINA REQUIERE EL CONSENTIMIENTO UNANIME DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La construcción de la marquesina no implica una mera modificación de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de un determinado piso, sino que aunque no se ha probado que menoscabe o altere la seguridad del edificio, sí que afecta a su estructura general y a su configuración o estado exteriores, además, su construcción perjudica los derechos de otros propietarios; por lo

que no es suficiente para su erección la simple dación de cuenta previamente, a quien represente a la comunidad, a la que se refiere para otros supuestos el artículo 7 de la Ley especial, sino que conforme al artículo 11 de la misma Ley tal alteración de la estructura del edificio afecta a elementos comunes como es la fachada y, por lo tanto, al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo; que no es otro que el señalado en el artículo 16, norma 1.ª, es decir, la exigencia de la unanimidad de la Junta de propietarios para la validez de los acuerdos que impliquen, como el discutido, modificación del título constitutivo de la propiedad.

J. Q. S.

LA PRESCRIPCION DEBE MERECER UN TRATAMIENTO RESTRICTIVO SON COMPATIBLES LAS INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA DIMANANTE DE ACTO CULPOSO (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1985).

Hechos.—Un albañil cayó del tejado de un edificio en construcción y sufrió lesiones que le ocasionaron incapacidad permanente para el trabajo. Aunque se le asignó una pensión de la Seguridad Social, el empresario es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Es lo primero traer a consideración la reciente doctrina de esta Sala acerca de la prescripción, como limitación que es al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista al ser institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo (Sentencias de 2 de febrero y 16 de julio de 1984), criterio que también se da en la esfera patrimonial si los daños materiales proceden de hechos o causas de tracto continuo.

Es reiterada doctrina de esta Sala la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposos. La reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante esta jurisdicción civil.

J. Q. S.

PROCEDE DENEGAR EL DESAHUCIO SI RESULTA DUDOSO EL DERECHO DEL ACTOR (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La materia propia del juicio de desahucio obliga a contemplar, por una parte, la suficiencia del título del demandante para acreditar la posesión real que lo legitima para promoverlo, y, por otra, si el demandado es un ocupante por mera tolerancia o por

el contrario tiene algún título que le vincule con el objeto o con el demandante y que justifique su permanencia en la posesión, no para dilucidar su eficacia o la plenitud de sus efectos, sino para evitar que al amparo de un proceso sumario y rápido que exige términos sencillos y claros en su planteamiento, se solventen situaciones complicadas que requieren una discusión más amplia y rodeada de mayores garantías; procediendo a denegar el desahucio si del título invocado por el demandado resulta, a primera vista, cuando menos dudoso el derecho del actor a obtener la efectividad de su derecho a poseer, sin perjuicio de su discusión en el juicio declarativo correspondiente, por cuanto las cuestiones complejas afectantes al título salen del ámbito de este juicio sumario.

El derecho a obtener la tutela efectiva de los Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos sólo garantiza una decisión judicial congruente con la pretensión deducida y fundada en Derecho, al margen de que sea o no favorable a lo pretendido; y el derecho a la presunción de inocencia, más propio del ámbito penal, no implica limitación alguna a la potestad que incumbe a los órganos jurisdiccionales civiles para apreciar y valorar, según las reglas predeterminadas por la Ley, los elementos de convicción traídos al proceso, sin perjuicio de la valoración penal que alguno de ellos pudiera tener; valoración penal que sólo obliga a los Tribunales a suspender el fallo cuando hubieran de fundar la sentencia exclusivamente en el supuesto de la existencia de un delito.

J. Q. S.

NO PUEDE ALEGARSE LA EXCEPCION NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS CUANDO LO MAL REALIZADO CAREZCA DE SUFICIENTE ENTIDAD (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia—Argumenta el recurrente que la jurisprudencia de esta Sala, desarrollando la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, tiene declarado que no puede exigirse el pago de la obra cuando la parte obligada a ejecutarla no la haya hecho correctamente, salvo que el comitente haya aceptado la prestación como cumplimiento o que su oposición al pago sea contraria a la buena fe, motivo cuyo rechazo viene impuesto por aplicación de la propia doctrina en que pretende apoyarse, pues si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alagada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de la conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio.

J. Q. S.

NO EXISTE AUTORIDAD DE COSA JUZGADA PENAL EN EL ORDEN CIVIL (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que lo resuelto en la vía primitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposición de la pena, no son en sí mismas condiciones de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá afirmarse en rigor que exista autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del Juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho compuesto por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controversia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan a los Tribunales civiles en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga, habiéndose asimismo declarado en la Sentencia de 15 de junio de 1981 que las resoluciones de la jurisdicción penal no producen excepción de cosa juzgada en el orden civil; ante el que sólo tiene valor con fuerza vinculante la relación de hechos en la sentencia condenatoria.

J. Q. S.

HAN QUEDADO SIN EFECTO TODOS LOS PRECEPTOS DEL ANTIGUO DERECHO, TASANDO LA PRUEBA DE TESTIGOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—En orden a la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de 17 de diciembre de 1974, 31 de octubre y 6 de diciembre de 1983, ha establecido que la norma del artículo 1.248 del Código Civil no tiene carácter preceptivo, y sí simplemente admonitivo, correspondiendo a los Tribunales de instancia la apreciación de la mencionada prueba conforme a las reglas de la sana crítica; y de otra parte, porque igualmente la doctrina legal contenida entre otras en la Sentencia de 17 de diciembre de 1974 y 4 de enero de 1982 ha establecido que había quedado sin efecto el antiguo aforismo *unus testis, nullus testis*, y en general todos los preceptos del antiguo Derecho tasando la repetida prueba. •

J. Q. S.

NOVACION MODIFICATIVA: NO HAY SUSTITUCION DE UNA OBLIGACION POR OTRA INCOMPATIBLE CON ELLA (ART. 1.204 DEL CODIGO CIVIL). LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO EXISTE CUANDO NO HAY DAÑO DE NINGUN TIPO PARA EL BANCO NO DEMANDADO (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Las sociedades actoras, «V.», S. L., y «P. C.», S. L., reclamaron a «J. P.», S. A., y don R. B. una determinada cantidad, de acuerdo con

la distribución que establecían las demandantes, por la ejecución de obras y suministro de materiales a causa de instalaciones eléctricas y de fontanería llevadas a cabo en el hotel del que era propietaria la sociedad demandada, obras de las que don R. B. era contratista principal y las actoras subcontratistas. Se reclamaba a la vez a la sociedad demandada la devolución de un millón de pesetas, a causa del cobro por ella de dicha suma, a que ascendía un aval constituido por ella ante una entidad bancaria para garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones por ella asumidas.

La Sala de instancia dejó sentados los siguientes hechos, acéptados por el Tribunal Supremo:

Las obras de ampliación del hotel fueron contratadas por la entidad propietaria del mismo con el señor R. B. Este último subcontrató con las codemandantes las obras referentes a instalación eléctrica y fontanería. Como consecuencia de los impagos de don R. B. a las actoras de obras por ellas realizadas, el 19 de abril de 1975 éstas redujeron el ritmo de los trabajos, y como quiera que la dueña de la obra tuviera interés en su rápida finalización, se convino verbalmente entre el señor B., las demandantes y «J. P.», S. A., lo siguiente: A) La asunción por ésta, y así lo cumplió, de la obligación de pagar las letras a la sazón aceptadas por el señor B. a las demandantes. B) En adelante, el Banco X abonaría directamente las certificaciones de obras que se fueran produciendo, con la conformidad del señor B. y de la dirección técnica de las mismas. C) Las actoras se comprometieron a finalizarlas antes del 1 de julio de 1976, garantizando su ejecución con sendos avales de un millón de pesetas cada uno, prestados por los Bancos H. y C. en favor de la entidad demandada. D) En cumplimiento de lo acordado, «J. P.», S. A., libró talones nominativos por importe de varios millones de pesetas, ultimándose las obras antes de la fecha pactada, dejando de abonar las certificaciones correspondientes a fechas comprendidas entre el 29 de noviembre de 1975 y 21 de enero de 1976, no obstante estar visadas por el señor B. y la dirección técnica. E) En junio de 1976, la sociedad demandada, sin previo aviso y sin justificación alguna, consiguió que el Banco H. le abonara el aval constituido por una de las demandantes ascendente a un millón de pesetas, lo que también intentó, sin éxito, del Banco C. F) Un año después de la entrega de las instalaciones eléctricas y de fontanería, la demandada y un facultativo elaboraron un presupuesto de defectos, de forma unilateral, sin convocar a las actoras, en el que se consignaron unas deficiencias que en modo alguno se han justificado en el pleito.

El Juzgado desestimó la demanda en cuanto a la sociedad «J. P.», S. A., condenando en cambio a don R. B. al pago de las deudas reclamadas por los demandantes

La Audiencia estimó los recursos entablados por los demandantes y por don R. B., condenando a «J. P.», S. A., a abonar a la actora «V.», S. L., la cantidad de 2.271.573 pesetas y a la también demandante «P. C.», S. L., la de 647.358 pesetas, por obras ejecutadas y no abonadas. Y asimismo se condenaba a «J. P.», S. A., a reintegrar a «P. C.», S. L., un millón de pesetas, importe del aval indebidamente cobrado al Banco H. Absolviendo a don R. B.

Interpuesto recurso de casación por la sociedad demandada, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la Sala.—Estas son las consideraciones de la Sala en cuanto a los extremos mencionados en el encabezamiento de la presente reseña.

Que acusa el segundo motivo, por la misma vía que los dos anteriores, ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, la violación del artículo 1.204 del Código Civil, al entender el recurrente que la sustitución de una de las partes por un tercero, tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas, implica, de acuerdo con el citado artículo, una novación, lo que exige una declaración terminante o una incompatibilidad absoluta entre la obligación antigua y la nueva, que habrá de exteriorizarse de forma expresa; motivo que también habrá de decaer, habida cuenta que con la cesión operada lo que se ha producido no es la total extinción de la obligación primitiva, ni su sustitución por otra incompatible con la primera, que son los supuestos novatorios que el citado artículo 1.204 contempla, sino el simple cambio de deudor, subsistiendo la obligación principal, siquiera parcialmente, en lo que se refiere a los suministros de electricidad y fontanería, cesión de contrato, a la que los tres intervinientes, cedente, cesionario y cedido, han prestado su aquiescencia, como lo revelan los actos coetáneos y posteriores al contrato, asunción parcial de las deudas pendientes a la que no es de aplicar, visto que sólo entraña una modificación de la obligación inicial, el precepto que se dice infringido, sino en cualquier caso el 1.203 del Código Civil, en su número segundo, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 26 de noviembre de 1982; razonamiento a lo que cabe adicionar, que también es doctrina constante, que el problema relativo a si un contrato fue novado o no, es una cuestión de puro hecho, para cuyo combate sólo es lícito al recurrente acudir a la vía establecida en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Rituaria.

Que denuncia el quinto y último motivo, con el mismo apoyo procesal que los anteriores, la «infracción» de la doctrina jurisprudencial mantenida en las sentencias que cita, relativa a la falta de litis consorcio pasivo necesario, pues, a su juicio, al existir en la demanda inicial un pedimento, acogido en la sentencia recurrida, en orden al abono del millón de pesetas importe del aval prestado por el Banco H., tal entidad debió ser interpelada; motivo que también ha de claudicar, no ya sólo por su defectuoso planteamiento, al no indicarse el concepto en que la citada doctrina haya podido ser infringida, sino principalmente, y teniendo en cuenta que el litis consorcio es cuestión que ha de ser examinada de oficio, porque la pretensión de reintegro del aval se produce, no por la circunstancia de que el dicho Banco lo abonara a la recurrente indebidamente, sino porque ésta lo percibiera sin tener derecho a ello, visto que las obras se habían realizado correctamente y no se habían satisfecho en su totalidad por la empresa deudora, teniendo que reintegrar el importe de aquél la demandante al indicado Banco, de aquí que, al no resultar para este último perjuicio de ningún tipo,

ni afectarle para nada el pronunciamiento que recayera en el proceso, en lo que se refiere al tan repetido aval, era innecesaria su vocación o llamada al mismo.

R. DE A. Y.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: CARACTERES DEL QUE FACULTA PARA RESOLVER. ALCANCE DEL DEBER DE CONSIGNAR EL PRECIO PROMESA DE COMPRAVENTA Y CONTRATO DE COMPRAVENTA. «VALOR» Y «PRECIO» EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: NO CABE ALEGAR QUE EL PRECIO ES INFERIOR AL VALOR DE LO VENDIDO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—La actora formuló demanda contra don W. G., solicitando se le condenase a otorgar a favor de aquélla escritura de venta de una finca contra el pago del precio pendiente y a entregar la finca en cuestión, así como a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia apelada, y estimando en parte la demanda condenó al demandado a otorgar la escritura pública de compraventa, contra la entrega del precio pendiente de abono, con absolución del resto de los pedimentos.

Ha de advertirse que el precio se calculó, en cuanto al contravalor de marcos alemanes, en relación en relación al cambio oficial en billetes el día en que se celebró el acto conciliatorio previo.

La Audiencia estimó que la compradora había requerido suficientemente al vendedor con ofrecimiento del resto del precio, últimamente en acto conciliatorio, y que las objeciones de éste carecían de eficacia, concretamente que la compradora no había satisfecho un impuesto al que se obligó, hecho que la Sala de instancia considera como simple demora o retraso, no reveladora de voluntad rebelde o de incumplimiento, y que por ello la «rescisión» que dicho vendedor anunció y ejercitó en el acto conciliatorio era ineficaz.

Reproducimos los razonamientos de la Sala en cada uno de los extremos que merecen mención.

Considerando que en punto al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones bilaterales y recíprocas, amén de su correlativa sanción judicial, es reiterada doctrina de esta Sala: a) que la resolución sólo puede lícitamente exigirla quien por su parte ha cumplido sus obligaciones, habida cuenta del carácter sinalagmático e interdependiente de las recíprocas así pactadas (Sentencias de 1 de febrero de 1966, 28 de septiembre de 1965, 19 de febrero de 1969, 3 de junio de 1970 y 5 de junio de 1981); b) que el incumplimiento reprochable y suficiente para determinar la resolución no lo es cualquiera, sino que ha de tener entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencia de 4 de octubre de 1983), hasta el punto de obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte, sin que lo constituya el simple retraso, a menos que el plazo fijado tenga carácter esencial; c) que se precisa una voluntad manifiesta de incumplir, no justificada

(Sentencia de 4 de octubre de 1983), que pueda revelarse por la resistencia o prolongada pasividad del deudor frente a la voluntad de cumplir del acreedor (Sentencia de 10 de marzo de 1983), aconsejándose si la resistencia no es de enjundia, el mantenimiento del contrato, en homenaje a la voluntad contractual (Sentencia de 11 de junio de 1969), o *favor negotii*; d) que el artículo 1.124 está estrechamente ligado al 1.504, ambos del Código Civil, siendo ambos compatibles y el segundo una especialidad del primero, así como que el artículo 1.504, en su aplicación por darse sus supuestos, no impide la del 1.124 y, en cuanto, su concordante doctrina de que, pese al requerimiento y a la voluntad resolutoria del vendedor, ha de sopesarse si el comprador ha mostrado o no esa voluntad de incumplir (Sentencias de 7 de febrero de 1983 y 7 de febrero de 1984); y e) que esas apreciaciones respecto del cumplimiento o incumplimiento constituyen un presupuesto material que ha de fijar el juzgador.

Considerando que fijados por la sentencia los hechos antes descritos, sin impugnación adecuada por el recurrente, es visto y obligado que no pueden prosperar los motivos primero, segundo, sexto, séptimo y noveno del recurso, que acusan ya la violación o no aplicación del artículo 1.124 (motivos primero, segundo y séptimo), ora la infracción —sin especificar concepto— del artículo 1.504 (motivo sexto) o su inaplicación (motivo noveno), todos ellos, naturalmente, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esa desestimación se impone porque, frente a lo que se argumentó en todos esos motivos, a veces contradictoriamente, la sentencia impugnada ha hecho correcta aplicación de los preceptos indicados, así como de la jurisprudencia expuesta, sobre todo en atención a dos hechos fundamentales: que la compradora requirió al vendedor para cumplir, con la oferta del resto del precio y entrega en el acto de la escrituración y que la llamada «rescisión» del último carecía de validez habida cuenta tanto de su propio incumplimiento, como de la conducta cumplidora de la demandante, no enervada o viciada por el simple retraso aludido.

Considerando que en punto a este tema, es decir, al presunto incumplimiento de la compradora, se alega en el motivo tercero la no aplicación del artículo 1.176 y siguientes del Código Civil, incumplimiento que quiere hacer derivar de que la oferta de aquélla de abonar el precio o cantidad del mismo que restaba no fue seguido de consignación; motivo que hay que rechazar igualmente porque los preceptos que se alegan no son precisamente aplicables al supuesto en cuestión, dado que el comprador que ofrece cumplir, según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma de la escritura, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir, pues la entrega material del dinero no habrá de hacerse sino hasta aquel momento, y, como ya se dijo en Sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1985, ni del contenido del contrato, ni de las normas generales del contrato de compraventa de inmuebles puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplir con un *plus* de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio, tema que tiene su propia dialéctica y normativa (arts. 1.500, 1.504 y 1.124 del Código Civil) y garantía de los derechos del vendedor.

Considerando que abstracción hecha de la polémica doctrinal en torno de la distinción entre la promesa de compra y venta y el contrato de tal nombre, polémica que en cierto modo atenúa el contenido del artículo 1.451 del Código Civil al conceder eficacia vinculante a la obligación que realmente se contrae, con asimilación de una y otra figura cuando hay conformidad (y se entiende: fijación) en la cosa y en el precio, lo que en definitiva deja el criterio que ha de seguirse a la interpretación del juzgador según las circunstancias del caso, y dejando aparte también la observación cotidiana del indiscriminado uso que se hace de los términos y expresiones «compromiso de venta» y «contrato de venta», es evidente que cuando los términos del contrato son claros y suficientemente explicativos e indicativos de la voluntad de los contratantes, así como sus actos, no puede negarse a los mismos la eficacia que le otorgan tanto el pacto como la Ley, y aquí en concreto el artículo 1.451 del Código Civil, ni mal interpretado ni indebidamente aplicado, como se denuncia en los motivos cuarto y quinto del recurso, pues basta leer el contrato, donde se fija el precio y la cosa, así como la entrega en principio de uno de los plazos previstos, amén de la conducta posterior de los contratantes, para concluir que se está en presencia del supuesto previsto en aquel artículo y, aún más, que ya se comenzó a cumplir y a ejecutar (pago parcial, entrega parcial del inmueble a la compradora) por actos voluntarios de las partes, aunque después se originara la discordia, sin que, por otra parte, se hubiera dejado a la voluntad contractual la posibilidad o la necesidad de cumplir el convenio para un día determinado, es decir, su entrada en vigor, ya que el acuerdo de otorgarse la escritura pública mediante el total pago no supone sino ejecución posterior de un contrato vinculante por perfecto y completo, que es lo que, en definitiva, viene a sancionar el Código Civil en su artículo 1.451, con su implícita equiparación del compromiso de vender y comprar, mutuamente y contemporáneamente expresado, con especificación de cosa y precio, al contrato de compraventa, lo cual ya fue declarado y sancionado por la jurisprudencia, a partir de la Sentencia de 1 de julio de 1950, seguida por la de 2 de mayo de 1959, 1 de junio de 1966, 21 de febrero de 1969, 11 de noviembre de 1969, 26 de junio de 1973 y 20 de octubre de 1982, diciéndose en esta última que sólo cabría excluir esa equiparación si apareciera patente la voluntad de las partes de excluir los efectos de la compraventa, sustituyéndola por aquel «obligarse a obligarse» que supone la verdadera promesa, que por lo general, precisa añadirlo, implica una posterior regulación normativa del pacto.

Considerando que, por ello, se impone la desestimación de dichos motivos cuarto y quinto, así como, finalmente, la del décimo, que denuncia la violación del principio jurídico del enriquecimiento injusto (de su prohibición) y no porque no se cite la jurisprudencia que lo recoge, dada la propia virtualidad del principio *per se* y la derogación del número 10 del anterior artículo 1.729, que dio pie a esa exigencia, más pragmática que doctrinal, sino porque fundado el motivo en la diferencia del valor de la finca vendida, superior ahora respecto del tiempo del contrato, con excesivo beneficio —se alega— para la compradora, no se tiene en cuenta o se olvida que, no siendo dable confundir «valor» y «precio», no es aplicable tal tesis y principio al contrato de compraventa (contrato de tracto único, salvo cláusulas especiales) por estar excluido de nuestro

ordenamiento la regla o principio del precio justo, sin que, como dijo la Sentencia de 25 de marzo de 1981, el *pretio vilare facta* afecte al contrato ni produzca su invalidez radical, por no estimarse indispensable la existencia de exacta adecuación entre el elemento integrante del pacto y el verdadero valor de la cosa enajenada (salvo, naturalmente, lo dispuesto por el Derecho catalán respecto de la lesión *ultradimidum*, por lo que, en suma, no puede hablarse de enriquecimiento injustificado y menos cuando la parte que alega el principio tuvo en sus manos la posibilidad de evitar esa diferencia actual con sólo haber cumplido en su tiempo el contrato, percibiendo el precio que entonces se estimó adecuado y correlativo de la cosa que se transmitía y vendía.

R. DE A. Y.

RESPONSABILIDAD CIVIL: INICIO DEL COMPUTO DEL PLAZO PARA RECLAMAR PRESCRIPCION: EXCLUYE SU APLICACION RIGORISTA, SEGUN MODERNA DOCTRINA. INTERRUPCION: POR ACTUACIONES ANTE COMISION TECNICA CALIFICADORA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—El actor, un motociclista arrollado por un automóvil, entabló demanda en reclamación de indemnización contra la conductora de este último vehículo y su compañía aseguradora.

El Juzgado estimó la excepción de prescripción y desestimó la demanda.

La Audiencia revocó la Sentencia del Juzgado y condenó a las demandadas a satisfacer al demandante una cifra inferior a la por éste reclamada, en forma solidaria.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José María Gómez de la Bárcena López.

Doctrina de la Sala.—El Tribunal Supremo dice:

Considerando: Que para la resolución del tema objeto del recurso, ha de partirse de la doctrina que en torno al precepto que se denuncia como infringido, ha establecido esta Sala con reiteración y que aboca al perecimiento del único motivo en el que el recurso se asienta, y ello por lo siguiente: Primero, la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista, por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo (Sentencias de 8 de octubre de 1982, 31 de enero de 1983 y 2 de febrero de 1984); segundo, la apreciación de la «iniciación, suspensión o interrupción del plazo prescriptivo», es cuestión que pertenece a la soberanía de la Sala sentenciadora de instancia, sin que pueda ser combatida con éxito en casación, a menos que se muestre la existencia del error «por la vía y con los requisitos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; tercero, la raíz de inicio del término prescriptivo, ha de ser computada, en los supuestos de lesiones «desde el

momento en que se conozcan los efectos totales de las mismas, porque sólo entonces se estará en condiciones de valorar sus consecuencias y el importe indemnizatorio pertinente», o sea «cuando se hayan salvado todos los obstáculos procesales que suponga el proceso penal» (Sentencia de 14 de julio de 1982), concretamente desde «el momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto económico padecido, a la vista del alta médica oportuna», pues sólo entonces está el interesado en condiciones de ejercitar la acción valorando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la adecuada indemnización, ya que obviamente con anterioridad se desconoce la trascendencia de la vulneración del Derecho subjetivo propio por la realización de la conducta de tercero» (Sentencia de 8 de julio de 1983); y de la incapacidad concreta declarada en tal fecha alta médica que, en unos casos, será la obtenida en el proceso penal, si a la vista de los términos en que se ha producido, es clara y determinante de las secuelas subsiguientes a las lesiones sufridas por la víctima, mas que sin que dicha alta pueda tomarse como raíz de inicio del término, en el caso que nos ocupa, dado que la lesión causada al reclamante determinó la amputación de su pierna, traumatismo irreversible, que lógicamente precisaba de un lento proceso post-operatorio de recuperación y adaptación a los aparatos ortopédicos encaminados a paliarlo, de aquí que, hasta el parte de alta emitido por la Mutuality Patronal de Accidentes del Trabajo, en 30 de enero de 1979, no se conocieran «de forma definitiva» los efectos y consecuencias de las lesiones y la incapacidad concreta declarada y como quiera que la demanda fue presentada en 26 de abril de 1980, es evidente que no había transcurrido el término prescriptivo, marcado por el número 2.º del artículo 1.968 del Código Civil, precepto que, en conjunción con la copiosa doctrina jurisprudencial que lo glosa, ha sido correcta y acertadamente interpretado por la Sala *a quo*.

NOTA.—Hay que observar que la Sala, en aplicación de una reciente doctrina que se inclina por hacer de la prescripción un tratamiento restrictivo, considera que el inicio del cómputo para el ejercicio de la acción derivada de culpa extracontractual ha de partir de la fecha en que pudo ser ejercitada, que no es la del sobreseimiento de las diligencias previas en su momento instruidas, como sostenía la recurrente, plazo que ya había sido notoriamente superado al presentarse la demanda de autos, sino desde el alta posterior de la Comisión Técnica Calificadora, fecha qua la recurrente circunscribía únicamente al ámbito laboral, sin conexión alguna con la acción ejercitada.

La Audiencia había rechazado este criterio de las demandadas, frente a lo que había hecho el Juzgado, y el Supremo confirma la conclusión de la Sala de instancia.

El pensamiento del Supremo se orienta, por otra parte, en la línea jurisprudencial que busca —en materia de responsabilidad civil— la reparación del daño a todo trance, aunque sea a veces a costa de forzar un tanto los esquemas dogmáticos tradicionales.

