

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIV ○ Marzo-Abril 1978 ○ Núm. 525

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
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.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Motivos de suspensión de denegación (defectos subsanables e insubsanables», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 189
- «Los órganos de la Propiedad Horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones», por JOAQUÍN SAPENA 311

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO 349

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

- 1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI ... 365
- 2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS 383
- 3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ... 393

- III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 401

LIBROS:

- «Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral», de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, por IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA 415
- «Le emissioni di obbligazioni», en *Grandi problemi della S.p.A. nelle legislazioni vigenti*, de LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ 420

«Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad», de M. MARCOS JIMÉNEZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.	424
«I conferimenti in natura atipici nella S.p.A.», por GIUSEPPE B. PORTALE, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	427
«V. Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo: La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	430
«Participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la Comunidad Europea», por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO	433

REVISTAS:

II. Noticias de Revistas	439
---------------------------------	-----

ESTUDIOS

Motivos de suspensión y motivos de denegación (Defectos subsanables e insubsanables) (*)

SUMARIO: 1. *Antecedentes históricos*: A) La distinción en el Proyecto de Código civil de 1851. B) La distinción en la Ley Hipotecaria de 1861: 1. La Exposición de Motivos. 2. El artículo 65 de la Ley y su relación con otros preceptos. 3. El artículo 20 de la Ley y su relación con otros preceptos. C) El Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861. D) La Ley de Reforma Hi-

(*) El día 29 de noviembre de 1977 se expusieron unas líneas generales de este trabajo, en Barcelona, en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Cataluña. Ahora se recogen los antecedentes históricos y un mayor desarrollo de toda la materia.

Estando ya terminadas las pruebas de imprenta de este trabajo, recibo en abril de este año 1978 el número 523 de la REVISTA CRÍTICA en que mi compañero y amigo RAFAEL ARNÁIZ EGUREN publica un estudio titulado «Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. La clasificación de las faltas». Al no poder insertar su opinión en el texto, apunto en forma apresurada las diferencias y conexiones entre dichas «Notas al artículo 65...» y el presente trabajo «Motivos de suspensión...».

En «Notas al artículo 65...», RAFAEL ARNÁIZ ve bien el punto de partida, que es la anotación preventiva del artículo 65. Pero obtiene un criterio demasiado general, el de la publicidad provisional, en relación con los principios de inscripción, especialidad, prioridad, tracto e incluso con el tema de las prohibiciones legales. En «Motivos...», partiendo de la naturaleza y regulación de la anotación preventiva de suspensión, se llega a distinto criterio: el de la prioridad o fecha de la publicidad registral, combinado con el de la retroactividad y completado por otros criterios específicos.

En «Notas al artículo 65...» se pretende una separación absoluta de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables en relación con el principio de legalidad, hasta el punto de que se dice que es una decisión posterior e independiente de la calificación. En «Motivos...» apuntamos hacia el principio de prioridad, pero sin separar la distinción del ámbito de la calificación, pues hablamos de relaciones entre ambos principios, sin exclusiones.

De modo paralelo a lo anterior, en «Notas...» se separa la cuestión de la distinción de todos los aspectos sustantivos o civiles, para tratar de dar una versión exclusivamente hipotecaria, a través del principio de publicidad. En nuestros «Motivos...» recalcamos la necesidad de dar una explicación hipotecaria a la distinción, pero sin olvidar el fundamento civil o sustantivo de un gran número de faltas.

potecaria de 21 de diciembre de 1869. E) El Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870. F) Principales interpretaciones doctrinales de los autores en relación con la legislación en el período de 1861 hasta 1909: 1. La opinión de los que distinguían las formas intrínsecas y extrínsecas. 2. La interpretación de GALINDO y ESCOSURA. 3. La opinión de DÍAZ MORENO. 4. La opinión de MORELL y TERRY en relación con la legislación anterior a 1909. G) La legislación hipotecaria de 1909 y el Reglamento de 1915: 1. La reforma hipo-

Los argumentos que se dan en «Notas...» para llegar a tales opiniones no son convincentes. La ubicación del artículo 65 de la Ley no puede significar la existencia de un muro entre él y el artículo 18, pues la comunicación entre ambos es clara a través del artículo 19 en que se alude a la anotación preventiva del número 9.º del artículo 42, que es la del artículo 65. Además, desde el punto de vista histórico, el artículo 18 ha recibido una parte de su contenido, precisamente del artículo 65. Por otro lado, lo subsanable y lo insubsanable son adjetivaciones del sustantivo «defectos», que no hay base para independizarlas artificialmente, ni mucho menos para decir que la decisión del Registrador acerca de lo subsanable e insubsanable es inapelable, pues ello no se aviene con el artículo 66 de la Ley en que se contemplan los recursos judicial y gubernativo, ni con el artículo 126, párrafo segundo, del Reglamento, en que se prevé expresamente que la resolución declare «subsanable el defecto», ni con el antecedente histórico de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, en que se alude al tema de la posible equivocación del Registrador en este aspecto, ni con la práctica de las resoluciones de la Dirección General, pues no es infrecuente que ésta termine revocando o confirmando la nota en cuanto al carácter subsanable o insubsanable del defecto; precisamente, en la Resolución de 17 de febrero de 1955 lo único que se planteaba era el tema de si el defecto era subsanable o insubsanable, según se comprueba a través del escrito del recurrente.

En cuanto al argumento consistente en la «redacción primitiva del artículo 65» hay que decir que no se trata de un precedente, sino de un «supuesto precedente del verdadero precedente». Quiero decir que en la Ley Hipotecaria de 1861 apareció desde el principio el concepto de «nulidad de la obligación», en lugar de «nulidad de la inscripción». Pero, aunque hubiera dicho esto último, el concepto de nulidad de la inscripción es todavía más amplio e impreciso, e incluso comprende también dentro de él el de nulidad de la obligación. Sobre ello se hacen varias referencias en el texto del presente trabajo.

Respecto a la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, en el presente estudio se contiene un epígrafe específico sobre la interpretación del párrafo que se recoge en «Notas...», y se advierte que aparece la frase «títulos que tengan valor jurídico», lo que está muy relacionado con la legalidad y con los aspectos civiles o sustantivos.

Y es que no es convincente tampoco separar la cuestión de los aspectos civiles o sustantivos, pues precisamente los abrumadores antecedentes históricos lo impiden, ya que se ha partido siempre de la nulidad de la obligación, del título o del documento. También lo impide el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Aparte de que no son muy convincentes las posturas que pretenden dar autonomía al Derecho Hipotecario respecto al Derecho Civil, que pueden llevar, además, a consecuencias perniciosas.

En fin, por citar algunas otras diferencias, no comparto la idea de que lo insubsanable hay que interpretarlo en sentido restrictivo, ni que deban considerarse como faltas insubsanables todos los defectos impositivos de la inscripción del derecho de hipoteca, «y según la concepción que se adopte—se añade en las «Notas...»—de los de superficie, arrendamiento, opción y adquisiciones de extranjeros».

La mutua crítica constructiva puede ayudar a encontrar la solución adecuada en una materia, como la de las faltas subsanables e insubsanables, que llevaba mucho tiempo aletargada en el ambiente doctrinal. Por eso, se ha añadido la presente nota a pie de página.

tecaria de 1909. 2. El Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915. H) Principales interpretaciones doctrinales de los autores a partir del Reglamento de 1915: 1. La opinión de MORELL Y TERRY. 2. La opinión de CAMPUZANO. 3. La interpretación de POVEDA MURCIA. 4. Referencia a unas observaciones de GAYOSO al artículo 20 de la Ley. 5. La interpretación de ROCA SASTRE en relación con la legislación anterior a 1946.—II. *La distinción entre defecto subsanable e insubsanable a raíz de la legislación vigente: exposición crítica de las principales posiciones de la doctrina*: A) ROCA SASTRE. B) SANZ FERNÁNDEZ. C) Los criterios empíricos de CHICO-BONILLA y LACRUZ-SANCHO. D) B. CAMY.—III. *Precisiones terminológicas*.—IV. *Criterios generales o definitorios para la distinción entre motivos de suspensión y de denegación*: 1. El criterio de la prioridad o de la fecha de la publicidad registral. 2. El criterio de la retroactividad. 3. Definición atendiendo a ambos criterios. 4. Fundamento de los criterios genéricos o definitorios apuntados.—V. *Criterios específicos o concretos para la distinción entre motivos de suspensión y de denegación*: A) Criterios específicos atendiendo al contenido del título: 1. En relación con la nulidad del acto o contrato: motivos de denegación derivados de la nulidad absoluta; motivos de suspensión derivados de la anulabilidad del negocio; el problema de la falta de ratificación. 2. Criterios específicos en relación con la intrascendencia real inmobiliaria: aplicación de este criterio al supuesto de venta de cosa ajena. B) Criterios específicos atendiendo a las formas y solemnidades del título: 1. La forma pública o privada del negocio. 2. Las formas y solemnidades del título según las Leyes que regulan la forma de los documentos. 3. Los requisitos y circunstancias exigidos para la inscripción. 4. La falta de documentos complementarios. C) Criterios específicos atendiendo a los obstáculos del Registro: A') Inscripción a nombre de persona distinta: 1. El criterio de la denegación contenido en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley. 2. El criterio especial de suspensión del artículo 103 del Reglamento Hipotecario: distintas opiniones doctrinales e interpretación que se propone. B') No inscripción de la finca: distinción entre no acreditar la previa adquisición y no constar la previa inscripción. C') Defecto de identidad de finca o duda sobre la identidad de la misma. D') Limitaciones o prohibiciones de disponer. E') La llamada imposibilidad del Registrador.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

A) LA DISTINCIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

En el aspecto hipotecario este Proyecto se basa en los Anteproyectos de Código civil de 1836 y de los Títulos de las Hipotecas y del Registro redactado por CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA en 1848, cuyos preceptos copia el del 51 prácticamente a la letra.

Nos interesan cuatro grupos de artículos en relación con la distinción objeto de estudio:

a) *Preceptos incluidos en el capítulo «de la teneduría del registro»*.—Tratan de la distinción los artículos 1.883 y 1.884, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1.883.—«El tenedor del registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados, y concluido el examen, inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la ley.»

Artículo 1.884.—«Si el tenedor del registro advierte en el título algún defecto que sea subsanable, suspenderá la inscripción; y asentando la suspensión y sus motivos en el libro de presentación, se dará copia de este asiento al requirente que lo pida, devolviéndole el título, sin perjuicio de practicar lo dispuesto en el artículo 1.869.»

«Si entendiere que debe rehusar definitivamente la inscripción, lo anotará así en el libro de presentación, y entregará copia de este asiento al requirente que lo pida, devolviéndole el título para que pueda usar de su derecho.»

b) *Preceptos incluidos en el capítulo «de la anotación preventiva».*—De especial interés son los artículos 1.869, 1.870 y 1.871:

Artículo 1.869.—«Cuando se presente en el oficio del registro un título cuya inscripción no deba rehusarse definitivamente, pero que no deba tener lugar en el momento por algún defecto conocidamente subsanable, podrá requerir el interesado la anotación preventiva.»

«Esta anotación caducará a los dos meses de su fecha si no se convierte en inscripción.»

Artículo 1.870.—«La anotación preventiva se convertirá en inscripción: ... 2.º En el caso del artículo 1.869, cuando se hace constar que se ha subsanado la causa que impedía momentáneamente la inscripción.»

Artículo 1.871.—«Convertida la anotación en inscripción, surte ésta todos los efectos de tal desde la fecha de la anotación, sin embargo de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra.»

c) *Preceptos incluidos en el capítulo «de los efectos de la inscripción».*—Los artículos 1.859 y 1.860 regulan los efectos derivados de la prioridad en los supuestos de enajenación de unos mismos bienes a diferentes personas y de pluralidad de acreedores hipotecarios y titulares de derechos reales sobre unos mismos bienes respectivamente. Pues bien, previamente a estos preceptos está el que ahora nos interesa, es decir, el *artículo 1.858*, del siguiente tenor:

«Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público.»

«Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 1.882, mientras no se haya hecho la anotación prevenida en el párrafo II del artículo 1.884.»

Este párrafo segundo del artículo 1.884 ha quedado transcrito poco más arriba en el apartado a).

d) *Precepto relativo al requisito de previa inscripción.*—El único artículo que se ocupa de esta cuestión en el Proyecto de 1851 es el 1.820, que dice lo siguiente: «No se hará ninguna inscripción cuando no conste del registro que la persona de quien procede el derecho que se trata de inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre que ha de recaer la inscripción.»

«Sin embargo, en el caso de haberse transferido la propiedad por causa de muerte, podrá hacerse de un derecho procedente del difunto, dentro de los seis meses, contados desde el día en que se abrió la herencia.»

Comentario sobre estas disposiciones del Proyecto de 1851.—Anotamos las siguientes consideraciones:

1.^a Se emplea la expresión «defecto subsanable». En cambio, no encontramos la antitética de «defecto insubsanable», sino que se emplea la frase más larga de «rehusar definitivamente la inscripción». Anotamos este detalle porque, como más adelante veremos, creemos que el defecto insubsanable no es el que no se puede subsanar y, en este sentido, el Proyecto de 1851, al igual que los Anteproyectos que le sirven de precedente, elude esa terminología ambigua, aunque cierto es que tampoco encuentra la adecuada, pues la frase que emplea es demasiado larga.

2.^a El defecto subsanable se relaciona con la idea de provisionalidad: «no deba tener lugar *en el momento* la inscripción», «no deba rehusarse *definitivamente*», «la anotación caducará a los dos meses de su fecha» (art. 1.869); se alude a la subsanación de «la causa que impedía *momentáneamente* la inscripción» (art. 1.870); se dice, ya desde entonces, que se «suspenderá la inscripción» (art. 1.884).

3.^a Se escapa una vez la expresión «defecto *conocidamente* subsanable», que revela que la distinción partía de los datos existentes en el momento de la calificación registral (dicha expresión aparece en el artículo 1.869).

4.^a Nos parece fundamental resaltar que en el Proyecto de 1851 y en los Anteproyectos citados, la distinción entre defecto subsanable e insubsanable (o mejor, «determinante de que se rehúse definitivamente la inscripción») está íntimamente relacionada con el principio de prioridad

registral, o sea, con el problema de la *fecha* en que se producen los efectos del sistema. Nos apoyamos en los siguientes argumentos:

a') La distinción se plantea a continuación del artículo 1.882 que es el que se ocupa del libro de presentación de los títulos, y en esos artículos siguientes en que se habla del defecto subsanable y del que no lo es, se alude al examen de los títulos «por el *orden* que hayan sido *presentados*», inscribiéndose únicamente «los que estuvieren arreglados a la ley» (art. 1.883) y según el artículo 1.884, se asienta la suspensión y sus motivos «en el libro de presentación», dándose copia de este asiento al requirente que lo pida, así como también se ha de anotar en el libro de representación que se ha rehusado definitivamente la inscripción. Esto ha de relacionarse con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.858, como ahora veremos.

b') Además en el artículo 1.871 se dice claramente que la conversión de la anotación preventiva en inscripción perjudica «cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra», lo cual es una de las manifestaciones claras del principio de prioridad registral.

c') El artículo 1.858 confirma nuestra interpretación, pues «considera hecha la inscripción (en sus efectos contra tercero) desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 1.882, mientras no se haya hecho la anotación prevenida en el párrafo II del artículo 1.884». Esta «anotación», según hemos visto, no es la anotación preventiva por defecto subsanable, sino la «anotación» que se practica en el libro de presentación en caso de defecto insubsanable, es decir, cuando se rehúsa definitivamente la inscripción. Por tanto, mientras no conste que se ha rehusado definitivamente la inscripción, el título conserva la fecha de prioridad del asiento de presentación. Lo que significa que si el defecto es subsanable, la suspensión de inscripción a que da lugar permite mantener de momento la fecha de prioridad que ganó con el asiento de presentación. En cambio, el defecto insubsanable determina automáticamente la pérdida de eficacia de la fecha de prioridad del asiento de presentación. Se observará que el Proyecto de 1851 es en este punto mucho más drástico que la legislación hipotecaria, pues no espera a que termine la vigencia del asiento de presentación, sino que destaca esa ineficacia automática de la fecha de prioridad a partir de la constancia del defecto no subsanable, con lo que queda patente la relación de la distinción con el asiento de presentación y con la fecha de la prioridad registral en este primer precedente de la legislación hipotecaria.

d') El comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.869 relativo a la anotación preventiva por defectos subsanables confirma también que la idea que preocupaba era la fecha de la prioridad. Primero se refiere

a la anotación de demanda diciendo: «Por este medio, el que tiene fundados motivos para reclamar la propiedad u otro derecho real sobre bienes inmuebles, no tiene que temer que, *anticipándose un tercero* en la adquisición de tales bienes y en su inscripción, pueda oponerle la excepción que encontraría en otro caso en los artículos 1.859 y 1.860», que, como hemos dicho antes, son los preceptos que se ocupan de la prioridad registral. Pues bien, a continuación comenta la anotación preventiva por defectos subsanables, diciendo: «*Por razones* análogas se ha permitido la anotación preventiva de un título, que tal vez, sin culpa de su poseedor, carece de los requisitos indispensables; pero en este caso ha sido preciso acortar el término, porque culpa suya será si deja de suplir aquella falta, y *no es justo que el propietario lo pague*» (1).

5.^a Aunque en la nota anterior hemos destacado la relación de la distinción entre lo subsanable y lo no subsanable con el principio de prioridad, es evidente que también está vinculada con el principio de calificación, y así resulta igualmente en el Proyecto de 1851, en cuyo artículo 1.883 se advierte que se inscribirán «únicamente los que estuvieren *arreglados a la ley*». Ahora bien, no se dicen los criterios que en concreto se han de tener en cuenta a tal efecto. De todos modos, hay que recordar un epígrafe del Proyecto de 1851 muy significativo para la interpretación del artículo 65 de la primitiva Ley Hipotecaria. Nos referimos al encabezamiento del capítulo VI del Título V del Libro 3.º, comprensivo de los artículos 1.184 y siguientes, que trata de la «*nulidad de las obligaciones*». A propósito de esto, hemos de advertir que tenemos la convicción de que en el Proyecto de 1851 se hablaba indistintamente de «contrato» y «obligación», aunque, técnicamente sea claro que el contrato es la fuente y la obligación el resultado. Pues bien, la nulidad de las obligaciones significa en el Proyecto lo mismo que la nulidad de los contratos, como se demuestra en el primero de los artículos incluidos en el epígrafe «nulidad de las obligaciones», el citado artículo 1.184 que comienza diciendo: «la nulidad del contrato, fundada en alguna de las causas expresadas en las Secciones II y III, capítulo II de este título...». Esas causas son las que constan en el artículo 985, que dice: «Para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: 1.º Capacidad de los contrayentes; 2.º Su consentimiento; 3.º Objeto cierto que sirva de materia de la *obligación*; 4.º Causa lícita de la *obligación*; 5.º La forma o solemnidad requerida por la ley.» El epígrafe del título V del libro III del Proyecto confirma este empleo

(1) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de 1852 por la Cátedra de LACRUZ en 1974, página 954.

indistinto de términos, pues dice: «De los contratos y obligaciones en general.»

Igualmente puede tener interés, a efectos de la determinación del concepto de «nulidad de la obligación», la contraposición que el Proyecto de 1851 hace entre el mismo y el otro concepto de «rescisión de la obligación», que configura no como causa de *nulidad*, sino de *extinción* de la obligación (arts. 1.086 y 1.165).

Pero para determinar si los títulos están o no *arreglados a la ley*, no basta examinar los preceptos relativos a la nulidad de las obligaciones o de los contratos, sino todos aquellos que se ocupan de las causas de nulidad de los demás actos inscribibles, pues se contempla con gran amplitud la lista de títulos sujetos a inscripción, incluyendo no sólo los contratos, sino la «donación», «participación» (art. 1.826), el «testamento» y la «herencia intestada» (art. 1.828), entre otros. Por tanto, hay que remitirse a los requisitos de validez del testamento y demás normas en materia de herencia (arts. 555 y ss.), de la partición de la donación (en el art. 941 se dice que «las donaciones entre vivos se registrarán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título»), etc.

6.^a En cuanto a los obstáculos derivados del Registro, el Proyecto no se ocupa de los mismos de modo directo, ni mucho menos se plantea si se trata de defectos subsanables o insubsanables. Hemos visto que se limita simplemente en el artículo 1.820 como requisito de la inscripción que conste del registro que la persona de quien procede el derecho es el actual propietario. Pero al no hacer ninguna distinción ni prever la anotación preventiva, parece que el obstáculo se plantea de un modo absoluto, sin la atenuación que implica el defecto subsanable.

B) LA DISTINCIÓN EN LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

1. *La Exposición de Motivos.*—En dos ocasiones se alude al tema de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables.

Por un lado, en el epígrafe referente a los «Títulos que pueden anotarse preventivamente.» En él se dice: «El registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva. Cuando se presenta a la inscripción un título de esta clase, no debe el Registrador anotarlo preventivamente. Pero como la falta de que el título adolezca puede ser subsanable o insubsanable, deben ser diversas las resoluciones que en uno u otro caso se adopten en el proyecto.»