Repárese en que, en el fondo, en este caso lo que se declara por la Sala es nada menos que la posibilidad de que la interrupción del plazo de un año del artículo 1.968 del Código Civil se produzca en virtud de reclamación del perjudicado (acreedor), pero no dirigida contra el deudor

ni dentro de un procedimiento en que el deudor puede ser parte (como ocurre con las diligencias previas penales). Antes bien, se otorga efecto de interrupción (con criterio que en este sentido es verdaderamente revolucionario) a una reclamación formulada ante una Comisión Técnica Calificadora, en cuyo expediente el causante del daño no había sido parte.

En suma, se sigue la doctrina pura de que la prescripción es el «silencio» o la «inactividad» del acreedor, pero al margen de que el no-silencio o la no-actividad sean o no conocidos por el deudor.

Y para ello, como hemos visto, la Sala construye su solución a partir de la tesis de la interpretación flexible del instituto de la prescripción. A nuestro juicio, aquí más que flexibilidad hay una buena dosis de ruptura con principios doctrinales clásicos (como los que derivan de la interpretación del artículo 1.973 del Código Civil), aunque desde luego guiada por el defendible objetivo de no privar a la víctima de la reparación del daño por ella sufrido.

R. DE A. Y.

INCONGRUENCIA: NO EXISTE (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—El actor reclamaba la suma de 11.000.000 de pesetas en concepto de reembolso o devolución de un préstamo. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda en cuanto a esta pretensión.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Interesa la que se refiere a la alegación de incongruencia formulada por la parte recurrente, al afirmar que la sentencia impugnada no contenía la calificación jurídica del contrato, que el propio recurrente consideraba sociedad.

A este respecto, la Sala manifiesta:

Considerando que el primer motivo de casación que postula la incongruencia de la sentencia impugnada, por no contener declaración alguna respecto a la petición del actor de existir un contrato de préstamo entre él y el demandado, así como en punto a la correlativa petición de éste de que se declarase —en respuesta a la implícita reconversión que ello significaba— que la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes corresponde al de una sociedad familiar, ha de ser rechazado por cuanto, aparte de mutilar interesadamente en la exposición del motivo, la postulación del demandante que, textualmente, pidió una sentencia que declarase «que en virtud del contrato de préstamo a que este juicio se refiere, el demandado don A. O. G. es en adeudar al demandante don A. H. A. la cantidad de once millones de pesetas», con lo que aparece claro, con claridad ratificada en las otras dos peticiones de exigibilidad y condena al pago de lo debido, asimismo cubiertas por el suplico de la demanda, que la pretensión básica que rigurosamente constituye el objeto del proceso es la de la existencia de la deuda del demandado y consiguiente condena al pago de la misma al acreedor demandante, coinci-

diendo exactamente con lo que la sentencia impugnada recoge en su fallo con rechazo de la paralela petición absolutoria de aquél, aparte de todo ello, se insiste, ha de hacerse notar, en apoyo de la inevitable claudicación del motivo en examen, que amén de que la congruencia no requiere un ajuste literal entre lo resuelto y las palabras empleadas por la parte, siempre que no quede alterada la esencia de la pretensión como se dice, entre tantas otras, en las Sentencias de este Tribunal de 29 de septiembre y 30 de octubre de 1984, es patente el reconocimiento del préstamo y la negación del contrato de sociedad *inter partes* hecho por el juzgador, al repetir en todos, absolutamente en todos sus considerandos, salvo el de costas, la falta de prueba de este supuesto contrato de sociedad argumentado por el demandado y la afirmación central del considerando tercero de que «la cantidad, cuyo pago ahora se reclama, se entregó en concepto de préstamo», expresión inequívocamente predeterminante del fallo, acogidos íntegramente por la sentencia de apelación que, a ellos, añade dos consideraciones más, insistiendo en los mismos argumentos de la de primera instancia, todo lo cual forma un núcleo de argumentación que como determinante del fallo, ha de considerarse integrado en él, a los efectos confirmatorios del mismo.

R. DE A. Y.

ACTOS PROPIOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1985).

Hechos—Una compañía de transportes, la actora, había concertado con el demandado contrato para que por este último se procediera a la retirada de postes que en su día habían servido para la sustentación del tendido eléctrico de los trolebuses de Bilbao. La compañía demandante solicitaba se condenase al demandado a retirar postes que aún permanecían en diversas calles y alternativamente a indemnizarla con el reembolso de los gastos que ella se viera obligada a realizar por ese motivo.

El Juzgado desestimó la demanda, con condena en costas a la actora. La Audiencia revocó la Sentencia del Juzgado, pero sólo en lo relativo a la condena en costas en primera instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala—Es de interés el pronunciamiento sobre la doctrina de los actos propios, por cuanto la recurrente alegaba que el demandado había retirado un número determinado de postes de cemento, siendo así que las sentencias de instancia interpretaron que la obligación se limitaba a la retirada de los metálicos.

Reviste importancia, a nuestro juicio, el hecho de que la Sala entienda que el haber retirado esos postes de cemento el demandado no puede ser entendido como acto propio (a los efectos de la doctrina de ese nombre), pues otra cosa significaría desnivelar palmariamente la onerosidad del contrato. Esto es, la Sala juzga la conducta del demandado a la luz de un criterio económico, razonamiento que nos parece muy correcto.

Dice la Sala:

Considerando que, finalmente, tampoco habrá de prosperar el motivo quinto que alega «infracción por inaplicación del principio de Derecho relativo a los actos propios y doctrina legal que lo interpreta y desarrolla», ya que tiene reiteradamente declarado esta Sala que los actos propios contra los cuales no cabe accionar con aquellos que, por su transcendencia o por constituir convenio causan estado, creando, modificando o extinguiendo una relación jurídica que no puede ser alterada por la voluntad unilateral del autor del acto y no cabe duda de que en modo alguno cabe atribuir tal transcendencia jurídica creadora de derechos y obligaciones posteriores a la conducta del demandado al retirar alrededor de 60 postes de cemento, concluyendo de tal acto la asunción de una obligación de retirar todos los postes restantes, obligación que, por sí misma, desnivelaría palmariamente la onerosidad del contrato, haciéndolo inequitativo, por lo que, al no constituir tal conducta un acto propio capaz de causar estado jurídico, debe desestimarse este quinto y último motivo.

R. DE A. Y.

ARBITRAJE DE DERECHO: CUESTIONES QUE SE PUEDEN SOMETER, EN MATERIA DE SOCIEDADES ANONIMAS. RECURSO CONTRA CUESTIONES EstrictAMENTE PROCESALES: LA VIA ES EL QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. PRESCRIPCION DEL ARTICULO 947 DEL CODIGO DE COMERCIO. NO HAY INCONGRUENCIA EN EL LAUDO (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1985).

Hechos—Los actores formularon recurso de casación por infracción de ley contra laudo dictado en arbitraje de equidad cuyo fallo era el siguiente:

Fallamos: A) Que el saldo de beneficios de la empresa H., S. A., por los años 1975 al 1980, ambos incluidos, asciende en total a la cantidad de 10.181.866,47 pesetas B) Que consiguiientemente cada uno de los tres accionistas de H., S. A., y, más concretamente, don Juan José H. P. son acreedores de una tercera parte de los ya cifrados beneficios de la sociedad comprensivo de los ejercicios anuales también determinados. C) Que la empresa H., S. A., y sus gestores socios don Esteban y don Pedro R. B. deben abonar a don Juan José H. P. la cantidad de 3.393.955,49 pesetas, importe de la tercera parte de dichos beneficios que el mismo corresponde percibir, cuyo pago debe hacerse efectivo en el plazo de treinta días naturales a partir del momento en que cobre firmeza esta resolución, debiendo deducirse las cantidades que se acredite se hayan pagado a cuenta, en su caso. D) Que rechazamos el resto de los puntos objeto de controversia, que se articulan en la escritura de formalización de compromiso de arbitraje, en cuanto no estén expresamente recogidos en este fallo. E) Condenando a todos los interesados a estar y a pasar por los anteriores pronunciamientos y a satisfacer los gastos del juicio arbitral por terceras partes a los afectados don Esteban R. B., don Pedro R. B. y don Juan José H. P.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Doctrina de la Sala.—El Tribunal Supremo desarrolla la siguiente doctrina, sobre los extremos del epígrafe del presente extracto:

Considerando que contra laudo arbitral de Derecho, emitido en Santofía el día 29 de octubre de 1982, por unanimidad de los tres Arbitros designados, se interpone el presente recurso de casación por infracción de ley, articulado en quince motivaciones que, sistemáticamente, pueden encuadrarse en tres grandes grupos, de los que el primero tiene como denominados común la denuncia de *exceso de jurisdicción*, con amparo procesal del número 6 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, citándose específicamente como infringido por inaplicación, el 14 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 22 de diciembre de 1953, que el motivo I se pone en relación con la doctrina legal concerniente a las sociedades anónimas, recogida en tres Sentencias de este Tribunal Supremo que cita (de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968 y 15 de octubre de 1971), mientras que en los cinco motivos siguientes, la relación se establece con diversos preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, concretamente los siguientes: el 67, relativo al procedimiento impugnatorio de los acuerdos sociales (motivo II); el 50, referente a la competencia de la Junta general de accionistas para la determinación de los beneficios (motivo III); el 109, sobre los libros y la contabilidad de la sociedad (motivo IV); los 102 a 110, reguladores del modo de confeccionar los balances y la determinación de la cuenta de pérdidas y ganancias (motivo V), y el 150, referente a la disolución de la sociedad (motivo VI). El argumento impugnatorio es asimismo común, consistente en afirmar que los Arbitros carecían de competencia para tratar y decidir de estos temas que fueron sometidos a su consideración, pues, según el referido artículo 14 de la Ley de Arbitrajes, sólo pueden ser objeto de éstos las materias de las que las partes pueden disponer libremente, pero no de las no disponibles, como las que aquí se decidieron, reguladas por normas de Derecho necesario o *ius cogens* y sometidas imperativamente a la jurisdicción ordinaria. Argumentación que no puede ser aceptada, porque confunde el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los *derechos privados* —no públicos— de los que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia, como ocurre con los relativos a los beneficios y ganancias consiguientes a la cualidad de socio que ese, en definitiva, lo único que se decidió en este caso, sin afectar al procedimiento impugnatorio de los acuerdos sociales, respetando lo establecido en el artículo 20 de los Estatutos de la sociedad, ni al problema de su disolución, en que expresamente se manifiesta no estimar que existan causas para ello; procediendo, por tanto, no «contra ley», sino de acuerdo con ella utilizando los medios que la misma permite, para resolver precisamente el conflicto creado con su *aplicación irregular* a casos concretos y con una jurisdicción que las partes convinieron en el indicado artículo 20 de los propios Estatutos, que la ley admite y regula expresamente y que el Juez ratificó en la Resolución con la que ordena la formalización del

compromiso del que trajo causa el Arbitraje; razones todas que conducen a la desestimación de los seis motivos indicados.

Considerando que en el segundo grupo, deben incluirse los cinco últimos motivos, que se formulan por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, de los que el XI habla sólo de «inaplicación del diez, número cinco, de la Ley de Arbitrajes de 1953», y el XII, de «violación del sexto, tres, del Código Civil en relación con el 27, cuarta, de dicha Ley»; mientras que los restantes denuncian «inaplicación del sexto, tres, del Código», en relación respectiva con el 1.701 de la Ley Procesal (motivo XIII), el «527 ó en su caso el 528» también de la Ley de Enjuiciamiento (motivo XIV) y con el 28, junto con el número quinto del 10 de la Ley Especial de Arbitrajes de Derecho privado (motivo XV). Siendo de observar que el alegato, coincidente en los cinco, afecta a cuestiones estrictamente *procesales*, como son las referentes a los recursos que proceden contra la resolución del Juez, las pruebas a practicar en un Arbitraje de Derecho, los recursos que pueden entablarse contra el fallo que dicten los Arbitros y el emplazamiento de las partes ante el Juzgado o la Audiencia; por ello, las normas que las regulan tienen forzosamente un carácter procedimental o adjetivo, que impide su acceso a la casación por infracción de ley que se pretende, siendo sólo susceptibles, en su caso, del recurso por *quebrantamiento de forma*, expresamente establecido para los Arbitrajes de Derecho, en el artículo 28 de la Ley especial, cuya inobservancia impide el acogimiento de los motivos mencionados, al incurrir en la causa de inadmisión tercera del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento, que en el actual trámite decisorio lo es de desestimación, según la reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo.

Considerando que en el tercero de los grupos al principio enunciados, se comprenden los restantes motivos que se articularon que, aunque con contenido diverso, tienen en común el ofrecer alguna base sustantiva que permita su examen, coincidiendo también en el resultado negativo, al no ser posible el acogimiento de ninguno: El VII, por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alega inaplicación del 947 del Código de Comercio, sosteniendo que, por lo que respecta a los beneficios sociales del ejercicio de 1975, cuando se formaliza judicialmente el compromiso —27 de junio de 1981— habían transcurrido más de los cinco años previstos en el último párrafo del citado artículo, sin tener en cuenta que en el mismo se establece que «serán contados desde el día señalado para comenzar su cobro...», declarándose expresamente en el Laudo (considerando cuarto) que «de las actuaciones y de las pruebas practicadas, no aparece señalada fecha alguna para la percepción de los beneficios o dividendos de los socios de H., S. A...», declaración que, como cuestión de hecho, ha quedado incólume en casación al no haberse intentado discutir por la única vía pertinente del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, careciéndose, por tanto, de *dies a quo* que permita entrar en juego la prescripción; el VIII, lo que denuncia, utilizando el mismo cauce procesal, es inaplicación del 1.091 en relación con el 1.258 del Código Civil, referidos a los contratos, que ciertamente no tenían que ser aplicados al reconocimiento aprobatorio de los ejercicios económicos de 1976 a 1979, justo porque no es un contrato, sino

un simple acto, ni siquiera «debido», que no podía obstar a su rectificación posterior, ante el conocimiento de datos o circunstancias que obliguen a su revisión; que, por otra parte, es posible al menos como planteamiento, incluso en los mismos contratos, precisamente al amparo del artículo 1.258, al disponer que obligan «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», que la doctrina jurisprudencial utilizó para abrir brecha en la revisión contractual, en torno de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

Considerando que en esta misma línea, el motivo IX, igualmente a través del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, invoca inaplicación, de la doctrina de los «actos propios», referida también, a la aprobación por el demandante —después impugnada— de los señalados ejercicios económicos, cuya aplicación tampoco estaba justificada, por idénticas razones a las expuestas, a lo que es de añadir que el «acto propio» adquiere un valor vinculante, según la doctrina jurisprudencial que lo elaboró, cuando constituye un acto o situación propiamente jurídicos, con todas sus consecuencias inherentes, pero no cuando no pasa de ser una simple declaración unilateral, carente de vinculación receptiva, cual sucede con el alegado en este caso; y el motivo X busca amparo procesal en el número 3 del artículo 1.692 de la Ley de trámites, para denunciar inaplicación del 359 de la propia Ley, afirmando que el laudo impugnado no es congruente, al no contener declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, lo que en esta clase de procedimientos no tiene cabida en sentido estricto, habida cuenta su particular estructura, pues las pretensiones de las partes, como tales, están reflejadas en la resolución judicial de constitución del compromiso, al que el laudo tiene que atemperarse, como se atemperó en el supuesto presente, siendo extrañas a su andadura, a estos efectos de la congruencia, las alegaciones formuladas por alguna de las partes como «excepción de fondo» resueltas con la decisión arbitral, hasta donde ello era factible, justo porque según reconoce el recurso, penden por otra vía, de la decisión final de este Tribunal Supremo.

NOTA.—Especial relieve merecen los pronunciamientos de la Sala sobre las materias reglamentadas por la Ley de Sociedades Anónimas que no pueden ser objeto de arbitraje.

Sobre este extremo, *vid. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, de GARRIGUES-URÍA, tomo I, Madrid, 1976, págs. 782 ss.

R. DE A. Y.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO UNÁNIME PARA OBRAS QUE AFECTEN A ELEMENTOS COMUNES
(SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Un miembro de una Comunidad de propietarios, en calidad de tal, entabló demanda contra otro copropietario, por haber procedido éste, sin consentimiento de la Junta ni notificación a ella ni a su Presi-

dente, al cerramiento en la superficie descubierta, posterior al edificio, con fábrica de ladrillo.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, en que básicamente se solicitaba la condena a demoler lo edificado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—La única digna de mención —aunque por otra parte muy reiterada— es que si las obras afectan a elementos comunes, sin consentimiento unánime de los copropietarios, no infringe el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal la sentencia que condena a la demolición de lo edificado o levantado.

R. DE A. Y.

o

PRESTAMO CONCEDIDO A UNA SOCIEDAD SIN EXISTENCIA REAL (LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURIDICA). NOVACION MODIFICATIVA, NO EXTINTIVA. PRORROGA CONCEDIDA AL DEUDOR SIN CONSENTIMIENTO DE LOS FIADORES: NO CONCURRE (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1985).

Hechos —El Banco N., demandante, reclamaba a la sociedad «Urbanizadora P. M. D.» y a don Ramón y doña María del Carmen la cantidad de 58.280.884 pesetas, más los intereses de demora, en concepto de reintegro de un préstamo.

La complejidad del asunto obliga a transcribir el considerando en que el Supremo sintetiza los hechos que considera no desvirtuados en casación:

a) La demandada doña María del Carmen P. M., que litiga en concepto de pobre, de profesión agente de la propiedad inmobiliaria, ahora recurrente, a raíz de la implantación del Banco X. en Barcelona, entidad que ha sido demandante en esta litis, tuvo a mediados del año 1973 la oportunidad de adquirir unos terrenos situados en la falda del Tibidabo, propiedad de don J. M. G., por lo que proyectó con don Ramón D., también demandado y recurrente, solicitar un préstamo rápido al citado Banco, con el deseo de facilitarles la compra del inmueble mencionado para después, con ánimo especulativo, urbanizarlo y parcelarlo. b) Ambos demandados solicitaron conjuntamente el 14 de agosto de 1973 en Barcelona el apoyo financiero del Banco X., que fue concedido tres días después, condicionándolo empero con la participación del propio Banco en un 20 por 100 en la sociedad compradora del solar, para el que se destinaba el crédito concedido, y a que la finca estuviese libre de cargas y gravámenes. c) El 20 de agosto del mismo mes y año se otorgó escritura de sociedad, presunta titular del inmueble a adquirir, en la que el Banco citado figuraba como socio de la entidad que iba a fundarse, simultáneamente figuraba como prestamista, aceptando la propuesta cursada a título personal por la señora P. y el señor D. d) La sociedad que se simulaba constituir no se inscribió en el Registro hasta el 23 de febrero de 1974, carece

de domicilio conocido y de libros y documentos que reflejan alguna actuación social, inexistente según sus propios administradores los dos demandados y recurrentes, por lo que la sentencia recurrida declara a este respecto (considerando 8.º) que el préstamo de la entidad recurrida, coligado al negocio común se concedió no a una sociedad inexistente entonces, sino a dos personas que iban a constituir formalmente una vinculación de cobertura de tipo de sociedad anónima, y no se trató de una concesión de crédito, sino de un préstamo en cuenta corriente, estableciéndose como cobertura de todo ello y aseguramiento de la gestión de los dos demandados comparecidos una doble solidaridad: «la que en concepto figurado de fianza el Banco les hizo suscribir en la póliza de préstamo y la que como administradores de la sociedad «Urbanizadora P. M. D., S. A.», también demandada y que fue declarada en rebeldía, quedó plasmada en la escritura de constitución de esta última. e) El importe del préstamo facilitado por la entidad recurrida ascendió a pesetas 41.050.000, de cuya suma dispusieron ambos demandados; en cuanto a 22.500.000 pesetas entregadas por la señora P. al propietario del inmueble, señor M., suma que la demandada entregó en su propio nombre, en condiciones que no resultan en los autos, pero ante cuya entrega el Banco demandante, con fines de aumento de garantía, exigió la obtención de una hipoteca sobre el inmueble con el fin de asegurarse de la devolución de la suma invertida, máxime cuando se comprobó que la delimitación del inmueble y su posesión estaban pendientes de un litigio iniciado por quien figuraba como propietario don Jaime M. f) En dicha escritura de hipoteca, que otorgó e nombre y representación del propietario la señora P. y como acreedor el Banco demandante el 7 de julio de 1974, se hizo constar, entre otros pactos, que «no podrán entenderse novadas en ningún tiempo las obligaciones contraídas por el deudor principal con el Banco acreedor» y «pudiendo ejercitar el Banco acreedor las acciones unas y otras, sucesiva o simultáneamente». g) La suma prestada no fue devuelta en el primero de los plazos señalados, tres meses a contar del 20 de agosto, ni tampoco en el plazo definitivo el 18 de noviembre de 1973, considerándose por la Sala *a quo* que el objetivo de compra y comercialización de la finca resultó del todo una negociación fracasada, y que el actor se desprendió de 41.050.000 pesetas, de las cuales dispusieron sus consocios con fines no siempre comunitarios, suma que produjo al no ser devuelta una cuenta de intereses que la hace elevarse a 58.280.884 pesetas, que se reclamaron en la demanda, habiendo reducido su importe en el fallo a 46.624.707 pesetas, al tener en cuenta que la reclamante en su concepto de socio carece de derecho a reintegrarse del 20 por 100 de la suma que en la demanda reclama, por ser dicho porcentaje el representativo de su participación en la sociedad.

No habiendo comparecido la entidad demandada, el Juzgado dictó sentencia por la que se condenaba a los demandados, solidariamente, a satisfacer a la actora la suma reclamada, con desestimación de la reconvencción formulada por don Ramón.

La Audiencia revocó la Sentencia del Juzgado, pero sólo en el sentido de reducir la condena a la suma de 46.624.707 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por las personas físicas demandadas,

el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Ponente: don Jaime Santos Briz.

Comentario previo y doctrina de la Sala.—Esta sentencia reviste notable interés, a nuestro juicio, porque, además de otras cuestiones doctrinales que suscita, en el fondo es reveladora de la llamada «doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica», pues se observará que el Banco demandante reclamaba el importe del crédito concedido a una sociedad anónima (de la que el propio Banco era socio) a dos personas físicas que habían proyectado la constitución de la misma y que de hecho la habían constituido formalmente, pero sin que dicha entidad llegara nunca a tener existencia real. Lo que ocurre es que, con independencia de todo ello, las mencionadas personas físicas se habían constituido en titulares del crédito concedido por el Banco demandante, lo que les convertía en igualmente obligados a la devolución de la suma prestada.

Lo que parece latir en el fondo, además, es la convicción de la Sala de hallarse en presencia de un negocio simulado (la constitución de la sociedad) o al menos coligado con una operación de crédito, a la que el Banco prestamista añadía su interés en formar parte, como socio, de la sociedad anónima para cuya actividad se produjo la operación de crédito, que la Audiencia califica de préstamo en cuenta corriente.

Por razón de esta misma complejidad, parece oportuno reproducir los argumentos de la Sala en cuanto a los extremos mencionados en el encabezamiento de este extracto.

Dice la Sala:

Considerando que en el motivo tercero se alega error de hecho resultante de documento auténtico, haciendo figurar ahora como tal a la escritura de hipoteca otorgada el 8 de julio de 1974, desarrollando el motivo sobre todo con base en no haber participado en el otorgamiento ninguno de los demandados en nombre propio, se sostiene que en el citado documento se acredita una novación del contrato de préstamo y crédito con liberación de los demandados de sus obligaciones a devolver el dinero prestado e intereses; motivo que decae por las mismas consideraciones que el anteriormente examinado, ya que, por otra parte, la supuesta fianza solidaria asumida por los demandados en beneficio de un inexistente deudor principal no puede nunca llegar a hacer concluir que aquéllos quedan exonerados para recaer la obligación sobre una sociedad integrada sólo por ellos dos como deudores y que no tuvo existencia real, sino sólo formal, y habiendo recibido ambos el dinero objeto del préstamo a crédito que se les concedió por la entidad recurrida, consideraciones que, si bien inciden en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, son suficientes para despojar de todo carácter de auténtica a la escritura aducida como tal.

Considerando que en el motivo 4.º se vuelve a alegar error de hecho resultante del mismo supuesto documento auténtico, a saber, la mencionada escritura de hipoteca, insistiendo en que la misma supuso una novación de la obligación que recaía sobre los demandados para recaer en otra persona, sin decir quién, y citando diversos pactos de la misma escri-

tura de los que deduce una novación al amparo del artículo 1.204 del Código Civil, sin tener en cuenta que tal documento, como ya se deja dicho, no puede tener el carácter de auténtico a los efectos que ahora interesan, y que, involucrando materias relativas a la interpretación del documento, la recurrente se encuentra fuera del ámbito del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, así como al deducir de él una novación, olvidando que en el propio documento se pactó que en ningún caso podrán entenderse novadas las obligaciones contraídas por el deudor principal (es decir, por los dos demandados) con el Banco acreedor y pudiendo ejercitar el Banco acreedor las acciones unas y otras, sucesiva o simultáneamente; habiendo, por tanto, de correr este motivo la misma suerte desestimatoria de los anteriores; y por las mismas razones ha de ser desestimado el motivo 7.º, donde también se alega error de hecho resultante, según se insiste, de la escritura de hipoteca repetidamente aludida de 9 de julio de 1974, con apoyo todo ello en una apariencia formal que hace figurar a los verdaderos deudores, los demandados, como fiadores, y entrando en la interpretación del documento en forma impropia para que pueda entenderse existente error de hecho por parte de la Sala de instancia; en definitiva, intentando por vía inadecuada una interpretación del documento aducido y del resto de la prueba que trata de superponerse a la más imparcial de la Sala de apelación, determinante todo ello de la desestimación de este motivo.

Considerando que los tres restantes motivos del recurso interpuesto por doña María del Carmen P se apoyan en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el quinto alega la violación por no aplicación de los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil, y se funda en que a la escritura de hipoteca no concurrió el supuesto deudor principal ni los aparentes fiadores solidarios en su propio nombre, que no se hizo entrega de suma alguna por parte del Banco al otorgarse dicha escritura, que se alteró la situación de los deudores, dando lugar todo ello a la novación que se postula; conclusiones que omiten el texto de lo pactado expresamente sobre prohibición de novación y de que la tal escritura de hipoteca pretendía reforzar las garantías del acreedor prestamista, según la finalidad propia del derecho real de hipoteca, debiendo desestimarse este motivo, en primer lugar porque las cuestiones relativas a la existencia de la novación son facultad propia y peculiar de la Sala *a quo*, a cuyo criterio hay que estar en tanto no haya sido debidamente impugnado (Sentencias, entre otras, de 31 de octubre de 1962 y 9 de mayo de 1963), y en este caso la sentencia impugnada declara la inexistencia de tal modo de extinción de las obligaciones, y los hechos en que se basó no han sido eficazmente impugnados en este recurso de casación; en segundo lugar, porque la novación requiere un *animus* o intención de novar que ha de aparecer de los términos del acto con toda claridad (Sentencias, entre otras, de 24 de enero de 1957 y 24 de enero de 1962), sin que pueda presumirse la existencia de esa intención, máxime cuando en el caso controvertido las partes manifestaron una voluntad contraria a la novatoria; requiere, además, la novación la sustitución de una obligación por otra que se extingue, circunstancia tampoco concurrente en el caso debatido, donde el acreedor trató únicamente de reforzar las garantías del cumplimiento sin alterar ni el objeto de la deuda ni las personas obligadas, sino

añadiendo nuevas seguridades al implicar al pago de la deuda el gravamen sobre un inmueble, lo que no da lugar en modo alguno a extinción de una obligación y nacimiento de otra nueva, pues expresamente se declaró la subsistencia de las acciones dimanantes de anterior contrato de préstamo y concesión de crédito; por todo lo expuesto no se ha infringido ni el artículo 1.203 ni el 1.204, en cuanto respecto de este último no se probó la declaración terminante en el sentido de novar la obligación ni había incompatibilidad alguna entre los distintos actos jurídicos, en cuanto el posterior, antes que dejar sin efecto el anterior, lo reforzaba y afianzaba con el objeto de llegar a la devolución al acreedor de la cantidad prestada.

Considerando que el motivo sexto de este primer recurso con amparo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega haberse inducido en violación por no aplicación del artículo 1.851 del Código Civil, por estimar que «resulta indudable que en la escritura de hipoteca se otorgó una prórroga a la deudora y que benefició por ello a los fiadores solidarios», prórroga que, se dice, se concedió sin mediar el consentimiento de los mismos fiadores, de cuyo hecho debieron los Juzgadores haber deducido, conforme el artículo 1.851, la extinción de la fianza, y entrando en el análisis de los hechos se dice además que no se tuvo en cuenta la compensación procedente de la suma que doña María del Carmen P. había reintegrado a la entidad actora, a cuyo efecto hace la recurrente una apreciación de la prueba que disiente esencialmente de la llevada a cabo por la Sala *a quo*; motivo que decae, en primer lugar porque de los hechos que la sentencia recurrida declara probados y en los que basa su fallo, estimatoria en parte de la demanda, no resulta un contrato real y efectivo de fianza entre los demandados como fiadores y la entidad actora como acreedor, sino una mera apariencia de fianza superpuesta a una realidad en que los demandados más que fiadores eran deudores principales, en sustitución de la sociedad que sin domicilio, sin documentación y sin actuación alguna crearon a manera de mera apariencia jurídica, y sobre la cual no puede situarse la personalidad de deudor principal precisamente por su inoperancia práctica; en segundo lugar, porque aunque se considerasen fiadores propiamente dichos los actuales recurrentes, no concurrió el supuesto de la norma invocada, artículo 1.851 del Código Civil, en cuanto no se trató en la escritura de hipoteca de prórroga alguna del contrato, sino de reforzamiento de la garantía del acreedor, el cual de esa forma no tomaba a su arbitrio el contrato, sino que, por el contrario, impedía que, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256, el contrato de préstamo y la devolución de la suma debida quedasen al arbitrio de los supuestos fiadores, todo ello sin novación alguna del primitivo contrato de préstamo y teniendo en cuenta que la *ratio legis* del artículo 1.851 es evitar prórrogas que impliquen novación de obligaciones, supuesto no concuriente en el caso ahora contemplado; por otro lado, según ha declarado esta Sala (Sentencia de 22 de noviembre de 1916) la existencia de prórroga es una cuestión de hecho, de la incumbencia de los Tribunales de instancia y su estimación o desestimación sólo puede combatirse en casación por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que impide, en definitiva, acceder a este motivo, toda vez que la Sala *a*

quo no apreció prórroga alguna de fianza, ni siquiera la existencia de una fianza propiamente dicha.

Considerando que, por último, la recurrente señora P. en el motivo 8.º, con el mismo apoyo procesal, alega la infracción por violación consistente en inaplicación del artículo 1.143 del Código Civil, partiendo para ello de la existencia de una novación que la sentencia recurrida niega y no ha sido en este recurso eficazmente impugnada en su base fáctica, y al ser así decae este motivo ante la expresada inexistencia novatoria, de donde deriva que no había razón alguna para aplicar el precepto que se cita como infringido por no aplicación, pues no era procedente la misma al quedar sin prueba la alegada novación.

Considerando que en el examen del recurso de casación formulado por la representación de don Ramón D. figura un primer motivo comprendido en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando como infringido el artículo 359 de la misma Ley y la doctrina legal que menciona; entiende el recurrente que la sentencia recurrida ha alterado la causa de pedir y el *petitum* que se condena los demandados no por la relación de préstamo de fianza, sino por haber sido parte en una asociación negocial fracasada a la que el Banco había aportado el millón de pesetas de la suscripción de acciones y la suma de 41.050.000 pesetas por vía de préstamo, de todo ello deduce la incongruencia de la sentencia con la acción ejercitada; conclusión inadmisibles, ya que en primer lugar la congruencia de la sentencia ha de determinarse por la adecuación entre el fallo y lo pedido en los escritos fundamentales de la litis, y no de la supuesta discordancia de lo razonado en los considerandos con el fallo y los escritos de las partes, en cuanto se ajuste en lo esencial a las pretensiones de aquéllas; de modo que el Tribunal puede atender no sólo a los hechos relevantes y fundamentales, sino también a los que de algún modo los complementan y precisan, siempre que con ello no se amplió su decisión a puntos no controvertidos; y en el caso debatido el Tribunal de apelación no ha desestimado ningún aspecto fáctico de la cuestión, sino que ha considerado acertadamente los diversos actos jurídicos realizados por las partes como constituyendo una unidad que no puede desgajarse a la hora de decidir, salvo atenerse a aspectos periciales del conjunto traído a su consideración dentro de un juicio declarativo de mayor cuantía, con la consiguiente repercusión en el fallo, que sería imperfecto si dentro de la cuestión fáctica aportada no trata de resolverla aplicando las normas de Derecho procedentes, y en este sentido el fallo no adolece de incongruencia, pues se atiende a lo pedido en la demanda y reconvención, ni, en contra del criterio de este recurrente, ha alterado en forma alguna el *petitum* ni la causa de pedir, lo que no tiene lugar cuando entra en puntos de hecho implícitos e inseparables de la cuestión fundamental planteada; doctrina aplicable al supuesto ahora en estudio y que se deduce de numerosas Sentencias de esta Sala (20 de mayo, 2 de junio, 26 de noviembre de 1982, 10 de abril y 3 de julio de 1981, 1 de diciembre de 1981, 10 de julio, 3 de octubre, 26 de septiembre, 28 de enero y 13 de octubre de 1983); todo ello sin olvidar que si la incongruencia se plantea por primera vez en casación, como es el caso de este recurso al no referirse a ella en absoluto la sentencia recurrida, entonces, como han declarado las Sentencias de 27 de febrero y 12 de

abril de 1982, ha de considerarse como cuestión nueva rechazable en este estado procesal.

Considerando que el rechazo del primero de los motivos formulados por el señor De D acarrea la desestimación del segundo, que con el mismo amparo procesal considera infringido el artículo 24, 1, de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, ya que es evidente que los demandados en el proceso de que dimana este recurso tuvieron la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos en esta litis y en ningún caso se les produjo forma alguna de indefensión.

Considerando que el tercero y último de los motivos aducidos por la misma representación, también con apoyo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega como infringido por inaplicación del artículo 1.851 del Código Civil, y para justificar la supuesta infracción se hace una apreciación de los hechos que difiere esencialmente de la efectuada por la Sala de apelación y desatendiendo la petición fundamental de la demanda y la causa *petendi* en que se basa, consistente en la existencia de una relación de préstamo cuya liquidación se insta previa devolución de la suma prestada por los prestatarios, que dispusieron de ella bajo la apariencia de una inoperante sociedad urbanizadora integrada únicamente por los litigantes; y en la que aquéllos figuraban como fiadores, cuando en realidad son los deudores principales, motivo que, en definitiva, ha de ser desestimado por las mismas consideraciones que se expusieron al desestimar el motivo sexto del recurso interpuesto por doña María del Carmen P. y que se dan por reproducidas aquí.

R. DE A. Y.

SOCIEDADES ANONIMAS: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRADORA (ARTICULO 81 DE LA LEY REGULADORA). PUNTUALIZACION A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE INTERPRETA EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—La sociedad actora entabló demanda contra doña Dolores, por el concepto de responsabilidad como administradora de una sociedad anónima en quiebra.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—En su único considerando alusivo al fondo del asunto, la Sala expone la siguiente doctrina, especialmente interesante en cuanto que se puntualiza que, por muy amplia que sea la interpretación del artículo 1.902 del Código Civil, siempre es inexcusable la declaración inculpatória del demandado, presunto causante del daño.

Considerando que frente a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona de 23 de marzo de 1983, confirmatoria

de la del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de la propia capital de 31 de julio de 1981, desestimatoria de la demanda interpuesta en representación de la mercantil «B. M.», S. A., contra Dolores S. C. absolviendo de la pretensión de responsabilidad civil individual de ésta como administradora de la anónima en quiebra «C. S.», S. A., al amparo del artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas, se alza el presente recurso articulando un único motivo de casación que, bajo el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser examinado (sin olvidar las posibilidades legales que el actor tuvo de instar una más amplia retroacción de la quiebra dicha) partiendo de la incuestionada situación de hecho establecida en la instancia que no solamente niega en sus considerandos sexto y séptimo que se hayan alegado «actos concretos de la demandada» determinantes de la responsabilidad personal de la misma en haber provocado la insolvencia social, sino que aún añade que las inculpaciones del acto a la demandada se contrajeron a una conducta de la que «se quieren deducir presunciones de responsabilidad individual» improsperables al quedar cortado el camino de tales presunciones por faltar en fase probatoria los apoyos del «alegato de insolvencia provocada o responsable individualmente para con la demandada», desde cuya inatacada perspectiva fáctica ha de claudicar el motivo que denuncia la violación por inaplicación del artículo 1.902 del Código, ya que por mucho que se atenúe el principio de responsabilidad por culpa que este precepto consagra, tal y como viene haciéndose jurisprudencialmente a través de limitaciones del criterio de interpretación subjetivista del mismo con base singularmente en el principio de responsabilidad por riesgo e inversión de la carga de la prueba (Sentencias de 16 de julio de 1943, 24 de marzo de 1953, 18 de noviembre de 1980 y 6 de mayo de 1983), no puede ser acogida dicha responsabilidad sin una previa declaración inculpatoria del demandado como ha dicho este Tribunal (Sentencia de 27 de abril de 1984 y las en ella citadas), inculpación que, interpretando los hechos, la sentencia de instancia niega sea posible hacer, como se ha dicho, frente a la demandante, con los efectos previstos en el artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que aquella entidad acreedora haya puesto en cuestión, por la vía adecuada, ni la interpretación realizada por el juzgador ni los hechos concretos —compra del yate y automóvil de lujo por la demandada que se declara acaecida con anterioridad a la constitución de la sociedad de la que era administradora— ni la presunción de inocuidad en la insolvencia social que, en la propia sentencia se hace, en punto a las obras llevadas a cabo por la propia demandada para una nave industrial en solar de su propiedad ni la compra del piso vivienda ocupado por la misma.

R. DE A. Y.

IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION, CONOCIDA DE ANTEMANO POR EL DEUDOR (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1985).

Hechos—La actora, copropietaria de un terreno, lo había enajenado al demandado (constructor), comprometiéndose este último a entregar

a cambio a la demandante una lonja de sótano adaptada a las características de sala de baile. No lo hizo así, sino que entregó a la actora el local en forma de garaje.

Se solicitaba en la demanda (dirigida contra el adquirente del terreno y la Comunidad de propietarios del edificio, en lo que le afectara), que se condenase al primero a modificar el local, adaptándola al destino convenido, con modificación del régimen de propiedad horizontal y lo demás concordante.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Beltrán de Heredia Castaño.

Doctrina de la Sala.—Dice el Tribunal Supremo, en el pasaje correspondiente, y en vista de que el recurrente había alegado la imposibilidad de la prestación, por no poder obtener licencia del Ayuntamiento para la sala de baile, lo siguiente:

«... la imposibilidad invocada, con base en las Ordenanzas Municipales, es evidente que existía con anterioridad al contrato discutido, cuyo conocimiento era obligado para el constructor, por su profesión, no obstante lo cual aceptó los términos convenidos, sin objetar nada en contrario, con independencia de que, según revela el informe posterior del Ayuntamiento, la normativa vigente, más que la alegada imposibilidad, implica el necesario cumplimiento de unas exigencias que no se pensó observar, puesto que —forzoso es repetirlo— la licencia se solicitó para un fin distinto, como era la construcción de un garaje...».

NOTA.—En realidad, la manifestación sobre la imposibilidad de cumplimiento es un *obiter dictum* en la sentencia, pues en suma se viene a manifestar que la construcción de la sala de baile era posible con arreglo a ciertas condiciones técnicas que el Ayuntamiento había de imponer.

Pero, en el caso de que en efecto no fuera posible esa prestación, tiene interés la manifestación de que el obligado no podía alegar esa imposibilidad porque pudo conocerla y debió hacerlo, dada su condición de contratista (criterio de la diligencia del deudor *concreto*, en razón a sus circunstancias personales), al concertar el contrato.

La pregunta que nos planteamos en un terreno hipotético —pues esto no ocurrió— es si esa eventual imposibilidad en cuanto al destino del local (sala de baile) hubiera podido servir de causa de resolución del contrato o, por el contrario, sólo de motivo para poner en marcha los mecanismos de incumplimiento por causa no imputable al deudor o, en su caso, los propios de la ejecución defectuosa, pues hay que tener presente que el local (que parece lo esencial de la prestación) se entregó en efecto, aunque no con los caracteres exactamente convenidos.

R. DE A. Y.

PRUEBA DE PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sala.—Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

«.. pues aparte de que en su primer considerando expresamente corrobora los argumentos del Juzgador, suficientes para mantener el pronunciamiento impugnado, incluso, aunque así no fuera, no puede olvidarse que la valoración de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Juzgador de instancia, pudiendo únicamente prosperar el recurso de casación cuando se ataque la existencia y realidad del hecho base o cuando la deducción no se sujete a las reglas del criterio humano, resultando absurda, ilógica e inverosímil supuestos de excepción que aquí no concurren.

R. DE A. Y.

LA CIRCUNSTANCIA DE NO HABERSE CUMPLIDO UNA OBLIGACION FISCAL NO ALTERA LA NATURALEZA CIVIL DEL CONTRATO NI REDUCE O DESVIRTUA SU EFICACIA OBLIGACIONAL. MORA AUTOMATICA EN LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sala.—Ponente: don Jaime de Castro García.

Los hechos relevantes se desprenden de los considerandos que a continuación se transcriben, en relación con las materias expresadas en el encabezamiento.

Considerando que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo inicial del recurso denuncia infracción, por interpretación errónea del artículo 114, párrafos 1 y 2, del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, norma vulnerada, en criterio del recurrente, al haberse concedido valor probatorio en el proceso al documento de 3 de marzo de 1978, que contiene el contrato que a los contendientes liga, a pesar de que no figura nota de liquidación fiscal o expresiva de que la operación de que se trata no se halla sujeta al pago del impuesto, por lo que a su juicio debió ser devuelto a la actora recurrida, en lugar de ser ordenada en el fallo «la deducción del testimonio a la Oficina Liquidadora»; alegación que no puede prosperar, pues la doctrina de esta Sala tiene declarado con reiteración que la circunstancia de haberse incumplido una obligación fiscal no altera la naturaleza civil del contrato ni reduce o desvirtúa su eficacia obligacional, por lo mismo que su alcance se limita a procurar el control del correspondiente organismo liquidador del impuesto sobre el acto en cuestión, ante el cual responderán las partes por haber incurrido en omisión, que ha sido ordenada subsanar por el Juzgador sin perjuicio de atribuir al documento la significación demostrativa que le corresponda,

premisa de la que son obligada conclusión las afirmaciones jurisprudenciales en cuanto a que las normas de naturaleza fiscal carecen de la idoneidad requerida para basar en ellas un recurso de casación por infracción de ley y, por consiguiente, no puede articularse la impugnación casacional sobre el hecho de que la constancia escrita del negocio de que se trata no fue presentado previamente en la Oficina correspondiente para el pago del impuesto sobre actos jurídicos documentados (Sentencia de 5 de marzo de 1981).

Considerando que la repulsa del anterior motivo arrastra indefectiblemente la del tercero, pues mal puede sostenerse que ha sido violado el artículo 1.100, párrafo 3.º, del Código Civil, cuando es lo cierto que precisamente el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos, y en el caso debatido es incuestionable que la morosidad de la empresa comitente surgió sin más una vez que la Sociedad contratista dio fin a las obras contratadas de carpintería y acristalamiento, haciendo entrega a «Z», S. A.

R. DE A. Y.

III. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO DE COLINDANTES.—SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA, NO ES APLICABLE PARA DETERMINAR EL CARACTER DE RUSTICA LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DICTADA PARA SUPUESTOS DISTINTOS, A EFECTOS DEL RETRACTO DE COLINDANTES (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1984).

Se interpone demanda solicitando el retracto de colindantes ante el Juzgado número de 1 de Orense, que la desestimó, aunque la Audiencia Territorial revocó la anterior, admitiendo las alegaciones del actor.

No ha lugar al recurso de casación. El retrayente es propietario de una finca colindante con la de los demandados. La finca que se intenta retraer es rústica, pues es un terreno en pleno campo, a un kilómetro de población, y siempre se ha destinado a producciones agrícolas, y alejado de carreteras. Es falso que los retrayentes conocieran la venta antes de ejercitar la acción de retracto, pues el documento: papeleta de conciliación no tiene el carácter de auténtico a los efectos del recurso extraordinario y no patentiza lo contrario de lo afirmado por la Sala. Los nueve días no pueden contarse desde el acto de conciliación, ya que el conocimiento de la venta por el retrayente en ese momento no fue completo, cumplido o cabal, no bastando ciertas referencias de la misma a datos

incompletos de sus condiciones. Tampoco podía exigir la consignación del precio, pues no se tenía conocimiento exacto de cuál era a efectos de su depósito previo. Respecto a la calificación de rústica, esta Sala atiende al aprovechamiento primordial y no estar emplazada dentro de zona o plan de ensanche de alguna población, aun cuando dentro de su perímetro exista alguna edificación, habiendo de atenerse a la situación de la finca al verificarse la transmisión, sin que influyan las modificaciones posteriores y no siendo aplicable la legislación arrendaticia, dictada para supuestos distintos, por lo que no puede seguirse la norma del artículo 2.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, para considerar la finca como rústica.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARREDAMIENTO.—CABE EL EJERCICIO ANTICIPADO DE LA ACCION DE DESAHUCIO POR EXPIRACION DEL TERMINO, SEGUN SE DEDUCE DEL ARTICULO 135 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DE 1980 (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1984).

Requerido el arrendatario para que abandone la finca, se niega a ello, por lo que tiene que acudir a la vía judicial para que declare la extinción de dicho arrendamiento ante el Juzgado número 2 de Córdoba, que estimó la demanda, confirmando su doctrina la Audiencia Territorial.

No prospera tampoco el recurso de casación. El artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 permite ejercicio anticipado de la acción de desahucio por expiración del término del arrendamiento y no sólo, como pretende el recurrente, en los casos de conversión de la aparcería en arrendamiento o denegación de prórroga, ya que al hablar de éstos «entre otros casos», no hace una enumeración exhaustiva, aflojando la analogía entre los supuestos de denegación de prórroga y la pretensión de que se decrete en su día el desahucio por expiración del plazo contractual y de sus prórrogas legales que es el supuesto contemplado en esta litis

C. R. R.

RETRACTO.—LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS ES APLICABLE A LOS EXISTENTES EN EL MOMENTO DE SU ENTRADA EN VIGOR PERO OTRA COSA DISTINTA ES LA APLICABILIDAD DE LA NORMA A LOS ACTOS REALIZADOS ANTES DE SU VIGENCIA, LO QUE SUPONDRIA LA RETROACTIVIDAD DE UNA NORMA, QUE SE HALLA IMPEDIDA POR EL ARTICULO 2.º, 3, DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1984).

El Grupo Sindical de Colonización que tenía arrendada una finca que es vendida, interpone demanda ante el Juzgado de Tarancón que la estima, pero la Audiencia de Albacete estimó en parte el recurso de apela-

ción, excluyendo del retracto a una de las fincas, por no tener el demandante derecho a retraer la finca.

El recurso de casación no tiene éxito. Basta para la aplicación del número 8 del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos que el arrendamiento no afecte a la totalidad de la finca, que es el supuesto que nos ocupa, ya que aquel precepto se refiere a los casos en que lo arrendado no es la total extensión de la finca, sino una parte de ella, con independencia de que la porción arrendada integre el objeto de uno o de varios arrendamientos distintos. No son aplicables los artículos 93 y 96 de la Ley de 1980, que el recurrente alega como vigentes, en virtud del mandato de la disposición transitoria primera, porque una cosa es la aplicación de los preceptos de esta Ley a los arrendamientos existentes en el momento de su promulgación, rigiendo los actos posteriores a la misma, y otra diferente la aplicabilidad de la norma a los actos realizados antes de su vigencia, lo que supondría la retroactividad de una norma que se halla vetada por el artículo 2, 3, del Código Civil, a no ser que dispusiere lo contrario, lo que no sucede aquí. Los actos jurídicos han de regirse por la legislación vigente en el momento en que se realizaron.

C. R. R.

RETRACTO.—LA NUEVA LEGISLACION ES APLICABLE SOLAMENTE A LAS VENTAS REALIZADAS DESPUES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA MISMA, AUNQUE EL ARRENDAMIENTO SEA DE FECHA ANTERIOR (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1984).

Se formula la demanda de retracto ante el Juzgado de Pola de Laviana, que la admitió, pero en la apelación revocó la Audiencia.

No triunfa el recurso de casación. La sentencia recurrida modificó la de primera instancia, porque, aun suponiendo existente una dudosa condición de arrendatario del retrayente, no se acredita que el arrendamiento recayese sobre la totalidad de la finca vendida y, además, la finca no tiene la condición de rústica, dada su proximidad a centros urbanos, excediendo su valor del doble del que tendría como agrícola. El derecho de retracto nació el 1 de diciembre de 1980, fecha en la que no había comenzado a regir la Ley de 31 del mismo mes y año y el derecho de retracto se rige, por tanto, por la legislación anterior, según se desprende de la disposición transitoria primera de la citada Ley arrendaticia y de las del Código Civil, especialmente la primera de dicho cuerpo legal. La nueva legislación es aplicable sólo a las ventas realizadas después de regir la misma, aunque el arrendamiento sea de fecha anterior, sin perjuicio de que, en el aspecto procesal, haya de regir la nueva normativa vigente al tiempo de sustanciarse este recurso, sin que por ello quepa afirmar la retroactividad de las normas procesales, ya que su irretroactividad es reconocida no sólo por la disposición transitoria tercera del Código, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

C. R. R.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—HAN DE PAGARSE LAS RENTAS QUE VENZAN DURANTE LA SUSTANCIACION DEL LITIGIO Y LAS ANTES ADEUDADAS PARA EVITAR QUE MEDIANTE IMPUGNACIONES SIN BASE JURIDICA SE TRATE DE DILATAR LA TERMINACION DEL CONFLICTO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1984).

En 1981 se comunicó al arrendatario, notarialmente, que se denegaba la prórroga, dando por finalizado el contrato al terminar el año agrícola 1981-82, accediendo el arrendatario a ello, aunque no abonó la renta del último año; por otra parte, debía abonar el arrendatario a sus arrendadores el valor de las fanegas de barbecho a que se había comprometido al finalizar el contrato, habiendo sembrado el último año toda la finca, con el consiguiente perjuicio para el propietario. Tanto el Juzgado de Córdoba como la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda, no teniendo éxito la apelación por no haber consignado el demandado las rentas correspondientes al año agrícola que corría durante su tramitación,teniéndole por desistido del mismo.