«Si conceptúa el Registrador como insubsanable la falta, sería in-

justo, en el supuesto de ser equivocada su apreciación, que se siguiera de ello perjuicio al que fue oportunamente a inscribir un título válido: lo sería también que el errado concepto del Registrador se convirtiera en daño de un adquirente o de un acreedor hipotecario, que ignorando la cuestión pendiente y observando que en el registro no había ninguna inscripción ni anotación, adquiriera un derecho real sobre la finca. Para obviar estas dificultades propone la comisión que en tales casos se ponga una nota marginal al asiento de la presentación, en que concisamente se exprese el motivo de haberse negado la inscripción o la anotación. Esta nota marginal, que será una saludable advertencia a cuantos vean el asiento y que bastará para que conozcan los peligros a que puede llevarlos cualquier contrato que piensen celebrar, sólo surtirá efecto por el espacio de treinta días, durante cuyo término el quejoso de la calificación hecha por el Registrador podrá acudir a los tribunales pidiendo la declaración de validez, y solicitando al propio tiempo que se tome anotación preventiva de la demanda, retrotrayéndose el efecto de ésta a la fecha del asiento de presentación.»

«Mas cuando los títulos que se llevan a la inscripción sólo tienen defectos subsanables, entonces, al paso que una anotación preventiva pondrá a todos al corriente del verdadero estado de la finca, el que presente el título defectuoso encontrará la garantía de su derecho en el documento que podrá exigir al Registrador para hacer constar en todo tiempo si había o no pendiente de inscripción otros títulos relativos al mismo inmueble, y cuáles eran éstos al tiempo de hacer la anotación. Esta anotación sólo tiene carácter interino: a los interesados les corresponde subsanar el defecto y poner su derecho a cubierto de toda objeción justa: al efecto se les señala el término de sesenta días, que podrá, cuando concurren ciertas causas, prorrogarse hasta ciento sesenta por la autoridad judicial. El que se descuida o desprecia el precepto legal, queda castigado con la caducidad de la anotación.»

De estos párrafos deducimos las siguientes consideraciones:

1.^a Que aparece la expresión «obligaciones que produzcan derechos reales» como objeto o contenido de la inscripción, y ello significa que la palabra «obligaciones» no tiene el sentido estricto de relación jurídica obligacional contrapuesta a «derecho real», sino que se identifica con la fuente productora del derecho real, que en la mente del legislador de 1861 es el *acto o contrato inscribible*.

2.^a Que se añade a la frase anterior la siguiente: «cuyos títulos tengan valor jurídico», lo que ayudará a explicar la razón del criterio establecido en el artículo 65 de la Ley consistente en la «nulidad de la obligación», pues si el título no tiene valor jurídico, no produce derechos

reales inscribibles. Precisamente ésta es la explicación que da POVEDA MURCIA de la denegación producida por defectos insubsanables, según veremos.

3.^a Que la distinción entre defecto subsanable e insubsanable está relacionada con el principio de prioridad registral. Así, al hablar del defecto insubsanable, al legislador le preocupa que pueda seguirse «perjuicio al que fue *oportunamente* a inscribir un título válido». Y al tratar del defecto subsanable, se dice que «el que presente el título defectuoso encontrará la garantía de su derecho en el documento que podrá exigir al Registrador para hacer constar en todo tiempo *si había o no pendiente de inscripción otros títulos relativos al mismo inmueble*, y cuáles eran éstos al tiempo de hacer la anotación». Además, al señalar el carácter «interino» de la anotación y la brevedad de su duración, se advierte también que le preocupa el problema de la fecha de prioridad registral, pues si no, podía haberse señalado un plazo de duración más largo. En fin, se dice que «el que se descuida o desprecia el precepto legal queda castigado con la caducidad de la anotación», términos éstos de «descuido», «desprecio» y «castigo», que suelen familiarizarse con el fundamento del principio de prioridad.

4.^a Que se corrige el efecto fulminante que el Proyecto de 1851 había asignado a la calificación del defecto como no subsanable, pues sigue surtiendo efecto el asiento de presentación por el espacio de treinta días. Pero esto no quiere decir que el defecto insubsanable pueda mantener por sí mismo la fecha de prioridad, pues la razón de ser del cambio se explica en la Exposición de Motivos como una fórmula de equilibrio entre los efectos de la calificación registral y la competencia de los tribunales para declarar la validez de los títulos. No es, por tanto, que el defecto insubsanable mantenga la fecha de prioridad registral, sino que durante la vigencia del asiento de presentación queda la posibilidad de acudir al juez para que declare, en su caso, que no hay tal defecto insubsanable. Al exponer nuestro criterio insistiremos en este punto.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 no sólo se ocupa de esta materia en el epígrafe que hemos transcrito y comentado, sino también en los párrafos que dedica al «efecto de las anotaciones preventivas»: «Expuestos quedan ya—se dice—los efectos de las anotaciones preventivas, cuando siendo el resultado de una providencia judicial, tengan el carácter de transitorias para asegurar las consecuencias de un juicio. Fuera de estos casos, las anotaciones preventivas son precursoras de la inscripción y hacen que ésta *surta su efecto desde la fecha que llevan*. La razón de la diferencia salta a la vista: en los casos en que sólo se trata de asegurar para su día el cumplimiento de la cosa juzgada, no puede decirse con justicia que por la providencia judicial, que sólo

tiene carácter de preventiva, se cambia la índole de la obligación, ni que de simple se convierta en hipotecaria, ni que hace peor la condición de los acreedores que están en idéntica circunstancia, *ni que destruye el orden de prelación de los créditos hipotecarios* que se halla establecida por las leyes; pero las demás anotaciones preventivas son un verdadero derecho hipotecario constituido en virtud de la ley y ejercitado por el acreedor, si bien por las dudas a que dan lugar los títulos presentados o por circunstancias transitorias no han llegado aún a la inscripción.»

En este apartado se hace una comparación entre los efectos de la anotación de demanda y las demás anotaciones preventivas, entre las que ocupa un lugar principal en la Ley del 61 la practicada por defectos subsanables, siendo las frases subrayadas otras tantas manifestaciones de la relación de las mismas con el mantenimiento de los efectos de la fecha de prioridad registral.

2. *El artículo 65 de la ley y su relación con otros preceptos.*—El artículo 65 de la primitiva ley es fundamental: «Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida.»

«Serán faltas no subsanables que impiden la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad.»

En este precepto se sienta ya un criterio distintivo entre las faltas subsanables e insubsanables a base del concepto de la *nulidad de la obligación* producida *necesariamente*. Luego veremos las distintas interpretaciones que motivó entre los autores.

Nosotros queremos llamar la atención del sentido de los conceptos empleados: se habla de *título* en el sentido de *documento*, pues se refiere a los títulos *presentados* a inscripción y la presentación tiene por objeto el documento o título en sentido formal; se habla de la *obligación constituida* en el título, concepto de obligación que hay que interpretar en sentido amplio, de acuerdo con la Exposición de Motivos y con el Proyecto de Código civil que entonces circulaba, el de 1851, como acto o contrato contenido en el documento y productor de derechos reales; se habla de producir *necesariamente* la nulidad, quizá como dirá después DÍAZ MORENO, para diferenciarla de la *rescisión*, de la que el Proyecto de 1851 se había ocupado poco antes, como causa de extinción de una obligación válida. Lo que no había fundamento en aquella época era para distinguir la nulidad absoluta como productora de defectos insubsanables y la anulabilidad como determinante de simples defectos subsanables, pues no se había publicado todavía el Código civil ni circulaba entre los autores la distinción entre ambas figuras. No obstante, el término «necesariamente» es un indicio o antecedente de que el legislador

veía defecto insubsanable en esa nulidad de la obligación producida de modo necesario o fatal, lo que no está nada lejos de la llamada posteriormente nulidad absoluta. Pero prueba de que no se distinguían ambas figuras es que, supuestos que luego han sido considerados como de anulabilidad, los autores y la jurisprudencia entendían que eran productores de defecto insubsanable por nulidad de la obligación (ejemplo: defectos de capacidad, falta de licencia marital, etc.).

Pero el artículo 65 tiene relación con otros preceptos, a algunos de los cuales completa, mientras que otros le complementan a él.

Así completa los artículos 18 y 19 en cuanto al ámbito de la calificación registral, pues de ellos sólo resultaba la posibilidad de calificar la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras y la capacidad de los otorgantes. En cambio, el artículo 65 es muy importante a este efecto, pues revela bien claramente que ya desde 1861 la calificación registral se extendía a la cuestión de la validez o nulidad del acto o contrato.

Complementan lo dispuesto en el artículo 65 los artículos 66 y 67.

Según el artículo 66, «los títulos que contuvieren alguna falta no subsanable, a juicio del Registrador, no se anotarán preventivamente. Pero se pondrá una nota marginal al asiento de su presentación, expresando brevemente el motivo de haberse denegado tanto la inscripción como la anotación».

«Si dentro de los treinta días siguientes al de la fecha de dicho asiento—dice el párrafo segundo—propusiere aquel cuyo título haya sido desechado, demanda para obtener su inscripción o la declaración de su validez, pidiendo anotación preventiva de ella, la que se verifique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación.»

«Después de dicho término—concluye el párrafo tercero—no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda, sino desde su fecha.»

Este artículo 66 responde a lo que hemos visto antes decía la Exposición de Motivos acerca del defecto insubsanable y de la posibilidad de que el juez decida sobre la validez o nulidad del título.

En cuanto al artículo 67 constituye un precepto que ha permanecido invariable hasta la ley vigente y, precisamente, confirma una vez más la idea de que el defecto subsanable y la correspondiente anotación preventiva tienen una estrecha relación con el principio de prioridad registral, pues ningún otro objeto que dejar constancia de la prioridad puede tener lo que dice el precepto: «En el caso de hacerse la anotación por no poderse ejecutar la inscripción por falta de algún requisito subsanable, podrá exigir el interesado que el Registrador le dé copia de dicha anotación autorizada con su firma, y en la cual conste si hay o

no pendientes de registro algunos otros títulos relativos al mismo inmueble y cuáles sean éstos en su caso.»

Por último, el artículo 65 es completado por el número 8.º del artículo 42 de la ley. Hay que tener en cuenta la conexión de la distinción entre falta subsanable e insubsanable con la posibilidad o no de obtener la anotación preventiva. Así, en el párrafo primero ya se advierte que las faltas subsanables se definen «para el efecto de anotar (los títulos) preventivamente»; y en el párrafo segundo se emplea una oración de relativo que más bien determina o define qué califica a la falta no subsanable, pues se habla de «faltas no subsanables que impiden la anotación» sin existir ninguna coma entre ambos términos, lo que demuestra que esa imposibilidad de practicar la anotación es algo esencial para la definición de la falta no subsanable.

Pues bien, el número 8.º del artículo 42 completa lo relativo a dicha anotación, diciendo que «podrá pedir anotación preventiva de su respectivo derecho en el registro público correspondiente..., el que presentare en el oficio del registro algún título, cuya inscripción no pueda hacerse definitivamente por falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador». Aquí se amplía el concepto de falta subsanable, pues se equipara la misma, a efectos de la anotación preventiva, «la imposibilidad del Registrador»; además, se emplea la variante terminológica de «falta de algún *requisito* subsanable»; y se alude al término «definitivamente», que sirve para destacar, por contraposición, la idea de provisionalidad de la anotación preventiva y del defecto subsanable mismo.

3. *El artículo 20 de la ley y su relación con otros preceptos.*—El artículo 20 de la primitiva ley resulta francamente impreciso en la delimitación de los motivos de suspensión y de denegación procedentes de obstáculos del registro. Dice así: «También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave.» «Para subsanar esta falta—se lee en el párrafo segundo—deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos 397 al 410 de esta ley.»

La imprecisión existe por las consideraciones siguientes:

1.ª Porque se habla de «suspender o denegar la inscripción» sin decir cuándo tiene lugar la suspensión y la denegación.

2.ª Porque en el párrafo segundo se habla de «subsana esta falta» como si se tratara de algo que siempre fuera subsanable. Más bien parece

que se emplea la expresión «subsanan» en sentido vulgar y amplio, no en el sentido técnico hipotecario del artículo 65 y número 8.º del artículo 42 de la ley. O en otro caso, hay que sobrentender que detrás de esa frase está la siguiente: «en el caso de que la falta fuera subsanable».

3.^a Porque no precisa si se podía o no tomar anotación preventiva, en qué supuestos y cuál debía ser su duración. En la práctica se habían tomado a veces anotaciones preventivas con carácter indefinido, basándose en la expresión «en cualquier tiempo» que empleaba el párrafo segundo de dicho artículo 20. Pero esto era erróneo y contradecía la provisionalidad del asiento de anotación preventiva, por lo que hubo de ser aclarado más adelante, recogién dose la aclaración en la reforma de 1869.

No obstante, había casos en que estaba claro que procedía denegar o suspender. Por ejemplo, en el supuesto del artículo 17 el obstáculo hay base para considerarlo insubsanable, dado lo terminante de las expresiones y la *ratio* del mismo: «inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble». Otro ejemplo de denegación lo constituía el supuesto del artículo 126: «La hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla según el registro, no convalecerá, aunque el constituyente adquiriera después dicho derecho.» Por tanto, si la finca no estaba inscrita a nombre del hipotecante no podía inscribirse la hipoteca según el legislador de 1861 y como no cabe «convalecencia» lo procedente era denegar y no suspender.

En cambio, en el supuesto del artículo 407 se contempla la suspensión con la anotación preventiva correspondiente, en lugar de la denegación. Dice así: «Los Registradores antes de inscribir alguna finca o derecho en virtud de las informaciones (se refiere a las de posesión) examinarán cuidadosamente el registro, para averiguar si hay en él algún asiento relativo al mismo inmueble, que pueda quedar total o parcialmente cancelado por consecuencia de la nueva inscripción. Si hallaren algún asiento de adquisición de dominio, no cancelado, *que esté en contradicción* con el hecho de la posesión justificada, *suspenderán la inscripción*, harán una anotación preventiva, y remitirán copia de dicho asiento al juez que haya aprobado la información.» En el párrafo segundo se añade: «El juez, en su vista, comunicará el expediente a la persona que por dicho asiento pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y con su audiencia, confirmará o revocará el auto de aprobación, dando conocimiento en todo caso, de la providencia que recayere, al

registrador, a fin de que en su vista, lleve a efecto la inscripción o cancele la anotación preventiva...»

Podrá parecer extraño que se prevea la anotación preventiva de suspensión en un caso en que existe un asiento de dominio contradictorio con la posesión que se pretende inscribir, en lugar de denegar la inscripción de ésta. Si este artículo no tuviera una explicación adecuada, más bien habría que pensar que la denegación no existía en la Ley de 1861 tratándose de obstáculos del registro. Pero no es así: hemos visto que el artículo 20 utiliza la expresión «denegar», aunque no diga cuándo procede la denegación; lo cual impide tenerla por no puesta. Y el artículo 407 citado se explica perfectamente si se tiene en cuenta que en aquella época no estaba prevista la aportación al expediente de información posesoria de la certificación registral acreditativa de la situación de la finca. Por ello, cuando el auto del Juez llegaba al registro y aparecían asientos contradictorios no tenidos en cuenta en el expediente, en realidad continuaba el mismo ante el Juez, quien decidía lo procedente después de citar al correspondiente titular del asiento contradictorio.

C) EL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 21 DE JUNIO DE 1861

El artículo más importante en el tema que estudiamos es el 57, siendo también de interés el 37 y el 318.

El artículo 57 trata de precisar el concepto de falta subsanable e insubsanable dado por el artículo 65 de la ley. Dice así: «Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no en su consecuencia una anotación preventiva, según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la ley, atenderá el Registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuere nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen, u otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuese válida, atendidas las circunstancias dichas, y el vicio o defecto estuviere tan sólo en el documento que la contenga, y que se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta.»

Por de pronto, este artículo confirma el sentido de los términos «obligación» y «título», como contenido y continente respectivamente, pues se alude a la «obligación *consignada* en el título» y al vicio o defecto que «estuviere tan sólo en el *documento que la contenga*».

Además, a primera vista, parece que refuerza la opinión que distinguía las faltas subsanables e insubsanables según que afectaren sólo

a las formas extrínsecas o al contenido respectivamente. No obstante, ya veremos cómo GALINDO y ESCOSURA interpretan el precepto de otra manera basándose en el último párrafo, pues se exige también el requisito de «que se pueda reformar o extender de nuevo» el documento, y hay supuestos en que, a pesar de tratarse de un defecto en la forma extrínseca, no puede extenderse de nuevo el mismo.

En nuestra opinión, prescindiendo ahora de si tiene más fundamento una u otra postura, ese último párrafo relativo a la posibilidad de reformar o extender de nuevo el documento, resulta de gran imprecisión, aparte de que puede responder a un concepto meramente vulgar de falta subsanable, que no es el técnicamente correcto, ya que no siempre el defecto subsanable es el que puede reformarse, como tendremos ocasión de ver. Únicamente tiene interés ese párrafo en relación con los vicios o defectos del testamento, pues, aunque la falta estuviere tan solo en el documento, es evidente que éste ya no podía extenderse de nuevo.

En cuanto al artículo 37, trata de precisar el concepto de faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos, diciendo: «El Registrador considerará como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos o escrituras, cuya inscripción se solicite, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la ley, todas las que afecten a su validez, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos públicos, siempre que resulten del texto de los mismos documentos o escrituras, o puedan conocerse por la simple inspección de ellos. Y como una de las circunstancias extrínsecas que más pueden afectar a la validez de dichos instrumentos públicos es la falta de claridad en su redacción, deberán considerarse comprendidos en dicho artículo 18 los que no expresen o expresen sin la claridad suficiente, cualquiera de las circunstancias, que según la misma ley, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad.»

Por tanto, para ser tales «han de afectar a la validez del documento o escritura», lo que quiere decir que se excluyen las meras faltas reglamentarias; «según las leyes que determinan la forma de los instrumentos públicos», por lo que cabría dudar si los requisitos del testamento no eran más bien cuestiones de fondo, al no estar regulados por la legislación notarial.

Pero lo más interesante es que se comprende dentro de las faltas extrínsecas la no expresión o expresión sin la claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que debe contener la inscripción bajo pena de nulidad. Aparece, pues, la idea de *nulidad de la inscripción* como uno de los criterios determinantes de las faltas extrínsecas.

Esta idea puede servir para rebatir la postura que patrocina la sustitución del criterio de la nulidad de la obligación por el de la nulidad

de la inscripción. JERÓNIMO GONZÁLEZ dice que en las actas de la Comisión encargada de redactar el Proyecto de Ley Hipotecaria (se refiere a la Ley de 1861) aparecía en el artículo 65 tachada la palabra inscripción, y en su lugar constaba encima de ella la palabra obligación, o sea, que da a entender que existió cierta discusión entre los criterios de nulidad de la obligación y nulidad de la inscripción. Pues bien, hemos visto que el criterio de la nulidad de la inscripción puede determinar la existencia de faltas de legalidad en las formas extrínsecas, y éstas, según el artículo 57 dan lugar a defectos subsanables.

Claro que al mismo tiempo, dicho criterio puede servir para demostrar que no todas las faltas de legalidad en las formas extrínsecas de las escrituras dan lugar a defecto subsanable, pues si la nulidad de la inscripción se produce por omisión que impide venir en conocimiento del titular de la finca o del derecho, más bien habría que pensar que se trata de un defecto insubsanable, como después veremos. Y es que el criterio de la nulidad de la inscripción es todavía más impreciso que el de la nulidad de la obligación.

En cuanto al último de los tres artículos citados al principio, es decir, el 318 del Reglamento, dice así: «Si en el caso del artículo anterior (que se refiere al supuesto de inscripción de un derecho real) no resultaren inscritos ni el derecho real de que se trate, ni la propiedad del inmueble a que afecte, podrá el que tenga a su favor dicho derecho, presentar desde luego su título, para que se haga de él, el asiento de presentación correspondiente, con una anotación preventiva por defecto subsanable, y exigir del dueño del inmueble que inscriba su propiedad.»

«Si el dueño—se lee en el párrafo segundo—se negare a pedir dicha inscripción, podrá exigirla el otro interesado, bien presentando los documentos necesarios para extenderla, o bien acudiendo al Juez para que mande traerlos de donde existan, a costa del propietario y hacer en su vista la inscripción.»

«Cuando el dueño del derecho—termina el párrafo tercero—no pueda presentar dichos documentos, ni indicar el lugar en que se hallen, podrá justificar la posesión del propietario, en la forma prevenida en el artículo 397 y solicitar en virtud del expediente que se forme, la inscripción de la misma posesión, juntamente con la de su derecho.»

Este precepto constituye un precedente del actual artículo 312 del Reglamento Hipotecario, observándose que habla claramente de «anotación por defecto subsanable» en ese caso en que falta la previa inscripción del dominio.

D) LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1869

Debemos distinguir lo relativo a la faltas en los títulos y a los obstáculos derivados del registro.

En cuanto a las *faltas en los títulos*, apenas hay alguna modificación en la Ley de 1869.

En el artículo 65, es de destacar que se alude expresamente a la suspensión de la inscripción como efecto de la falta subsanable y a la denegación de la inscripción como efecto de la falta no subsanable. El texto del artículo queda del siguiente modo, siendo las frases subrayadas las introducidas por la reforma: «Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida.»

«Si el título contuviere alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presentó el título.»

«Serán faltas no subsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación.»

«En el caso de contener el título alguna falta de esta clase, se denegará la inscripción sin poder verificarse la anotación preventiva.»

Con esta redacción queda ya claramente adscrita la idea de suspensión a la falta subsanable y la de denegación a la falta no subsanable, lo que puede ser interesante para interpretar los conceptos de denegación y suspensión que aparecen en otros preceptos sin aludirse en ellos a las faltas en los títulos, pues en caso de denegación no podrá tomarse anotación preventiva.