Tampoco triunfa el recurso de casación. Las rentas que venzan durante la sustanciación del litigio y las antes adeudadas deben consignarse para mantener las prestaciones de los sujetos, evitando que con la interposición de impugnaciones sin base jurídica se trate de dilatar la ultimación del conflicto, permaneciendo el colono en el disfrute de las tierras sin hacer oportuno pago de la obligada merced arrendaticia y sin que, una vez transcurrido el plazo legal para interponer los recursos, quepa subsanar el defecto, por cuanto carece de un requisito esencial y su admisión está viciada de nulidad, a lo que se atuvo correctamente el Tribunal de instancia, teniendo en cuenta, además, que el pago de la renta se debía hacer por años anticipados.

C. R. R.

DESAHUCIO.—NO CABE LA PRORROGA POR NO HABER SIDO NOTIFICADO EN FORMA LEGAL EL DESEO DEL ARRENDATARIO. A FALTA DE PACTO SE FIJA POR LA SALA EL MINIMO LEGAL (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1984).

Se plantea demanda de desahucio por vencimiento del término ante el Juzgado de Medina del Campo, que la estima, así como la Audiencia de Valladolid.

No prospera el recurso de revisión. No consta que el recurrente diese el preaviso, según la Ley, para ejercitar su derecho a la prórroga del arriendo, no siendo el arrendatario cultivador personal. Debió notificarse con un año de anticipación en las fincas de aprovechamiento agrícola bien personalmente, bien a su apoderado o a la persona previamente designada en el contrato y, en defecto de todos, el arrendatario hará constar su voluntad de prorrogar el contrato por acta notarial, normativa que omitió el recurrente, siendo evidente que el contrato se extinguió por terminación del plazo de su vigencia, habiendo aplicado rectamente el

precepto que se estima infringido. A falta de pacto, la sentencia recurrida señaló el mínimo legal, pues, de otra forma, la duración quedaría al arbitrio del deudor, lo que prohíbe el artículo 1.128 en relación con el artículo 1.256 del Código.

C. R. R.

DESAHUCIO.—AL ENTRAR EN VIGOR LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS YA SE HALLABA EN TRAMITACION ESTE LITIGIO, POR LO QUE HA DE REGIRSE POR LA LEGISLACION ANTERIOR (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1984).

Se promueve el desahucio por extinción del plazo contractual de la finca arrendada cuyo principal aprovechamiento es ganadero ante el Juzgado de Cazalla de la Sierra, que la admitió, confirmando la Audiencia de Sevilla

No triunfa el recurso de revisión. El recurrente entiende que debían seguirse los trámites de la nueva Ley de 1980, pero hay que rechazarlo porque cuando se publicó la Ley de 1980 y comenzó a regir ya se hallaba en tramitación este proceso, iniciado por la presentación de la demanda, por lo que es absurdo exigir un nuevo comienzo del mismo proceso, ya que había de seguir por la normativa vigente al iniciarse, en cuanto que las partes no optasen por continuar por los trámites que la nueva Ley señala, ya que el procedimiento a seguir, a falta de opción de los interesados es el anterior, según la disposición transitoria cuarta del Código Civil, pues seguir otro criterio implicaría dar efecto retroactivo a las normas procesales de la Ley de 1980, contra el principio general del artículo 2 del Código Civil.

C. R. R.

RETRACTO.—EN LOS CASOS DUDOSOS HAY QUE ESTAR AL PRECIO REAL, AUNQUE DIFIERA BASTANTE DEL QUE FIGURA EN LA ESCRITURA Y ESE SERA EL QUE SE HA DE REEMBOLSAR POR EL RETRAYENTE (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1984).

Se interpone demanda de retracto ante el Juzgado de Vinaroz, que la desestimó por falta de *litis consorcio* pasivo, sin entrar a conocer el fondo del asunto. La Audiencia de Valencia revocó la anterior y declaró el derecho a retraer la finca previo pago de la cantidad que se fija como precio real de la misma, junto con los gastos del contrato y restantes del artículo 1.518 del Código Civil.

Es desestimado el recurso de casación. No es admisible como precio real el que aparece en la escritura de 40.000 pesetas, y, de acuerdo con la racionalidad en la equivalencia de las prestaciones y con la doctrina del enriquecimiento injusto, pues resultaría desproporcionado con el real fijado por la prueba pericial en la suma de 2.300.000 pesetas, lo que forzó a la Sala de instancia a la admisión del retracto, pero mediante el reembolso de esta última cantidad como precio verdadero. No hay una

regla absoluta para determinar el reembolso que el retrayente ha de satisfacer, máxime cuando las situaciones creadas por los intereses en juego pueden prestarse a relativizar y aun a disfrazar los datos concretos de las operaciones transmisivas. De ahí que las soluciones jurisprudenciales sean distintas y posiblemente antagónicas con el deseo de llegar a una solución justa. Predomina en la jurisprudencia la corriente que establece en los casos dudosos, tanto cuando no hay constancia del precio como cuando el que aparece es desproporcionado o inferior al valor de la finca vendida que hay que estar por razón de justicia al precio real, es decir, a la cantidad en metálico que se ha entregado por el comprador y, por tanto, conocido el verdadero precio, ese será el que se ha de reembolsar aunque no coincida con el de la escritura y es aquél el que debe prevalecer frente a éste. El precio escriturado ha de ceder frente al real, de acuerdo, por lo demás, con la doctrina del alcance relativo de la fe pública notarial al respecto, sólo vinculante en cuanto a la fecha y al hecho del otorgamiento.

C. R. R.

IV. SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGADO DE COSA AJENA.—BIEN COMUN DEL MATRIMONIO. Artículos 861 y 864 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1985).

Cada uno de los cónyuges catalanes era dueño de la mitad indivisa de una casa, sin que la sentencia resulte el título de su adquisición ni el régimen económico matrimonial. Ambos cónyuges otorgan sendos testamentos notariales en cada uno de los cuales legan a sus tres únicos hijos por partes iguales el referido inmueble, adjudicando cada una de las tres plantas de que consta a cada uno de los tres hijos. Fallecido el padre, vienen los hijos y la madre contribuyendo a los gastos de la casa, parece ser que en la proporción correspondiente a la adjudicación hecha por el padre, es decir, por partes iguales entre los tres hijos y posteriormente la madre otorga nuevo testamento instituyendo única heredera a su hija, sin que en la sentencia se contenga dato que permita saber en qué medida se respeta la legítima de los otros dos hijos. Fallecida la madre, la hija otorga escritura adjudicándose como heredera de su madre la propiedad de la mitad indivisa de la casa y en base a la misma ejercita acción de división solicitando que se la adjudiquen dos de las tres viviendas de la casa y que la vivienda restante se adjudique por iguales partes indivisas a sus dos hermanos, quienes, a su vez, se oponen a la demanda por entender que, conforme al testamento paterno, debe adjudicarse a cada uno de ellos una vivienda y su hermana la vivienda restante, pidiendo, además, que su hermana les satisfaga lo que les corresponde por legítima materna.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 estima la demanda, pero la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revoca la

Sentencia del Juzgado y adjudica a cada uno de los tres hijos uno de los pisos del inmueble, conforme al testamento paterno, debiendo entregar la hermana a sus hermanos lo que les corresponda por legítima materna.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora, conforme a las siguientes consideraciones:

Que las actuaciones de las que trae causa el presente recurso se iniciaron con la demanda entablada por la actual recurrente, ejercitando la acción *communi dividundo* del artículo 400 del Código Civil, contra sus dos hermanos —ahora recurridos— en relación con una casa sita en la ciudad de Badalona, que tenían en régimen de comunidad indivisa, adquirida por herencia de sus padres —a su vez copropietarios *pro indiviso*, sometidos en su matrimonio al régimen de separación de bienes—, alegando que, a cada uno de ellos, correspondía una tercera parte de la mitad indivisa, según el testamento del padre de 23 de marzo de 1962, mientras que la actora era propietaria exclusiva de la otra mitad también indivisa, por lo que le correspondían las dos terceras partes indivisas del inmueble, frente a la tercera parte restante de sus hermanos, que suponía la sexta parte de cada uno; solicitud que se concretaba con la fórmula de propiedad horizontal del párrafo 2.º del artículo 401 del Código, completándose con la declaración de satisfacer la legítima de sus hermanos y la reserva de cuantos derechos le correspondiesen para su determinación y fijación. La pretensión se estimó parcial, pero esencialmente por la sentencia de primer grado, pero en cambio, con revocación de ésta, fue rechazada por la que ahora se recurre, que desplazó el tema del debate, de la división en sí, al del objeto de lo que debía dividirse, dependiente de las titularidades adquiridas por los hijos litigantes, de la herencia de sus padres y consiguientemente, al contenido de las disposiciones testamentarias de éstos, pues en la demanda inicial se silencia el hecho fundamental de que el mismo día —y ante el mismo Notario—, es decir, el 23 de marzo de 1962, la madre también otorgó testamento y ambos tenían un contenido idéntico, referido a la mitad de la casa objeto del litigio en la que, como dicho queda, cada uno tenía la mitad indivisa, atribuyendo al otro recíprocamente, en usufructo la mitad propia y legando a cada uno de los tres hijos la nuda propiedad, añadiéndose —en los dos testamentos— que al consolidarse en dicha nuda propiedad el usufructo que lega —al marido en uno, a la mujer en el otro— poseerán los hijos la finca, en régimen de propiedad horizontal, señalándose incluso —igualmente en los dos testamentos— el piso que corresponderá a cada uno de los hijos; lo cual acredita, por sí solo, que en cada uno de los dos testamentos se otorga un legado de cosa ajena, válido según el artículo 861 del Código Civil, de cosa cierta y determinada, en el que los dos testadores saben perfectamente que se trata de cosa ajena, justo porque afecta a la otra mitad indivisa de la cosa, que, junto con la propia, que dejan en usufructo a su cónyuge, integra la totalidad del inmueble: disposición testamentaria y legado de cosa ajena, que fue respetado cuando el 11 de octubre de 1966 se realiza el acto de manifestación de bienes e inventario de la herencia del padre en el que actúa la madre utilizando

el poder que desde Suiza le envía uno de sus hijos (José), que otorga la autorización para proceder «en la forma ordenada por el padre en su testamento»; y que no se desvirtúa con el nuevo testamento que otorga la madre-viuda, el 4 de abril de 1979, donde nombre heredera universal a la hija que inicia el pleito y ahora recurre, porque no se menciona para nada la cosa litigiosa, constando la existencia en su patrimonio individual de otros bienes de otros parientes de la testadora, ni contiene cláusula derogatoria, ni puede afectar a la validez del legado referido, por imperativo del precepto del artículo 861 del Código. Razones todas que conducen a la desestimación del motivo primero del recurso, donde por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación del 864 del mismo Código, precisamente porque el legado se refiere a parte de la cosa —la mitad— es cierta y determinada, con plena validez legal que obliga a su cumplimiento.

Que el motivo segundo, amparado procesalmente en el mismo número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se impugna la interpretación llevada a cabo por el Juzgador, denunciando violación del 675 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de este Tribunal Supremo que cita, que tampoco es susceptible de estimación justo con base en la reiterada doctrina jurisprudencial invocada, referente a una materia en la que, como se dijo en la Sentencia de 3 de abril de 1965 «a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos *inter vivos*, en los que, al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también su punto de partida en las declaraciones del testador su principal finalidad es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación —causante y herederos—, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento, como ya se dijo, entre otras, en las Sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de junio de 1947 y se reitera en las de 20 de abril de 1965, en el sentido precisado en las de 12 de febrero de 1966 y 9 de junio de 1971, de completar aquel tenor literal, con el lógico, el teleológico y el sistemático, al modo como hizo en este caso con acierto el Tribunal *a quo*, al tener en cuenta la existencia de los dos testamentos de los dos padres de los después litigantes, viniendo a completarse recíprocamente, pensando en el destino de la casa en litigio, una vez que ellos hubieran desaparecido, equitativamente atribuido entre los tres hijos, con la fórmula jurídica ya referida, del legado de cosa ajena legalmente válido, que respetó tanto la manifestación de bienes e inventario de la herencia del padre como el posterior testamento de la madre de 4 de abril de 1979, donde, como se dijo, designa heredera universal a la actual recurrente, sin mencionar el bien discutido; frente a lo que resultan inoperantes los alegatos del recurso, basados en meras suposiciones o deducciones, pues asimismo la doctrina jurisprudencial, de la que son muestra las Sentencias de 2 de noviembre de 1957 y 5 de octubre de 1970, es reiterada al declarar que «es de la incumbencia de los Juzgadores de instancia el fijar el sentido y alcance de las cláusulas

testamentarias, debiendo prevalecer su criterio sobre el de los recursos, siempre que no aparezca evidenciado el de aquéllos en términos que contrarie la voluntad expresa del testador, insistiendo la doctrina en que cuando meramente se trata de interpretación de cláusulas, es menester que el error resulte *muy manifiesto* en la sentencia recurrida o en otros términos que se patentice de modo claro», lo que sin duda no se consiguió en el caso que se examina.

Que como consecuencia de cuanto antecede, son igualmente desestimables los restantes motivos que se formularon todos ellos por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, pues el motivo tercero denuncia aplicación indebida de la doctrina contenida en el principio jurídico según el cual «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», recogida en las Sentencias de este Tribunal Supremo que cita, siendo así que la sentencia recurrida no lo aplica, como el propio recurso reconoce al decir que «la Sala de instancia *hace referencia* en el considerando séptimo a los actos propios»; y, en efecto, se «refiere» a ellos, como se vio al confirmar la interpretación realizada, con la actitud de la madre de los litigantes, al morir el padre, en relación en primer lugar con el poder que le envió desde Suiza su hijo José, donde expresamente se dice concedida la autorización para actuar «en la forma ordenada por el padre en su testamento» como en verdad se hizo, aceptando pura y simplemente el testamento, así como los legados y la herencia del causante, reconociendo la exactitud de las manifestaciones que en él consignó el testador con renuncia expresa de la cuarta falcidia y dejando en suspenso la adaptación de la finca al régimen de propiedad horizontal mientras subsistiera el usufructo correspondiente de la madre; y asimismo por la actitud individual de la madre mantenida durante trece años y cuando otorga nuevo testamento en 1979, nombrando a la recurrente heredera universal, no menciona la cosa litigiosa ni hace alusión derogatoria del anterior, ni tampoco del legado establecido por su fallecido marido; todo lo cual implica la utilización de estas circunstancias para obtener la verdadera voluntad del testador, pero no supone la aplicación de la alegada doctrina de los «actos propios», como pretende el recurso que, en todo caso, lo sería en sentido contrario. A su vez, el motivo cuarto lo que denuncia es también violación del párrafo primero del artículo 737 del Código Civil, en el que se establece que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas», cuyo alcance no se comprende fácilmente, pues se quiere referir a la idea de que el sobreviviente (la madre, segunda testadora) no puede disponer libremente, revocando su decisión anterior, cuando la realidad ya acreditada es que lo discutido no sólo no revoca algo precedente, sino que verdaderamente lo confirma, que, por otra parte, no podría desconocer la eficacia del legado instituido por el marido, a tenor, según se dijo, de lo dispuesto en el artículo 861 del Código. Y, finalmente, en el motivo quinto lo denunciado es, igualmente por violación, el párrafo primero del artículo 739 del mismo Código y de la doctrina de este Tribunal Supremo, recogida en las sentencias que cita, precepto, según el que «el testamento anterior queda revocado de Derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo

o en parte», siendo de recordar, una vez más, la compatibilidad entre los dos testamentos, al no mencionarse en el segundo la casa en litigio, que debe conectarse con los otros bienes de la testadora, así como la validez del legado del padre, que le concede el artículo 861 del Código, no impugnado, ni tan siquiera cuestionado por la propia testadora.

COMENTARIO.—Si, como dice el artículo 659 del Código Civil, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones *de* una persona, que no se extingan por su muerte», ¿cómo es posible suceder en bienes que no pertenecían a la persona fallecida?

Por supuesto, esto no es posible en la sucesión intestada. Pero cuando la sucesión se defiende en virtud de testamento existe la posibilidad de que, en alguna forma, el testador pueda dejar a un sucesor bienes cuya propiedad no le pertenece en el momento de su muerte. Una de estas posibilidades las ofrece el legado de cosa ajena, que exige que la cosa, en principio, tampoco pertenezca al testador al tiempo de otorgar el testamento. Se trata del legado de una cosa o un bien cuya propiedad pertenece a persona distinta del testador, bien porque éste nunca tuvo su propiedad, bien porque habiéndola tenido la transmitió a otra persona, en el bien entendido que la cosa puede ser totalmente ajena o sólo pertenecer en parte a otra persona.

El origen de esta peculiar figura jurídica, que contradice el principio según el cual nadie puede disponer de aquello que no le pertenece, se encuentra en el Derecho romano, donde el *legatum rei aliunde* surgió merced a una paulatina evolución y a la aproximación, en virtud de la misma, de los dos tipos fundamentales de legado, uno el llamado *legatum per vindicationem* (al que se asimiló el *legatum per praeceptionem*), que transmitía directamente la propiedad de la cosa legada del testador al legatario, y otro, el *legatum per damnationem* (al que se equiparó el *legatum sinendi modo*), en que no tenía lugar tal adquisición directa de la propiedad por el legatario, sino que éste ostentaba únicamente un derecho de crédito que podía hacer valer contra el heredero, dirigido a que éste le entregase la cosa legada transfiriéndole la propiedad de ella; de modo que el heredero, si aceptaba la herencia, quedaba obligado a entregar la cosa al legatario. Para evitar los posibles inconvenientes derivados del primer tipo de legados en los que, como su finalidad era la transmisión directa de la propiedad del testador al legatario, resultaba que el legado era nulo e ineficaz si el testador no era propietario de la cosa legada, pues nadie puede transmitir más de lo que tiene, se estableció, en virtud de sucesivas generalizaciones (Senadoconsulto Neroniano, Constituciones de Antonino Pío y de Justiniano) que todo legado, independientemente de la fórmula empleada al ordenarlo, originaba un derecho de crédito a favor del legatario y en contra del heredero, siendo así válido, aunque la cosa legada no fuese propiedad del testador, siempre que éste, al disponer el legado, supiese efectivamente y estuviese completamente cierto de que la cosa que legaba era de propiedad ajena, supuesto en el que el heredero venía obligado a adquirir la cosa legada (verbigracia: comprándola a quien fuera su dueño) para entregarla al legatario, y si esto no era posible, debía entregar al legatario la justa estimación de la cosa, esto es, su justo valor. En cambio, si el testador

al ordenar el legado creía que le pertenecía la cosa que legaba, este error viciaba la manda y el legado era nulo. En caso de duda acerca de la creencia del testador, se presumía por la ley que el testador creía ser dueño de la cosa al legarla, con la consecuencia de la nulidad del legado; lo cual es lógico, pues normalmente nadie dispone sino de aquello que le pertenece y el legado de cosa ajena es una figura excepcional, cuya interpretación, como figura establecida *contra tenorem rationis*, ha de ser restrictiva, sin presumirse su existencia; pero esta presunción favorable a la nulidad del legado no era absoluta, ya que se admitía la prueba hecha por el legatario demostrando que el testador sabía que la cosa legada era ajena, manteniéndose en tal caso la validez del legado.

Entre los textos romanos relativos a esta figura puede citarse un texto de Marciano en el *Digesto* (22, 3, 21), según el cual *non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam praestare, vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare... Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sociebat alienam rem esse, non et, si ignorabat; forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. El ita vidus Pius rescripit; et verius esse, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, ignorasse alienam; quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* («Pueden legarse no sólo las cosas del testador o del heredero, sino también las de otro, de modo que el heredero esté obligado a comprarlas y entregarlas al legatario, o bien a darle su valor, si no puede conseguirlas... Lo que hemos dicho que puede legarse una cosa ajena, debe entenderse si el testador sabía esta circunstancia, y no si lo ignoraba, pues en este caso tal vez no la hubiera legado. Así lo estableció un rescripto de Antonino Pío, el cual decidió también que incumbía al demandante, esto es, al legatario, probar que el testador sabía que la cosa era ajena; y no al heredero probar que lo ignoraba; porque la carga de probar corre siempre a cargo del que demanda»). De modo que, según este texto, el legado de cosa ajena tenía sólo lugar cuando la cosa legada no pertenecía ni al testador ni al heredero.

Las legislaciones modernas no suelen admitir el legado de cosa ajena, mostrándose por lo general hostiles a esta figura. Así, el Código Civil francés establece que «cuando el testador lega una cosa ajena el legado es nulo, con independencia de que el testador sepa o no que la cosa es ajena» (art. 1.021). Pero en este punto el Código Napoleón no fue seguido por el proyecto español de 1851, cuyo artículo 679 aceptaba la solución romana, y que ha pasado sustancialmente a los actuales artículos 861 y 862, de los que resulta que la piedra de toque para determinar la validez o la nulidad del legado de cosa ajena es una circunstancia puramente subjetiva e interna: la certidumbre o certeza por parte del testador al tiempo de disponer el legado, esto es, al otorgar el testamento, acerca de la propiedad de la cosa legada; si el testador sabe en ese momento que la cosa legada es ajena, el legado es válido; si el testador ignora que la cosa legada es ajena, es decir, cree que es de su propiedad, el legado es nulo. La solución no ofrece dificultad cuando el testador, al otorgar su última voluntad, manifiesta en el mismo testamento quién es el dueño de la cosa legada (por ejemplo: «Lego a Z el piso X propiedad de Y») o bien emplea una fórmula expresa (vgr.: «Es mi voluntad que

valga el legado incluso en el caso de no pertenecerme la cosa legada»), pero suscita dificultades cuando el testador calla acerca del particular. Algunas legislaciones, como el antiguo Código sardo, exigían para la validez de este legado que el testador expresara en el mismo testamento que la cosa era propiedad de otro. Esta norma de prudencia es la seguida normalmente por los Notarios, quienes al redactar un testamento comienzan por preguntar al testador sus circunstancias personales y los bienes que le pertenecen (gananciales o privativos, si es casado o viudo, pues puede estar pendiente la liquidación de la sociedad conyugal), bien en su totalidad, bien en proindivisión con otras personas. A falta de tal especificación, nuestro Código opta, en principio, por la nulidad del legado, a menos que el legatario favorecido pruebe —y esta prueba parece que ha de ser *plena*, no siendo suficiente la mera prueba indiciaria o conjetural— que el testador sabía que la cosa legada no le pertenecía.

Es curioso que esta sentencia viene a decir que el testamento posterior de la madre instituyendo heredera universal (*sic*) —todo heredero, salvo el instituido en cosa cierta y aun respecto a éste hay opiniones diversas, es heredero universal, pues el carácter de tal no lo da el *quantum* de lo que se adquiere, sino el propio título de heredero— a su hija sin mencionar la finca legada en otro testamento anterior, no produce la revocación de éste en cuanto al inmueble legado; sino, que, a mayor abundamiento, entiende que el segundo testamento sólo revoca al anterior en lo que sean incompatibles («siendo de recordar, una vez más, la compatibilidad entre los dos testamentos, al no mencionarse en el segundo la casa en litigio.... así como la validez del legado del padre... no impugnado, ni tan siquiera cuestionado por la propia testadora», dice el último de los considerandos). Realmente parece que no es este el sentido en que tradicionalmente se venía entendiendo el alcance del artículo 739, párrafo 1º, del Código Civil. Pero, en última instancia, el fundamento de la validez del legado no está tanto en el primer testamento de la madre o en la conservación de su eficacia en cuanto al legado no obstante el otorgamiento de otro testamento posterior por la misma testadora, sino en el respeto por ésta del legado hecho por su marido en el testamento de éste («... que respetó tanto la manifestación de bienes e inventario de la herencia del padre como el posterior testamento de la madre », expresa el segundo considerando).

F. C. L.

FUNDACION TESTAMENTARIA (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara haber lugar a la casación parcial —por falta de previos requisitos procesales— de la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria en parte de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santiago de Compostela, conforme a las siguientes consideraciones de las que se desprenden claramente las pretensiones de ambas partes.

Que por disposición testamentaria, carente de herederos forzosos, doña A. G. R. dispuso, el 7 de junio de 1909, crear una Institución Benéfica (asilo de ancianos de ambos sexos), denominada «Asilo de San Cástor y Santa Adelaida», dirigido por las Hermanas de los Pobres; designó patronos permanentes al Arzobispo de Santiago, al Alcalde y al Rector de la Universidad, sin más intervención del Estado que la que las leyes vigentes determinen, y en el remanente instituyó herederos a su sobrina y al esposo de ésta; tal fundación comenzó a funcionar, luego de constituida legalmente mediante la entrega de los bienes (casa y bosque) en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad de Ordenes a favor de la nueva persona jurídica así creada, siendo clasificada como de Beneficencia particular por Real Orden de 17 de julio de 1917.

Que con el alegato de que la fundación había dejado de funcionar y desaparecido el asilo (aunque según la sentencia de instancia parece que se explota por el Arzobispado la madera de la finca), los causahabientes —a través de varias delaciones hereditarias— de la fundadora demandan al patronato indicado para que se declare la extinción de la entidad creada y los bienes, por reversión, vuelvan a dichos demandantes, compareciendo sólo en el juicio el patrono Alcalde de la ciudad de Santiago, pretensión que fue rechazada en ambas instancias, en la primera con la plena absolución de los patronos demandados y fundamento de que no existía cláusula de reversión a favor de los herederos ni legado modal alguno, pues que la fundación nació por disposición directa de la testadora, y los herederos son sólo del remanente, y en la segunda sentencia admitiéndose sólo la parte de la demanda en la que se solicitaba que se declarase que la fundación estaba extinguida y sin efecto por incumplimiento de sus fines, como así se dice en el fallo, que es lo que ahora se recurre por la fundación por medio de su patrono, en tanto que los herederos demandantes, que también recurren, dirigen su casación a obtener la reforma de la sentencia de instancia en el sentido de accederse a la entrega de los bienes a los mismos.

Que, dada la naturaleza procesal y de orden público del alegato contenido en el primer motivo del recurso formalizado por el Patronato de la Fundación, es decir, el de la excepción de existencia de litis consorcio necesario no apreciado por la sentencia de instancia (que según doctrina de esta Sala procede hacerse de oficio), por no haberse llamado a juicio y traído al proceso al Protectorado de la Fundación, integrado en la Administración del Estado, es procedente tratar ese tema en primer lugar, en cuanto su estimación o rechazo es obviamente determinante de la posibilidad de entrar en el conocimiento del fondo del litigio, cuya validez depende de que en él se oiga a quien o quienes pueda afectar el fallo que recaiga, según hoy es norma constitucional incluso (art. 24 Constitución Española).

Que presupuesto que las fundaciones para ser tales han de perseguir «fines de interés general», según manda hoy el artículo 34 de la Constitución, ello no obsta para que su nacimiento (creación) como persona jurídica venga determinado por la voluntad o acto fundacional (normalmente testamentario), sin necesidad de acto administrativo previo, con personalidad jurídica desde el momento de su constitución (y así lo decía ya el artículo 9.º del Real Decreto de 27 de diciembre de 1912, sobre funda-

ciones benéfico-docentes y corroboró la Sentencia de 7 de abril de 1920), lo que a su vez no impide, o más bien obligue, a que precisamente por la defensa de ese interés tenga la Administración del Estado la pertinente y oportuna participación en la gestión, vigilancia y cumplimiento de los fines fundacionales, comenzando por la clasificación administrativa de la fundación (hecho en el caso de autos por la Real Orden de 17 de julio de 1917) y ejerciendo el protectorado de las mismas, a tenor de los artículos 1.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre fundaciones de beneficencia mixta, y 1.º y 7.º de la subsiguiente instrucción para el ejercicio del protectorado, complementados por los 64 y 67 de la misma, que en concreto vienen a establecer que corresponde al protectorado estatal «autorizar a los representantes legítimos de las fundaciones para defender los derechos de éstas ante los Tribunales de Justicia» (art. 7.º, 4.º, de la Instrucción de 1889), autorización que «no se concederá sino cuando estuvieren agotados todos los procedimientos y recursos administrativos» (artículo 64, *idem*) y que «se necesitará expediente del Ministro de la Gobernación para (entre otras cosas) transigir un litigio que afecta a la Beneficencia» (art. 67, *idem*), normas todas ellas que obligan o bien a demandar conjuntamente al protectorado o bien a cumplir los requisitos previos indicados para entablar la demanda judicial contra la fundación, ya que ésta, según se declaró en Sentencia de esta Sala de 2 de abril de 1956, dictada en caso de beneficencia particular, sin la autorización del protectorado, carece de capacidad procesal para su defensa en juicio.

Que aún cuando en la estricta literalidad del concepto de litis consorcio pudiera discutirse su existencia, tal como se expone en el motivo estudiado, así obstaría también a la validez procesal de la acción entablada el incumplimiento de la previa reclamación a la que se alude en el motivo segundo del mismo recurso, no sólo por los preceptos que en él se citan como infringidos (arts. 533, 7.º, y 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 139 a 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo), sino por obediencia al artículo 64 de la Instrucción citada de 1889, por lo que, en definitiva, es obvia la necesidad de casar la sentencia impugnada en la parte dicha de su fallo, es decir, a declarar extinguida la fundación por falta de medios e incumplimiento de sus fines, por ser declaración hecha sin la audiencia de quien a ello tiene derecho, es decir, a ser oída al respecto.

F. C. L.

VI. PROCESAL

POR RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

HONORARIOS DEVENGADOS POR PERITO INFORMANTE EN UN PLEITO. CARACTER DE LA OBLIGACION DE PAGO. LITISPENDENCIA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Se trataba de la demanda entablada por un arquitecto técnico, que habiendo emitido informe en un pleito, en virtud de nombra-

miento por insaculación, reclamaba sus honorarios al demandado, que había propuesto la prueba pericial en el juicio correspondiente.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

El demandado formuló recurso de casación invocando, fundamentalmente, las alegaciones de exceso de jurisdicción, con presunta infracción del artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la excepción de litispendencia, por existir otro procedimiento judicial pendiente cuya resolución había de afectar al pleito de autos.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Estos son los pronunciamientos de la Sala, en cada uno de los extremos mentados.

Los anteriores razonamientos conducen a la desestimación de los tres motivos del recurso, pues: a) el primero de ellos, amparado en el ordinal 6.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y en el que se denuncia la inadecuación del procedimiento de menor cuantía autorizado para obtener el pago de unos honorarios periciales devengados en un proceso anterior, decae, tan pronto se tenga en cuenta que si, abstracción hecha de que haya o no condena en costas, la relación del Abogado, Procurador o Perito que intervienen en el pleito lo es con la parte que lo designa o a cuya instancia es designado y no con la parte contraria, es indudable que, con independencia del procedimiento privilegiado que en determinados supuestos se les concede para obtener el cobro de sus honorarios, siempre pueden acudir al proceso declarativo que corresponda para conseguir la satisfacción de sus pretensiones pecuniarias, por lo que no puede afirmarse que en el presente caso haya inadecuación de procedimiento; b) el segundo motivo, con el mismo apoyo procesal y en el que se acusa el exceso de jurisdicción al conocer de un asunto cuando estaba pendiente el proceso de mayor cuantía en el que se emitió el dictamen pericial, debe igualmente rechazarse, dado que tales honorarios, cuyo devengo se produce con la emisión del correspondiente informe, nada tiene que ver con el resultado del pleito, sin perjuicio, claro de que, si se produce una condena en costas, la parte vencedora, a cuya instancia se produjeron y directamente obligada con el perito, pueda incluirlos en la tasación de costas al objeto de que sean satisfechos por la parte condenada, bien voluntariamente, bien por la vía de apremio tras la correspondiente aprobación judicial, sin que, por otra parte, pueda hablarse seriamente de litis pendencia al exigir esta excepción la existencia de dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto, con la finalidad de evitar fallos contradictorios, y tratarse en el caso de litis del pago de unos honorarios que ninguna relación guardan con las pretensiones actuadas en el anterior juicio de mayor cuantía.

R. DE A. Y.

SIGNIFICADO DE LA ADHESION A LA APELACION. EFECTOS DE LA MISMA (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1985).

Hechos—La sociedad «G. E. E.» demandó a don E. C. C. y a la sociedad «C.», S. A., el importe de ciertos aparatos clínicos.

El Juzgado estimó la demanda en cuanto presentada contra «C.», S. A., pero la desestimó en cuanto a don E. C. C.

Apelada la sentencia por la actora y la sociedad demandada, la Audiencia la revocó, condenando al pago a don E. C. C., absolviendo a la sociedad condenada en primera instancia.

Formulado recurso de casación por don E. C. C., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Doctrina de la Sala.—Interesa únicamente la doctrina de la Sala sobre el motivo de casación que se refería a la violación de la doctrina legal relativa a la *reformatio in peius*. El Tribunal dice:

Considerando que el motivo no puede ser estimado, en cuanto en él se confunden dos aspectos perfectamente diferenciados en el ámbito de la segunda instancia; el contemplado en el artículo que se cita en el mismo, esto es, el 840 de la Ley Procesal; y el artículo 858, silenciado por completo cuando en realidad es fundamental, toda vez que: A) «G. E. E.», S. A., se adhiere a la apelación en forma, esto es, al amparo de lo dispuesto en el artículo 858 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cumpliendo lo dispuesto a tales efectos por la doctrina de esta Sala, o sea, señalando el ámbito de su adhesión que fijó en el correspondiente escrito y se refería a los particulares relativos a la absolución del recurrente en Primera Instancia y a la no imposición de las costas. B) La adhesión a la apelación, se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como un recurso de apelación autónomo, bien que subordinado, en cuanto al tiempo, consiguientemente, el que se adhiere al recurso se convierte en verdadero apelante en cuanto a los aspectos que han sido objeto de la adhesión (Sentencia de 8 de abril de 1888 y argumentalmente la de 30 de noviembre de 1964). C) El artículo 858 de la Ley Rituaria, ni condiciona ni limita el alcance y efectos de la adhesión, como aparece claramente del párrafo «sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia», sin excluir a ninguno de ellos, teniendo, en consecuencia, la Sala de Apelación plenas facultades para el estudio y tratamiento de los temas señalados en el pertinente escrito de adhesión (Sentencias de 16 de febrero de 1920, 25 de febrero de 1944, 22 de junio de 1948, 30 de junio de 1958, 30 de noviembre de 1964 y 20 de noviembre de 1976).

Considerando que la última motivación acusa violación de la doctrina relativa a la *reformatio in peius* contenida en las resoluciones que cita, toda vez que, según quien impugne, «G. E. E.», S. A., que recurrió juntamente con «C. E. B. E. N. C.», S. A., la sentencia de primera instancia, no se personó ante la Audiencia Territorial dentro del término del emplazamiento, por lo cual y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 848

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al quedar desierto el recurso, se produce respecto de los temas no impugnados la excepción de cosa juzgada, lo que se contradice en la sentencia combatida.

R. DE A. Y.

SIMULACION DE CONTRATO: PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA EJERCITARLA. REFORMATIO IN PEIUS EN CUANTO A LAS COSTAS IMPUESTAS EN PRIMERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1985).

Hechos.—La actora había formulado demanda contra su esposo, alegando la simulación que había concurrido en las ventas que el esposo había llevado a cabo, sobre unas fincas, en favor de una tía de este último; venta en la que se había alegado expresamente el carácter ganancial de los bienes y para cuya celebración había aportado el marido un poder obtenido de su esposa para la celebración de los actos, necesario en virtud del artículo 1.413 del Código Civil entonces en vigor.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda, sin expresa imposición de costas.

La Audiencia confirmó la Sentencia del Juzgado, imponiendo las costas de las dos instancias al marido apelante.

Se interpuso por el esposo recurso de casación, centrado, en lo que, importa, en dos motivos: la prescripción de la acción en cuanto a una de las ventas y la *reformatio in peius*, puesto que la Audiencia le había impuesto las costas de primera instancia, siendo así que la actora no se había adherido al recurso ante la Audiencia.

La Sala declara haber lugar al recurso sólo en cuanto a este segundo extremo. Ponente: don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—A continuación transcribimos los razonamientos de la Sala en cuanto a los dos puntos examinados, de doctrina que estimamos impecable y que no requiere comentario alguno.

Considerando que en adecuada consonancia con el resultado probatorio que se acaba de referir y en perfecta congruencia con lo que se pidió en la demanda, las dos sentencias de instancia son contestes en decretar la nulidad de los tres actos jurídicos, dos de venta y uno de declaración de obra nueva que constituyeron el objeto fundamental del debate habido, conclusión sancionadora que el recurso impugna, en el motivo primero, con amparo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denunciando violación por no aplicar el artículo 1.301, párrafos 2.º y 4.º, en relación con el 1.961, ambos del Código Civil, sosteniendo que de acuerdo con el primero, «la acción de nulidad durará cuatro años», que en los casos de «falsedad de la causa» «empezará a correr desde la consumación del contrato» y que, como quiera que las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo, la que aquí se ejercita estaba prescrita en 1978, que es cuando se presentó la demanda; motivación que tampoco puede ser acogida, porque la nulidad solicitada por la demandante, a la que acceden las dos sentencias de instancia, no es la simplemente relativa, consiguiente a la existencia en el acto

que se impugne, de alguno de los vicios del artículo 1.265 del Código Civil, o de falsedad de la causa del artículo 1.276, referido al caso de simulación relativa o disimulación que permite la prueba de otra verdadera y lícita que se oculta o disimula; supuestos, llamados de nulidad, en la errónea terminología de nuestra ley que, propiamente, son de «impugnabilidad» o anulabilidad, susceptibles de la confirmación o sanación del artículo 1.310 y con el límite temporal impugnatorio de los cuatro años del 1.301. Por el contrario, aquí se trata de la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho, que tiene lugar cuando el acto es contrario a las normas imperativas y a las prohibitivas (art. 6, 3, del Código Civil) o cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales, como sucede en el caso del contrato, pues según el artículo 1.261 *no existe* («*no hay contrato*») si falta el consentimiento, el objeto o *la causa*; y al faltar aquí esta última, la consecuencia ineludible es la del artículo 1.275, a cuyo tenor, «los contratos *sin causa... no producen efecto alguno*», estando, consiguientemente, al margen de posibilidad sanatoria y de todo plazo prescriptivo, justo por ser la expresión del *nada jurídico*, que siempre y en todo momento puede ser alegado.

Considerando que el motivo cuarto impugna el pronunciamiento relativo a la condena en costas y se invoca como subsidiario del tercero, para el caso de que violación en éste denunciada por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal debiera serlo por la vía del número 3.º del referido precepto, motivo este cuya razón de ser se centra en que la sentencia recurrida otorga más de lo pedido, ya que el apelado y hoy recurrido no se adhirió a la apelación en su momento oportuno, sino que se limitó a interesar la confirmación de la sentencia impugnada. La motivación debe prevalecer, en cuanto en lo que a este respecto se refiere la resolución impugnada, al condenar al hoy recurrente en las costas causadas en primera instancia no obstante no haberle sido impuestas, supone infringir el principio de la *reformatio in peius*, ya que si bien es cierto que la hoy recurrida y en su momento actora en el trámite de vista de la apelación se adhirió a la misma pidiendo concretamente la condena en costas de la parte contraria, no lo es menos que el artículo 858 de la Ley Procesal establece que en el escrito de instrucción, en la segunda instancia, podrá el apelado «adherirse a la apelación sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia», y se agrega «ni antes ni después podrá utilizar este recurso».

Considerando que es, por tanto, evidente la intrascendencia y subsiguiente improcedencia de la alegación que *in voce* hizo en el acto de la vista de apelación la parte recurrida (Sentencias de 23 de junio de 1948 y 9 de diciembre de 1954), y de ahí que el hecho de haber condenado la resolución impugnada al abono de las costas causadas en primera instancia al hoy recurrente, sin que tal pronunciamiento se hubiera hecho en la misma ni el apelado se adhirió a la apelación en la forma prevenida por el citado precepto de la Ley Rituaria, dan lugar a que el referido pronunciamiento de la sentencia recurrida incida en la infracción de la *reformatio in peius* y motive la estimación del motivo.

CLAUSULA PENAL Y AUTONOMIA PRIVADA. RELACION CON LA LEY DE USURA (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1985).

Hechos.—Los actores, copropietarios de un edificio, ofrecieron la parcial ocupación gratuita de la primera planta al Ayuntamiento de C., a fin de que sirviera al destino provisional de instalación de la plaza de abastos, cesión precaria a la que se fijó la duración máxima de año y medio. Extinguido el plazo en cuestión, la Corporación demandada no desocupó la planta cedida hasta el 29 de diciembre de 1976, es decir, con demora de 2.039 días. Por ello, los demandantes reclamaban la suma de 10 340.000 pesetas, atendida la penalización convenida por cada día de retraso, cifrada en 5.000 pesetas.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda, condenando al Ayuntamiento al pago de 2.500.000 pesetas, más el interés legal desde la fecha de la firmeza de la sentencia.

Apelada ésta por el Ayuntamiento, la Audiencia la revocó parcialmente y, estimando también en parte la demanda, condenó al apelante a satisfacer a los actores la suma de 10.195.000 pesetas.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por la Corporación demandada. Ponente: don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala—La recurrente había invocado, fundamentalmente, la Ley de usura de 23 de julio de 1908, por entender que la cláusula penal entrañaba una operación «sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero». Se alegaba también la pertinencia de moderar la pena por criterios de equidad, así como la fuerza mayor en que había consistido el retraso en la contratación de la obra pública precisa para dar por terminada la ocupación del local. Esta última alegación no constituyó motivo de casación, pero la Sala la menciona a pesar de todo.

Reproducimos los razonamientos de interés de esta documentada sentencia.

Considerando que contra tal pronunciamiento se alza el motivo primero del recurso, amparado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denunciando la infracción por no aplicación del artículo 1.255 del Código Civil «en cuanto prohíbe que los contratantes establezcan pactos, cláusulas y condiciones contrarios a las leyes, del artículo 1.275, en cuanto declara nulos y sin efecto alguno los contratos cuya causa se opone a las leyes, y de los artículos 1, 2, 8 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, conocida por la «Ley de usura», alegando a tal efecto que la cláusula penal contenida en el apartado b) del escrito aceptado por la Corporación («por cada día de retraso, a partir de la fecha indicada, el Ayuntamiento nos abonará como penalización la cantidad de 5 000 pesetas») entraña una operación «sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero», que atendido el valor en renta del edificio debe ser calificada de usuraria; impugnación que no puede prevalecer, por las siguientes razones: Primera: La pena convencional, con su función coercitiva o de garantía y punitiva ya recordadas por el Derecho histórico («penas ponen los omes a las vegadas en las promissiones que fazen, porque sean más fir-

mes o mejor guardadas», en gráfica expresión de la Ley 34, título II, Partida quinta), a las que en el caso debatido se une la liquidatoria de los daños y perjuicios por incumplimiento, puede constituir, en efecto, una obligación accesoria incorporada a la principal para formar en conjunto una operación de préstamo usurario o leonino, pero es claro que este punto deberá ser investigado atendiendo a las circunstancias del caso en cuanto son reveladoras del fin perseguido y de la auténtica voluntad de las partes, y no se oculta que por mucha que sea la amplitud con que se actúe en la aplicación de la norma del artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1908 siempre será menester que el contrato básico verse o conlleve un desplazamiento de numerario, como ya había previsto la legislación alfonsina («mas si la pena fuese puesta *sobre quantía cierta que prometiesse alguno de dar*, si aquel que recibe la promisión es ome que aya usado de recibir usura, entonce non es tenuto de pechar la pena el que fizo la promisión, maguer non lo cumpla al plazo»: Ley 40, título II, Partida quinta) y lo resaltó el más autorizado comentarista del Proyecto de 1851, según el cual «cuando la obligación sea de *cantidad determinada* es imposible escapar a la tasa (de intereses) del artículo 1.650», que es prohibitorio, y no puede ser eludido por medios indirectos, como también lo corroboran las peculiaridades de la situación resuelta por la Sentencia de 5 de noviembre de 1955, citada por el recurrente en apoyo de su tesis. Segunda: Es manifiesto que ninguna relación guarda con las disposiciones de la Ley especial aludida la cesión gratuita de vastos locales durante dieciocho meses, por más que se incorpore una promesa accesoria para la hipótesis de incumplimiento, «puesta a placer de amas las partes», consistente en el pago de una cantidad diaria por la injusta retención y en cifra que tampoco podría tenerse por exorbitante atendida la superficie del inmueble y su destino; a todo lo cual cabe añadir que según destaca la resolución combatida, la petición reconventional instando «la nulidad por usurario del convenio litigioso, es firme en razón del aquietamiento del Ayuntamiento con el pronunciamiento desestimatorio que el fallo (del primer grado) en tal sentido recoge». Tercera: El principio de la autonomía de la voluntad en la esfera de la contratación, manifestado en la fuerza obligatoria de lo pactado (*lex privata*) con vinculación de los declarantes, que habrán de ajustar su conducta a la reglamentación libremente convenida, cierto que no será aplicable si los pactos están teñidos de ilegalidad o son reprobados por la moral, según preceptúa el artículo 1.255 del Código sustantivo, máculas que no pueden ser reprochadas a la cláusula penal de que se trata, pues no se halla incursa en la Ley de Usura ni es cláusula contraria a las pautas de moralidad, ya que no cabe desconocer, como indica el Tribunal *a quo* con recto juicio, el reiterado incumplimiento imputable al Ayuntamiento de C., al que tampoco es permitido escularse en el caso fortuito, dado que ninguna relación guarda con el *casus* «la mayor o menor dificultad que provoque la dilación en la contratación de una obra pública, circunstancia no sólo previsible sino normal y de obligada previsión, por ser lo ordinario, para el técnico o administrador de toda Corporación local». Cuarta: La cuantía mayor o menor de la *stipulatio poenae* es de todo punto ajena al problema de la posible ilicitud de la causa, determinante de la radical nulidad del negocio con arreglo al artículo 1.275, cuando es pa-

tente que la obligación principal (devolución de la finca en el plazo pactado), cuyo cumplimiento se refuerza con la amenaza de ejecutar la obligación accesoria, carece de cualquier vicio invalidante.

Considerando que descartada por los mismos fundamentos la viabilidad del motivo segundo del recurso, que acusa violación por no aplicación de los artículos 1.255 y 1.275 del Código Civil, igual suerte adversa ha de correr el motivo tercero, basado en la inaplicación del artículo 1.154 del propio Código; pues firme en casación el aserto de que hubo por parte de la Entidad local un grave y reiterado incumplimiento, ha de operar la cláusula penal en todo su alcance y efectos, sin que sea permitido moderarla por criterio de equidad, pues la modificación es improcedente si el deudor incurrió de modo total en la irregularidad sancionada con la pena, respecto de la cual es irrelevante la alegación de que resulta desproporcionada o abusiva, según ya advirtió esta Sala en Sentencia de 13 de julio de 1984.

R. DE A. Y.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PRESCRIPCION.—DOCUMENTO PRIVADO. FECHA DEL DOCUMENTO A EFECTOS DE PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—En cuanto a la cuestión planteada en el procedimiento son hechos determinantes, en primer término, la formalización de Acta por la Inspección Técnica Fiscal del Estado el día 31 de enero de 1972, respecto a empresa deudora de un préstamo, que había sido objeto de la correspondiente liquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; pero por lo consignado en el balance de la empresa inspeccionada se deducía que el crédito había sido cedido, en cuanto aparecían como acreedores empresas distintas a la que en principio consta como prestamista, y la cesión correspondiente no aparecía que hubiera sido presentada a liquidación por el referido Impuesto; actuación inspectora la referida que dio lugar a investigación administrativa, en primer término respecto de la empresa deudora, y posteriormente sobre las cesionarias del crédito domiciliadas en el extranjero, mediante comunicación recibida por éstas el día 31 de enero de 1973; las que alegaron en las actuaciones administrativas: que la cesión del crédito había sido otorgada en fechas 28 y 29 de noviembre de 1967; que el día 30 del mismo mes de noviembre la empresa deudora dirigió escrito al Instituto Español de Moneda Extranjera comunicándole la existencia de la cesión del crédito y rogándole, ante la necesidad de hacer pago del primer plazo de la amortización se le concedieran las divisas necesarias para realizarlo; a la que contestó dicho Organismo, mediante comunicación fechada en 1 de diciembre del mismo año 1967, que tomaba nota del cambio del prestamista en la operación crediticia, y al mismo tiempo da su conformidad para que a través de una entidad bancaria se curse petición de moneda por la suma de un millón de dólares para satisfacer el primer plazo de amortización del préstamo; siendo consecuencia de tales hechos que estaba prescrita la acción para liquidar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales correspondiente a la cesión del crédito.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Pérez Tejedor, se muestra partidario de aplicar la prescripción del impuesto pretendida en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de 25 de agosto de 1939 el Instituto Español de Moneda Extranjera era en 1973 una entidad de Derecho público, dotada de personalidad jurídica, regida por dicha Ley sus Estatutos, dependiente directamente, por razón de lo dispuesto en el Decreto-ley de 6 de febrero de 1962 del Ministerio de Comercio, y como la Administración del Estado actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única, como dispone el artículo 1.º de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957, en concordancia con los artículos 2 y 40 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, entonces vigente, la comunicación de dicho Instituto cursada con fecha 1 de diciembre de 1967, mediante la que expresamente indica que toma nota del cambio de prestamista, tiene la consideración de prueba documental pública, por lo dispuesto en el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditativa de que la cesión del crédito había sido efectuada con anterioridad a dicha fecha; lo que, en relación con la prescripción del derecho a liquidar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, ha de tener el correspondiente efecto, pues la prescripción deriva de la inactividad del titular del crédito durante el plazo que la Ley señala al efecto, y el artículo 64 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, en relación con el artículo 132 del Texto Refundido de la Ley de Tarifas del Impuesto de Transmisiones aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, señala para esta prescripción el plazo de cinco años contados desde el día del devengo, por lo que habrá de estimarse, respecto a la transmisión crediticia referida, que el plazo quinquenal aplicable terminará como máximo el día 2 de diciembre de 1972, y cuando el 30 de enero de 1973 se realizan las primeras actuaciones de investigación respecto a las personas obligadas al pago de la liquidación impositiva, estaba prescrito el derecho para determinar la deuda tributaria.

Considerando que el artículo 133 del mismo citado Texto Refundido, aprobado por Decreto de 1967, establece que a efectos de prescripción en los documentos que deban de presentarse a liquidación se presumirá que la fecha de los privados es la de su presentación, a menos que con anterioridad hubiesen sido incorporados o inscritos en un Registro público o entregado o un funcionario público por razón de su oficio; y esa presunción legal estará afecta a lo dispuesto en el artículo 1.251 del Código Civil, conforme al que las presunciones establecidas por la Ley pueden destruirse por la prueba en contrario; por lo que si un organismo administrativo en el ejercicio de sus funciones tomó nota del cambio de prestamista en la operación crediticia el 1 de diciembre de 1967, como se ha probado en este procedimiento, queda destruida cualquier presunción de que esa misma transmisión pueda haberse otorgado después de dicha fecha, y carece en su consecuencia de fundamento bastante la pretensión de la parte apelante, fundamentada en lo dispuesto por dicho artículo 133.