En el artículo 66 hay también un cambio de redacción, con motivo de la introducción del recurso gubernativo, pero que se aprovecha para clarificar los conceptos de *título* y *obligación*. He aquí el nuevo texto legal:

«Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, sin perjuicio de acudir si quieren a los Tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos o de la obligación. En el caso de que se suspendiere la inscripción por faltas subsanables del título y no se solicitare la anotación preventiva, podrán los interesados subsanar las faltas en los treinta días que duran los efectos del asiento de presentación. Si se extiende la anotación preventiva, podrá verificarse en el tiempo que ésta subsista, según el artículo 96.»

«Cuando se hubiere denegado la inscripción y el interesado, dentro de los treinta días siguientes al de la fecha del asiento de presentación,

propusiera demanda ante los Tribunales de justicia para que se declare la validez del título o de la obligación, podrá pedir anotación preventiva de la demanda, y la que se verifique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación.»

«Después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda, sino desde su fecha.»

«En el caso de recurrirse gubernativamente contra la calificación del título, todos los términos expresados en los anteriores párrafos, quedarán suspensos desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva.»

Se advierte que el legislador contempla tanto la *nulidad de los documentos* como de la *obligación*. Y enlaza en el párrafo segundo la denegación, que, como sabemos, se relaciona con la falta insubsanable, con el problema tanto de la validez del título como de la validez de la obligación, lo que significa, a nuestro modo de ver, que el legislador de 1869 consideró que había ciertos casos de *nulidad del título o documento* que daban lugar a *denegación* por defecto insubsanable, aunque no se produjera la nulidad de la obligación. Esto confirma la interpretación que daban GALINDO y ESCOSURA.

También se retoca la redacción del artículo 19, añadiendo algunas frases en el párrafo primero y estableciendo un párrafo segundo. He aquí el nuevo texto legal, siendo lo subrayado lo que añade la reforma:

«Cuando el Registrador notare falta en las formas extrínsecas de las escrituras, o de capacidad en los otorgantes, la manifestará a los que pretendan la inscripción *para que, si quieren, recojan la escritura y subsanen la falta en el término que duran los efectos del asiento de presentación según el artículo 17; y si no recogen la escritura o no subsanan la falta a satisfacción del Registrador, devolverá el documento para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes*, sin perjuicio de hacer la anotación preventiva que ordena el artículo 42 en su número octavo *si se solicita expresamente.*»

«En el caso de no hacerse la anotación preventiva, el asiento de presentación del título continuará produciendo sus efectos durante los treinta días antes expresados.»

Hay que reconocer que el nuevo texto no acaba de ser muy preciso y puede dar la sensación de que las faltas en las formas extrínsecas y las de capacidad son siempre subsanables, ya que respecto a ellas se dice que los interesados *si quieren* pueden recoger la escritura y subsanar la falta. Pero en realidad no tiene por qué ser así, ya que la finalidad del artículo 19 no es distinguir las faltas subsanables e insubsanables, cosa de la que se ocupa el artículo 65, sino que trata de regular las consecuencias de la calificación registral negativa, debiendo sobrenten-

derse a continuación de la palabra «subsananen», la expresión «en su caso», es decir, «en el caso de que la subsanación sea posible», único supuesto en que cabe la misma. La prueba es que si se alude sólo a las «faltas en las formas extrínsecas de las escrituras o de capacidad de los otorgantes», no es por singularizar este tipo de faltas, sino porque el artículo 18 acaba de señalar que ése era el ámbito de la calificación registral. O sea, que el artículo 19 más bien se refiere a todo tipo de falta detectada por la calificación registral, pues adopta las mismas expresiones que el antiguo artículo 18 que entendía de ese modo el ámbito de la calificación registral. Ahora bien, el artículo 65 vimos que extendía ese ámbito, comprendiendo también el contenido del acto o contrato, por lo que ese complemento vale también para el artículo 19. En definitiva, que no hay que dar excesiva importancia a esas posibles imprecisiones de redacción del citado artículo 19, pues para nada tienen que afectar a una distinción entre faltas subsanables e insubsanables, de la que no se ocupa el mismo.

Un precepto curioso es la regla 7.^a del artículo 405, introducido en esta reforma y que se refiere a los documentos privados: «Si el Registrador, al examinar el contrato original, hallare alguna cláusula contraria a las leyes, o la falta de algún requisito necesario para su validez, o tal ambigüedad o confusión en sus términos que no pueda extenderse la inscripción con claridad, lo devolverá a los interesados para que lo reformen si quisieren. Si éstos convinieren en dicha reforma, extenderá el Registrador una anotación preventiva si alguno de ellos la solicita; si no convinieren en ella, denegará toda inscripción y asiento del documento. Si éste no contuviere alguna de las circunstancias que deba expresar la inscripción, los interesados lo harán constar, bien extendiendo un nuevo contrato, bien presentando una nota adicional firmada por ambos,»

Este artículo se aplica a los contratos privados anteriores a la publicación de la Ley de Reforma, lo que hace que no interese demasiado como precedente, pues es un supuesto hoy inexistente. Además, el legislador se ha mostrado en él muy poco afortunado, pues parece que sigue el criterio de la posibilidad o no de reforma del documento para distinguir el defecto subsanable del insubsanable, ya que si los interesados «convinieren en dicha reforma» extenderá el Registrador una anotación preventiva, si alguno de ellos la solicita; y «si no convinieren en dicha reforma» denegará toda inscripción y asiento del documento. Y parece que admite la anotación preventiva, aunque falte «algún requisito necesario para su validez», lo cual es inadmisibile dado lo dispuesto en el artículo 65 de la ley y 57 del Reglamento. Tampoco le preocupa demasiado al legislador que exista «alguna cláusula contraria a las leyes», cuando debería matizarse según la misma afectara o no a la totalidad

del contrato, pues si afecta a la totalidad no cabe inscripción ni anotación preventiva en base al artículo 65, y si sólo afecta a la cláusula ineficaz en cuestión, la inscripción es posible sólo en la parte restante, pero tampoco cabe anotación preventiva en cuanto a dicha cláusula contraria a las leyes. En cuanto a la ambigüedad o confusión de los términos del contrato, también debería haberse distinguido el tipo o grado de ambigüedad, pues si no puede venirse en conocimiento del titular, de la finca o del derecho, creemos que el defecto es insubsanable.

En cuanto a las reformas relativas a los obstáculos derivados del registro, la Ley de 1869 tiene en su haber la clarificación del artículo 20, precisando mejor los casos de suspensión y de denegación.

El nuevo artículo 20 dice lo siguiente: «El no hallarse inscrito el dominio de un bien inmueble o derecho real a favor de la persona que lo transfiera o grave, sin estar tampoco inscrito a favor de otra, no será motivo suficiente para suspender la inscripción o anotación preventiva, si del título presentado o de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio antes del día 1 de enero de 1863; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.»

«En el caso de no resultar la fecha de la adquisición, o de ser posterior al expresado día 1 de enero de 1863, se suspenderá la inscripción solicitada, tomándose anotación preventiva, si lo pidiere el que presente el título, cuya anotación subsistirá el tiempo designado en el artículo 96; y en el caso de no tomarse dicha anotación, producirá el asiento de presentación el efecto designado en el artículo 17.»

Para la interpretación de este artículo 20, consideramos de interés reproducir las bases VI y VII del Anteproyecto para la redacción de una Ley Hipotecaria, aprobado por la Subsecretaría de Gracia y Justicia en 1868, pues de las mismas resulta claramente que es motivo de denegación el estar inscrita la finca a favor de un tercero que no haya intervenido como otorgante y motivo de suspensión cuando falta la inscripción:

Base VI. «Los Registradores denegarán únicamente la inscripción en los casos de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, si en este último caso el derecho transferido o gravado aparece inscrito a favor de tercero que no haya intervenido como otorgante en el acto o contrato, que se pretenda inscribir.»

Base VII. «El no hallarse inscrito el dominio de un bien inmueble o derecho real a favor de quien lo transfiera o grave en el acto o contrato cuya inscripción se solicite sin estar tampoco inscrito a favor de otro, no será motivo suficiente para suspender la inscripción si del

título presentado o de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el expresado dominio cuando no existía obligación legal de registrar la adquisición.»

«Si resulta que la adquisición debió ser registrada y que es anterior al día 1 de enero de 1863, se considerará subsanado el defecto expresándose en la inscripción que se solicite las circunstancias esenciales de aquella adquisición, tomándola de los documentos necesarios al efecto.»

«Si la adquisición ha sido posterior al expresado día se suspenderá la inscripción solicitada, y la anotación preventiva que se tome subsistirá el tiempo designado en el artículo 96 de la Ley Hipotecaria, durante el cual podrá subsanarse el defecto o anotarse la demanda judicial para que se verifique la referida inscripción.»

Aunque el texto del artículo 20 de la ley no está tan claro como estas Bases que constituyen su precedente, del mismo se deriva igualmente que la inscripción a nombre de otro es motivo de denegación y que la falta de inscripción de la finca es motivo de suspensión.

Efectivamente, se observa que se excluye el supuesto de «estar inscrito el dominio o derecho real a favor de otra persona» y sólo se prevé la suspensión en el caso de no hallarse inscrito el dominio o derecho real sin que conste que la adquisición previa tuvo lugar antes de 1 de enero de 1863.

En definitiva, esta nueva regulación supone un paso adelante respecto a la Ley de 1861 en el esclarecimiento de la clase de defecto que deriva de los obstáculos del registro.

También se advierte que el tiempo de duración de la anotación es el del artículo 96, es decir, el previsto para las anotaciones por defecto subsanable, por lo que desaparecen igualmente las dudas que motivó la antigua redacción del artículo 20 de la Ley de 1861.

E) EL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 29 DE OCTUBRE DE 1870

Las reformas de más interés son las siguientes:

— El párrafo primero del artículo 57 queda redactado así: «Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no en su consecuencia una anotación preventiva según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la ley, atenderá al Registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuese nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen u otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuese válida atendidas las circunstancias dichas y el defecto estuviere tan sólo en la forma externa del documento

que la contenga, y que se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta.»

Del examen de la nueva redacción se desprende que hay el añadido relativo a la *forma externa* del documento, lo que dio pie para pensar a algún autor que existían defectos del documento que no estaban simplemente en su forma externa y que, por tanto, eran insubsanables (GALINDO y ESCOSURA). Otra variación es que se suprimió el término «vicio» que empleaba el anterior Reglamento Hipotecario, de modo que donde antes decía «vicio o defecto», ahora se alude exclusivamente a «defecto» con referencia al supuesto de defecto subsanable, lo que dio pie a los mismos autores para interpretar que el «vicio» era algo más grave que el defecto, con la consecuencia de que sólo se consideraban defectos subsanables relativos al documento los defectos en la forma externa y no los vicios.

Además, se añaden otros siete párrafos al citado artículo 57, de los que puede destacarse:

— En el párrafo cuarto se dice que «los Notarios, en caso de suspensión o denegación de la inscripción por *defectos en el instrumento*, podrán, sujetándose a los trámites establecidos, promover el oportuno expediente gubernativo limitado a solicitar que se declare que el documento se halla extendido con arreglo a las formalidades y prescripciones legales». Al hacer referencia a los defectos en el instrumento no sólo en caso de suspensión, sino de denegación, parece que se confirma la teoría de que hay defectos en el instrumento, o sea, en la forma extrínseca, que son insubsanables y motivan la denegación. Claro que también cabría mantener que no es así, sino que la expresión «defectos en el instrumento» es utilizada en sentido amplio, comprensivo de defectos de forma y de fondo, pues no se dice «defectos del instrumento», sino «en el instrumento».

— En el párrafo penúltimo se permite el recurso judicial tanto para ventilar la validez de la obligación como la de la escritura, con lo que se reitera lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 66 de la Ley de 1869, pero empleando la palabra «escritura» en lugar de «título», con lo que confirma lo que antes hemos dicho al interpretar aquel precepto, es decir, que no cabe duda de que hay supuestos de denegación por defectos *del* instrumento, los que determinan su nulidad.

— *El artículo 20* del Reglamento se redacta de nuevo para guardar concordancia con el precepto del mismo número de la ley. La novedad es que se añade de modo terminante que «si el dominio de los inmuebles o derechos reales estuviere inscrito a favor de otra persona», se denegará la inscripción. He aquí la nueva redacción literal:

«Los Registradores, antes de hacer la inscripción o anotación pre-

ventiva de bienes inmuebles o derechos reales transferidos o gravados por personas a cuyo favor no se halle inscrito el dominio de ellos, examinarán cuidadosamente el registro para averiguar si dicho dominio está inscrito a favor de otra persona. En el caso de no estarlo, harán, con arreglo al artículo 20 de la ley, la inscripción solicitada o la anotación preventiva que corresponda, siempre que del título presentado o de otro documento fehaciente resulte probado que el transferente adquirió el dominio antes de 1 de enero de 1863. Si el dominio de los inmuebles o derechos reales estuviere inscrito a favor de otra persona, denegarán la inscripción o la anotación preventiva, sin perjuicio de la facultad concedida por los artículos 389 y 392 de la ley para registrar los títulos anteriores a 1863.»

— En el artículo 186 se regula detalladamente la nota que al margen del asiento de presentación debe poner el Registrador en el supuesto de defecto subsanable y las demás operaciones que se pueden producir en caso de recurso o ulterior subsanación del defecto.

— En el artículo 318 se detallan más los trámites a seguir en el supuesto de que el titular de un derecho real pretenda la inscripción sin estar inscrito el dominio. Se mantiene la denominación de la anotación como «por defecto subsanable» que ya estableció el artículo 318 del Reglamento de 1861.

F) PRINCIPALES INTERPRETACIONES DOCTRINALES DE LOS AUTORES EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN EN EL PERÍODO DE 1861 HASTA 1909

Lo más característico del examen de la doctrina de esta época es la contraposición de dos criterios interpretativos acerca de la distinción entre defectos subsanables e insubsanables: la opinión de los que distinguían entre formas intrínsecas y extrínsecas y la opinión de los autores contrarios a ese criterio.

1. *La opinión de los que distinguían las formas intrínsecas y extrínsecas.*—Según esta interpretación, «la Ley Hipotecaria no reconoce en los instrumentos más que dos clases de formas: las intrínsecas, que comprenden las circunstancias que ha de reunir las obligaciones para ser válidas, y las extrínsecas, en que agrupa los requisitos que ha de contener el instrumento para autenticar válidamente la obligación. Clasificados así, los defectos que atacan la validez del contrato, los consi-

dera insubsanables; los que atacan la validez del instrumento, subsanables» (2).

Sirven de fundamento a esta postura unas palabras de LA SERNA, que participó en la Comisión que formuló el Proyecto primitivo de la Ley Hipotecaria, en que se distingue entre formas extrínsecas o externas y formas intrínsecas y la redacción del artículo 65 de la ley, al referirse a la nulidad de la obligación como supuesto de defecto insubsanable, así como la redacción del primitivo artículo 57 del Reglamento de 1861, que, al menos a simple vista parece basarse en esa distinción.

2. *La interpretación de GALINDO y ESCOSURA.*—He aquí las aportaciones que consideramos más importantes de estos autores, en relación con la distinción entre defecto subsanable e insubsanable:

a) Lo más característico de su criterio es el empeño en rechazar la opinión anterior, exponiendo toda clase de argumentos, que les llevan a la conclusión de que hay faltas insubsanables que provenían de defectos del instrumento si producían la nulidad de la escritura «por haberse omitido requisitos esenciales o por haberla autorizado persona incompetente». Se basan en las siguientes razones:

— Si existe nulidad del instrumento, ha de considerarse «como no hecho, que tal es la condición de todas las cosas nulas». Y «si no existe legalmente ese documento, no puede producir efectos, ni convalecer por el discurso del tiempo, ni es capaz de subsanación, y ha de rechazarse resolutoriamente» (3).

— En el artículo 65 L. H. se dice que «son faltas subsanables las que afectan a la validez del título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida». Y añaden estos autores: «Luego aquí se reconocen dos cosas: que hay faltas que afectan a la validez del título, produciendo necesariamente la nulidad de la obligación, y que estas faltas no son subsanables. Después, al definir las faltas insubsanables, que es el segundo miembro, la contraposición del primero y que debe abrazar todos los defectos que en aquél no se comprenden, dice que son las que producen necesariamente la nulidad de la obligación, no tan sólo las que la producen por afectar a las circunstancias que ha de reunir el contrato para su validez, sino todas las que la produzcan, encuéntrase en el contrato o en el instrumento que lo contiene» (4).

— El artículo 57 del Reglamento «no sanciona que son faltas sub-

(2) Cita de GALINDO Y ESCOSURA, exponiendo una opinión contraria a la suya, en sus *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, 4.^a edición, tomo II, página 565.

(3) Obra y tomo citados, pág. 565.

(4) Obra y tomo citados, pág. 566.

sanables los defectos que estuviesen *tan sólo* en la forma externa del documento, sino los que estuviesen en la forma externa del documento *que se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados*; luego los defectos que estuviesen en la forma externa del documento *que no se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados*, no están comprendidos entre las faltas subsanables». Es decir, GALINDO y ESCOSURA interpretan que esa posibilidad de reforma del documento es un requisito acumulativo respecto al defecto de forma externa, y de ahí deducen que cuando falte ese requisito acumulativo (la posibilidad de reforma) no hay defecto subsanable, sino insubsanable, con lo que se obtiene la conclusión de que en el pensamiento del artículo 57 del Reglamento hay defectos en la forma del documento que son insubsanables (5).

— La comparación entre el artículo 57 del Reglamento de 1861 y el mismo del de 1870 corrobora esta tesis, según GALINDO y ESCOSURA, que señalan: «Decía aquél, que era falta subsanable “el *vicio o defecto* que estuviese tan sólo en el documento”, comprendiendo todas las faltas de forma de que adoleciera, así las que producen la nulidad (vicios), como las que afectan a su validez (defectos). Al reformarse el Reglamento en 1869 (*sic*), se variaron los términos, y en vez de declarar que las faltas subsanables eran los *vicios o defectos* que estuviesen tan sólo *en el documento*, como decía antes, expresó: que eran los *defectos* que estuviesen tan sólo en el documento por la de “los defectos que estuviesen tan sólo en la forma externa del documento”, claramente significó que los *vicios*, los defectos de forma que producen la nulidad del documento, no podrían considerarse faltas subsanables» (6). Esto lo relaciona con el informe de la Comisión de Códigos de 2 de enero de 1864 en que se dice que «cuando el título adolece de algún *vicio de nulidad*, por su *forma*, por la incapacidad de alguno de los otorgantes o por la incompetencia del Juez el Registrador puede *denegar* la inscripción».

— La regla 4.^a de la Real Orden de 23 de diciembre de 1862 «que dice que son faltas *subsanables* las que consisten en no expresar cualquiera de las circunstancias que según la ley deba contener la inscripción, *siempre que el documento sea válido*: luego los nulos adolecen de falta insubsanable» (7).

— Se apoyan también en los términos que resultan de los artículos 66 de la ley y 57 del Reglamento en relación con los recursos contra la calificación registral. Ya antes hicimos referencia a esta posible interpretación. Concretamente, dicen GALINDO y ESCOSURA, refiriéndose al

(5) Obra y tomo citados, pág. 566.

(6) Obra y tomo citados, pág. 568.

(7) Obra y tomo citados, pág. 567.

66 de la ley: «dice que cuando se hubiese *negado* la inscripción, el interesado puede proponer demanda ante los Tribunales para que se declare la validez del *título o de la obligación*; luego se equipara la nulidad de la obligación con la nulidad del título, y en ambos casos procede denegar; y como esto presupone que la falta se considera insubsanable, es consecuencia ineludible que cuando el defecto ataca en absoluto a la validez del título, de modo que sea necesariamente nulo, adolece de falta insubsanable, lo mismo que cuando el defecto ataca necesariamente a la validez de la obligación». «Esto mismo se infiere—añaden—del artículo 57 del Reglamento, cuando permite a los Notarios que puedan promover el recurso gubernativo en caso de *suspensión o denegación* de la inscripción *por defectos en el instrumento* para solicitar que se declare que *el instrumento se halla extendido con arreglo a las formalidades* y prescripciones legales, en donde indudablemente se habla de las faltas en la forma del instrumento, y se declara que pueden ser origen de suspensión o denegación; esto es, que pueden ser subsanables o insubsanables.» Citan también una Orden de 24 de noviembre de 1874, deduciendo la misma consecuencia de la expresión que utiliza esa disposición consistente en «negativas de inscripción», que se aplica tanto a las formas extrínsecas como a las intrínsecas que pudieran afectar a las obligaciones (8).

Estos argumentos de GALINDO y ESCOSURA nos parecen bastante concluyentes y fueron seguidos por gran parte de la doctrina y jurisprudencia. Luego veremos que repercuten en el artículo 118 del Reglamento Hipotecario de 1915.

b) Respecto a los conceptos de TITULO y OBLIGACION en el artículo 65, estos autores entienden acertadamente que TITULO equivale a INSTRUMENTO o DOCUMENTO, según se desprende de la exposición de sus argumentaciones, y OBLIGACION equivale a ACTO o CONTRATO, ya que dicen lo siguiente: «No se deduzca de ello (de la expresión “obligación”), sin embargo, que sólo pueden adolecer de faltas subsanables e insubsanables los contratos o *cuasi* contratos, fuentes de las obligaciones civiles; ha de extenderse su precepto a los actos, a los títulos que contengan últimas voluntades; pues si bien en ellos no se constituyen obligaciones estrictamente hablando, son títulos traslativos de dominio, y por la aceptación de la herencia, origen y razón de las obligaciones de los sucesores. Habiendo de otorgarse y autorizarse el testamento con sujeción a ciertas disposiciones y solemnidades, puede contravenirse a ellas, y ser esto motivo que impida su inscripción, como se impide la de los contratos, por iguales causas» (9). Aunque el resultado

(8) Obra y tomo citados, págs. 568 y 569.

(9) Obra y tomo citados, pág. 559.

a que llegan es acertado, parece muy forzado deducir de las obligaciones de los sucesores el que la palabra «obligación» comprende también los actos de última voluntad, ya que esas obligaciones no son productoras de derechos reales. Nos parece mejor concluir ese concepto amplio de obligación por razones de analogía, ya que tanto el contrato como el acto de última voluntad son títulos sujetos a inscripción.

c) Pero hasta ahora GALINDO y ESCOSURA se han limitado a criticar una opinión sin señalar exactamente cuál es el criterio concreto de la distinción. Es decir, no basta rebatir la opinión de los que entendían que las faltas en las formalidades extrínsecas siempre daban lugar a defectos subsanables, pues si no se dice más se sigue sin saber cuál es el criterio distintivo entre las faltas subsanables e insubsanables. En este punto, GALINDO y ESCOSURA no se muestran tan precisos como en la crítica, pero del conjunto de su exposición puede obtenerse su tesis.

Por un lado, entiende que las faltas en las formas intrínsecas, es decir, en las que afectan al acto o contrato para su validez, son faltas insubsanables, y que también lo son las faltas en la forma extrínseca del documento que son causa de la nulidad del título, independientemente de la validez o nulidad de la obligación en sí (ejemplo, los casos del artículo 27 de la Ley Hipotecaria). En cambio, las demás faltas en las formas extrínsecas serían subsanables.

Por otro lado, se fija en los efectos legales que uno y otro tipo de faltas producen y entienden que cuando los Registradores duden la clase de falta pueden seguir como regla sin excepción la siguiente: «Toda falta que permite la anotación del documento, es subsanable. Toda falta que la impide, es insubsanable.» A primera vista parece que esta regla tiene algo de perogrullada, pues aparte de ser evidente, no soluciona el problema, ya que a renglón seguido hay que preguntarse cuándo se permite y cuándo no la anotación preventiva, y esto es más una consecuencia de un criterio previo, y no el criterio mismo. Sin embargo, esta relación entre las faltas y la anotación preventiva puede ser fecunda, dándole el debido desarrollo, lo que intentaremos después.

No obstante, estos criterios generales son completados con una minuciosa enumeración de cada tipo de faltas (10), señalando hasta cuarenta casos de defectos subsanables y agrupando los insubsanables con arreglo a cuatro criterios: 1.º Por referirse a las personas que autorizan el título (ejemplo: incompetencia de Notario); 2.º Por afectar a la validez de la obligación, distinguiendo las obligaciones nulas por su naturaleza, por sus condiciones, por falta de capacidad en las personas que las otorgan. Hay que advertir que dentro de este grupo no distinguen entre

(10) Obra y tomo citados, págs. 576 y ss.

la nulidad y la anulabilidad, sin duda porque la doctrina civilista todavía no la había recogido, pero que determina que muchas de las faltas que señalan, hoy las tengamos que considerar como subsanables, según los criterios que después veremos; 3.º Por afectar a la forma externa de los documentos produciendo su nulidad (aquí incluyen, entre otros supuestos, la omisión en absoluto de la descripción del inmueble o con tal inexactitud que no pueda venirse en conocimiento de la finca y el no dar el Notario fe de conocimiento de los otorgantes o no constar la fecha, firma y signo del Notario o del que autorice el título); 4.º Por tratarse de circunstancias ajenas al documento, que impiden su inscripción en virtud de disposiciones especiales de la Ley Hipotecaria. Dentro de este grupo están los que denomina «impedimentos» o «motivos de denegación», incluyendo en concreto el caso de inscripción a nombre de persona distinta del transmitente. Ahora bien, hace la salvedad de «es lícito inscribir el título denegado, si dentro del plazo en que el asiento de presentación subsiste, desaparece la causa o motivo de la denegación», poniendo el ejemplo siguiente: «si con arreglo al artículo 20 de la ley, se deniega la inscripción de una escritura de hipoteca, por hallarse inscrito el dominio del inmueble a favor de persona distinta del que la constituye, podrá ser inscrita a virtud del mismo asiento de presentación, si durante su vigencia, se inscribe el dominio a favor del hipotecante, y el presentante insta del Registrador que practique la inscripción» (11). Esto puede explicar quizá la especialidad de estos motivos de denegación en relación con las faltas insubsanables en general y dar algún sentido al actual artículo 103 del Reglamento Hipotecario vigente, según veremos más adelante.

d) Otra aportación interesante de GALINDO y ESCOSURA es recordar que la Dirección y, aun también la ley y el Reglamento, al tratar de las faltas usan las palabras «subsanable» y «subsanar» en dos sentidos. «Unas veces en el genérico y vulgar que expresa la posibilidad de la enmienda material de los defectos, de cualquier modo que se verifique, aunque para ello haya de extenderse un nuevo título que sustituya en absoluto al defectuoso, quedando éste tan inútil como si nunca hubiera existido; o haya de traerse otro en que conste la circunstancia que falta al primero, y sea tan indispensable que sin ella no haya posibilidad de inscribir el derecho. Otras veces se emplean las palabras *subsanar* y *subsanable* en el sentido técnico, restringiendo su significación a los casos en que la enmienda puede efectuarse, adicionando en el documento defectuoso la circunstancia que se echa de menos, que no implica la nulidad necesaria de la obligación ni del título; o extendiendo o aportando

(11) Obra y tomo citados, pág. 561.

otro documento nuevo o antiguo o supletorio que complete el anterior; o presentando el interesado notas que contengan las circunstancias omitidas. Cuando la palabra «subsanan» se toma en el primer sentido, el título no es inscribible, ni anotable; porque adolece de nulidad: cuando se usa en el segundo, el título es inscribible en sí, pero por el defecto, en lugar de inscribirse, se anota. En el primer caso hay falta insubsanable en el sentido hipotecario y el asiento de presentación del título, con la nota de haberse devuelto por adolecer de falta insubsanable, no produce efecto contra tercero: en el segundo hay falta subsanable; es decir, la presentación perjudica a tercero si se enmienda el defecto en el plazo de la ley señalada» (12).

Esta aclaración de GALINDO y ESCOSURA la consideramos importante, pues de la misma se desprende que el sentido vulgar de lo «subsananable» no sirve para definir el concepto hipotecario de defecto subsanable.

e) Otra distinción de interés es la de que hay «*faltas que pueden ser subsanables o insubsanables, según los casos*». Así, señalan que ciertas faltas ha de considerarse «subsanales» «si hay motivo racional para dudar si realmente existe o no al defecto de que a primera vista adolece el documento». O bien se suspende la inscripción «porque no se copian literalmente las cláusulas que marcan las facultades del apoderado», calificándose este defecto de «subsananable», y luego, se presenta el poder resultando que no tiene facultades el apoderado; en tal caso, el defecto presumido subsananable se convierte en insubsananable (13).

Por tanto, esta distinción desemboca en otra que considero de mayor interés: la de que hay faltas que calificadas de subsanales se convierten después en insubsanales, o viceversa, y en este sentido tendremos ocasión de utilizarla después.

f) Por último, creemos haber visto algún matiz en GALINDO y ESCOSURA del que resulta que estos autores ven alguna relación de los defectos subsanales e insubsanales con el principio de prioridad. Así, dicen lo siguiente: Las faltas subsanales, «subsanales en tiempo oportuno, purgan del vicio al documento que se inscribe, *retrotrayéndose* los efectos a la *fecha del asiento de presentación*». Y luego ponen un ejemplo en que se plantea un problema de prioridad, citando concretamente el principio *prior tempore potior ex iure* como obstáculo de una de las soluciones que apunta (14). Después veremos cómo nuestro criterio se basa decididamente en el principio de prioridad.

3. *La opinión de DÍAZ MORENO*.—Extractamos así las aportaciones de este autor al tema de las faltas subsanales e insubsanales:

(12) Obra y tomo citados, págs. 604 y 605.

(13) Obra y tomo citados, pág. 573.

(14) Obra y tomo citados, pág. 560.

a) *Concepto de título y obligación.*—DÍAZ MORENO entiende que «título» en el artículo 65 L. H. equivale a «documento» y «obligación» a «acto o contrato». Es la misma opinión que la de GALINDO y ESCOSURA, pero su argumentación es mejor que la de estos autores, pues se fija en la expresión «obligación en él constituida», que revela que la obligación es el «contenido» y el título el «continente» (15).

Pero precisamente por tener ese significado la palabra «obligación» critica la terminología empleada por el texto legal, pues aplicado el término «obligación» al «acto» no tiene significado natural, y aplicada al «contrato» lo tiene, pero confuso e imperfecto, por la distinción que existe de causa a efecto (16).

También critica el concepto de «nulidad necesaria de la obligación» diciendo que «el concepto de nulidad necesaria o de obligación necesariamente nula que emplea el artículo 65, es también extraño, puesto que en general las leyes no se expresan en términos tan fuertes, ni es necesario, cuando determinan que cualquier acto, contrato o estipulación es nulo; en lo que no es, no caben diferencias ni mayor ni menor grado de serlo, y si se quiso establecer de ese modo el precepto para distinguir la nulidad de la rescisión, como es probable, todavía menos hacía falta el adverbio *necesariamente* para diferenciar dos cosas que ellas mismas se distinguen» (17).

Ciertamente ese adverbio, *necesariamente*, resultaba algo misterioso. Parece que DÍAZ MORENO apunta hacia la contraposición con otro tipo de ineficacia, la que llama «rescisión», cuyo concepto no explica. No obstante, más adelante relaciona el caso concerto de falta de licencia marital con la rescisión, por lo que parece que alude a lo que más adelante se denominó *anulabilidad*. Si esto es así, DÍAZ MORENO habría entrevisto, con distinta terminología y un poco veladamente, la diferencia que debe existir entre nulidad y anulabilidad, a efectos de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables. Refuerza esto la definición que da de nulidad necesaria como aquella que se causa a simple vista, de un modo inmediato y afecta al orden público, no siendo de interés privado. De este concepto a la hoy llamada nulidad absoluta no hay más que un paso.

b) *El problema de las faltas insubsanables derivadas de las formas extrínsecas.*—En este aspecto se adhiere a la posición de GALINDO y ESCOSURA, entendiendo que la distinción entre faltas subsanables e insubsanables no puede hacerse sobre la base de distinguir faltas en las

(15) DÍAZ MORENO, «Contestaciones al programa de Notarías», en *Legislación Hipotecaria*, 2.ª edición, 1907, pág. 373.

(16) Página 374.

(17) Página 374.

formalidades extrínsecas e intrínsecas respectivamente, pues hay faltas insubsanables que derivan de defectos en la forma extrínseca.

c) *Exposición del criterio distintivo*.—Se atiende al criterio de la nulidad del acto o del documento como determinante de las faltas insubsanables. En cuanto a las faltas subsanables, la definición no es muy precisa, pues dice que es «la imperfección consistente en la falta de circunstancias accidentales del título exigidas por las leyes para su completa validez en el registro o en no acreditarse algún hecho o circunstancia del acto o contrato precisa para la perfección legal íntegra del mismo» (18).

Luego expone la clásica lista de faltas de uno y otro tipo, destacando que la falta de dación de fe de conocimiento en los actos *inter vivos* no la considera insubsanable, fundándose en que una cosa es la falta de conocimiento de los otorgantes por parte del Notario y otra la falta de dación de fe de conocimiento de los mismos, cosa esta última que puede completarse y acreditarse con posterioridad (19); que, en cuanto a la omisión de circunstancias necesarias para la inscripción, el defecto se considera subsanable, salvo cuando por tal omisión no pueda venirse en conocimiento de las fincas, personas o derechos, en cuyo caso es insubsanable; que, en lo relativo a los obstáculos del registro, considera como defecto insubsanable la inscripción a nombre de persona distinta del transmitente a que se refiere el artículo 20 de la ley, siendo también insubsanable al que resulta del supuesto del artículo 17, si bien, en el caso del párrafo último, se trata de un defecto *insubsanable no definitivo* (20).

d) *Indicios de la relación de la distinción con el principio de prioridad*.—Nosotros hemos visto estos indicios en un párrafo que aparece suelto, pero que consideramos de gran interés, destacando la frase que hemos subrayado dentro de los siguientes párrafos: «La nota esencial característica, para distinguir las faltas insubsanables, si *a priori* ofrece dificultades, por el efecto, es manifiesta y evidente. Los defectos insubsanables, de cualquier origen que sean, impiden extender la anotación preventiva de que trata el número 8.º del artículo 42 de la ley, por un fundamento que es también de evidencia inmediata. Dicha anotación responde al propósito de conceder al anotante un término durante el cual pueda corregir la falta advertida, *asegurando entre tanto la existencia del derecho en el registro, con el fin de que si el defecto se enmienda en dicho plazo, la vida del mismo derecho se considere comenzada y continúa desde la fecha del asiento de presentación del título*. Mas cuando

(18) Página 377.

(19) Página 390.

(20) Página 382.

la falta es insubsanable, no puede esperarse una corrección imposible, ni, por otra parte, resultaría jurídico reconocer efectos a un documento tachado de nulo, por cualquiera de las causas legales que dan lugar a esta declaración en lo que afecta al registro» (21). Advuértase cómo recalca la importancia de la fecha de prioridad registral en caso de defecto subsanable, a diferencia del defecto insubsanable.

e) Se ocupa también de los epígrafes relativos a las «faltas que son subsanables o insubsanables, según los casos», dando una explicación muy clara del tema (22), y a la «subsanción de los defectos insubsanables», en donde puede apreciarse la terminología vulgar, junto al sentido técnico, del concepto de defecto insubsanable (23).

4. *La opinión de MORELL Y TERRY en relación con la legislación anterior a 1909.*—Hay que distinguir la opinión de MORELL respecto a la regulación de la Ley de 1909 y Reglamento de 1915, de la que después nos ocupamos, y la opinión del mismo autor en relación con la legislación anterior a 1909 y sobre todo al artículo 118 del Reglamento de 1915, opinión que es la que ahora nos interesa dentro de este grupo de autores (24).

MORELL interpreta el artículo 65 de la primitiva Ley Hipotecaria y el 57 del Reglamento en sentido contrario a GALINDO y ESCOSURA y se adhiere a la postura de aquellos autores que distinguían las faltas subsanables e insubsanables atendiendo a la distinción de los defectos en las formas extrínsecas e intrínsecas, respectivamente.

Cita en primer lugar las palabras de LA SERNA, explicando la distinción entre formas extrínsecas e intrínsecas. Pero en nuestra opinión, de aquí sólo se desprende la distinción entre los defectos de una u otra clase, no que los relativos a las formas extrínsecas sean siempre subsanables y los relativos a las formas intrínsecas insubsanables.

Seguidamente se encara con el artículo 57 del primitivo Reglamento Hipotecario de 1861, interpretando que respondía a esa distinción, en lo cual tiene parte de razón, dada la redacción del precepto que expusimos anteriormente. A continuación se pregunta si en la reforma del Reglamento en 1870 se quiso alterar el sentido de dicho precepto, entendiéndolo, en contra de GALINDO y ESCOSURA, que «nada lo prueba» y que no hubo «cambio de doctrina», pues lo que quiso el legislador fue aclarar aún más ese sentido de la distinción, para concluir que faltas subsanables eran las que afectaban sólo a la forma externa del documento e insub-

(21) Página 383.

(22) Página 396.

(23) Página 399.

(24) MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo III, 2.ª edición, 1928, págs. 186 a 190.

sanables las que eran independientes de la forma externa. Además, interpreta el último párrafo del artículo 57 reformado en 1870, diciendo que «los autores del Reglamento creían de buena fe que todo defecto del título, aun anulándolo, no impedía su reforma, o la extensión de otro título nuevo, siempre que la obligación o el acto en sí mismo fuesen válidos». Siguiendo esta perspectiva, entiende que si la escritura es nula por incompetencia del Notario, el defecto es subsanable, pues el acto es válido y puede subsanarse otorgando una nueva escritura.

Nosotros creemos que MORELL está olvidando que, después de la publicación del Código civil, el documento público nulo por incompetencia de Notario u otra falta en la forma, tiene los efectos del documento privado, lo que indica que, a efectos hipotecarios, es como si el documento no existiera.

Por otro lado, respecto a su opinión general sobre la distinción, hay que tener en cuenta que se aferra únicamente a los términos literales del artículo 57 del Reglamento, rehuyendo una confrontación de argumentos con GALINDO y ESCOSURA, que hemos visto son muy completos y más convincentes. La prueba es que MORELL, refiriéndose a la opinión de estos autores, sólo dice: «Todo esto, a pesar de estar tan bien dicho y de ser tan fundado y razonable, no nos prueba nada en contra del texto de aquel célebre artículo 57.» Creemos que si se expone una opinión *fundada y razonable*, debe admitirse por encima de una interpretación exclusivamente literal de un precepto.

Estas son las declaraciones de MORELL en relación con los primitivos artículos 65 de la ley y 57 del Reglamento de 1861 y 1870. Más adelante expondremos su distinta opinión a raíz del artículo 118 del Reglamento de 1915.

G) LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA DE 1909 Y EL REGLAMENTO DE 1915

1. *La Reforma Hipotecaria de 1909.*—Sabido es que, por un lado, existe la Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1909, con sus 43 artículos, y por otro, el texto articulado de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre del mismo año. Pues bien, la Ley de Reforma de 21 de abril no afecta a las faltas subsanables e insubsanables de los títulos; en cambio, contiene matizaciones de interés a propósito de los obstáculos del registro. La Ley de 16 de diciembre, en consecuencia, mantiene el mismo texto de los artículos 65 y siguientes, si bien, hace un añadido de interés en el artículo 18 para hacer concordar este precepto con el 65; y además, recoge los nuevos preceptos que la ley anterior de 21 de abril había dedicado a los obstáculos del registro. En definitiva, apenas

hay reformas en la Legislación Hipotecaria de 1909 relativas a la distinción entre faltas subsanables e insubsanables.

Efectivamente, el artículo 65, que es el precepto fundamental sobre la distinción, se mantiene invariable, según acabamos de decir. En cuanto al artículo 18 no se produce propiamente una reforma, ya que la Ley de 21 de abril no se ocupó del mismo, sino que simplemente se trató de coordinar el ámbito de la calificación registral con el contenido del artículo 65. Esta es la redacción dada al artículo 18 por la Ley de 21 de diciembre: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones contenidas en las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, a los efectos del artículo 65 de esta ley.» Se añade este último párrafo referente a la calificación de la validez de las obligaciones contenidas en las escrituras públicas, con lo que no hay reforma legal, sino únicamente reforma del artículo 18, que incluye en su texto lo que ya resultaba del artículo 65. Si tiene interés esta reforma, creemos que es porque confirma que la palabra «título» del artículo 65 equivale a «documento», ya que el nuevo artículo 18 bien claramente alude a las «obligaciones contenidas en las *escrituras públicas, a los efectos del artículo 65 de la ley*». Ahora bien, como consecuencia de esta reforma del artículo 18 se produce cierto contrasentido en el artículo 19, pues al mantenerse la misma redacción en éste, a pesar de que estaba pensada para los supuestos de calificación del artículo 18, ahora daba pie para pensar que la «falta en las formas extrínsecas o de capacidad de los otorgantes» eran siempre subsanables frente a los defectos relativos a la validez de las obligaciones, respecto a los que el artículo 19 no se ocupaba ni preveía su subsanación. No obstante, nosotros creemos que esta defectuosa redacción del artículo 19 puede salvarse perfectamente, según veremos al comentar la posición de ROCA SASTRE.

En cuanto a los obstáculos derivados del registro, se producen las siguientes alusiones:

— El texto articulado de la Ley de 16 de diciembre recoge en su artículo 20 la nueva redacción que la Ley de 21 de abril de 1909 dio al 20 de la ley anterior en su artículo 17. Con dicha redacción se produce, en mi opinión, el paso definitivo que refleja que la inscripción a nombre de persona distinta del transmitente era motivo de denegación siempre y no «según los casos». A primera vista, parece que no es así, pues el nuevo párrafo segundo dice: «Los Registradores denegarán o suspenderán, *según los casos*, la inscripción de dichos documentos, mien-

tras no se cumpla este requisito, y serán responsables directamente de los perjuicios que causen a un tercero por la infracción de este precepto.» Vemos que se refiere a «según los casos», pero esto no quiere decir que sea discrecional para el Registrador decidir cuándo procede la suspensión y cuándo la denegación. Si sólo existiere ese párrafo podría pensarse tal cosa, aunque costaría trabajo, pues una cuestión tan fundamental no puede quedar bajo esa imprecisión. Pero no hay ningún problema, ya que esos «casos» a que se refiere el párrafo segundo, se precisan con toda claridad en el propio artículo 20, en sus respectivos párrafos 5.º y 6.º, de los que se desprende que no hay ninguna duda acerca de cuáles son los casos de suspensión y cuáles los de denegación. El párrafo 5.º dice: «En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.» Y el párrafo 6.º: «*Cuando* (que equivale a decir: “en el caso de que”, pero se dice “cuando” para evitar repeticiones) no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho y no se justificare tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la citada fecha (se refiere a 1 de enero de 1909), los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de la actual Ley Hipotecaria.»

Otros preceptos de interés son los siguientes:

— El artículo 23 de la Ley de abril, que se recoge en el 393 de la Ley de 16 de diciembre, según el cual se debe aportar, junto con la solicitud en el expediente de información posesoria, la certificación registral en que conste si la finca está o no inscrita y a nombre de quién, en su caso. Con esto ya no tiene lugar la anotación preventiva de suspensión que una vez terminado el expediente preveía la legislación anterior; aunque ahora veremos la nueva regulación del reglamento.