C. M. A.

RECURSOS.—COMPETENCIA.—A EFECTOS DE RECURSOS CONTRA LAS LIQUIDACIONES, DEBE SER EXAMINADA, PREVIAMENTE Y DE OFICIO, LA COMPETENCIA POR RAZON DE LA CUANTIA, PARA PODER ENTRAR EN EL EXAMEN DE LAS CUESTIONES DE FONDO PLANTEADAS (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos —Una Promotora social de Centros privados adquirió, mediante escritura de permuta otorgada por cierto Ayuntamiento, terrenos para edificar centros docentes, solicitándose en la Oficina Liquidadora correspondiente que al girarse liquidación por el Impuesto de Transmisiones, se aplicase la reducción del 50 por 100 en la base imponible, establecida en el artículo 66, 1, letra C), apartado f), del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial desestima la reclamación, e interponiéndose recurso de alzada ante el Tribunal Central, dicho Tribunal, sin entrar a conocer del fondo del asunto, se declara incompetente por razón de la cuantía.

Contra ello se interpone recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, dictándose sentencia en la que se anula la liquidación practicada por la Oficina Liquidadora, ordenándose la práctica de una nueva en la que se tome en consideración la bonificación del 50 por 100 solicitada.

Contra ésta última sentencia el Abogado del Estado recurre ante el Tribunal Supremo, el cual, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz Jarabo Ferrán, desestima el recurso en base a no ser procedente la apelación, según la siguiente:

Doctrina.—Considerando: Que a tenor de lo establecido en el artículo 8 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo es improrrogable, lo que, por afectar al orden público procesal, puede y debe ser examinado de oficio por aquéllas, con carácter previo al estudio de las cuestiones de fondo que ante las mismas se planteen, determinando tal doctrina, reiteradamente recordada por esta Sala, que en el presente caso debe resolverse con lógica prioridad, acerca de la admisibilidad de la apelación ahora sometida a enjuiciamiento, para lo cual es necesario tener en cuenta que, a tenor de lo establecido en los artículos 10, 1, a), y 94 .1, a), de la Ley antes citada, en la modificación dada a dichos preceptos por la Ley de 17 de marzo de 1973, no son susceptibles de recurso de apelación las sentencias de las Salas de este orden jurisdiccional de las Audiencias Territoriales que decidieren en relación con actos emanados de órganos de la Administración cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y tuvieren una cuantía que no exceda de 500.000 pesetas, cuantía que habrá de ser fijada con arreglo a las normas de los artículos 49 y siguientes del antes mencionado ordenamiento legal, sin que, en el supuesto de acumulación de diversas pretensiones, y aunque la cuantía venga determinada por la suma del valor de aquéllas, ello no comunicaría a las de cuantía inferior a 500.000 pesetas, la posibilidad de su apelación, tal como al efecto establece el párrafo 3.º del artículo 50.

Considerando: Que en el presente proceso fueron objeto de impugnación por la sociedad hoy apelada tres liquidaciones giradas por la Oficina Liquidadora de Puerto de Santa María, por el concepto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, liquidaciones cuyo importe es de 482.935 pesetas la primera de ellas y de 32.636 las dos restantes, lo que daba una suma total de 548.208 pesetas, que es la cantidad que, en el escrito de interposición de este recurso contencioso, se fijó por la parte recurrente como cuantía de aquél, lo que fue aceptado por la Sala Territorial en la correspondiente providencia, criterios ambos que no deben determinar, sin embargo, la posibilidad de apelar la sentencia dictada en la primera instancia, toda vez que, conforme a lo expuesto en el precedente considerando, en estos supuestos en los que se acumulan diversas pretensiones, si bien la cuantía del proceso estará concretada por la suma del valor de aquéllas, sin embargo, a efectos de apelación, sólo será viable ésta cuando alguna de las pretensiones —en este supuesto, liquidaciones— tenga una cuantía superior a 500.000 pesetas, por la que al no existir en el presente caso ninguna liquidación cuya cuantía sea superior a la cantidad últimamente aludida, es evidente que procede declarar que la apelación que ahora se resuelve fue indebidamente admitida, ya que la sentencia objeto de la misma no era susceptible de dicho recurso de apelación, declaración que, por consiguiente, impide entrar a conocer de las cuestiones de fondo planteadas en esta segunda instancia.

C. M. A.

EXENCIONES.—PROCEDENCIA EN EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES A FAVOR DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DADO SU FIN DE PREVISION SOCIAL (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1984).

Hechos.—La cuestión planteada en el presente caso radica en determinar si es o no procedente aplicar a la Mutua de Accidentes de Zaragoza, por la adquisición de un local, la exención que el artículo 48, 1, A), b) del Texto Refundido del Impuesto de 30 de diciembre de 1980, establezca a favor de los establecimientos de previsión social.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, resuelve afirmativamente, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la Mutua apelante reitera los mismos argumentos ya expuestos ante el Tribunal *a quo* y fundamentalmente insiste en la procedencia de la exención subjetiva contenida en el artículo 37, 1, A), b), de la Ley 32/1980, de 21 de junio reguladora del Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, equivalente al artículo 48, 1, A), b), del Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido del mismo Impuesto, alegando en favor de su tesis que por ser la citada Mutua apelante una asociación no implica quedar fuera de la exención subjetiva reconocida en la nueva normativa del impuesto, según los preceptos que invoca, pues la referencia contenida en la letra b) del artículo 37, 1, A), citado, al establecimiento

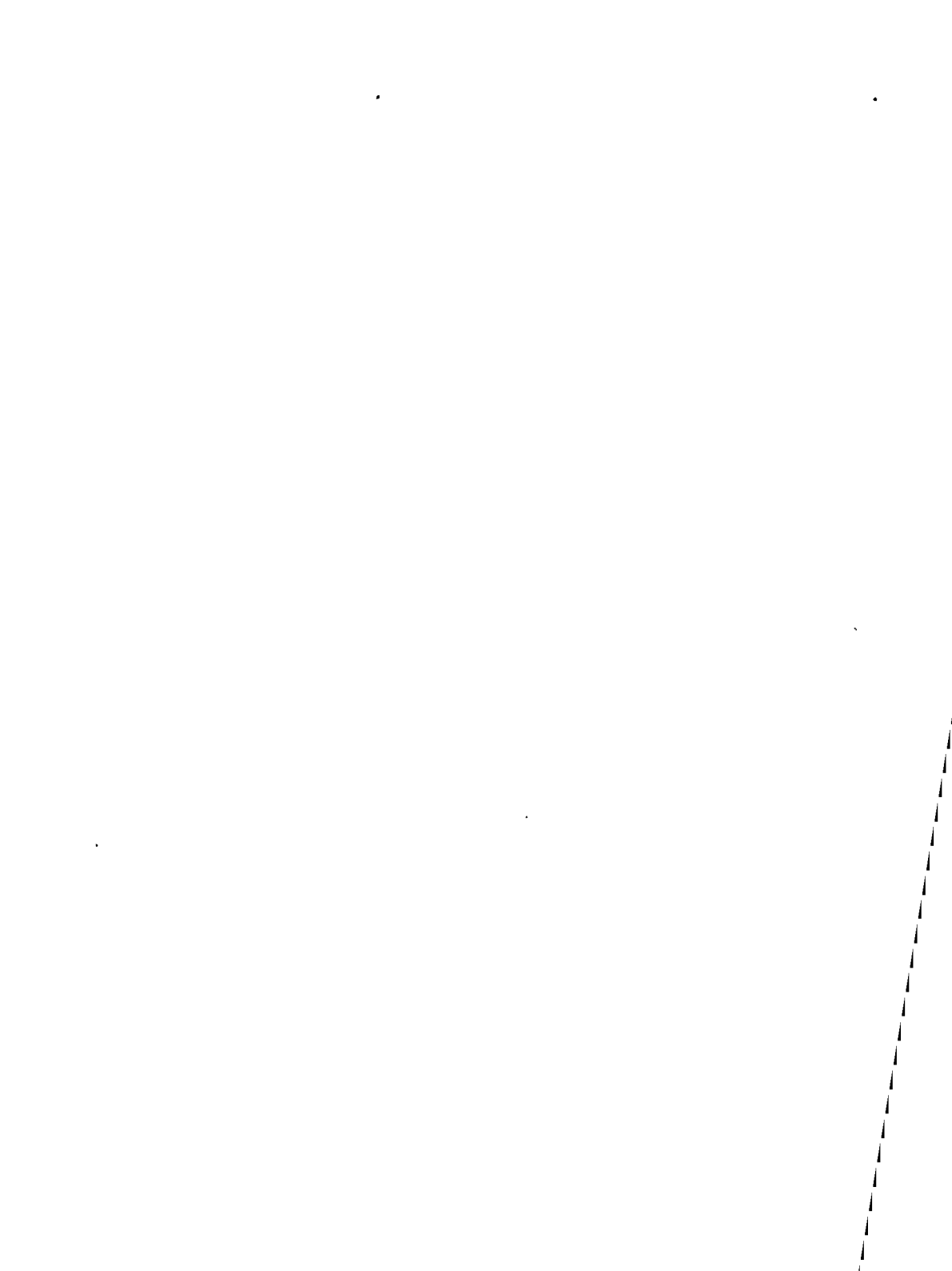
no se identifica con la fundación y en esa referencia al establecimiento queda comprendida la Mutua de Accidentes de Trabajo, pues ésta es, por su finalidad, una entidad de previsión social de carácter colaborador, alegando asimismo no resultar excluida por su carácter asociacional, ya que la referencia concreta a las asociaciones aludidas en la letra C) del mismo precepto no implica la exclusión genérica de las restantes asociaciones.

Considerando: Que es indudable el distinto sistema seguido en la vigente normativa del Impuesto de Transmisiones en cuanto a las exenciones frente a la que se deroga, pues sustituye un criterio enunciativo singularizado por la anulación de amplias categorías de personas jurídicas tanto públicas como privadas a quienes se concede la exención, delimitando estas últimas por referencia a su finalidad y así en la letra b) del referido precepto se enuncian de modo comprensivo los establecimientos o fundaciones benéficos o culturales, de previsión social, docentes o de fines científicos, de carácter particular, enunciación que sin duda comprende algunas de las exenciones antes singularizadas en el Texto Refundido de 1967, y que incluso este nuevo sistema permite ampliar el beneficio fiscal a todos los establecimientos o fundaciones cuyos fines coinciden con los señalados en esta norma siempre que, además, reúnan los requisitos legales y reglamentarios exigidos.

Considerando: Que siendo indudable el fin de previsión social de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, deben estimarse comprendidas en el beneficio de la exención que se discute, sin que pueda obstar a ello su carácter asociacional, pues la referencia que la norma examinada hace al establecimiento, no identificable con forma determinada de la personalidad jurídica, dada su vaguedad, que no coincide con ninguno de los tipos de personificación contemplados en el artículo 35 del Código Civil, al tratar de las personas jurídicas, pero que viene empleándose antes de la promulgación de este Cuerpo legal, en relación con la Beneficencia e Instrucción, según una extensa serie normativa, no debe impedir que una asociación de previsión social debidamente registrada, clasificada, representada por cargos gratuitos y sujeta a la rendición de cuentas a la Administración, como exige esta norma, disfrute de un beneficio que tan ampliamente se reconoce a los establecimientos cuyo fin sea la previsión social, y como los expresados requisitos no son negados por la Administración, frente a los datos existentes en el expediente, debe reconocerse la procedencia de la exención subjetiva solicitada, sin que sea de aplicación la exigencia del previo expediente regulado en el artículo 60 del Reglamento vigente de 29 de diciembre de 1981 por razón de tiempo al haber tenido lugar la transmisión para la que se solicitó la exención en el mes de julio de 1980, procediendo asimismo intereses legales de demora como tiene solicitada la recurrente.

C. M. A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA



DE MIGUEL CASTAÑO, Adoración: *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad. Su incidencia en el sistema de información estadística*. Madrid, 1983.

Llevo recensionados varios trabajos monográficos sobre el tema, hoy tan de actualidad, de la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, y hoy apporto éste que tenía en la «reserva» desde hace tiempo. Entiendo que es oportuno y, sobre todo, educativo el recensionar el contenido de este libro, pues al individuo que estrena democracia y se le ofrece «libertad» ve que sobre estos conceptos avanzan los cuatro jinetes que pueden destruir sus ilusiones. La seguridad (en sus múltiples acepciones), los derechos humanos, la proyección social y familiar y su derecho a la igualdad se ven hoy día burlados y ensombrecidos. El manejo de una técnica de difícil control, el olvido del respeto que deben tener los derechos adquiridos, el atropello del principio de igualdad y el ataque de esos dos grandes pilares en los que debe asentarse la sociedad moderna: lo social y lo familiar, provocan esa inevitable presencia de los jinetes haciendo patear a sus monturas lo que merece respeto frente a la cox.

Es muy difícil moverse en este delicado campo donde juegan el honor, la intimidad y la propia imagen, a que se refiere la Constitución y que reglamenta la Ley de 5 de mayo de 1982. Los ibéricos, por ejemplo, al hablar del *honor* buscan la «residencia». ¿Dónde reside el honor?, y algunos periodistas lo hacen coincidir con zonas conflictivas del cuerpo humano, mientras que otros lo asimilan a honradez y le añaden los cien años, mientras que algunos lo asimilan a dignidad. La *intimidad* al convertirse en derecho es preciso asignarle un contenido, y ese contenido lo veremos a medida que vayamos estudiando los actos que provocan violación de la misma. Nos queda la *imagen*, y si lo anterior era difícil, en esto sube el nivel para su precisión, pues no debemos olvidar que hoy se «crea imagen», se «vende imagen», se «debe dar una determinada imagen», es decir, se juega un poco con la palabra y concepto de la misma. ¿Qué es lo que protege la imagen o la pseudoimagen o imagen ficticia política, profesional, artística, etc.?

De los tres puntos que destacamos, la monografía afronta el del derecho a la *intimidad* frente a un aparato tremendo, diabólico, maleable y fácilmente utilizable bajo el gran montaje maquiavélico de un derecho a la «información» y, si se quiere, un «acceso a la cultura». Las fronteras entre los países están normalmente señalizadas y el pasaporte es el arma que facilita el tránsito de uno a otro lado. ¿Dónde está el pasaporte que supera la línea divisoria entre la intimidad y la información? Este es el tema.

La autora de esta monografía ha pensado seriamente en un conjunto

de problemas que tratan de analizar los derechos a la información y a la intimidad, procurando mantener un equilibrio entre ambos, equilibrio difícil, pero no imposible de alcanzar. No dejar que la balanza se incline ni en uno ni en otro sentido es el objetivo fundamental del trabajo que recensamos.

En la monografía, la autora no se decide a pronunciarse sobre lo que puede considerarse como intimidad, aunque en el fondo ella sabe muy bien lo que es y significa, ya que la parte primera de su estudio tiene una dedicatoria importante de LA ROCHEFOUCAULT: «Aquel a quien cuentas tu secreto, llega a ser dueño de tu libertad». Y entonces la intimidad cobra grandeza de concepto general en el que deben incluirse la imagen y el honor. Recientemente a una conocida tonadillera se la concedía un derecho de ser indemnizada por muchos millones en base de la noticia de la procedencia del hijo adoptivo, que descubría el linaje del mismo. De otra parte, a una actriz de televisión, que nos deleitó con su interpretación en *Los pazos de Ulloa*, la concedieron un derecho a ser indemnizada por ser publicadas diversas fotos con «ausencia de ropas» en cierta revista. Algo distinto son los casos de la intérprete de *Mariana Pineda* y de la mujer de un torero que murió a pie de plaza.

Hubo un artículo en *ABC*, que firmaba Ignacio CARRIÓN y que titulaba «La otra intimidad», que a mí me ha dado mucho que pensar. Era un artículo generacional donde las que hoy son mujeres maduras eran en aquellos tiempos «muchachas en flor» y la rigidez de las costumbres las obligaba, en playas y piscinas, a observar la normativa. Veinte años después, liberadas de la prohibición, exhibieron su intimidad, y aunque ello significaba «el desvanecimiento de un misterio prolongado», los veinte años se notaban. La tarde, que compensa el sol playero de la mañana, volvía a ocultar «el pedazo de carne expuesto por la mañana», y entonces, dice el autor, volvíamos a ganar algunos gramos de la otra intimidad que tiempo atrás se llamaba alma. ¿Dónde está la intimidad?

La obra consta de dos partes, precedidas de una exposición y seguidas de unas conclusiones, lo que nos obliga a distinguir cuatro apartados para precisar el contenido recensionado del estudio.

A. PLANTEAMIENTOS Y OBJETIVOS

Los dos planos en que se mueve el trabajo hacen que el planeamiento y los objetivos a alcanzar en el mismo estén dentro de ese equilibrio deseable entre el derecho a la información, el derecho a la intimidad, el secreto, la publicidad y la eficacia administrativa. Como temas cruciales se plantea la autora el de si es mejor una Ley única o Leyes sectoriales para determinadas ramas o áreas de información, como son Registros públicos, privados, bancarios, de solvencia crediticia, etc. Igualmente si es precisa una Ley única que englobe el derecho a la intimidad y el derecho a la información; el de si la limitación de la protección legal debe circunscribirse a los datos informativos o extensión a los obrantes en ficheros «manuales»; el de si deben o no excluirse los datos relativos a las organizaciones o personas jurídicas y el de la designación de la autoridad ordinaria o especial a cuyo cargo se pone la supervisión de los ficheros de datos personales y la resolución de sus conflictivas incidencias, o bien un control judicial.

A todo ello hay que añadir la especial incidencia en los sistemas de información estadística del derecho a la información, como un derecho activo a poder exigir una información, imprescindible para la investigación y para la toma de decisiones.

B. DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD

Mientras el derecho a la intimidad tiende a impedir que los demás sepan acerca de nosotros lo que, por sernos personal, no tiene por qué importarnos, el derecho a la información —derecho a informarse y ser informado— tiende a saber lo más posible, siempre que el modo de adquisición de ese conocimiento no rebase las barreras de lo lícito. Este dilema sirve a la autora para desarrollar esta parte donde el derecho a la intimidad lo encaja dentro de los derechos humanos y de difícil precisión, pues depende del entorno social en que desee aplicarse. De otra parte, señala las diferencias que separan al concepto de intimidad del de *confidencialidad* y del de *seguridad*. La intimidad es una cualidad del individuo, la confidencialidad es una calidad de los datos y la seguridad es una calidad que poseen los sistemas físicos y lógicos.

Frente a todo ello estudia el derecho a la información como interés social, cultural y económico, su regulación jurídica y los principios de las Leyes de protección de datos y sus incidencias en los sistemas de información. Examina igualmente la situación legislativa a través del Derecho comparado y comunitario, así como el Derecho español, aunque por la fecha del estudio no alcanza a recoger la Ley de 29 de mayo de 1985, que reforma solamente en parte la de 5 de mayo de 1982, que, a su vez, es insuficiente sin un respaldo penal y sin una legislación específica sobre informática.

C. INCIDENCIA DE LOS DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD EN LA DIFUSIÓN DE DATOS ESTADÍSTICOS

En tres escalones va la autora estudiando la materia, dedicando el primero al sistema de información estadística y a sus peculiares funciones de acceso y difusión en relación con la información y el derecho a la intimidad. En el segundo se analiza el secreto estadístico, características, justificación, legislación y otra serie importante de incidencias del mismo. En el tercer escalón se centra el análisis de la revelación estadística, con un desarrollo de una nueva teoría que afecta al sistema de información estadística de difícil explicación en este resumen de contenido, ya que su tecnicismo obligaría a extensiones no permitidas en estos espacios.

D. CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

Esta parte de la obra, obra que constituye la tesis doctoral de la autora calificada con sobresaliente *cum laude* y que, a mi entender, es una seria y afortunada aportación al campo de la informática, resume las preocupaciones que, como líneas generales, ha mantenido la autora a lo largo de su estudio: el equilibrio entre el derecho a la información y el de intimidad, la interrelación entre la normativa de protección de datos y las funciones de acceso y difusión de la información y las líneas de in-

vestigación a través de una metodología que proteja la confidencialidad de datos, interrelaciones entre sistemas administrativos y estadísticos y profundizar en los conceptos de notoriedad y sensibilidad del dato-objeto y de capacidad de identificación del dato-pivote, desarrollando y evaluando modelos que permitan su cuantificación.

Es trascendente la aportación bibliográfica que nos ofrece, y que a mí, personalmente, me vence a la hora de la valoración de un trabajo, ya que la abundancia y, sobre todo, la calidad bibliográfica citada convierte al autor en un investigador que hoy día no está en esa línea de trabajo que programan los planes y ayudas de estudio. Y es una pena, pues si la investigación nos hace esclavos, el saber que de ella se adquiere nos convierte en libres.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RIBÓ DURÁN, L.: *Las sociedades de garantía recíproca: estructura y funcionamiento*. Bosch, S. A., 1985.

A medida que la persona va avanzando en edad creo que se siente más física que jurídica. No es un problema de sobrevivencia, sino de «resignación» anímica. La persona jurídica surge para salvar todas las limitaciones físicas, jurídicas y económicas de la persona individual. Por eso el sujeto —en esos trances de recta final— se nota más persona física que jurídica. Esto provoca en el jurista, que vio crecer ciertos tipos de sociedades, una sensación de autodefensa justificativa por esa falta de curiosidad ante la rica floración de modalidades de sociedades.

Creo que las dos grandes manifestaciones de la «tercera edad» residen en la falta de curiosidad y en el comienzo del «arrastre de pies», por lo que, aunque a veces se me descontrola algún pie, todavía conservo esa intacta curiosidad que me trae en esta ocasión a recensionar una monografía o un estudio monográfico sobre un tema que en mi mente «física» no hubiera tenido cabida: las sociedades de garantía recíproca y que parece que van a enriquecerse en la actualidad con otras que van a llamarse de «capital-riesgo».

La verdad es que si el Derecho es para la vida y la vida ofrece una serie de variantes imposibles de prever, en Códigos más o menos modernos, exige una imaginación para crear las figuras precisas que solventen los posibles problemas jurídicos y económicos que pide la realidad. En esto el campo mercantil de las Sociedades está menos «apretado» por ese cinturón conceptual del Derecho de cosas y de ahí que las figuras afloren, nazcan, se multipliquen y cumplan las misiones y finalidades que la realidad reclama.

A mí me da la impresión que esta rica floración imaginativa de personas jurídicas desemboca en un punto que en forma de interrogante se hacía constar en los programas de ingreso en Notarías y Registros, y era el de si la finalidad o el fin perseguido por la Sociedad limitaba su capacidad de obrar. El objetivo social de las Sociedades de garantía recíproca fija concretamente su actividad: prestar garantías a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro normal de sus empresas. Ya veremos luego si esto es así o no.

Entiendo que este tema, junto con otros que vayan apareciendo, informan el estudio monográfico que hecho en el año 1983 puede tener hoy día necesarios ajustes frente a un Mercado Europeo que, jurídicamente, tiene una incidencia fundamental en su legislación sobre la de Sociedades en su proyección publicitaria, documentaria y registral. La importancia del estudio reside en que se abran puertas a posibles soluciones futuras para este tipo de Sociedades que se estudian.

El estudio de la materia viene prologado —y bien prologado— por José PUIG BRUTAU, en el que explica la intención que guía al autor para el desarrollo de la materia, y que no es otro que el de recoger ese fenómeno de las pequeñas y medianas empresas, que no sólo no desaparecen frente a la gran empresa, sino que parecen encontrarse en circunstancias de expansión favorable. Recoge así una frase del autor, que dice que «las empresas medianas y pequeñas han proliferado precisamente porque las grandes han crecido en magnitud». El refrán no se hace realidad: el pez grande parece no comerse al chico. Difícil es pronunciarse en una proyección de futuro en el que la competencia, el sistema impositivo y el capital extranjero pueden inclinar balanzas, pero bueno está el estudio de estas formas sociales que han de permitir la obtención de los medios económicos que las medianas y pequeñas empresas necesitan.

El estudio se estructura en dos grandes partes, comprendiendo la primera los conceptos básicos de la Sociedad y en la segunda el régimen funcional de las mismas, seguido de un apéndice de disposiciones legales aplicables.

A. LOS ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA

El Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, regula el régimen jurídico, fiscal y financiero de estas Sociedades, remitiéndose en lo no previsto a la Ley de Sociedades Anónimas. Partiendo de esta insuficiencia, el autor va estudiando en diversos capítulos los principales conceptos de la Sociedad: denominación, objeto, ámbito, duración, domicilio, capital, los socios, los órganos de gobierno, las garantías y fondo de garantías, contabilidad y resultados, disolución y liquidación. Antes habíamos apuntado que el objeto típico que especializa a estas Sociedades limitaba el ámbito de su actividad y así en la reglamentación de las mismas el objeto se determina específicamente con su contenido y con la prohibición de ciertas actividades. El objeto consiste en prestar garantías por aval o por cualquier otro medio reconocido en Derecho a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares, y la prohibición consiste en que no pueden conceder créditos a sus socios ni emitir obligaciones.

También se exige la determinación del ámbito geográfico, la fijación de su duración y la fecha del comienzo de operaciones, aunque ésta debe quedar supeditada a la inscripción constitutiva en el Registro Mercantil, pues sólo desde entonces comenzará la actividad que constituye su objeto. En el estrecho margen en que debemos movernos se acota el comentario que sugieren cada uno de los puntos que el autor va estudiando y que exigiría todo un amplio esquema para poder ir reseñando, sin entrar, por supuesto, en cada uno de los problemas que se suscitan. El texto es lo suficientemente claro como para resolver cualquier duda que pueda surgir.

B. RÉGIMEN FUNCIONAL

Prácticamente la mitad de la paginación de estudio se destina a este punto, donde se afronta el momento de la constitución de la Sociedad y sus diversos problemas, que son luego fundamentales para el posible proceso de modificación estatutaria que en cualquier momento afronta la sociedad, y así se estudian, como puntos claves, la figura del grupo promotor, la adhesión condicional de los socios, la aprobación administrativa previa, el otorgamiento de la escritura pública, la inscripción registral y el control administrativo. Al requisito constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil hay que añadir, si se quiere que la Sociedad se acoja al régimen especial, otra inscripción en el Registro Especial del Ministerio de Economía.