— El artículo 28 de la Ley de abril se ocupa de la anotación preventiva que puede instar el poseedor de algún derecho real impuesto sobre fincas cuyo dueño no hubiese inscrito su propiedad, previendo una extraña anotación preventiva «del derecho del propietario» solicitada por el titular del derecho real. Sin embargo, el artículo 398 de la Ley de 16 de diciembre vuelve a la idea de «anotación preventiva del mismo (es decir, del título del derecho real) por el defecto subsanable de faltar la inscripción de dominio del inmueble gravado».

2. *El Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915.*—Destacan las siguientes reformas:

— El artículo 118, que dice así: «Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y extender o no en su consecuencia la anotación

preventiva a que se refiere el artículo 65 de la ley, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del registro con él relacionados.»

Este precepto constituye un antecedente importante del artículo 65 de la actual Ley Hipotecaria, que recoge en su último párrafo el texto de ese artículo 118.

El comentario del citado precepto se puede concretar en estas dos notas: 1.^a Da estado legal a la interpretación de GALINDO y ESCOSURA, pues rechaza la opinión contraria que atendía exclusivamente al criterio de la distinción entre formalidades extrínsecas e intrínsecas, ya que en el nuevo texto se señalan como fuentes indistintas de las faltas subsanables, tanto los defectos de fondo como de forma; 2.^a Trae el campo de las faltas el problema de los obstáculos del registro, al decir que hay que atender también «a los asientos del registro con él (el título) relacionados». Esto ya resultaba del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en que hemos visto que se regulaban los supuestos de denegación y suspensión por obstáculos del registro, pero el artículo 118 del Reglamento los relaciona de modo expreso con la distinción de las faltas subsanables e insubsanables.

— En el artículo 103 del Reglamento aparece por primera vez, a propósito de las anotaciones de embargo, una excepción a la norma de denegación establecida en el artículo 20 de la ley. Así, se dice: «Si la propiedad de las fincas embargadas apareciese inscrita a favor de una persona que no sea aquella contra quien se hubiere decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos.» Se ha querido utilizar la misma fórmula del artículo 20 de la ley expresando que «se denegará o suspenderá la anotación, según los casos», con lo que parece que se adapta a la redacción del párrafo segundo del citado artículo 20. Pero esto es un espejismo, pues mientras en el párrafo segundo del artículo 20 se contemplaba la cuestión de modo genérico, lo que justificaba que se hablara de «según los casos», en el artículo 103 se está refiriendo a un caso concreto, el de inscripción a nombre de otra persona, por lo cual, desde la perspectiva del artículo 20 ya no cabría decir «según los casos», sino sencillamente aplicar la norma de denegación prevista para «ese caso» en el párrafo quinto.

Por tanto, parece que el artículo 103 del Reglamento va en contra de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley. Si esto fuera así, tendría que prevalecer la ley sobre el reglamento, por el principio de jerarquía normativa. Claro, que todavía cabe salvar la contradicción encontrando alguna explicación al supuesto del artículo 103. Podría relacionarse este artículo con el número 2.º del artículo 141 y con el artículo 144, enten-

diendo que si la anotación de embargo se pretende contra herederos del titular registral y no se expresan las circunstancias del título sucesorio y certificados a que alude la regla 2.^a del artículo 141, procederá tomar una anotación preventiva de suspensión conforme al artículo 144. Ese podía ser el supuesto de suspensión que el artículo 103 preveía en un supuesto de inscripción a nombre de persona distinta contra la que se decretó el embargo. Si así fuera, sería un precedente de la tesis que luego veremos mantiene CHICO. No obstante, no era ésta la postura interpretativa que prevaleció.

— Otra novedad interesante es la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 29 y en el 31 para el caso de que, pretendiéndose la inscripción de posesión por certificación del Estado, Provincia, Municipio, establecimiento o de corporación eclesiástica, existiese contradicción con algún asiento no cancelado o la descripción de las fincas coincidiera en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos. Esta anotación de suspensión constituye un precedente de la establecida en el artículo 306 del vigente Reglamento Hipotecario, si bien la redacción del Reglamento de 1915 era más imprecisa, pues no expresaba que se trataba de un caso de duda sobre la identidad de la finca respecto a la del asiento contradictorio. No obstante, tenía que referirse a ese supuesto, pues de otra manera la contradicción existiría entre el artículo 29 del Reglamento y el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que sabemos preveía la denegación en caso de inscripción a nombre de persona distinta. Ahora bien, como quien decidía en definitiva era el Juez, también podía interpretarse que era una anotación de suspensión distinta de la de defecto subsanable, ya que representaba el trámite inicial de un expediente que podía continuarse ante el Juez de Primera Instancia.

H) PRINCIPALES INTERPRETACIONES DOCTRINALES DE LOS AUTORES A PARTIR DEL REGLAMENTO DE 1915

A raíz del artículo 118 del Reglamento, la tónica general de la doctrina es la desorientación y el casuismo, salvo algunos intentos de sentar ciertos criterios generales acerca de la distinción entre falta subsanable e insubsanable.

1. *La opinión de MORELL Y TERRY.*—Antes hemos expuesto la interpretación de MORELL de los antiguos preceptos reglamentarios. Ahora expondremos su opinión en relación con la legislación vigente en la época que él escribe, que es la Legislación de 1909 y el Reglamento de 1915.

Después del artículo 118 del Reglamento Hipotecario, MORELL participa de cierto escepticismo mostrando indicios de una posición meramente casuística. No otra cosa se desprende de las siguientes frases suyas: «Como el artículo 65 sigue diciendo lo mismo que antes, y admite, por tanto, distintas interpretaciones, la verdad es que cada Registrador podrá de él sacar, atendiendo al contenido y a las formas y solemnidades del título, las consecuencias que crea más pertinentes y razonables, ya que en este mundo, como dijo el poeta, todo es según el color del cristal con que se mira. Podrá, pues, seguirse sosteniendo que para que exista defecto insubsanable es preciso que la falta sea independiente de la forma del documento, anulando el fondo, el acto, o la resolución» (25). Y un poco más adelante dice: «Como la base (de la distinción) es tan insegura, el edificio que sobre ella se quiera levantar no puede ser firme, no cabe presentarlo como una obra fija e inmutable, puesto que a voluntad de los interesados en la calificación puede inclinarse a derecha o izquierda, según se coloquen los cimientos. Por ello, y sin perjuicio de tener en cuenta otras reglas o preceptos generales sobre la calificación y sobre los efectos de las faltas, no hay más remedio que guiarse por las declaraciones de la jurisprudencia cuando representen una doctrina constante o repetida, como es lo más frecuente, aunque puedan señalarse excepciones que no pueden ni deben alterar la regla.» A mí me parece inadmisibles este planteamiento, pues el jurista, igual que el arquitecto, debe hacer la construcción de modo científico, y no partiendo de cimientos poco firmes.

Ahora bien, a pesar de estas declaraciones, MORELL ofrece algún criterio para la distinción, de modo que no se le puede incluir entre los autores que todo lo cifran en el casuismo. Reconoce que el nuevo artículo 118 del Reglamento quiso establecer el principio de que las faltas insubsanables pueden derivarse también del título, lo que nos lleva a pensar que sigue la tesis de GALINDO y ESCOSURA, a diferencia de lo que entendía respecto al Reglamento anterior. No obstante, hace una crítica de la opinión de estos autores en relación con su criterio de los efectos legales consistentes en la posibilidad o no de anotación preventiva, diciendo: «Aparte de ser ésa la regla natural, no es tampoco el criterio indicado una regla tan segura para la distinción, como quiere suponerse. Fuera de ciertos casos especiales, como el de no describirse la finca en el documento, y de los naturales y propios en, que el acto en sí mismo es necesariamente nulo, no se observa inconveniente alguno serio que impida extender anotación preventiva por defectos del título considerados como insubsanables para la jurisprudencia.» Nos parece

(25) Obra y tomo citados, pág. 195.

que en parte tiene razón MORELL en hacer esta crítica a GALINDO y ESCOSURA, pues estos autores consideraban poco menos que infalible ese criterio de la posibilidad o no de anotación preventiva, cuando es un criterio que no resuelve el problema.

MORELL apunta como criterio general y más seguro el de la nulidad del acto o contrato como determinante de defecto insubsanable. Aun así, ronda el casuismo otra vez en relación con esta declaración general, pues dice: «las excepciones a esta regla sólo debe tenerlas en cuenta el Registrador, cuando la Dirección, de un modo uniforme y constante, haya resuelto sobre casos especiales, en los que a su juicio, que, en general, debe estimarse más fundado que el de los Registradores considerados particularmente, exista esa necesaria nulidad de fondo, aun derivada de nulidades del título o documento». Por lo que se ve, MORELL recurre a la Dirección general en un tema en el que no creemos que haya pisado precisamente terreno firme, al no tener criterios fijos proporcionados por la ley o la doctrina. Además, es inadmisibles que el criterio de la dirección se plantee para permitir excepciones a una regla obtenida de un precepto legal, cual es el párrafo tercero del artículo 65.

Después de estas consideraciones generales, MORELL va enumerando casos concretos de defectos subsanables e insubsanables, siguiendo listas ya clásicas, pero completándolas de tal modo que no se puede negar a este autor su esfuerzo y preparación en la materia, aunque haya que decir que no compartimos su oscilante criterio general de la nulidad ni muchos de los casos concretos que señala (26).

2. *La opinión de CAMPUZANO.*—En la exposición de este autor destaca especialmente la crítica negativa que hace de los artículos 65 de la Ley Hipotecaria y 118 del Reglamento, afirmando su impropiedad técnica por tres motivos que estima fundamentales (27):

1.º Porque «en el artículo 65 de la ley, lo mismo que en el artículo 118 del Reglamento, se emplea la palabra *título*, de doble sentido en el mecanismo hipotecario, puesto que unas veces se aplica como causa de adquirir, por ejemplo, en el artículo 3.º de la ley, y otras en el concepto de documento en el que consta un acto o contrato inscribible, como sucede en el artículo 45 del vigente Reglamento Hipotecario».

A mí me parece que esta primera crítica carece de fundamento, pues lo que debe hacer el intérprete es profundizar en el sentido de la palabra «título» en el precepto legal, en lugar de lamentarse de la dificultad de su interpretación por los distintos sentidos de esas palabra. Ya dije que

(26) Páginas 196, 199 y ss.

(27) CAMPUZANO, «Legislación Hipotecaria», en *Contestaciones a Notarías*, 2.ª edición, 1926, págs. 393 y 394.

me parece como opinión más fundada la que entendía que «título» era equivalente a «documento» en el artículo 65.

2.º Porque «también se emplea en el artículo 65 la palabra *obligación*, haciendo depender de su validez o nulidad la calificación de las faltas en subsanables o insubsanables. Se olvida la ley, al proceder así, de que la obligación vive en un ámbito distinto del derecho real y que al registro lo que única y verdaderamente le interesa es la validez y eficacia de los derechos reales que en él se hacen constar, siéndole indiferente la de las obligaciones contenidas en los títulos, sin que por otra parte aparezca clara la influencia que el título pueda tener en la obligación, y la obligación, a su vez, en el derecho real o modificación del mismo que se hace constar».

Tampoco tiene razón en esto CAMPUZANO, pues olvida que nuestro sistema es causal y por ello, es fundamental acudir al tema de la validez o nulidad de la obligación. Olvida también que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, vimos que aludía a las *obligaciones productoras de derechos reales*, lo que da a entender que el concepto de obligación en el artículo 65 equivale al de *acto o contrato*.

En medio de esta crítica del concepto de «nulidad de obligación», CAMPUZANO cita las palabras de JERÓNIMO GONZÁLEZ en relación con la frase «nulidad de inscripción» que aparecía tachada en las actas de la Comisión que redactó el Proyecto de Ley Hipotecaria. Aunque parece que señalaba esto para reforzar su crítica al concepto de «nulidad de obligación», CAMPUZANO, al final, tampoco queda muy convencido con ese posible concepto sustitutivo, y en esto acierta diciendo: «aun siendo así, tampoco el concepto hubiera resultado claro». No obstante, hay que tener en cuenta que cuando se dice que no se encuentra claridad en la ley, también puede suceder que el intérprete no haya llegado a encontrar el sentido de la ley.

3.º CAMPUZANO hace su tercera crítica de la ley: «se olvida también de que los defectos o, mejor dicho, las faltas, tanto subsanables como insubsanables, no sólo pueden derivarse del título o de la obligación, sino que pueden consistir en obstáculos que ofrezca el registro para que se practique determinado asiento, y atendiéndose a la letra del artículo 65, tales defectos no tienen la consideración de faltas, mientras que el artículo 118 del Reglamento, desligándose en este punto de lo estatuido por la ley, exige que se tengan en cuenta para hacer la calificación y distinción de las faltas».

También aquí se excede CAMPUZANO, pues, aunque el artículo 65 de la ley no se ocupaba de los obstáculos del registro, sí lo hacía el artículo 20 a través de los conceptos de denegación y suspensión, por lo que cabe interpretar que el artículo 118 del Reglamento se atuvo a la ley en

su conjunto, aunque no concordara del todo con el artículo 65. O sea, parece que CAMPUZANO sólo tiene en cuenta el artículo 65 y no el 20.

Una vez hechas estas críticas, CAMPUZANO ensaya su definición de uno y otro tipo de faltas diciendo: «Son faltas insubsanables aquellos defectos de los títulos u obstáculos del registro que motivan la denegación de un asiento en el registro»; y «faltas subsanables aquellos defectos de los títulos u obstáculos del registro que motivan la suspensión de un asiento solicitado».

Se observará que esto es bien poco decir y recuerda ese criterio de GALINDO y ESCOSURA consistente en atender a los efectos legales según se permitiera o no anotación preventiva.

Claro está, no falta a continuación la lista de faltas subsanables e insubsanables (28), pero si el criterio general falta, todo queda en el casuismo y en la inconcreción.

Otras aportaciones de CAMPUZANO se refieren a la contestación de las clásicas preguntas de los programas de oposiciones de aquella época: respecto a casi todas las faltas en las formas extrínsecas de los títulos constituyen defectos subsanables, entiende que dados los artículos 77 (testamento sin firma) y 118 del Reglamento Hipotecario, puede haber defectos insubsanables que proceden de la forma; entiende que hay defectos intrínsecos imputables al acto o al contrato y, sin embargo, son faltas subsanables, citando el ejemplo de contrato de mujer casada sin licencia marital (29); también contesta al epígrafe relativo a las faltas que pueden estimarse subsanables o insubsanables, según los casos (30).

3. *La interpretación de JOSÉ POVEDA MURCIA.*—POVEDA nos ofrece aportaciones interesantes en la interpretación del antiguo artículo 65 de la Ley Hipotecaria (31).

Por de pronto, este autor destaca la importancia de la distinción entre defecto subsanable e insubsanable en nuestro sistema, y la necesidad de acudir a un criterio de entidad, lo cual ya de por sí tiene interés, pues se estaba desembocando por la doctrina en un casuismo inadmisibile. En este sentido, dice POVEDA: «Y comoquiera que los efectos que se producen, según la solución a que se llegue—denegación o suspensión—, son de la máxima trascendencia, se deben hacer dos grupos perfectamente defierenciados e inconfundibles de los defectos o faltas que puedan afectar a los derechos. Y la nota diferencial deberá buscarse en algo

(28) Páginas 396 a 406.

(29) Páginas 394 a 396.

(30) Páginas 406 a 408.

(31) POVEDA MURCIA, «Faltas subsanables e insubsanables», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1942, págs. 65 a 83. Estudio realizado cuando todavía era Aspirante al Cuerpo de Registradores.

muy principal, en la misma entraña del sistema, para que exista la debida proporción entre la causa y el efecto» (32).

Ese criterio general distintivo lo encuentra POVEDA en el tema de la existencia y nacimiento del derecho real. He aquí cómo termina su trabajo: «En resumen, el Registrador, al calificar, se plantea y resuelve el problema de si el derecho real existe o no. Si lo primero, el registro presta la protección al derecho que a él se acoge; no importa, en principio, que adolezca de algún defecto—falta subsanable—si éste no impide su existencia; en derecho, lo que es, lo que existe, produce efectos mientras no deja de ser. Pero el defecto puede afectar, no a la existencia de un derecho, sino a su subsistencia, y al derecho al peligro, al amenazado de muerte, no se le puede dar una garantía definitiva de vida—inscripción—: basta con reconocer su existencia amenazada—anotación preventiva—. Y esto, sin perjuicio de si la amenaza llega a cumplirse, lo que era deje de ser. Si el derecho real carece de uno de los supuestos necesarios—falta insubsanable—no ha nacido, y como no existe, no puede tener lugar la protección por falta de objeto protegible» (33).

Pero POVEDA también se ocupa de los criterios concretos sobre la base de ese planteamiento general. Examina el artículo 65, del que sólo se desprenden de modo expreso dos grupos de faltas: las que afectan al título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación, que son subsanables, y las que producen necesariamente la nulidad de la obligación, que son insubsanables. Advierte que con ello no se agotan todos los supuestos, y hay que estudiar éstos: 1.º Faltas que afectan al título y producen, necesariamente, la nulidad de la obligación; 2.º Faltas que afectan a la obligación y no producen, necesariamente, su nulidad (34).

Dentro del primer grupo de faltas, estudia los defectos que producen nulidad de la escritura, tratándose de contratos solemnes, pues ello afecta necesariamente a la obligación, dando lugar a su nulidad y siendo, por tanto, insubsanables conforme al párrafo tercero del artículo 65 (35). En cuanto a los contratos no solemnes, entiende que los defectos de forma que acarreen la nulidad del título son también insubsanables, aunque no produzcan la nulidad de la obligación, ya que por imperativo del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, el título no podrá inscribirse ni anotarse preventivamente (36). Al final de su trabajo, relaciona estas faltas que implican la nulidad del título con la inexistencia del derecho real a efectos

(32) Estudio citado, pág. 68.

(33) Página 83.

(34) Página 69.

(35) Página 71.

(36) Página 77.

del registro, pues «si el título es nulo, aunque la tradición puede haberse consumado y por ello existir el derecho real, no⁷ podrá ingresar en el registro, porque falta la prueba de este requisito, y en derecho lo no probado carece de valor» (37).

Dentro del segundo grupo de faltas, es decir, de las que afectan a la obligación, sin producir necesariamente su nulidad, estudia los casos de *anulabilidad*, considerándolos como defectos subsanables, por aplicación analógica del artículo 65 de la ley, pues «si cuando otro defecto —el del título— no produce necesariamente la nulidad de la obligación es calificado de subsanable, hay que suponer que este efecto no es un privilegio odioso de esta especie de faltas, sino que todas —afecten al título o a la obligación— las que no produzcan la nulidad de la obligación, han de considerarse subsanables».

Como resumen de todo este planteamiento, hace, en definitiva, esta clasificación de las faltas, desde el punto de vista registral (38):

A) Faltas que afectan al título:

a) Sin producir necesariamente su nulidad ni la de la obligación: subsanables.

b) Produciendo necesariamente la nulidad del título: insubsanables.

c) Produciendo necesariamente la nulidad de la obligación: insubsanables.

B) Faltas que afectan a la obligación:

a) Produciendo necesariamente su nulidad: insubsanables.

b) Sin producir necesariamente su nulidad: subsanables.

A mí me parece muy interesante la exposición de POVEDA, pues enfoca el criterio de la nulidad a través de una explicación o fundamentación hipotecaria relacionada con la existencia o no del derecho real. Pero entiendo que faltan dos cosas: 1.^a Llegar a un criterio más concreto desde el punto de vista hipotecario, que para mí está en la prioridad registral; 2.^a Plantear el tema de los defectos derivados de obstáculos del registro, a lo que obligaba ya la redacción del antiguo artículo 118 del Reglamento, vigente en la época en que escribe POVEDA, los cuales no se adaptan bien al criterio de la nulidad, por lo que se produce una laguna importante en la exposición de este autor.

4. *Referencia a unas observaciones de GAYOSO al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.*—La referencia a este autor es necesaria como antecedente del vigente artículo 103 del Reglamento Hipotecario.

(37) Página 82.

(38) Página 79.

GAYOSO, en relación con el caso de inscripción a nombre de otro contemplado por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, se pregunta: «¿Puede tomarse anotación preventiva en este caso de denegación? La ley—contesta—manda hacerla en el de suspensión por no estar la finca inscrita; manda negarla cuando la inscripción se deniegue por defecto insubsanable del título. Nada dice para el presente. Pero no basta que no se prohíba y precisa texto legal en que apoyarle. El 141 del Reglamento permite anotaciones, aun estando la finca inscrita a nombre del causante universal; el 103 la consiente, en su relación con el 144, aun en caso de pedirse otra en primer término sobre finca inscrita a favor de otro, y ya dijimos y detallaremos más en su lugar en qué casos ha de aplicarse esto ¿por qué ha de ser de modo distinto cuando el título, por inscribible *in genere* sea más fuerte, más atendible que si fuera meramente anotable? El artículo 42 de la ley ordena, en general, hacer cuando se presente título cuya inscripción definitiva no pueda hacerse por falta de un requisito subsanable (no de un defecto solamente), y esto ocurrirá cuando pueda demostrarse que el transferente o gravante es sucesor universal o singular del inscribente; si hay indicios probables de ello, al menos en este caso, o cuando así se alegue, creemos procedente la anotación.»

Hay que hacer notar que reconoce la interpretación contraria de toda la doctrina, pues dice: «Bien sabemos que nos apartamos de toda la doctrina y la práctica unánimes, pero en la duda debe preferirse lo más beneficioso a los interesados, y lo que puede evitar estafas (dobles ventas, etc.) (39).

Los argumentos de GAYOSO no son, en general, convincentes. Por un lado, parte de que el artículo 20 de la ley mantiene silencio sobre el problema. Lo cual nos parece un error grave, pues bien claramente dice que «se denegará» la inscripción en ese caso, término éste de «denegación» que, relacionado con lo dispuesto en el artículo 65, demuestra que para la Ley Hipotecaria no cabía anotación preventiva de suspensión. Por otro lado, GAYOSO se plantea una anotación preventiva en un supuesto que reconoce es «de denegación», lo cual nos parece una contradicción *in terminis*. En cuanto al argumento de que «en la duda, debe preferirse lo más beneficioso a los interesados y lo que puede evitar estafas», parece como si sólo atendiese al beneficio de quien ha acudido al registro sin justificar el tracto adecuado. ¿Es que hay que olvidar al posible adquirente del titular registral que puede llegar al registro encontrándose esa previa anotación preventiva del que no reunía el tracto adecuado? Es decir, no se puede decir «lo más beneficioso a los intere-

(39) GAYOSO ARIAS, *Nociones de Legislación Hipotecaria*, 1918, tomo I, páginas 407 y 408.

sados» si sólo se tiene en cuenta a uno de los varios posibles interesados en el conflicto.

En este apartado nos limitamos a criticar la postura de GAYOSO como precedente del vigente artículo 103 del Reglamento. Luego veremos si este precepto es o no criticable y si puede encontrar justificación a través de otras consideraciones.

La postura de GAYOSO fue recogida por ROCA SASTRE, como vamos a ver ahora, con lo que se refuerza ese precedente y queda mejor preparado el camino para la reforma del artículo 103 establecida por el actual Reglamento Hipotecario.

5. *La interpretación de ROCA SASTRE en relación con la legislación anterior a 1946.*—Este autor, «para comprender mejor la postura de la legislación actual en este punto y a la vez lograr alguna luz en el mismo», considera conveniente exponer su opinión respecto a la legislación hipotecaria anterior (40).

En relación con el antiguo artículo 65 de la ley, ROCA dice que «provocó bastantes comentarios» y que se estimó «de él que adolecía de vaguedad, que era ambiguo e impreciso y que acusaba falta de propiedad técnica en sus palabras». Aunque no lo dice expresamente, se debe referir a CAMPUZANO, cuya exposición crítica ya hemos hecho. A continuación, ROCA trata de atenuar estas críticas diciendo: «Evidentemente algo había de todo ello, pero fuerza es reconocer que la empresa de distinguir los defectos subsanables de los insubsanables era ardua y difícil; tanto como el querer dar una norma precisa para distinguir lo justo de lo injusto. Y es que las altas nociones es imposible condensarlas en una fórmula, pues son cosas que más bien se sienten que se explican.» A mí me parece que con estas ideas se puede caer en un criterio casuístico y no creo que sea lo mismo que distinguir lo justo y lo injusto, ni sea procedente hablar de que se siente más que se explica, pues ello puede dar lugar a una imprecisión total en una materia que lo que necesita es de orientación.

Ciertamente, ROCA SASTRE continúa reconociendo la «impropiedad de algunos conceptos» como ocurría «con la palabra *título*, que no se sabía si se empleaba como equivalente de documento, o de acto jurídico, y lo mismo sucedía con la palabra *obligación* y las de *necesariamente nulo*». Y de los varios criterios interpretativos existentes, considera como más aceptable «la que sostenía que según el artículo 65 de la ley, tanto las faltas subsanables como las insubsanables afectaban a la validez del título (entendido éste en el sentido de acto jurídico), pero que eran

(40) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1968, 6.ª edición, tomo II, págs. 281 a 285.

de una o de otra clase según que no produjeran, o produjeran necesariamente la nulidad de la obligación (entendida ésta en el sentido de relación jurídica)». Pero con esta interpretación se olvida: 1.º Que de acuerdo con los precedentes históricos y con la propia letra del precepto, era más adecuado entender que «título» era equivalente a «documento» y «obligación» a «acto o contrato»; 2.º Que en otro caso, quedarían fuera del precepto aquellas faltas que afectaban exclusivamente al documento, sin repercutir en el acto o contrato, como son las que señalaba POVEDA respecto a los contratos no solemnes; 3.º Que, a efectos de «nulidad», no se explica qué diferencia puede haber entre los supuestos de «nulidad del contrato» y «nulidad de la relación jurídica resultante», pues la nulidad que afecta a la fuente tiene que afectar también al resultado.

Más adelante completa su criterio diciendo: «Había que atenerse al significado propio de los conceptos subsanable e insubsanable. Si el defecto o falta del título podía enmendarse o subsanarse, o sea, como decía el artículo 57 del Reglamento de 1870, cuando el título “se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción”, el defecto sería subsanable; en otro caso, sería insubsanable, pues entonces no tenía enmienda y no había otra solución que celebrar un nuevo acto jurídico.» Con ello, ROCA SASTRE cae en un grave confusiónismo, consistente en atenerse al sentido vulgar de la palabra «subsana-ble» como aquella que «se puede reformar o enmendar», lo que no siempre es exacto desde el punto de vista técnico, según se encargó de demostrar la doctrina anterior, como, por ejemplo, GALINDO y ESCOSURA, DÍAZ MORENO, el mismo POVEDA MURCIA.

Después reconoce que «las faltas subsanables como las insubsanables, lo mismo podían surgir de la *forma* que del *contenido* del título». Esto ya lo habían señalado los autores que acabamos de citar y lo recogió el artículo 118 del Reglamento Hipotecario. Pero como el mismo ROCA indica a continuación, este precepto se limitó a desautorizar una interpretación anterior derivada del antiguo artículo 57 del Reglamento, resultando «perfectamente inútil al objeto de proporcionar un criterio para esclarecer la distinción entre faltas subsanables e insubsanables».

Termina haciendo una referencia al artículo 19 de la Ley Hipotecaria de 1909, señalando que adoptó un criterio absurdo, que contradijo plenamente el artículo 118 del Reglamento de 1915, por partir «de la idea de que los defectos en la *forma extrínseca* del título o en la *capacidad* de los otorgantes, eran siempre subsanables y esto, como se ha visto antes, no era cierto». Efectivamente, ese artículo 19 adolece de una defectuosa redacción, pero ya me he referido a él antes en el siguiente sentido: 1.º Lo que diga el artículo 19 de la Ley Hipotecaria a propó-

sito de la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, no es decisivo, pues no es el artículo encargado de ello, ya que no tiene esa finalidad, por lo que debe prevalecer el criterio que resulta del artículo 65 de la Ley Hipotecaria; 2.º En realidad, la Ley de 1909 no cambia la redacción del precepto. Lo que ocurre es que al no cambiar su redacción y sí la del 18, el 19 queda con unos términos que no se adaptan bien al artículo 65. Pero la explicación es clara y no es otra que esa de haber recogido tal como estaba el texto de la anterior Ley Hipotecaria, sin adaptarla a las reformas introducidas en el 18. En definitiva, que no hay que dar tanta importancia a la defectuosa redacción de ese artículo 19.

Por último, hay que recordar que ROCA SASTRE recogió la opinión de GAYOSO a propósito del artículo 20 de la Ley Hipotecaria diciendo: «no siempre se impone la denegación (en el supuesto de inscripción a nombre de persona distinta del transmitente). Cabe que exista cierto concatenamiento entre el título rechazado y la inscripción vigente, a través de un título intermedio no registrado: por ejemplo, cuando pretende la inscripción una escritura de compraventa en la que se expresa como titular adquisitivo del vendedor otra escritura en que éste compró al titular inscrito y que no fue inscrita. En este caso debe suspenderse la inscripción, pues el defecto es perfectamente subsanable, según resulta del mismo título presentado» (41).

De modo que ROCA sigue la misma opinión que GAYOSO, pero no añade ninguna argumentación y parece partir del concepto vulgar de falta subsanable como aquella que se puede subsanar, en lugar de plantearse el concepto técnico de la misma. Ciertamente que cita la Resolución de 28 de febrero de 1879, pero aparte de que ésta es anterior al texto terminante del artículo 20 de la Ley de 1909, se refiere a un caso totalmente distinto, pues como el mismo ROCA señala «declaró que si el aparecer como persona distinta la que transfiera o grave se debe a error material, procede tan sólo la suspensión». Y una cosa es, creo yo, que exista error material y otra la falta de tracto sucesivo.

(41) ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1942, 2.ª edición, tomo 11, pág. 179.

II. LA DISTINCION ENTRE DEFECTO SUBSANABLE E INSUBSANABLE A RAIZ DE LA LEGISLACION VIGENTE: EXPOSICION CRITICA DE LAS PRINCIPALES POSICIONES DE LA DOCTRINA

El nuevo artículo 65 de la Ley Hipotecaria de 1946 dice lo siguiente:

«Las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables.

Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando la solicite el que presentó el título.

En el caso de contener alguna falta insubsanable se denegará la inscripción, sin poder hacerse la anotación preventiva.

Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del registro con él relacionados.»

Se advierte: 1.º Que se ha suprimido la definición que la legislación anterior daba de falta subsanable e insubsanable; 2.º Que se mantienen los párrafos relativos a los efectos de suspensión o denegación de uno y otro tipo de faltas; 3.º Que se ha recogido en el último párrafo lo que establecía el artículo 118 del Reglamento Hipotecario de 1915, con lo que el concepto de «falta» se extiende también, dentro ya de la propia ley y no sólo en el reglamento, a los obstáculos del registro, a cuyo efecto hay que tener en cuenta los párrafos segundo y tercero del artículo 20 de la ley. Según el párrafo segundo, «en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada». Y el párrafo tercero: «Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el expresado derecho y no se acredite fuere inscribible con arreglo al artículo 205, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta ley.»

Además, se retoca el artículo 19, que ya no comienza haciendo referencia exclusiva a las faltas de capacidad o en las formas del título, sino que guarda concordancia con el artículo 18, evitando las confusiones y críticas de la redacción anterior. El nuevo texto empieza diciendo: «Cuando el Registrador notare alguna falta en el título conforme al artículo anterior, la manifestará a los que pretendan la inscripción...»

En cuanto a los preceptos del Reglamento Hipotecario, destacan

especialmente los nuevos artículos 98 y 103, de los que tendremos ocasión de ocuparnos.

En definitiva, la nueva legislación no ha recogido aquella clásica definición de las faltas subsanables e insubsanables del antiguo artículo 65, por lo que ahora se plantea no ya la interpretación de una definición legal (como antes), sino la búsqueda del criterio legal mismo.

Examinaremos primero las posturas doctrinales en relación con los nuevos textos, haremos después unas precisiones terminológicas y trataremos de dar la solución que estimamos más adecuada dentro de la legislación vigente.

A) EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LA POSTURA DE ROCA SASTRE

Dice ROCA que «puede darse el siguiente concepto» (42):

«Son faltas subsanables aquellos defectos de que adolece un título, que, sin constituir meras faltas reglamentarias y siendo comprobables por el Registrador, provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene, o las origine el registro, siempre que sin provocar la nulidad del referido acto, ni su intrascendencia real inmobiliaria, puedan subsanarse por medio de una nueva redacción documental, reforma u otra medida o formalidad, suspendiendo tan sólo la práctica de la inscripción solicitada.»

«Son faltas insubsanables aquellos defectos de que adolece un título, que sin constituir meras faltas reglamentarias y siendo comprobables por el Registrador, provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene, o las origine el registro, siempre que provocando la nulidad del referido acto, o su intrascendencia real inmobiliaria, no puedan subsanarse de ningún modo ni enmendarse sin un nuevo otorgamiento sustancial, impidiendo en absoluto la práctica de la inscripción solicitada.»

Después contesta a la pregunta formulada por él mismo: ¿qué criterio diferenciador sabe extraer de tal precepto (se refiere al nuevo artículo 65)? Y contesta: «En rigor, ninguno» (43).

A continuación va señalando supuestos concretos de faltas subsanables e insubsanables, atendiendo a la «forma del título», al «contenido del mismo» y al «registro».

En otro lugar, completa sus ideas en relación con el párrafo segundo del artículo 20 de la ley y con el artículo 103 del Reglamento (44).

(42) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo II, págs. 280 y 281.

(43) Obra y tomo citados, pág. 285.

(44) Obra y tomo citados, págs. 328 y 329.

Crítica.—En mi opinión, la tesis de ROCA SASTRE merece las siguientes críticas:

1.^a No señala el *fundamento* legal de la definición y de los criterios que defiende. Acabamos de ver que este silencio se debe a que ROCA cree que no existe en la nueva Ley Hipotecaria un criterio para la distinción de las faltas. Pero esto es lo que criticamos, es decir, que la interpretación de las leyes no sólo se hace por lo que ellas dicen *expresamente*, sino por lo que resulta del conjunto de elementos interpretativos. Por tanto, hay que esforzarse por encontrar un criterio legal que dé fundamento al criterio doctrinal.

2.^a Tampoco señala el *fundamento doctrinal* del criterio que apunta. no se nos dicen las razones o argumentos que apoyan esa definición y esos supuestos concretos de uno y otro tipo de faltas. Es decir, que ROCA no va más allá de la exposición de unas afirmaciones personales y creemos que esto no basta, pues las cosas no son así porque sí o porque lo diga un autor, sino por las razones que se expresen.

3.^a Aun prescindiendo de las dos críticas anteriores, el criterio o criterios seguidos por ROCA SASTRE tienen la tacha de la *imprecisión*. Esto se advierte: *a)* Porque alude a la NULIDAD del acto sin distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad; *b)* Porque hace entrar «lo definido» en la «definición» al decir que «falta subsanable» es la «que puede subsanarse» y «falta insubsanable» la que no puede subsanarse; lo cual, además, puede inducir a confusión, pues se trata de un concepto vulgar o gramatical de falta subsanable e insubsanable, que no coincide con el concepto técnico o hipotecario; *c)* Porque en algún supuesto concreto que examina, no acierta con la solución: así, la incapacidad propiamente dicha la incluye entre los defectos insubsanables y para mayor desacierto, pone el ejemplo del artículo 317 del Código civil; esto no se aviene con la crítica que hace del antiguo artículo 19 de la Ley Hipotecaria, donde parece admitir que hay incapacidades que afectan también a las faltas subsanables.

B) EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LA POSTURA DE SANZ FERNÁNDEZ

SANZ ofrece las siguientes definiciones: son faltas subsanables aquellos defectos del título u obstáculos de la inscripción que se oponen a la práctica del asiento solicitado, pero no impiden de un modo absoluto y definitivo que pueda llegar a obtenerse.» Y son faltas insubsanables «aquellos defectos u obstáculos que se oponen de un modo definitivo

a la inscripción, impidiendo de una manera absoluta que pueda llegar a obtenerse» (45).

Trata de encontrar los criterios concretos distintivos, a pesar de la desaparición del criterio legal anterior, diciendo «existen algunos índices que sirven para encontrar a través de la ley el criterio determinante de la misma. La idea más simplista que se deduce de los artículos 19 y 65 es la de atenerse al sentido puramente gramatical de las palabras y entender que son faltas subsanables las que son susceptibles de subsanación, e insubsanables las que se hallan en el caso contrario» (46).

«Ahora bien—se pregunta—, ¿cuándo los defectos son susceptibles o no de subsanación?» «Para determinar el medio de hallar esta diferencia es preciso tener en cuenta las consideraciones siguientes:

«1.^a La calificación se hace sobre un determinado título y sobre un estado del registro; por consiguiente, la posibilidad de subsanación debe examinarse en consideración a la posibilidad de inscribir precisamente dicho título, considerado como conjunto de documento y acto inscribible, en el estado actual del registro.»

«2.^a Los conceptos análogos al de subsanación, en derecho sustantivo, son los de ratificación, convalidación y confirmación, empleados por el Código civil (arts. 1.259 y 1.310). De aquí que remontándose de los efectos a la naturaleza de los actos defectuosos, deba acudirse a la idea de la validez o nulidad del acto, de acuerdo con el criterio del antiguo artículo 65 de la ley, al que responde el artículo 18 actual. Si los Registradores investigan a través de la calificación la validez del título inscribible, es evidente que será defectuoso el título que adolezca de defectos que afecten a esa validez. Mas la nulidad del título puede ofrecerse en términos absolutos—nulidad absoluta o nulidad propiamente dicha—o relativos—nulidad relativa o anulabilidad—. Los defectos que produce la nulidad absoluta no son susceptibles de convalidación ni ratificación y serán, por tanto, insubsanables; los que producen la mera anulabilidad son susceptibles de confirmación y son, por tanto, subsanables.»

«3.^a En el caso de tratarse de meros obstáculos para la inscripción que no afectan a la validez del título, no puede seguirse el criterio anterior; pero pueden, por analogía, aplicarse las mismas ideas, atendiendo a si el obstáculo que se presenta para inscribir en el estado actual del registro en relación con el título es definitivo y absoluto, en cuyo caso

(45) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, 1955, página 166.

(46) Obra y tomo citados, pág. 174.

la falta será insubsanable, o, por el contrario, puede llegar a eliminarse, en cuyo caso será subsanable» (47).

Por último, señala los diferentes casos concretos de uno y otro tipo de defectos.

Crítica.—La concretamos en las siguientes observaciones:

1.^a La definición que damos parece un poco evanescente, como consecuencia de apoyarse en la idea de lo «definitivo» o «no definitivo» y de lo «absoluto» o «lo no absoluto», pues es fácil comprender que de estos términos tan imprecisos no puede obtenerse una definición adecuada de los conceptos.

2.^a Es positivo el afán de encontrar un criterio legal, a pesar de la desaparición del antiguo y la inquietud que tiene por concretar lo que es o no susceptible de subsanación, así como la superación del concepto vulgar del término «subsancable» a través de la primera de las tres consideraciones que hace, poniendo límites, desde el punto de vista hipotecario, a la posibilidad de subsanación.

3.^a En cuanto al criterio de la NULIDAD o ANULABILIDAD, nos parece bien como uno más de los criterios o manifestaciones concretas de la distinción, según veremos. Pero no estamos de acuerdo en que se señale como una especie de CRITERIO GENERAL, como si todavía estuviera vigente la definición del antiguo artículo 65. Es decir, hay muchos casos en que no cabe aplicar ese criterio distintivo, y ello significa que no puede considerarse como un criterio general o fundamental por sí mismo. Además, aunque se considerase como un criterio concreto y no general, le falta a SANZ FERNÁNDEZ, señalar un fundamento adecuado del mismo. Efectivamente, parece como si SANZ se guiase exclusivamente por la analogía de palabras entre lo «subsancable» y lo «susceptible de confirmación y ratificación». Con ello no entra en el fondo de la explicación por no proporcionar un fundamento o perspectiva de carácter hipotecario, al quedarse únicamente en una analogía de palabras o en una supuesta analogía de conceptos que queda sin explicar. La prueba de ello es que pone en el mismo plano la confirmación y la ratificación, cuando deben considerarse como dos supuestos distintos, según veremos después.

4.^a Por lo que se refiere a los obstáculos del registro, reconoce que no cabe aplicar el criterio de la nulidad, pero dice que pueden aplicarse las mismas «ideas por analogía», con lo que cae en una imprecisión absoluta, que llega al máximo cuando apunta la distinción entre «obstáculo definitivo y absoluto» y «obstáculo que puede eliminarse», con

(47) Obra y tomo citados, págs. 174 y 175.

lo que vuelve a los términos de su imprecisa definición y lo que es más grave, puede llevar a la confusión de que los defectos de tracto sucesivo son siempre subsanables, pues por ese criterio de lo «definitivo» o «eliminable», siempre cabría pensar en la eliminación del obstáculo a través de los expedientes de reanudación de tracto, lo que no se adapta a los términos concluyentes del párrafo segundo del artículo 20 de la ley, que luego estudiaremos.

5.^a Por último, alguno de los supuestos concretos que SANZ estudia no determinan falta subsanable. Así, la falta de pago del impuesto no es un defecto que suspenda la inscripción, sino que queda suspendida la calificación, según se desprende del artículo 255 de la ley. Y viceversa: no se ocupa del supuesto de un pacto carente de trascendencia real inmobiliaria, que es un claro caso de defecto insubsanable.

C) LOS CRITERIOS EMPÍRICOS DE CHICO-BONILLA Y LACRUZ-SANCHO

CHICO-BONILLA, después de exponer los distintos criterios doctrinales de los autores, dicen: «En conclusión y por consecuencia de cuanto acabamos de exponer, la cuestión en orden a la determinación de un concepto y discriminación efectiva entre faltas subsanables e insubsanables se halla en completa nebulosa. Así, de las tres grandes esferas del pensar jurídico, la ley, la doctrina y la jurisprudencia, resulta que la ley, a través de su dictado reflexivo, no elabora un concepto de faltas subsanables ni insubsanables; que la doctrina, en su lógica interpretación de textos legales, se encuentra confusa ante la falta de conceptos en que apoyarse dentro de los textos jurídicos, y que la jurisprudencia no dicta reglas *a priori*, sino soluciones para casos concretos» (48).

En el epígrafe siguiente señalan los supuestos concretos que se obtienen del examen de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros.

Por tanto, estos autores se limitan a exponer una situación de «nebulosa» de la distinción, lo que, si bien puede aplicarse a la doctrina y a la jurisprudencia, ya vimos que no cabe decirlo de la ley, respecto a la que el intérprete debe esforzarse en encontrar el criterio distintivo, aunque aparentemente no exista ninguno de modo expreso.