En los restantes capítulos se afronta el estudio del régimen de garantías: formas, deudas habitualmente garantizadas, control del aval, concesión expresa de la garantía a través del expediente que termina con la formalización de la misma, incumplimiento y extinción de la garantía. Termina el estudio con los temas del aval que concede el Estado a dichas Sociedades y el segundo aval que se facilita a través de Sociedades mixtas. En el apéndice que completa la publicación se recogen las disposiciones legales que a lo largo del texto han sido utilizadas, cerrándose en el año 1982.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CANO MATA, Antonio: *Doctrina civil del Tribunal Constitucional (1980-1982)*. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1985.

El Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, según establece el artículo 161 de la misma, en los casos y forma determinados por la Ley Orgánica de dicho Tribunal de 3 de octubre de 1979. Según el artículo 41 de esta Ley, sin perjuicio de la tutela general de tales derechos y libertades, encomendada a los Tribunales de Justicia, todos los ciudadanos estarán protegidos por el recurso de amparo constitucional frente a las violaciones originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes del Estado, de los demás Entes públicos o sus funcionarios o agentes.

Por otra parte, el artículo 163 de la Constitución establece que cuando un órgano judicial, en el conocimiento de algún caso sometido a su decisión, considere que la norma legal aplicable y de cuya validez dependa el fallo, sea inconstitucional, planteará esta cuestión ante el Tribunal Constitucional. En la citada Ley Orgánica se regula el procedimiento y los efectos en sus artículos 35 y siguientes.

Como consecuencia de estos recursos o cuestiones se dictan sentencias o autos en los cuales expresa su doctrina el Tribunal Constitucional, que se proyecta en todo el ordenamiento jurídico en general, incidiendo también en el Derecho civil, al igual que en otras esferas del Derecho.

El Magistrado Antonio CANO MATA es el autor de este libro, en el que se

recoge el texto íntegro de las Sentencias de los años 1980 a 1982, con un comentario sobre los antecedentes y sus elementos jurídicos y unas acertadas consideraciones. A continuación hacemos una síntesis de las ocho sentencias estudiadas.

I. *Sentencia de 26 de enero de 1981. Ejecución de sentencias canónicas por la jurisdicción civil.*—En medidas previas a una separación matrimonial, el Juez de Primera Instancia competente reguló la situación de los hijos, que fue modificada por el Tribunal de la Rota, en sentido muy restrictivo respecto al padre. Tanto el Juzgado como la Audiencia Territorial ordenaron el cumplimiento de esta sentencia y entonces el marido separado interpone recurso de amparo alegando violación de los principios constitucionales de igualdad y libertad religiosa (arts. 14 y 15 de la Constitución), por entender que la sentencia canónica fundó su pronunciamiento respecto de los hijos en la religiosidad de la madre. El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, anula la resolución de la Audiencia Territorial y ordena retrotraer las actuaciones para que el Juez de Primera Instancia, con la plenitud de jurisdicción que le otorga el artículo 117 de la Constitución, resuelva sobre la custodia de los hijos.

II. *Sentencia de 1 de junio de 1981. Capacidad para suceder en el Derecho foral catalán y principio de igualdad.*—Antes de su reforma en 1984, el artículo 252 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña consideraba incapaces para suceder a las personas culpables de trato sacrílego, adulterino o incestuoso con el causante y los hijos nacidos de estas uniones. Planteado pleito para pedir la nulidad de un testamento de fecha 21 de agosto de 1975, otorgado por el causante fallecido cuatro días después, en el que se instituyó a personas comprendidas en tal incapacidad, el Juez, a instancia de parte, acordó plantear, ya en 1980, la cuestión de inconstitucionalidad del precepto foral citado, por entender que era opuesto al artículo 39, 2, de la Constitución, que garantiza la igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

El Tribunal Constitucional decide en esta sentencia «no haber lugar a pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada». La base de esta decisión está en el principio de irretroactividad, ya que de existir inconstitucionalidad del artículo 252 de la Compilación, la derogación de esta norma se habría producido el 29 de diciembre de 1978, pero sin tener repercusión sobre derechos nacidos antes de esta fecha. Como queda dicho, la sucesión objeto del litigio se abrió en 1975.

Tras la reforma de la Compilación catalana de 1984, su nuevo artículo 252 se remite, en cuanto a la incapacidad para suceder, a los artículos 752, 753 y 754 del Código Civil, por lo que ya no se presentará el mismo problema aquí discutido.

III. *Sentencia de 4 de marzo de 1982. Párrafo 2.º de la regla 1.ª de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos.*—El Juez de Primera Instancia número 3 de Salamanca planteó cuestión de inconstitucionalidad por entender que la Disposición citada, que prorroga el arrendamiento rústico en determinados supuestos, va en contra del principio de seguridad jurídica, protegido por el artículo 9 de la Constitución, el cual prohíbe la retroactividad *in peius*. El Tribunal Constitucional deses-

tima la cuestión planteada, entendiendo que el límite de la retroactividad no es general, sino ceñido a las leyes sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, pues si se admitiese como valor absoluto conduciría a resultados congeladores del ordenamiento jurídico y a la petrificación de situaciones dadas.

IV. *El derecho a la presunción de inocencia y su aplicabilidad al campo civil.*—En unas actuaciones incidentales promovidas dentro de un procedimiento de separación matrimonial, una Audiencia Provincial decidía en apelación sobre la guarda y custodia de los hijos, atribuyendo al marido la condición de homosexual, y éste interpone recurso de amparo considerando que con esta expresión se dañaba su derecho al honor, consagrado por el artículo 18, 1, de la Constitución, y al no probarse tal aseveración, el derecho a la presunción de inocencia, contenido en el artículo 24 de la propia Constitución.

Se estima parcialmente el recurso de amparo, reponiéndose las actuaciones al momento de dictar nueva sentencia, pues la presunción de inocencia tiene carácter *iuris tantum* y ha de respetarse el principio de la apreciación de la prueba, que corresponde al Tribunal de instancia.

V. *Sentencia de 24 de mayo de 1982. Título nobiliario y principio de igualdad.*—En la carta de fundación del Mayorazgo, de fecha 1733, que luego pasa a ser Marquesado de Cartagena, se establecía que «la persona que ubiere de suceder en el espresado vínculo aia de casar con persona notoriamente noble y en su defecto sea excluido del goce y pase al siguiente en grado». Planteada la cuestión en juicio ordinario, el demandante no probó el requisito del matrimonio con persona noble, mientras que sí lo acreditó el oponente demandado, por lo que sus pretensiones fueron desestimadas en todos los grados, incluso en la casación ante el Tribunal Supremo. Ahora interpone recurso de amparo por creer que la condición dicha impuesta en la carta fundacional va contra el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional deniega el amparo al no considerar discriminatorio ni inconstitucional el requisito de casar con noble, pues son de la misma índole el hecho condicionante y el condicionado.

VI. *Sentencia de 12 de noviembre de 1982. Eficacia civil de resoluciones canónicas.*—El Tribunal del Arzobispado de Madrid-Alcalá dictó sentencia de nulidad de un matrimonio con fecha 13 de mayo de 1980. Solicitada la ejecución civil de la misma, un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, mediante auto de 12 de mayo de 1982, decreta no haber lugar por aplicación de los artículos 80 del Código Civil y 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra este auto, la demandante interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por entender violados los artículos 14; 16, 3, y 24, 1, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional declara inaplicables, en este supuesto, los preceptos citados por el Juez, ya que se trata de un caso que cae dentro del ámbito regulador del Acuerdo de Asuntos Jurídicos entre el Estado y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, en virtud del desarrollo del principio de cooperación. Dicho Acuerdo establece un régimen transitorio para las causas pendientes, que se regirán por el Derecho anterior.

Por todo ello, el Tribunal, con el voto particular contrario del señor

Díez Picazo, concede el amparo solicitado fundamentándose en la violación del artículo 24 de la Constitución, que garantiza la tutela efectiva de los Tribunales en el ejercicio de los derechos.

VII. *Sentencia de 2 de diciembre de 1982. Los ilícitos civiles y el artículo 5, 1, de la Constitución.*—En juicio declarativo de separación conyugal por injurias, iniciado por la esposa, en el cual el esposo articuló a su vez reconvencción por la misma causa y además por adulterio de la mujer, recayó Sentencia el 17 de febrero de 1981, o sea, antes de la reforma del título IV del libro I del Código Civil, por la que se declaró la procedencia de la separación por adulterio de la esposa a la que se declaró culpable. Apelada ante la Audiencia de Albacete, ésta la revocó en cuanto al adulterio, pero la mantuvo por razón de las injurias, entendiendo por tales no sólo las palabras, sino los actos ejecutados por la mujer que originaron deshonor, descrédito o menosprecio para su marido. La esposa recurre en amparo por entender que en la sentencia hay discriminación hacia la mujer, en contra del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional denegó el amparo porque de la sentencia impugnada no se deduce que haya habido desigualdad de sexos, ya que lo mismo habría sido injuriosa una conducta paralela del varón.

VIII. *Sentencia de 20 de diciembre de 1982. Reconocimiento de filiación extramatrimonial. Caducidad de la acción. Incidencia retroactiva de la Constitución.*—Se trataba de una hija de progenitores solteros que no había sido formalmente reconocida por el padre. Este había otorgado un primer testamento en el que instituía a la presunta hija en la tercera parte de la herencia, pero revocó ese testamento sin mencionarla en el nuevo y sin haberla reconocido. El fallecimiento tuvo lugar en 1972. La hija entabló acción de reclamación, basada en la posesión de estado, contra los herederos del presunto progenitor y para soslayar la caducidad de la acción, que se había producido según el antiguo artículo 137 del Código Civil; alegó en apelación (durante cuya tramitación se promulgaron la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) la inconstitucionalidad del citado artículo 137 por oponerse a los artículos 14 y 39 de la Constitución, por la desigualdad del régimen de acciones contenido en el artículo 137 del Código Civil con el establecido para quienes pretendieron la reclamación de la filiación legítima según el artículo 118. La Audiencia estimó que la acción había caducado y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de abril de 1982, no dio lugar al recurso. Contra tal sentencia, la demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que otorgó el amparo solicitado.

Este fallo ha sido bastante discutido por la doctrina. Así, MARTÍNEZ CALCERRADA dice que si bien el objetivo de equiparación de los hijos es plausible, aquí ha sido obtenido irregularmente: aunque la propia sentencia afirma que no se trata de aplicar retroactivamente la Constitución, lo cierto es que se acude a la Disposición Transitoria 3.ª del Código Civil, con notorio olvido de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad establecidos en el artículo 9, 3, de la propia Constitución, anulando situaciones de hecho y de derecho consumadas hace más de seis años al amparo de una legislación entonces vigente.

Puede verse, sin ir más lejos, la doctrina contraria en la sentencia del

Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981, resumida en el apartado II de esta nota. Allí se recoge claramente el principio de irretroactividad.

No es preciso resaltar la importancia doctrinal y práctica de esta recopilación de sentencias del Tribunal Constitucional. La obra recoge muy bien el espíritu de la doctrina jurisprudencial y nos puede servir de guía muy útil.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: *Estudios sobre tributación bancaria*. Editorial Cívitas, S. A., Madrid, 1985.

Desde que llegó a mis manos —¡arriba las manos!— la presente obra he sentido en diversas ocasiones la tentación de olvidarme de ella y no recensionarla, pues frente al enorme y denso contenido de la misma me siento auténticamente abrumado y por eso me gustaría explicar al que leyese estas líneas que yo me parezco en esta recensión, sobre los estudios de tributación bancaria, lo mismo que ese atracador que pistola, metralleta o escopeta con cañón recortado entra en un Banco y dice, amenazando a clientes y funcionarios, ¡arriba las manos, que esto es un atraco! Y esto, de verdad, es un atraco al lector que quiera saber algo de los innumerables valores que la publicación encierra.

A la recensión llevo porque el libro es de actualidad, porque lo ha dirigido un gran amigo mío y porque a mi memoria viene la figura de mi padre ligado indisolublemente al Banco de España hasta el momento de su muerte. Pero el lector debe saber que por ninguno de esos vínculos afectivos, familiares o de actualidad me llega ningún conocimiento válido que me legitime para la recensión.

Otro campo es el de la calificación que a la obra da el director de la misma, de la que dice *que pese a la diversidad de autores responde a un contenido unitario*. Y ahí sí, ahí podría decir una palabreja, ya que mi condición de secretario, primero; vocal, después, y experto, últimamente, de la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual me permite contar cómo a este punto se dedicaron jornadas enteras y lo que parecía bastante claro va a provocar serios conflictos en su redacción actual. El Proyecto de Ley rinde culto a las *definiciones* y en ellas se aprisiona conceptualmente. En los artículos 7 y 8 se pretende diferenciar dos clases de *obras colectivas*: «La creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y publica bajo su nombre y está constituida por aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación *única y autónoma*, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada», y «la obra cuya creación es el resultado unitario de la colaboración de varios autores». La primera pertenece a la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y coordinación se hubiera creado, y la segunda, a todos los autores que colaboran en comunidad y en la proporción que determinen. Yo, en este caso, no tengo duda, pues la obra recensionada pertenece al último de los expuestos, pero mis perplejidades se centran en esas otras obras, como diccionarios, enciclopedias,

libros homenajes, libros en colaboración, música y letra, mapas, periódicos, revistas, etc.

Y vamos ya con las razones en las que se basa el director de la obra para justificar su aparición. Dice, y creo que con auténtica razón, que lo que la misma pretende es un análisis especializado de la realidad económica en que se desenvuelve la Banca y que hasta ahora no eran necesarios dado que la problemática de la misma podía sin esfuerzo reconducirse a los planteamientos generales existentes en cada tributo. Tres motivos justifican en forma concreta la aparición de estos *Estudios*: el régimen fiscal de las Entidades de crédito, la reforma del sistema financiero y la propia crisis de las Entidades bancarias, a los que el Derecho ha dado soluciones que por incidir en el ámbito del Derecho tributario son de obligado tratamiento.

No contento MARTÍNEZ LAFUENTE con exponer estos válidos criterios, dedica su introducción a reseñar minuciosamente el contenido de la obra y a presentar con nombres, títulos y prerrogativas a los colaboradores. La «picaresca» de las recensiones —que también la hay— me hubiera hecho fácil esta de ahora, habiendo utilizado esas «andaderas» que MARTÍNEZ LAFUENTE proporciona. He preferido, sin embargo, por razones de curiosidad y de formación, seguir la publicación, leerla, anotarla y luego conjugar lo que LAFUENTE dice con lo que yo he anotado. Como el contenido es grande, pues se trata de veinticuatro capítulos, creo que lo mejor es exponerlos uno por uno y que el conjunto sea utilizado por esa Banca a quien primordialmente va dirigida la publicación, aparte de al estudioso de estas materias.

Capítulo I.—Lo escribe Enrique José ABELLA POBLET y se titula «Los ingresos por operaciones financieras: imputación temporal y problemática de las retenciones». El estudio comprende dos partes, referida la primera a la imputación temporal y la segunda a las retenciones, con sus posibles excepciones a la obligación de retener.

Capítulo II.—Los aspectos tributarios de las transferencias al exterior de las rentas obtenidas por *no residentes* en España es tema desarrollado por Emilio ALBI IBÁÑEZ, quien plantea la delimitación del ámbito territorial del impuesto o de la soberanía fiscal española.

Capítulo III.—César ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA escribe sobre los orígenes de la tributación bancaria en España y recorre en su aportación los períodos primitivos desde 1845 hasta 1900, la contribución de utilidades de 1900 y el período de 1900 hasta 1940, para luego llegar a 1964 y al Estatuto impositivo de las Entidades financieras.

Capítulo IV.—La actualidad del Impuesto sobre el Valor Añadido es estudiada por Julio BANACLOCHE PÉREZ en su trabajo «Las operaciones bancarias ante el Impuesto sobre el Valor Añadido».

Capítulo V.—En torno al secreto bancario y el deber de información tributaria de la Banca escribe un estudio Jaime BASANTA DE LA PEÑA, en el que expone la evolución histórica, el Derecho comparado y la situación actual del problema.

Capítulo VI.—Fernando CASTROMIL SÁNCHEZ ofrece en su estudio la problemática que plantea la tributación de las operaciones de saneamiento de Entidades financieras en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, abordando los temas de reducciones y aumentos de capital, así como las operaciones de fusión.

Capítulo VII.—Fernando CERVERA TORREJÓN toca en su estudio otro problema relacionado con el secreto bancario, y es el de la colaboración en la gestión tributaria a través de la investigación de las cuentas corrientes.

Capítulo VIII.—El tema del pagaré en su versión de «Pagaré de Empresa» es tratado por Salvador COLMENAR VALDÉS en su naturaleza, como título valor, y en su régimen tributario de imposición directa e indirecta.

Capítulo IX.—Rodrigo ECHENIQUE GORDILLO aborda en su estudio un tema de crucial importancia dentro del sistema impositivo y es el del régimen tributario de los *créditos fallidos y de dudoso cobro*, que se refleja en el Derecho comparado, en el sistema impositivo español y el gran problema que ofrece en relación con impuestos en los que el sujeto pasivo se erige en recaudador.

Capítulo X.—Los llamados fondos de garantía de depósitos y su aspecto tributario en sus diferentes aspectos de naturaleza, funciones y régimen fiscal son estudiados por Antonio GÓMEZ PICAZO.

Capítulo XI.—La proyección de las operaciones bancarias fuera del territorio nacional exigía un comentario al problema de su tributación de carácter internacional, singularmente a través de las sucursales y filiales de las mismas, cosa que hace José Luis DE JUAN PEÑASOLA.

Capítulo XII.—Javier LASARTE estudia con panorama histórico el problema de la Deuda pública y de la emisión de pagarés del Tesoro en el período comprendido entre 1979 y 1984.

Capítulo XIII.—El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en su proyección sobre los *documentos de giro* (libranzas, pagarés, cartas órdenes, recibos, cheques, talones, órdenes de transferencia, de entrega, de abono en cuenta, de pago, documentos a la orden, etc.), el sujeto pasivo, las exenciones, la base, el devengo, la tarifa y la forma de pago es estudiada por FÉLIX DE LUIS DÍAZ MONASTERIO-GUREN.

Capítulo XIV.—Las posibles relaciones entre la Banca y las Haciendas locales, a través de los Impuestos de la Tasa Municipal por Licencia de Apertura, el Impuesto de Radicación y la Licencia de Actividades Comerciales e Industriales, se aborda por Juan MARTÍN QUERALT.

Capítulo XV.—Tema de enorme trascendencia y con proyecciones de futuro es el que plantean los *fondos de pensiones* en su configuración jurídica, en sus modalidades y en su fiscalidad, temas que se estudian por Juan MARTÍNEZ SIMANCAS Y SÁNCHEZ.

Capítulo XVI.—José MANUEL OTERO NOVAS, antiguo Ministro de la Presidencia y de Educación, afronta un tema de carácter general en materia de tributación, cual es el de la participación en esa tributación del Banco de España y las Entidades oficiales de crédito.

Capítulo XVII.—PASTOR RIDRUEJO (Luis) estudia el tema importante de la financiación exterior ante el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (emisión de obligaciones, garantías, cesión de créditos, etc.).

Capítulo XVIII.—La llamada imposición indirecta en su incidencia sobre el dinero cambiario y los depósitos obligatorios, se estudia en relación con el Impuesto de Tráfico de Empresas por Enrique PIÑEL LÓPEZ, aunque su vigencia estará condicionada por el nuevo impuesto del IVA.

Capítulo XIX.—El imperio de la autonomía de la voluntad en el campo impositivo, trasladando la obligación tributaria de un sujeto a otro, es el objeto del estudio de las «Cláusulas de asunción de impuestos» que ofrece Jesús RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.

Capítulo XX.—Sobre el tema de «La tributación bancaria y las directrices de la autoridad monetaria» escribe Antonio SAINZ DE VICUÑA BARROSO en su dimensión histórica de 1978 a 1983.

Capítulo XXI.—Ramiro SÁNCHEZ DE LERÍN GARCÍA-OVIES expone en su estudio el tema de la adquisición de activos financieros y las deducciones en los impuestos indirectos, singularmente referidos a las inversiones.

Capítulo XXII.—El momento final de la deuda tributaria —sin perjuicio de la revisión— reside en el pago de la misma, y ésta hecha a través de las Entidades bancarias ofrece singulares aspectos, que estudia Jesús SOLCHAGA LOITEGUI.

Capítulo XXIII.—José Manuel TEJERIZO LÓPEZ ofrece un punto concreto a través de su estudio sobre los aspectos tributarios de los préstamos documentados en escritura pública, singularmente referidos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Capítulo XXIV.—Manuel VEGA HERRERO expone su opinión sobre los perfiles financieros y tributarios de las operaciones de préstamo «Reino» de España, en el cual diferentes Bancos extranjeros prestan al Reino de España o Estado español.

La obra va precedida por un prólogo de Ramón ALVAREZ RENDUELES, anterior Gobernador del Banco de España, seguida de un epílogo de Rafael TERMES CARRERO y el estudio preliminar de la misma, del contenido y de sus autores que hace Antonio MARTÍNEZ LAFUENTE, director de la publicación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GIL ROBLES, José María: *Control y autonomías*. Editorial Civitas. S. A., Madrid, 1986, un tomo de 403 págs.

La ordenación de la razón encaminada al bien común y dada por el cuidador de la comunidad, según la concepción escolástica, tiene su legitimación trascendente en que el Rey es representante de Dios y de El recibe su poder.

Pero las ideas de la Revolución francesa arremeten contra las técnicas de todo Gobierno absolutista, empezando por rechazar que las fuentes del Derecho arranquen de instancias trascendentales o ajenas a la comunidad. Es la propia comunidad y sólo ella la que manifiesta el Derecho por medio de su voluntad general, que es la Ley. Pero la doctrina de la división de poderes deja a veces a la Administración un amplio campo que ésta tiende a ensanchar cada día más en una tentación insaciable de poder; en efecto, lo administrativo no suele reducirse a una simple instancia de ejecución de normas antes elaboradas por los legisladores, sino que tiene en sus manos la creación de disposiciones que en algunas ocasiones exceden en mucho el ámbito concedido por las Leyes en que teóricamente se basan. Algunos citan la frase atribuida al Conde de Romanones de que poco le importaban las Leyes promulgadas por sus adversarios políticos con tal que le dejasen libertad para desarrollarlas mediante reglamentos propios; no se sabe si la anécdota es cierta, pero suele ser exacta la idea, que se traduce en peligro para los ciudadanos.

Porque la Administración tiene en sus actuaciones lo que en la doctrina se llama «poderes discrecionales», en los que utiliza criterios de libre valoración en términos tan amplios que pueden desorbitarse hasta cotas preocupantes. Por ello, el principio de legalidad es uno de los más cuidadosamente estudiados no sólo por los autores modernos, desde Kelsen, con su *Estado de Derecho*, sino incluso desde los clásicos, que ya habían formulado su *¿qui custodet custodes?* Porque guardar a los guardianes para que no se excedan ni se dejen llevar del abuso de lo que ahora se llama, en frase pedestre, «erótica del poder», es fundamental para la paz y el Derecho y ahí radica una de las mayores preocupaciones de los ordenamientos jurídicos.

Así, la Constitución de 1978 expresa en su artículo 9 que los poderes públicos están sujetos a ella y al resto del ordenamiento jurídico, y el artículo 103 se concreta a la Administración Pública sentando que sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Si toda Constitución supone un sistema de frenos y equilibrios, el Estado constitucional es aquel cuyo poder está racionalizado y limitado, lo que implica la necesidad de dividirlo y distribuirlo entre varios órganos, cada uno de ellos con atribuciones y competencias que no deben sobrepasarse. Y esto, a su vez, exige la existencia de instituciones de control que impidan las transgresiones o las corrijan si se producen.

Pensemos que si esto ocurre en un Estado unitario, los problemas se complican y multiplican, al menos por diecisiete, desde el establecimiento en España del llamado Estado de las Autonomías reconocido por la Constitución, con un título VIII no muy perfilado, que da paso a numerosas cuestiones. De ahí la preocupación de los estudiosos del Derecho público, que examinan y publican obras y trabajos sobre las competencias y los conflictos que nacen de esta compleja estructura, aún necesitada de rodaje hasta alcanzar un aceptable grado de desarrollo.

El autor del libro que vamos a comentar, José María GIL ROBLES, Letrado de las Cortes Generales, no precisa de presentación ni elogios, pues es bien conocido y ya se han comentado en esta *Revista* otras obras suyas. Aquí enfoca el problema de tales conflictos de competencia desde el punto de vista de estudiar los mecanismos de control previstos para el sistema autonómico, sea el control del Estado sobre las Comunidades, el de éstas sobre aquél, los controles internos de las mismas y los mecanismos controladores que se ofrecen a los particulares. Un estudio complejo, documentado y completísimo, como vamos a ver.

I. El *concepto de control* es lo primero que aborda el autor para diferenciarlo de la tutela política, y considera que, en su sentido más propio, significa la comparación de una actuación con la norma, que se toma como parámetro, realizada por un órgano distinto capaz de adoptar las medidas precisas para corregir la posible desviación. Examina los medios por los cuales se pueden poner en práctica tales medidas preventivas o reparadoras, diciéndonos que sólo deben utilizarse las que resulten compatibles con la nueva regulación constitucional. Según la Constitución es principio básico la unidad indisoluble de la nación española, integrada por las autonomías, con la solidaridad como nexo de unión. Partiendo de esa base, GIL ROBLES recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este punto y dice que no se puede equiparar el control del Estado de las Auto-

nomías con la anticuada idea de la tutela administrativa pensada para las relaciones de jerarquía y dependencia existentes en los Estados unitarios entre la Administración central y los Entes locales; se trata más bien de las ideas de garantía y limitación, la de equilibrio como conciliación y armonía entre poder y libertad y la de racionalidad entre los diferentes poderes públicos.