En sentido parecido se manifiesta LACRUZ-SANCHO. Estos autores, después de exponer las posiciones de ROCA SASTRE y de SANZ FERNÁNDEZ, dicen: «Parece que aun aprovechando el alto valor orientador de estas construcciones, en último análisis hay que acoger un criterio empírico

(48) CHICO-BONILLA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, 1.^a edición, pág. ; 2.^a edición, pág. 391.

(ya mantenido en el sistema anterior por CAMPUZANO y GIMÉNEZ ARNÁU) acudiendo, en cada caso, a lo que haya resuelto la ley, el reglamento o la jurisprudencia o bien a criterios de analogía» (49).

« Y añaden: «Ratifica esta conclusión, de una parte, el giro mismo tomado por el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, al eliminar toda formulación de criterio diferenciador; de otra parte, el elevado porcentaje de resoluciones sobre esta materia; y finalmente, la meticulosidad y casuismo con que hay que aplicar a la práctica las construcciones conceptuales.»

Este criterio meramente empírico es inadmisibile, pues puede llevar al caos absoluto en una materia que se reconoce que es fundamental.

En cuanto al giro tomado por el artículo 65, eliminando el criterio diferenciador, eso no quiere decir que haya que prescindir de un criterio concreto, sino que era insuficiente el anterior criterio de la nulidad de la obligación.

Respecto al elevado porcentaje de resoluciones sobre la materia tampoco constituye ningún argumento, sino una simple muestra del caos o desorientación sobre la materia, que es lo que el intérprete debe tratar de evitar, dando criterios concretos, en lugar de dejarse arrastrar por esa corriente empírica o casuística sin norte alguno.

Por último, en cuanto a la meticulosidad y casuismo con que hay que aplicar a la práctica las construcciones conceptuales, esto no significa que haya que prescindir de tales construcciones, pues sin ellas desaparecería el Derecho como Ciencia. Aparte de que la construcción científica se aviene mejor con el Derecho Hipotecario, sobre todo, a partir de la formulación de los principios hipotecarios.

Esta postura meramente empírica extraña todavía más en LACRUZ, que en otro lugar había destacado la importancia de la distinción entre defecto subsanable e insubsanable a propósito del principio de prioridad. Después de exponer una serie de casos o ejemplos concretos en sus «Lecciones», LACRUZ terminaba así un capítulo: «En resumen: la prelación en las inscripciones, y el consiguiente cierre para los títulos de fecha anterior, se obtienen a partir de la fecha del asiento de presentación, si el título no adolece de defectos, o éstos, siendo subsanables, son subsanados. Lo decisivo, por ende, en cada caso, es saber si el defecto es subsanable o no» (50).

Y decimos que nos parece extraño el criterio empírico en un autor como LACRUZ, porque había destacado «lo decisivo» que era, a efectos

(49) LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 359.

(50) LACRUZ, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957, pág. 200.

de prelación, distinguir si el defecto es o no subsanable. Esa importancia de la distinción no se aviene con la inseguridad, imprecisión y discrecionalidad a que da lugar un criterio empírico.

D) EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LA POSICIÓN DE B. CAMY

Después de hacer una crítica a la terminología legal proponiendo la clasificación de las faltas en «impeditivas» del asiento solicitado y «sustitutivas» del mismo, B. CAMY se ocupa de los criterios generales para la determinación de las faltas subsanables e insubsanables y de los criterios concretos en atención a cada elemento de la calificación (51).

En cuanto a los CRITERIOS GENERALES señala tres (52):

1.º El de la NULIDAD O LA ANULABILIDAD del acto o negocio jurídico que se pretende inscribir.

2.º El de la diferenciación de casos según el defecto se refiera a los elementos esenciales, a los naturales o a los accidentales del negocio jurídico. Ahora bien, este criterio no distingue en realidad entre falta subsanable e insubsanable, sino entre la eficacia de la calificación afectante a la *totalidad* del documento (en el caso de defecto relativo a elementos esenciales y, en general, también a los naturales) o a una *parte* del documento (tratándose de defectos relativos a elementos accidentales).

3.º El criterio general referente a una falta de naturaleza en cierto modo intermedia entre las que originan una denegación y las que dan lugar a una suspensión, refiriéndose a los llamados negocios jurídicos en trámite de formación, poniendo el ejemplo del artículo 1.259 del Código civil, sobre la contratación en nombre de otro, sin estar autorizado por él o sin que tenga por la ley su representación legal.

En cuanto a los CRITERIOS CONCRETOS, va señalando varios casos, distinguiendo los cinco grupos siguientes: 1.º En relación a la finca; 2.º En relación al derecho y al negocio jurídico que a él se refiera; 3.º Capacidad subjetiva y objetiva; 4.º Supuesto especial de la falta de tracto, en que se ocupa del artículo 103 del Reglamento; 5.º En relación con el documento,(53).

Crítica.—En unos aspectos consideramos acertada la postura de CAMY, pero en otros, no.

(51) BUENAVENTURA CAMY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, 1971, pág. 192.

(52) Obra y tomo citados, págs. 193 a 196.

(53) Páginas 196 a 207.

Es acertada la crítica a la terminología legal, con lo que reconoce que hay que abandonar el concepto vulgar de lo «subsancable» e «insubsancable». Lo que no nos convence demasiado es la terminología que propone de faltas impositivas y substitutivas, con nuevas divisiones dentro de cada una, pues, aunque se trata de materia convencional o de sistematización, en que cabe mantener todo tipo de opiniones, nosotros preferimos otra terminología, según veremos ahora.

También acierta en la exposición de casos concretos de faltas subsancables e insubsancables, salvo en lo relativo a la interpretación del artículo 103 del Reglamento, que no compartimos, según veremos al final de este estudio.

Pero en cualquier caso, creemos que falta el criterio GENERAL distintivo de uno y otro tipo de faltas. Hay una interesante definición de la falta insubsancable como aquella en que «su posible subsanación requiere el otorgamiento de un nuevo negocio jurídico que venga a sustituir al defectuoso» (54).

Pero en lugar de desarrollar esa interesante definición, CAMY se atiene a esos tres CRITERIOS GENERALES. Ahora bien, más que criterios generales que nos den el fundamento científico de la distinción de uno y otro tipo de faltas, parece que se trata de meras normas orientadoras de la calificación registral. Concretamente, el segundo criterio, es decir, el de la clase de ELEMENTOS del negocio afectados por la falta, nosotros no vemos en él ningún criterio relativo a la distinción entre falta subsancable e insubsancable, por lo que no sirve a estos efectos.

Por otro lado, el primer criterio que señala relativo a la nulidad o anulabilidad del negocio no acaba de exponerse con precisión. Falta la declaración concreta de que la nulidad absoluta produce defecto insubsancable y la anulabilidad, defecto subsancable, por lo que no acabamos de saber si B. CAMY pretende seguir ese criterio de SANZ FERNÁNDEZ, o se trata de otra orientación general que hace referencia a la calificación en general y no a la distinción de las faltas en concreto. En cualquier caso, aunque el criterio señalado fuese el de SANZ FERNÁNDEZ, no sería propiamente un CRITERIO GENERAL, y en tal caso merecería la misma crítica que hemos hecho de este último autor.

En cuanto al tercer criterio, más que general es un criterio concreto, pues se refiere a supuestos muy especiales como son los de negocios jurídicos en formación y pendientes de ratificación. Además, no se trata tampoco de un criterio distintivo, sino de la exposición de un supuesto que dice de naturaleza intermedia entre el caso de denegación y el de suspensión. Por tanto, no nos sirve tampoco como criterio general.

(54) Página 192.

En definitiva, que salvo error por mi parte en la interpretación de la tesis de CAMY, no veo en su exposición más que casos concretos de faltas de uno y otro tipo, por lo que no se supera el casuismo y empirismo que hemos visto siguen los autores del grupo anterior.

III. PRECISIONES TERMINOLOGICAS

Las expresiones «faltas» o «defectos» «subsanales» e «insubsanales», a pesar de que tienen una aceptación y uso general y va a ser muy difícil su sustitución, merecen crítica desfavorable, cosa que no ocurre con las expresiones «motivos de suspensión» y «motivos de denegación», que nosotros pretendemos fomentar.

He aquí las críticas a aquellas expresiones:

1.^a Los términos «faltas» o «defectos» son limitados o estrechos, pues no comprenden una serie de supuestos en que no hay propiamente «falta» ni «defecto» del título, sino un «obstáculo» del registro u otro impedimento que no puede llamarse «falta» ni «defecto».

2.^a Esos mismos términos, «faltas» o «defectos», aun en el ámbito limitado en que son exactos, implican un tono desagradable o inquisidor de la calificación registral. RUIZ ARTACHO se lamenta precisamente de esas expresiones, proponiendo su sustitución por otras y dice: «¡Cuesta tan poco hablar bien cuando se dispone de un léxico tan copioso y magnífico como el nuestro!» (55).

3.^a En cuanto a los términos «subsanales» e «insubsanales» son imprecisos, pues tienen un sentido vulgar que no se compagina con el sentido hipotecario, induciendo a la confusión de entender que el defecto «insubsanales» no se puede subsanar ni remediar, lo cual no es exacto, pues, como planteó la antigua doctrina hipotecarista, hay defectos insubsanales que pueden subsanarse, lo que es acorde con la faceta creadora y optimista de la calificación registral, tendente a orientar acerca de los remedios para conseguir la inscripción. Ejemplo: supongamos que la finca está inscrita a nombre de persona distinta del transmitente y no es aplicable el artículo 103 del Reglamento. Se trataría de un «defecto de los llamados insubsanales» y, sin embargo, en sentido vulgar y gramatical, puede «subsanales» acudiendo al expediente de dominio y reanudación consiguiente del tracto sucesivo interrumpido. Por otro lado,

(55) RUIZ ARTACHO, «La llamada calificación registral negativa...», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1954, pág. 449.

hay defectos «subsanales» que pueden convertirse en «insubsanales» y viceversa, situación de cambio que no se aviene con esos términos tan tajantes.

Por todo ello, nosotros proponemos la siguiente terminología:

— En lugar de defecto subsanable debería hablarse de «MOTIVO DE SUSPENSION».

— Y en lugar de defecto insubsanable debería decirse «MOTIVO DE DENEGACION».

Estas expresiones no son nuevas, sino que tienen importantes antecedentes en la doctrina y en la jurisprudencia. Por otro lado, no tienen los inconvenientes que acabamos de señalar, pues la palabra «motivos» es lo suficientemente amplia para comprender todos los supuestos y no tiene esa dosis de denuncia; y las palabras «suspensión» y «denegación» reflejan mucho mejor lo que significan los conceptos que estamos estudiando, pues no tienen esa pluralidad de sentidos de lo «subsanales» e «insubsanales».

Además, estas expresiones tienen apoyo legal en varios preceptos. Así, el artículo 65 de la ley concreta la distinción atendiendo a los dos conceptos de «suspensión» y «denegación»; en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se lee la expresión «causas o *motivos de suspensión o denegación*»; y el artículo 200 del Reglamento Hipotecario termina aludiendo al «*motivo de la suspensión*».

Por tanto, proponemos una redacción de las notas calificadoras de los Registradores que recojan esas expresiones, más o menos así: «No admitida la inscripción... por los *motivos* siguientes... Son *motivos de denegación* (o de *suspensión*)...»

No obstante, en el presente estudio es probable que se nos escapen, quizá intencionadamente, los términos clásicos que hemos criticado. Hagamos desde ahora la «confrontación» o «corrección» de ese error terminológico: «siempre que hablemos de defecto subsanable», hemos querido decir «motivo de suspensión», y siempre que hablemos de «defecto insubsanable», debe leerse «motivo de denegación».

IV. CRITERIOS GENERALES O DEFINITORIOS PARA LA DISTINCION ENTRE MOTIVOS DE SUSPENSION Y DE DENEGACION

Este grupo de criterios genéricos nos proporcionará el fundamento o razón de ser de la distinción, sirviéndonos de pista para poder explicar mejor los criterios específicos o concretos que luego señalaremos.

Esos criterios generales o definitorios son dos, que denominaremos de la «prioridad o de la fecha de publicidad» y de «la retroactividad». Se trata de dos criterios que han de interpretarse de modo conjunto, pues responden a una misma idea matriz.

1. *El criterio de la prioridad o de la fecha de la publicidad registral.*—Sabemos que la distinción entre defectos subsanables e insubsanables, entre motivos de suspensión y de denegación, está íntimamente enlazada con el principio de calificación registral. Precisamente por eso, no tratamos de separar este tema del citado principio de calificación, en el que lógicamente hay que incluir el estudio de la distinción. Lo que pretendemos es relacionarla con el principio de prioridad, porque a través de esa relación es cuando cobra pleno sentido la distinción entre motivos de suspensión y motivos de denegación. Tampoco pretendemos una monopolización a cargo del principio de prioridad, pues es evidente la conexión de la distinción con otros principios como el de especialidad y tracto sucesivo.

Por tanto, con el criterio de la prioridad registral, se trata de recalcar la clave de la distinción, sin excluir otras relaciones. Ahora bien, cuando los autores aluden al principio de prioridad reflejan realidades más o menos amplias. Por eso, a mí me interesa añadir que hablo aquí de la prioridad en tanto en cuanto este principio destaca la eficacia del sistema partiendo de una determinada fecha, que es la del asiento de presentación. Es decir, me refiero al principio de prioridad como exponente de los efectos del sistema registral por razón del *momento* de la presentación del título en el registro. Por eso, para precisar mejor mi pensamiento, he añadido otra denominación del criterio: la de la «*fecha de la publicidad registral*». Adviértase que no lo llamo «criterio de la publicidad registral», porque entonces caería en una imprecisión absoluta, similar a las denominaciones de lo «definitivo» o «no definitivo», pues el concepto de «publicidad» es tan amplio, que no vale para desentrañar una distinción tan concreta como es la de motivos de suspensión y de denegación. En cambio, si se alude a la «fecha» de iniciación de efectos de la publicidad como criterio determinante de la distinción, puede encontrarse una explicación mucho más concreta de la misma. Precisamente esa referencia a la fecha o comienzo de efectos de la publicidad registral revela la íntima relación del problema con el principio de prioridad.

Para mejor explicar este criterio de la prioridad o de la fecha de publicidad registral, hay que tener en cuenta que todo documento gana su fecha de prioridad registral a través del asiento de presentación. Pues bien, el motivo de suspensión o defecto subsanable es aquel que

permite mantener esa fecha de prioridad del acto o contrato, dándole efectos más allá de la duración del asiento de presentación de modo que aquella fecha cobre plena efectividad y firmeza. En cambio, el motivo de denegación o defecto insubsanable no permite mantener la fecha de prioridad del asiento de presentación más allá del tiempo provisional en que subsiste dicho asiento.

Si esto es así, no habrá más remedio que plantear dentro del tema relativo al principio de prioridad un epígrafe que contemple la conexión del mismo con la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, junto a aquel otro epígrafe que ya se expresa en los libros relativo a la conexión del principio de prioridad con el asiento de presentación. Con ello queda abierto el puente de comunicación entre los principios de prioridad y de calificación registral.

2. *El criterio de la retroactividad.*—Ya hemos visto que algunos autores parten de la idea de que la falta subsanable es la que se puede subsanar o enmendar y la insubsanable, la que no se puede subsanar. Pues bien, el criterio de la retroactividad nos va a permitir rechazar esa idea tan simplista, transformándola en la siguiente, de mayor contenido y precisión: falta subsanable o motivo de suspensión es aquel que permite que la subsanación del título se *retrotraiga* en sus efectos a la fecha de prioridad ganada con el asiento de presentación, y falta insubsanable o motivo de denegación, el que no permite una subsanación *con tal efecto retroactivo*.

Por tanto, este criterio de la retroactividad está relacionado con el anterior de la fecha de prioridad, hasta el punto de que son dos manifestaciones de una misma idea: con el primer criterio, el de la prioridad, se observa la naturaleza del motivo de suspensión y del de denegación en el *momento inicial*, anterior a la posible subsanación; y con este segundo criterio, el de retroactividad, se determina la naturaleza de tales motivos a partir de los efectos retroactivos o no de la posible subsanación. Pero, en ambos casos, la definición del motivo de suspensión se relaciona con la eficacia de la fecha de prioridad registral ganada con el asiento de presentación, y la definición del motivo de denegación, con la ineficacia de dicha fecha.

3. *Definición atendiendo a ambos criterios.*—Recapitulando lo dicho a propósito de uno y otro criterio, damos la siguiente definición de uno y otro tipo de motivos:

MOTIVOS DE SUSPENSION o DEFECTOS SUBSANABLES son aquellos que permiten mantener la fecha de prioridad registral más allá de la duración del asiento de presentación, pudiendo ser superados, en-

mendados o subsanados con efecto retroactivo, ganando eficacia definitiva la citada fecha de prioridad del asiento de presentación.

MOTIVOS DE DENEGACION o DEFECTOS INSUBSANABLES son aquellos que, aun pudiendo subsanarse o enmendarse, no permiten mantener la fecha de prioridad registral más allá de la duración del asiento de presentación, quedando borrada retroactivamente esa fecha cuando transcurra dicho plazo o sus prórrogas sin haberse desvirtuado la consideración del motivo de denegación como tal.

4. *Fundamento de los criterios genéricos o definitorios apuntados.*—

Para no caer en esa postura que antes habíamos criticado, que parte de meras afirmaciones personales, sin argumentaciones, intentaremos basar nuestra opinión en fundamentos legales.

Creemos, pues, que esos criterios pueden obtenerse de los textos legales, a pesar de que *aparentemente* se haya suprimido la referencia a todo criterio de distinción.

Lo mejor es recurrir a los efectos legales que se asignan a la distinción en los párrafos segundo y tercero del artículo 65, no como criterios distintivos al estilo de GALINDO y ESCOSURA, sino para poder deducir esos criterios, a través de un ulterior razonamiento.

Recordemos esos párrafos del artículo 65 de la ley: «Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y *extenderá anotación preventiva* cuando la solicite el que presentó el título.» «En el caso de contener alguna falta insubsanable, se denegará la inscripción *sin poder hacerse la anotación preventiva.*»

Esto quiere decir que la ley concreta la distinción en cuanto a los efectos, por la posibilidad o no de tomar anotación preventiva, que es la que contempla el número 9.º del artículo 42 de la propia ley.

¿Y cuál es la naturaleza de esa anotación preventiva? Hay unanimidad en reconocer que se trata de una *prolongación* del asiento de presentación y una *anticipación* de los efectos del futuro asiento, sirviendo, precisamente, de puente de enlace entre el asiento de presentación y el asiento definitivo al que tienden.

Esto significa que la anotación preventiva de suspensión o por defectos subsanables está íntimamente relacionada con el principio de prioridad, pues permite que la fecha de prioridad del asiento de presentación mantenga su eficacia, con posibilidad de retroactividad si se produce la conversión de la anotación en inscripción definitiva. Así se desprende de los artículos 24 y 70 de la Ley Hipotecaria.

Según el artículo 70, «cuando la anotación preventiva de un derecho se convierta en inscripción definitiva del mismo, surtirá sus efectos *desde*

la fecha de la anotación». Esto constituye un primer paso de la retroactividad. Y el artículo 24 da el paso hacia atrás definitivo: «se considera fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta debe producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». Este precepto utiliza la palabra «inscripción» en sentido amplio de asiento del Libro de Inscripciones, incluyéndolo, por tanto, las anotaciones, pues es un artículo de carácter general y no limitado al asiento de inscripción.

En definitiva, según los artículos 24 y 70, la conversión de la anotación en inscripción, en este caso por subsanación de los defectos, produce efectos retroactivos, a partir de la fecha del asiento de presentación.

Este razonamiento se confirma por lo que dice la Resolución de la Dirección General de 11 de marzo de 1947, que resuelve una consulta en el sentido de que el documento subsanatorio determinante de la conversión de la anotación no requiere un nuevo asiento de presentación, pues «continúa viva la solicitud de inscripción» del primitivo asiento. Tampoco la anotación preventiva de suspensión que se practica a solicitud del interesado requiere un nuevo asiento de presentación, pues el artículo 104 del Reglamento prevé que la «práctica de la anotación» se haga constar «por nota al margen del asiento de presentación», que es el del título presentado y no otro nuevo, pues no se menciona esta posibilidad y si se refiriese a otro nuevo asiento, sería inútil el precepto, pues toda operación registral debe reflejarse al margen del asiento de presentación respectivo.

Todo ello confirma, en mi opinión, los criterios de la fecha de prioridad y de retroactividad, típicos de los motivos de suspensión.

El artículo 67 de la ley es también significativo respecto a la conexión de la anotación preventiva por defectos subsanables con el principio de prioridad. Dice así, manteniendo la redacción de 1861:

«En el caso de hacerse la anotación por no poderse practicar la inscripción por falta de algún requisito subsanable, podrá exigir el interesado que el Registrador le dé copia de dicha anotación, autorizada con su firma, en la cual conste si hay o no pendientes de registro algunos otros títulos relativos al mismo inmueble y cuáles sean éstos, en su caso.»

Pues bien, este artículo, aunque es «letra muerta» en la práctica, es «letra viva» en el texto legal y revela claramente que al legislador le sigue preocupando, como en 1861, el problema de la fecha de prioridad registral del título con defectos subsanables, pues responde a la inquietud que imagina en el interesado respecto a posibles títulos «pendientes de registro».

Esta conexión de la anotación preventiva por defectos subsanables con el principio de prioridad resulta también de algunos indicios que antes hemos visto en los antecedentes históricos, sobre todo en el Proyecto de 1851 y en la Ley Hipotecaria de 1861 y en su Exposición de Motivos. También hemos destacado alguna frase de GALINDO y ESCOSURA y de DÍAZ MORENO, que puede demostrar esa inquietud de la antigua doctrina por dicha conexión de temas (56).