II. *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas.*—El artículo 153 de la Constitución establece que se ejercerá por el Tribunal Constitucional, el Gobierno, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Tribunal de Cuentas. Pero hay también otros medios de control, como veremos:

- El *Tribunal Constitucional* ejerce control sobre la constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, por medio de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno, Defensor del Pueblo, 50 Diputados o Senadores o las Asambleas de las Comunidades y también por medio de los recursos de amparo. También es este Tribunal competente para conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Autonomías y de éstas entre sí, según el artículo 161 de la Constitución. El autor hace a seguido un estudio completo, legal y jurisprudencial, de los requisitos y procedimientos de estos medios de control.
- El *Gobierno*, por vía del artículo 161, 2, de la Constitución, puede impugnar ante el Tribunal Constitucional los actos y disposiciones sin fuerza de Ley de las Comunidades, aunque no violen las libertades y derechos reconocidos en la Constitución. Se trata de un procedimiento de control de carácter preventivo, privilegiado, excepcional y amplio, dirigido a que se respeten las esferas de competencia, que ha suscitado diversos pareceres. También puede el Gobierno efectuar el control del ejercicio que realicen las Comunidades de las funciones delegadas, a que se refieren los artículos 150, 2, y 153, b), ambos de la Constitución, o sea, de las facultades que se deleguen por Ley Orgánica, con lo que más bien debe hablarse de transferencias y no de delegaciones. El artículo 153 citado contempla este control en la siguiente forma: Información sobre la gestión de los servicios transferidos, advertencia del Gobierno caso de incumplimiento, potestad de suspender las facultades transferidas si la Autonomía mantiene su actitud y, por último, dar cuenta a las Cortes, que resolverán sobre mantener o revocar la facultad transferida.
- Las *Cortes Generales* (que, por cierto, no vienen relacionadas en el artículo 153) también controlan, por supuesto, a las Comunidades por los siguientes cauces: elaboración o reforma de los Estatutos, Leyes marco, Leyes de transferencias, Leyes de armonización y conocimiento de convenios de gestión o cooperación. Todos estos medios de control tienen una regulación detallada y casuística en extremo, que el libro contiene de modo ordenado y completo. En definitiva, dice el autor que las Cortes tienen a su disposición mayor número de procedimientos de control que cualquier otro órgano y es básicamente de oportunidad.

- El *Senado* tiene un control de carácter extraordinario reconocido por el artículo 155 de la Constitución, según el cual si una Comunidad no cumple sus obligaciones o actuare de forma atentatoria al interés general de España, el Gobierno podrá requerir a dicha Comunidad, y caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección de dicho interés general. El autor resalta su carácter excepcional y estudia los presupuestos y procedimiento para su aplicación y las posibles medidas a adoptar para que las Comunidades cumplan sus obligaciones.
- Los *Tribunales de Justicia*.—Las Administraciones autonómicas y sus normas reglamentarias están sujetas a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el artículo 153 de la Constitución. Claro que cuando actúe fuera de este ámbito, la Administración autónoma estará también sometida a las restantes jurisdicciones por las vías procesales competentes. Hace notar el autor que los Estatutos de Autonomía parecen constreñir este control a los actos de sus órganos ejecutivos, pero eso no significa que queden excluidos los actos de índole administrativa procedentes de otros órganos. Debe resaltarse, por otra parte, que el Poder Judicial es único y constituye un órgano del Estado, por lo que el conocimiento de estos actos por los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, cuando actúen, no romperá este esquema.
- El *Tribunal de Cuentas* ejerce un control económico y presupuestario de las Comunidades Autónomas, según establece el tan repetido artículo 153 y se recoge en los diversos Estatutos. Esta institución, de gran raigambre, pues data de 1437, por Ordenanza de Juan II, fiscaliza la vertiente económica de las Administraciones Públicas con una especialización y continuidad que no poseen otros órganos. Su control tiene el doble contenido de un enjuiciamiento contable configurado como un procedimiento judicial y de una función fiscalizadora referida al sometimiento del sector público a los principios de legalidad, eficacia y economía.
- El *Defensor del Pueblo*, que es un órgano «supervisor» (art. 54 de la Constitución), está facultado para controlar a las Comunidades Autónomas, como establece el artículo 12 de la Ley Orgánica de 6 de abril de 1981, que regula sus funciones: «El Defensor del Pueblo podrá, en todo caso, de oficio o a instancia de parte, supervisar por sí mismo la actividad de las Comunidades Autónomas en el ámbito de competencia definido por la Ley». Debe señalarse la existencia de defensores o figuras afines en diversas Autonomías, pero sus facultades no son incompatibles, pudiendo actuar unos y otros coordinadamente. Después de este libro ha venido a confirmarse plenamente esta idea por la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, la cual dispone que la supervisión de las actividades de la Administración Pública de cada Comunidad Autónoma se podrá realizar por el Defensor del Pueblo o el similar comisionado parlamentario autonómico en régimen de cooperación, para lo que prevé el concierto de acuerdos sobre los ámbitos, supuestos de actuación de las facultades respectivas

y el procedimiento de comunicación entre el Defensor del Pueblo y cada una de dichas figuras afines de las Autonomías.

III. *Control de las Comunidades Autónomas sobre el Estado.*—El autor nos dice que aunque en la Constitución de 1978 no hay precepto que de modo claro se refiera a esta materia, en un sistema basado en el principio de la limitación de competencias y no de jerarquía es obvio que los controles no pueden funcionar tan sólo en una dirección. Entre los diversos medios de control ejercitables están:

- Los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional, regulados tanto por la Constitución como por la Ley Orgánica de dicho Tribunal, y que GIL ROBLES expone y desarrolla en extenso. La experiencia de estos años nos muestra la frecuencia con que las Comunidades han acudido al Tribunal ejercitando estos medios de control.
- Ante las Cortes Generales, las Comunidades pueden controlar la actividad estatal mediante la iniciativa legislativa. Después de detallar su ámbito y trámites, hace notar el autor que es un instrumento muy poco eficaz, porque la intervención del Ente autonómico se agotará casi siempre en la fase de toma en consideración.

Hay órganos de coordinación entre el Estado y las Comunidades que, aun sirviendo más bien para armonizar, suponen cierto control en cuanto constatan desviaciones de los ámbitos de actuación respectivos y pueden adoptar medidas correctoras. Se trata de un control mutuo no previsto en la Constitución, pero que va tomando auge en la práctica, evitando discrepancias. Puede haber órganos paritarios en campos comunes de actuación general o especial y también se utilizan formas de cooperación funcionales.

IV. *Controles internos de las Comunidades Autónomas.*—Son aquellos que, regulados en los respectivos Estatutos, se realizan en el ámbito interno de cada Comunidad por alguno de sus órganos respecto a otros. Puede tratarse de controles típicamente parlamentarios, control de los órganos ejecutivos, control económico y presupuestario y, por último, el de los órganos equivalentes a la figura del Defensor del Pueblo. Aquí la variedad y abundancia de normas es confusa y hasta apabullante, aunque su dificultoso estudio se torna accesible gracias a la sistemática y clara exposición que nos hace GIL ROBLES en este capítulo. Quien no quiera perderse en esta espesa jungla que acuda a este libro y lo agradecerá.

V. *Controles respecto a las Corporaciones locales.*—Nos dice el autor que ya no es aceptable la tradicional mentalidad centralista de un control basado en el principio de superioridad. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de febrero de 1981, dice que si bien el control de legalidad puede ejercerse en los municipios y provincias por la Administración del Estado, o por las autonómicas en caso de transferencia, siempre cabrá la posibilidad de control jurisdiccional posterior; por ello, la autonomía garantizada por la Constitución quedará afectada en los supuestos en que la gestión de los intereses locales fuera objeto de un control de oportunidad, de tal forma que la decisión tomada viniera a combatirse por otra Administración. Por tanto, los controles han de ser de estricta legalidad, no de oportu-

nidad, puntuales y no genéricos, y que sólo afecten a intereses propios de la Corporación local susceptibles de control jurisdiccional posterior.

Siguiendo los mismos criterios del capítulo anterior, se sistematizan los instrumentos posibles de control utilizables por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales, ordenando y estudiando los controles parlamentarios, administrativos o gubernativos, los de los Tribunales de Cuentas autonómicos, la tutela financiera sobre las Corporaciones locales y, por último, el control ejercido por organismos arbitrales y por los equivalentes regionales del Defensor del Pueblo. A continuación, con habilidad de consumado maestro, GIL ROBLES maneja y trata de articular los preceptos de la Constitución, los Estatutos, la Ley de Bases de Régimen Local, la Ley de Haciendas Locales, la Ley General Tributaria y diversas Leyes autonómicas, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o del Supremo, que unas veces aclaran y otras no tanto esta otra selva intrincada. Se acaba el capítulo diciendo que hay una sobreabundancia de medios, agravada por el hecho de que el Estado también puede poner en práctica controles superpuestos en una materia cuyas competencias no están bien deslindadas. De ahí la clara sensación de confusión que produce este sistema y que la Ley de Bases de Régimen Local no ha clarificado, sino que ha venido a agravar. Suponemos que el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que acaba de aparecer en el *Boletín Oficial del Estado*, con el texto refundido de las disposiciones de Régimen local, no aportará muchas claridades apreciables.

VI. *Control de las Comunidades Autónomas por los particulares.*—Por reconocimiento constitucional, los particulares disponen de mecanismos de tutela de sus derechos e intereses legítimos frente a los poderes públicos y las Comunidades Autónomas no son excepción a la regla general. Además de los mecanismos establecidos por la Constitución y las Leyes nacionales, también suelen contenerse en los Estatutos y en las normas autonómicas y pueden clasificarse en controles ante los órganos estatales (Tribunal Constitucional, los demás Tribunales ante la Administración del Estado, Cortes, Defensor del Pueblo y Tribunal de Cuentas) o ante los órganos autonómicos (Parlamentos respectivos, órganos administrativos, Tribunales de Cuentas o Defensores del Pueblo o similares autonómicos).

Todos los controles expuestos y por su orden son minuciosamente examinados en cuanto a supuestos, requisitos, procedimientos y efectos. Dice el autor que la panoplia de instrumentos del ordenamiento jurídico español es extraordinariamente amplia y completa. Pero no siempre estos medios resultan operativos frente a hábitos inveterados de resistencia del Estado, los entes o sus funcionarios. El control no sólo requiere instrumentos, sino la voluntad de ponerlos en práctica, haciendo ver que no se trata de una censura, sino una ayuda para que el controlado se mantenga en los parámetros más convenientes para el bien común.

Como *consideraciones finales*, GIL ROBLES dice que el control entendido como señal de equilibrio y no de subordinación se presenta como un sistema presidido por las ideas de distribución de competencias, garantía, limitación y cooperación entre centros de poder diferentes, pero no subordinados.

Termina el libro señalando las deficiencias que, a juicio del autor, pueden señalarse a este conjunto de controles, y que son principalmente la descompensación del sistema en favor del Estado, una gran falta de

claridad en la delimitación de competencias, la insuficiencia de mecanismos de cooperación y bastante mimetismo y falta de iniciativa en la organización de las Comunidades Autónomas.

Quisiéramos que esta apretadísima síntesis pudiese dar idea del enorme y denso contenido del libro. Es un estudio completo y perfecto de este importante tema de los controles de la Administración, que es fundamental para todo Estado de Derecho y para sus administrados, los españoles de a pie. Los profesionales pueden acudir a esta obra en la seguridad de encontrar los cauces básicos para la mejor defensa de los derechos e intereses legítimos de sus patrocinados.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS



REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA

Núm. 108, septiembre-diciembre 1985

El derecho a la objeción de conciencia y su regulación en el Derecho español vigente, por Antonio CANO MATA, págs. 7 a 51.

Organos consultivos, por Tomás FONT I LLOVET, págs. 53 a 86.

La Ley Electoral como instrumento de articulación institucional: la estructura orgánica y el procedimiento electoral de las Diputaciones Provinciales, por Angel SÁNCHEZ BLANCO, págs. 87 a 107.

La reforma de la Seguridad Social y su consideración en el marco general de la reforma constitucional del Estado, por Bernardo GONZALO GONZÁLEZ, págs. 109 a 148.

El Ministerio Fiscal y el principio de legalidad, por Fernando SAINZ MORENO, págs. 149 a 183.

Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo español desde el cambio político, por Ramón MARTÍN MATEO, págs. 187 a 204.

También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los Tribunales, por Eduardo COCA VITA, págs. 205 a 214.

Los Reglamentos de directa aplicación (art. 39, 3, LJCA) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José ESTEVE PARDO, págs. 215 a 234.

Suspensión provisional del funcionario, versus presunción de inocencia: última jurisprudencia, por Eduardo MÚNGUEZ BEN, págs. 235 a 253.

Nota en torno a la posibilidad de cese de los Alcaldes mediante la aprobación de una moción de censura (comentario a cuatro recientes decisiones judiciales) por Pablo SANTOLAYA, págs. 255 a 267.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 119, julio-diciembre 1985

ESTUDIOS

El Liber Synodalis salmántino de 1410, por B. ALONSO, F. CANTELAR y A. GARCÍA, pág. 347.

La base del matrimonio en el Código Civil. El Acuerdo con la Santa Sede (1887), por C. ROBLES MUÑOZ, pág. 365.

La legislación canónico-civil española sobre jubilación del clero benefical, por C. LÓPEZ ARANDA, pág. 381.

El principio de legalidad penal en el Derecho canónico, por M.^a E. DIZ PINTADO, pág. 401.

NOTAS Y COMENTARIOS

Sobre las sociedades de vida apostólica, por J. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, página 423.

En torno al proceso documental, por M. MARTÍNEZ CAVERO, pág. 429.

Estudio jurídico-canónico de la reciente legislación abortista en España, por A. MOLINA MELIÁ, pág. 447.

Canonicorum Insignia (can. 506, 2), por T. Ign. JIMÉNEZ URRESTI, pág. 475.

El patrimonio cultural de la Iglesia al servicio del pueblo, por D. IGUACÉN BORAU, pág. 485.

Respuestas de la Comisión de Intérpretes de 5 de julio de 1985. Texto y comentario, por T. Ign. JIMÉNEZ URRESTI y F. R. AZNAR GIL, pág. 491.

Boletín Bibliográfico de Derecho Canónico del año 1984, por CONSEJO DE DIRECCIÓN, pág. 511.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION
LOCAL Y AUTONOMICA

Núm. 228, octubre-diciembre 1985

SECCION DOCTRINAL

Génesis y trayectoria del Impuesto Municipal de Plusvalía, por César ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, pág. 609.

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por José María BOQUERA OLIVER, pág. 647.

Fórmulas administrativas de cooperación intermunicipal, por José Luis RIVERO YSERN, pág. 661.

La crisis de fin de siglo, los intelectuales regeneracionistas y la cuestión regional de Castilla y León, por Enrique ORDUÑA REBOLLO, pág. 677.

El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas, por Allan R. BREWER-CARIAS, página 695.

CRONICAS

Federalismo y medio ambiente, por José ROBERTO DROMI, pág. 729.

REVISTA DI DIRITTO AGRARIO

Octubre-diciembre 1985

Problemi e mezzi del risanamento delle aziende agricole in dissesto (Premesse per un diritto agrario fallimentare), por Antonio CARROZZA, página 388.

Disciplina dell'impresa agricola e procedure concorsuali, por Giuseppe RAGUSA MAGGIORE, pág. 400.

Fallimento ed imprenditore agricolo, por Massimo DI LAURO, pág. 406.

- Problemi dell'estensione delle procedure concorsuali all'imprenditore agricolo*, por Francesco DE SIMONE, pág. 411.
- Lo sdebitamento dell'azienda agricola nell'esperienza tedesca*, por E. HAUSIN, pág. 419.
- Profili pubblicistici del credito agrario*, por Fabio MERUSI, pág. 446.
- Riflessioni in tema di trattamento fiscale dell'impresa familiare*, por Chiara MARTI, pág. 455.
- Diritto agrario ed istituti processuali*, por Alberto GERMANO, pág. 476.

ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMA

Núm. 14, año 1985

- Modelos de Desarrollo y Criminalidad: El caso de Panamá*, por Carmen ANTONY, pág. 1.
- La Justicia Administrativa impartida por los Juzgados Nocturnos de Policía*, por Rosario GRANDA ICAZA, pág. 25.
- La Corte Suprema de Justicia y el Amparo contra Resoluciones Judiciales*, por Armando MUÑOZ PINZÓN, pág. 43.
- El Reenvío en el Derecho Internacional Privado Panameño*, por Gilberto BOUTIN, pág. 63.
- Proyectos de Unificación Hispanoamericana durante el siglo XIX (Estudio Histórico y Jurídico)*, por Ricaurte SOLER y Rubén D. RODRÍGUEZ PATIÑO, pág. 91.
- La Segunda Partida del Décimo-Tercer Mes en el Derecho Panameño*, por Víctor L. BENAVIDES, pág. 121.
- La Notificación del Despido*, por Oscar VARGAS VELARDE, pág. 151.
- Los Presupuestos de la Quiebra*, por Jorge ISAAC IGLESIAS, pág. 167.
- Sanciones Penales a los Menores y a los Jóvenes Infractores en España*, por Antonio BERISTAIN, pág. 187.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Núm. 880, mayo-junio 1985

- Comunidad hereditaria. Condominio. Diferencias. Riesgos de la confusión de su naturaleza jurídica*, por Francisco R. LICCIARDI y Marcelo A. LICCIARDI, pág. 479.
- Derecho constitucional federal y Derecho convencional interestadual (Interprovincial)*, por Néstor PEDRO SAGÜES, pág. 491.
- Cofre fedatario de responsabilidades. Juicio de responsabilidad notarial. Litisconsorcio necesario*, por Jorge L. A. MIRABELLI, pág. 507.
- Reservas de uso en favor del constructor o afectante al régimen de propiedad horizontal*, por Edgardo O. SCOTTI, pág. 513.
- El dominio fiduciario en los automotores*, por Raúl R. GARCÍA CONI, página 523.
- El leasing inmobiliario en Puerto Rico*, por Pedro F. SILVA-RUIZ, pág. 531.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núm. 2, octubre-diciembre 1985

ESTUDIOS

- Derecho agrario, Derecho alimentario... ¿Derecho agroalimentario?*, por Luis GONZÁLEZ VAQUE, pág. 3.
- La naturaleza jurídica del contrato agrario: problemas dogmáticos*, por Alfredo MASSART, pág. 12.
- Panorama sucinto del crédito agrario en el Derecho español*, por José Luis DE LOS MOZOS, pág. 18.

DOCUMENTACION

- La protección a los consumidores en el ámbito del Derecho alimentario*, por José Antonio ABAD DUPERIER, pág. 24.
- La Ley de Agricultura de Montaña: su puesta en funcionamiento*, por Gaspar DE ARANDA Y ANTÓN, pág. 31.
- Disposiciones sobre unidades mínimas de cultivo en las Comunidades Autónomas*, por Francisco CORRAL DUEÑAS, pág. 34.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 96, enero-febrero 1986

- Consideraciones sobre el planeamiento aplicable en los expedientes de legislación*, por César-Javier SANZ-PASTOR Y PALOMEQUE, pág. 13.
- El coste de urbanización del suelo correspondiente al 10 por 100 de aprovechamiento medio de cesión obligatoria a la Administración*, por José A. LÓPEZ PELLICER, pág. 39.
- Consideraciones sobre la delimitación de competencias entre arquitectos e ingenieros industriales en la redacción de proyectos de ámbito municipal. Especial referencia a la redacción de proyectos necesarios para la obtención de licencias*, por Antonio LONGAS LAFUENTE, pág. 57.
- Aplicación generalizada de la reparcelación voluntaria discontinua: ilegalidad y perjuicios*, por Francisco LANGLE GRANADOS, pág. 87.

Núm. 97, marzo-abril 1986

- Sobre los Planes Directores Territoriales de Coordinación*, por José Luis GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 13.
- La problemática de las cesiones de terrenos de dominio público en las urbanizaciones particulares*, por Josep A. PAYÀ GASENT, pág. 41.
- Consideraciones sobre la delimitación de competencias entre arquitectos e ingenieros industriales en la redacción de proyectos en el ámbito municipal. Especial referencia a la redacción de proyectos necesarios para la obtención de licencias (continuación)*, por Antonio LONGAS LAFUENTE, página 57.
- La problemática de la valoración urbanística en la Ley del Suelo*, por Josep ROCA CLADERA, pág. 85.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 496-497, enero-febrero 1986

- La prisión provisional*, por Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, págs. 5 a 19.
- En defensa del Jurado*, por Antonio GISBERT GISBERT, págs. 21 a 42.
- Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales*, por Juan-Salvador SALOM ESCRIVÁ, págs. 43 a 80.
- Legislación laboral y sindicatos en el marco constitucional autonómico*, por Ramón BAYOD Y SERRAT, págs. 81 a 95.
- Usuarios de los transportes y Ley de Protección del Consumidor*, por Francisco-Miguel SÁNCHEZ GAMBORINO, págs. 111 a 116.
- Reflexiones sobre el ferroustage*, por Francisco-José SÁNCHEZ ORTIZ, páginas 117 a 120.
- El mecanismo de solución de conflictos (procedimiento conciliatorio) en el Código de Conducta para Navieras de Línea Regular*, por Robert H. WIJFFELS, págs. 121 a 132.
- Arbitrajes de los seguros de automóviles*, por Francisco-Miguel SÁNCHEZ GAMBORINO, págs. 133 a 137.
- La nueva normativa española de producción de seguros: el Real Decreto legislativo 1347/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Producción de Seguros Privados*, por Francisco-Javier TIRADO SUÁREZ, págs. 157 a 171.
- La responsabilidad civil en el año 1984 (jurisprudencia, legislación y comentarios)*, por Joaquín ALARCÓN FIDALGO, págs. 199 a 208.

Núm. 498, marzo 1986

- Breves consideraciones sobre el tratamiento juridicopenal del cheque post-datado*, por Antonio MILLÁN GARRIDO, pág. 563.
- Repercusiones del IVA en la propiedad urbana*, por Rafael ARASA MARTORELL, pág. 579.
- ¿Estado de Derecho o derecho del Estado? (El delito informático)*, por Félix ALONSO ROYANO, pág. 597.
- La prescripción de las faltas por paralización del procedimiento; penalización del procedimiento penal*, por José MÉNDEZ PÉREZ, pág. 607.
- Las defensas cambiarias*, por Juan PÉREZ VALENZUELA, pág. 651.
- La excepción de falta de provisión de fondos y la nueva Ley Cambiaria*, por Juan PÉREZ VALENZUELA, pág. 669.
- Legitimación cambiaria ejecutiva del cesionario ordinario*, por Juan PÉREZ VALENZUELA, pág. 679.
- Momento, valores y perspectivas de la bibliografía cambiaria española*, por Juan PÉREZ VALENZUELA, pág. 687.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

ENERO 1986

- Reflexiones sobre la Disposición Adicional cuarta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código*

Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por A. M.^a LORCA NAVARRETE, págs. 3 a 7.
Las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil (I), por R. FONSECA, págs. 8 a 46.

FEBRERO 1986

Las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil (y II), por R. FONSECA, págs. 107 a 131.
El Procurador y el Juicio de Cognición, págs. 132 a 133.

MARZO 1986

Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés, por F. CRESPO ALLÚE, págs. 195 a 220.
Actas de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad (I), por M.^a T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, págs. 221 a 249.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 1. 1986

Incidencia del divorcio en la Reforma de 1984 de la Compilación, por Josep M. PUIG SALELLAS, pág. 7.
El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela, por Joan EGEA FERNÁNDEZ, pág. 57.
Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia, por José-Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, pág. 105.
Comentario a la normativa reguladora de la relación laboral específica de personal de alta dirección, por José M.^a ANTRAS BADÍA, pág. 127.
Fundamento político-criminal de la supresión de la pena de interdicción civil, por Fermín MORALES PRATS, pág. 155.
Sobre la coincidencia de competencias en el objeto, por Alfonso DE ALFONSO Bozzo, pág. 181.

Núm. 2. 1986

El usufructo viudal intestado en el Derecho catalán, por Pablo SALVADOR CODERCH, pág. 293.
El levantamiento condicional del embargo en el proceso ejecutivo cambiario, por Lluís MUÑOZ SABATÉ, pág. 323.
Efectos de las sentencias matrimoniales. La cosa juzgada, por M.^a Luisa JORDÁN, pág. 337.
Comentarios a la Ley 10/1985, de 26 de abril, sobre modificaciones de la Ley General Tributaria, pág. 359.
Jurisdicción de la Audiencia de Cataluña tras el Decreto de Nueva Planta, por Miguel TRÍAS SAGNTER, pág. 399.
Secreto sumarial y libertad de información, por Eduardo ESPÍN TEMPLADO, página 421.

El desarme arancelario español acordado con la CEE y la aproximación del arancel español al arancel aduanero común, por Enrique GUARDIOLA SACARRERA, pág. 433.

Sobre la naturaleza jurídica de la reparación naval, por Juan E. RODES, página 457.

La ejecución de las sentencias en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por José M.^a SUBIRACHS MARTÍNEZ, pág. 473.

Las cláusulas de estabilización en los arrendamientos urbanos, por Jaime M. DE CASTRO FERNÁNDEZ, pág. 485.