Más recientemente, RUIZ MARTÍNEZ ha dedicado un epígrafe de un estudio acerca del principio de prioridad, a la relación del mismo con la anotación preventiva por defectos subsanables (57). Y LACRUZ, en sus Lecciones de 1957, había destacado en un capítulo la importancia de la distinción entre defectos subsanables e insubsanables, para resolver una serie de casos en que se plantea la prelación de títulos contradictorios (58).

Pero no es sólo a través de la anotación preventiva de suspensión como pueden obtener fundamento los criterios de la prioridad y de la retroactividad, sino que el artículo 66 de la Ley Hipotecaria responde a esas mismas ideas, aunque aparentemente no sea así.

Dice que «en el caso de que se suspenda la inscripción por faltas subsanables del título y no se solicitare la anotación preventiva, podrán los interesados subsanar las faltas en los sesenta días que duran los efectos del asiento de presentación». De aquí se desprende que el defecto subsanable puede ser subsanado dentro del plazo de eficacia del asiento de presentación, que no puede significar sino que, haciéndolo así, se mantiene la fecha de dicho asiento de presentación.

En cambio, nada de esto se prevé para los motivos de denegación, por lo que dada la contraposición entre una y otra clase de defectos, el silencio hay que interpretarlo en sentido negativo.

Ahora bien, el párrafo último del artículo 19 de la Ley Hipotecaria señala que los efectos del asiento de presentación continúan durante los sesenta días de la vigencia del mismo, y esto hay que aplicarlo tratándose de motivos de suspensión o de denegación. Entonces, ¿es que el motivo de denegación también mantiene la fecha registral del asiento de presentación? Hemos de contestar que *en esencia*, no. En el Proyecto de Código civil de 1851, ya vimos que, desde que constase la calificación de la falta como no subsanable al margen del asiento de presentación, éste perdía toda eficacia (art. 1.858, párrafo 2.º). Ahora, el asiento de presentación continúa durante los sesenta días de su vigencia, y aun por

(56) Véanse textos correspondientes a las precedentes notas 14 y 22.

(57) RUIZ MARTÍNEZ, «El principio de prioridad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pág. 883.

(58) LACRUZ, *Lecciones...*, pág. 200.

más tiempo en caso de recurso. Pero precisamente esta posibilidad de recurso es lo que justifica esa permanencia. La calificación registral decretando el motivo de denegación no es, digamos, *firme*, sino que caben recursos contra ella y aun la rectificación de la misma por el propio Registrador. Esto nos lleva a la conclusión de que la permanencia del asiento no se produce porque el motivo de denegación tenga aptitud para ello, sino porque durante ese tiempo cabe que lo que el Registrador había considerado como motivo de denegación no sea tal, sino motivo de suspensión o que no haya defecto alguno, si así resulta del recurso gubernativo o del llamado recurso judicial. También cabe que la calificación registral no haya contado, en el momento de ser emitida, con todos los elementos necesarios y que a la vista de nuevos datos aportados durante la vigencia del asiento de presentación, lo que parecía un motivo de denegación, no sea tal, en cuyo caso el Registrador debe rectificar, pues existe motivo fundado para ello. Obsérvese que el artículo 116 del Reglamento contempla un caso de rectificación por parte del Registrador. La prueba de que el motivo de denegación no es el motor que mantiene la vigencia del asiento, es que cuando queda firme la calificación o se confirma tal defecto, o pasa el plazo del asiento, hay que cancelarlo sin que haya tenido eficacia alguna, quedando sin rastro alguno ese asiento de presentación.

V. CRITERIOS ESPECIFICOS O CONCRETOS PARA LA DISTINCION ENTRE MOTIVOS DE SUSPENSION Y DE DENEGACION

Los criterios generales que acabamos de señalar nos han servido para *definir* los motivos de suspensión y de denegación, con lo que tenemos la regla u orientación general que pensamos debe tenerse presente como marco de la distinción.

Pero para evitar que esta materia tan concreta e importante quede resuelta con meras orientaciones generales, creemos conveniente completar aquellos criterios con otros más específicos y concretos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los criterios generales constituyen el fundamento de todos los criterios específicos y sirven también para poder decidir ante un caso concreto no contemplado en teoría si se trata de motivo de suspensión o de denegación.

Para tratar de esta materia con un cierto orden o sistematización, seguiremos la referencia a los tres aspectos que señala el párrafo último del artículo 65 de la Ley Hipotecaria, cuando dice que «para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su con-

secuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del registro con él relacionados».

Por tanto, vamos a distinguir:

- 1.º Criterios específicos atendiendo al contenido del título.
- 2.º Criterios específicos atendiendo a las formas y solemnidades.
- 3.º Criterios específicos atendiendo a los asientos y obstáculos del registro.

A) CRITERIOS ESPECÍFICOS ATENDIENDO AL CONTENIDO DEL TÍTULO

El contenido del título comprende a su vez dos cuestiones fundamentales: la VALIDEZ o NULIDAD del acto o contrato y la TRASCENDENCIA o INTRASCENDENCIA REAL INMOBILIARIA.

1. Criterios específicos en relación con la NULIDAD DEL ACTO O CONTRATO.—En este aspecto, la distinción entre motivo de suspensión y de denegación debe basarse en los conceptos de anulabilidad y nulidad absoluta, respectivamente.

Esto también lo decía SANZ FERNÁNDEZ, autor al que antes hemos criticado porque fundaba este criterio en una supuesta analogía de palabras o de conceptos entre lo subsanable y lo susceptible de confirmación o ratificación.

Pero nosotros señalamos un distinto fundamento de este criterio al que, además, consideramos como criterio específico y no como criterio general. Lo explicamos y relacionamos con los dos criterios generales de la fecha de prioridad y de retroactividad, porque pensamos que según se trate de nulidad o de anulabilidad se producen distintos efectos en relación con esa fecha de prioridad y con la retroactividad a que antes hemos hecho referencia.

El NEGOCIO ANULABLE es susceptible de CONFIRMACION, y ésta tiene pleno efecto retroactivo, según resulta del artículo 1.313 del Código civil, que dice: «la confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera *desde el momento de su celebración*». Y si, desde el punto de vista sustantivo, los vicios que afectaban al negocio desaparecen desde el momento de la celebración del acto o contrato, con plena retroactividad, teniendo efectos respecto a tercero según la doctrina más autorizada, ello quiere decir que no hay ningún obstáculo desde el punto de vista hipotecario para dar efecto a la fecha de prioridad del asiento de presentación del título una vez que se ha producido la sub-

sanación a través de la confirmación, pues el efecto de ésta permite la retroacción a una fecha anterior, que desde el punto de vista hipotecario es la del asiento de presentación, sin ir todavía más atrás como en puro Derecho civil. Por tanto, el negocio anulable y sus vicios se adaptan perfectamente al concepto dado antes de MOTIVO DE SUSPENSION, pues es perfectamente posible que la subsanación de ese negocio anulable, a través de la confirmación, se retrotraiga a la fecha de prioridad registral con perjuicio de otros terceros que hubieren presentado sus títulos contradictorios en el ínterin (59). El Derecho Hipotecario sólo va a exigir que la confirmación se produzca dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación y del de la anotación preventiva por defectos subsanables, pues son los requisitos para que la retroactividad que el artículo 1.313 del Código prevé desde el punto de vista civil, opere desde el punto de vista hipotecario.

En cambio, el NEGOCIO NULO con NULIDAD ABSOLUTA, lo

(59) CASTRO Y BRAVO, en *El Negocio Jurídico*, 1967, págs. 514 y 515, señala claramente este efecto real de la confirmación, «es decir, el de producir una *sanatio in radice*, con la consecuencia de que la validez del negocio confirmado podrá oponerse eficazmente a quienes pretendan haber obtenido derechos que lo contradigan antes de la confirmación». Y en nota a pie de página recoge el caso planteado por la doctrina francesa del menor que vende un inmueble y que al ser mayor lo vende a otra persona; y que, todavía después, confirma la primera venta». Y contesta así: «En Derecho español la cuestión habría de decidirse conforme al criterio del artículo 1.473 y dando el correspondiente efecto sanatorio a la confirmación.» «El Código de 1942 ha seguido el ejemplo del español y da pleno e ilimitado efecto a la confirmación (art. 1.444).» Creemos que hay que tener en cuenta los preceptos hipotecarios, que limitan el tiempo en que la confirmación perjudica a tercero. También confirma este efecto retroactivo el auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid en relación con el caso de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 1953, que luego veremos, pues en dicho auto se hace una distinción entre ratificación y confirmación, sobre la base del pleno efecto retroactivo de esta última, en el siguiente sentido: «De ellos (de los preceptos que regulan la ratificación y la confirmación) se deduce la diferencia entre inexistencia y anulabilidad, que ésta se salva mediante la confirmación y presupone un contrato existente, aunque viciado; que la ratificación y confirmación tienen en la Ley significaciones especiales diversas e inconfundibles, valoradas por la jurisprudencia, especialmente en las Sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 7 de julio de 1944; que lo preceptuado por el artículo 1.311 del Código para la confirmación es aplicable al caso previsto por el artículo 1.259 del mismo, sólo en principio y en cuanto resulte congruente con las circunstancias; que la confirmación tiene efectos retroactivos; que no los tiene la ratificación, pues no hay precepto que los establezca y cabe que los derechos adquiridos en el ínterin por tercero la impidan.»

No desconocemos que hay una tendencia reciente que considera el negocio anulable como perfectamente válido y eficaz desde el principio, pero esta doctrina, que tendría el efecto importante para el Derecho Hipotecario, de excluir de los defectos subsanables a los negocios anulables, no ha merecido excesivo apoyo en general, y se contradice con los textos terminantes del Código civil, que presupone que el negocio anulable tiene «vicios» que afectan a su validez (aunque tenga eficacia mientras no se anule), y el artículo 1.313 destaca el efecto retroactivo de la confirmación.

es *ipso iure*, sin necesidad de una declaración judicial, salvo para deshacer la apariencia de negocio. Como dice DE CASTRO, ningún funcionario debe prestar colaboración a ese tipo de negocios. Ahora bien, el asiento de presentación no se le puede negar, porque en ese instante todavía no se sabe el resultado de la calificación registral, es decir, si el negocio tiene o no causa de nulidad absoluta. Pero una vez que el Registrador califica el documento advirtiendo el defecto de nulidad absoluta, entonces no hay base alguna para mantener la fecha de prioridad registral, sino que la retroactividad operará en sentido contrario, es decir, para que quede borrada la aparente eficacia de ese asiento de presentación. Ya hemos visto que, en defensa del interesado, se le conceden unos recursos para que pueda decidirse en una instancia superior, si se trata o no de nulidad absoluta. Pero es evidente que si lo es, se producen esos efectos determinantes de un motivo de denegación.

Si a ello se une que la inscripción en nuestro sistema no tiene carácter sustantivo, sino que ha de partir de una eficacia inicial en Derecho civil, se comprenderá la necesidad de tener en cuenta, a efectos hipotecarios, esos dos tipos de ineficacia del negocio. Según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, «la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Y este precepto tiene dos sentidos: por un lado, tomando la palabra «inscripción» en sentido estricto, de «asiento en el Libro de Inscripciones», quiere decir que la inscripción ya consumada del acto nulo, no lo convalida (salvo en el caso del art. 34); y por otro lado, tomando esa palabra en sentido amplio como «asiento del Registro» o como «Registro», quiere decir que en Derecho Hipotecario el registro no puede dar ninguna eficacia a lo que en Derecho Civil no la tiene. O sea, que si el negocio tiene nulidad absoluta y no se ha extendido el asiento definitivo de inscripción, lo procedente es que quede sin ningún efecto hipotecario lo que tampoco lo tiene desde el punto de vista civil, borrándose retroactivamente la eficacia aparente del asiento de presentación; y si el negocio adolece de anulabilidad y cabe la confirmación, con eficacia civil retroactiva, puede aplicarse esa misma retroactividad en relación con la eficacia de prioridad del asiento de presentación.

Este criterio aparece confirmado expresamente por el párrafo último del artículo 98 del Reglamento Hipotecario en un caso concreto, cuando dice: «deberá *denegarse* la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe la *nulidad absoluta del acto* o de su inscripción» (se refiere a requisitos de tipo administrativo del acto o contrato). Para nosotros, esto no es más que una manifestación concreta del criterio específico según el cual la nulidad absoluta da lugar a un motivo de denegación.

No desconocemos que hay negocios anulables que se inscriben haciendo constar en el asiento la causa de posible nulidad. Naturalmente, si el legislador, de modo expreso, ha permitido en algún caso concreto la inscripción del negocio anulable, no estaremos ante un motivo de suspensión (ejemplo: el art. 94 del Reglamento Hipotecario en relación con la falta de la antigua licencia marital; el art. 98 del mismo, en su párrafo penúltimo). Pero esto no es obstáculo al criterio que hemos apuntado; pues partimos de aquellos supuestos en que existe DEFECTO, no de aquellos otros en que el legislador, de modo excepcional, los ha calificado previamente como actos inscribibles, no dejando otra opción al Registrador de la Propiedad, ni al intérprete.

Aceptado el criterio de la distinción entre NULIDAD ABSOLUTA (MOTIVO DE DENEGACION) y ANULABILIDAD (MOTIVO DE SUSPENSION), quedaría todavía por concretar los supuestos en que se produce uno y otro tipo de ineficacia. Se nos dirá que en este momento vuelve a aparecer el casuismo y el empirismo que, con carácter previo, hemos tratado de rebatir. Pero no es así, pues, aunque la distinción entre ambos conceptos puede plantear algunas dificultades, se trata de conceptos de Derecho Civil que han de venirle dados al hipotecarista, y si existe alguna imprecisión o dificultad, la solución se encuentra en el Derecho Civil, en el que hay bases o elementos suficientes para llegar a unos resultados aceptables. Por tanto, no estamos en ningún caso ante el casuismo o empirismo de aquellos autores que planteaban la distinción entre lo subsanable e insubsanable como algo en completa «nebulosa».

Para mayor concreción, señalaremos los supuestos de uno y otro tipo de ineficacia.

Motivos de denegación derivados de la nulidad absoluta.—Los hay de dos tipos:

a) Supuesto de NEGOCIO PROHIBIDO POR LA LEY. Se trata del caso previsto en el número 3.º del artículo 6.º del Código civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.» Por tanto, no siempre la contravención a una ley imperativa o prohibitiva implica nulidad absoluta, pues cabe que el precepto en concreto establezca un efecto distinto. También ha de tenerse en cuenta que en muchos casos, la nulidad sólo afectará a alguna de las cláusulas del acto o contrato y no a la totalidad del mismo, en cuyo caso se tratará de un motivo de denegación de ciertas estipulaciones y no de la totalidad del contrato, siendo aplicable la normativa del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

b) Supuesto de negocio sin los requisitos del artículo 1.261 del Código civil, es decir, sin consentimiento, sin objeto o sin causa. En relación con la falta de consentimiento, ello puede producirse por la falta de uso de razón de alguno de los otorgantes (la llamada incapacidad natural) o por faltar la aceptación en los contratos o negocios bilaterales (salvo que en la ley se prevea la inscripción del negocio unilateral: así, la hipoteca unilateral). En cuanto al objeto, los defectos del mismo pueden producirse por tratarse de herencia futura (párrafo 2.º del artículo 1.271 del Código civil), por ser de imposible cumplimiento (artículo 1.272 del Código civil) o por estar absolutamente indeterminado (art. 1.273 del Código civil). Respecto a la causa, la legislación hipotecaria exige la expresión de la misma en el documento, por lo que la falta de este requisito impide la inscripción. ¿Es motivo de suspensión o de denegación? Si nos atenemos a la importancia de la causa para los efectos del negocio y a que, según el párrafo primero del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, la calificación ha de basarse en el *texto del documento*, hay base para *denegar* la inscripción, impidiendo o negando toda eficacia hipotecaria al documento *antes* que conste extremo tan fundamental. Esto quiere decir que la *subsanción* es posible, pero el motivo cuadra mejor con los de *denegación*.

Motivos de suspensión derivados de la anulabilidad del negocio.—He aquí los casos de anulabilidad, algunos de los cuales quedan fuera del ámbito de la calificación registral:

a) Vicios del consentimiento: error, violencia, intimidación y dolo. Normalmente, estos vicios no salen a relucir en el documento y, por ello, quedan fuera de la calificación registral, pues ha de tenerse en cuenta que ésta ha de partir del texto del documento.

b) Defectos de capacidad: es decir, aquellos supuestos en que se precisa un complemento de capacidad. Un ejemplo típico es el del artículo 317 del Código civil referente al menor emancipado. Hemos visto que Roca Sastre incluye ese supuesto entre los defectos insubsanables. Pero como se trata de un negocio anulable, nosotros lo incluimos entre los motivos de suspensión o defectos subsanables.

Hay defectos de capacidad que dan lugar a motivo de denegación. Así, la incapacidad natural, antes apuntada. Pero es porque entonces se produce la nulidad absoluta del negocio. Otro supuesto importante es el de *incapacidad del testador*, que da lugar a motivo de denegación y no de suspensión. Pero es porque la anulabilidad no cabe aplicarla al testamento, en que el defecto de capacidad da lugar a nulidad absoluta del mismo. También hay que distinguir las incapacidades propiamente

dichas (que dan lugar a anulabilidad) de las prohibiciones (en que se produce nulidad absoluta y, por tanto, motivo de denegación).

c) Contravención a un precepto. En general, esto constituye motivo de denegación, según hemos dicho en el apartado anterior. Pero como el número 3.º del artículo 6.º del Código civil prevé ese caso especial de que la ley «establezca un efecto distinto para el caso de contravención», hay que tener en cuenta esta posibilidad que determinaría motivo de suspensión, si el efecto señalado es la anulabilidad del negocio. En muchos casos será cuestión de interpretación si se produce nulidad absoluta o anulabilidad. Por ejemplo, la falta de citación para el inventario a los herederos, acreedores y legatarios, a que se refiere el artículo 1.057, ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Dirección General como un defecto subsanable, a pesar de que la partición realizada por el contador existiendo menores de edad o sujetos a tutela exige ese requisito.

El problema de la falta de ratificación: ¿da lugar a motivo de suspensión o de denegación? Ya hemos visto que SANZ FERNÁNDEZ lo considera como un defecto subsanable, pero es porque equipara la ratificación del artículo 1.259 del Código civil a la confirmación del artículo 1.313, a estos efectos, sobre la base de que los conceptos análogos al de subsanación son en Derecho Civil la ratificación y la confirmación. Por su parte, ROCA SASTRE lo incluye dentro de los defectos insubsanables. B. CAMY mantiene una posición intermedia, algo oscilante. Dice así: «En este grupo de negocios, si bien falta un elemento esencial para que el mismo esté completo, no se está ante una nulidad, o sea, ante un negocio jurídico en el que es nulo alguno de sus elementos constitutivos, por tanto, es posible completar la constitución de aquél, añadiéndole el elemento que faltaba, pero sin necesidad de otorgar para ello un nuevo negocio jurídico que venga a sustituir a aquel que estaba en trámite de formación; pero, de otra parte, la actuación complementadora de aquél, aun presentada dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación del negocio jurídico incompleto, al no constituir una subsanación de un vicio de aquel que lo hiciera anulable, no retrotrae sus efectos, respecto a terceros ajenos a la obligación, a la fecha de aquel asiento de presentación, sino que dichos efectos se originan desde el momento en que se complete el elemento que faltaba, y en el orden registral, concretamente desde la presentación de este último documento, con lo cual, esta presentación tendrá que recogerse en el oportuno asiento al efecto, y no por nota al margen del asiento de presentación que originó el documento incompleto antes presentado. Ejemplo típico de este supuesto es el recogido en el artículo 1.259 del Código civil, sobre la

contratación en nombre de otro, sin estar autorizado por él o sin que tenga por ley su representación legal» (59 bis).

La Resolución de 24 de mayo de 1974, en un caso en que los administradores de una sociedad, habían vendido una finca estando caducado su mandato, revoca la nota del Registrador que lo había considerado defecto insubsanable y entiende que el defecto es subsanable, por ser posible la ratificación de los órganos correspondientes de la sociedad.

En cambio, la importante Resolución de 3 de marzo de 1953 proporciona argumentos para la configuración del defecto como insubsanable o motivo de denegación. Por cierto que el caso que se plantea confirma nuestros criterios de la fecha de la publicidad y de la retroactividad. Se había tomado en su día anotación preventiva de suspensión por ser insuficiente el poder. Antes que se aportara la escritura de ratificación, constaba una anotación preventiva de embargo. Al presentarse la ratificación el Registrador había denegado la conversión en inscripción de la anotación preventiva, porque «a causa de la interposición de tercero hipotecario», «se hace preciso aquilatar los efectos íntegros, y muy especialmente los cronológicos», habiéndose transformado en insubsanable la naturaleza del defecto, puesto que en la escritura de ratificación implícitamente se reconoce la inexistencia de aquel apoderamiento.

La Dirección General confirma la nota calificadora, siendo de mayor interés los «Considerandos» 3.º, 4.º y 5.º:

«Considerando que la “ratificación” produce, en general, efectos *ex tunc* entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris*; y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1.259 del citado Código, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, entre otras, en las Sentencias de 12 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 16 de abril de 1952; »

«Considerando que los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el *interin* por terceros, como declaran la Sentencia de 25 de junio y la Resolución de 29 de octubre de 1946, reconocen gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código civil alemán y prescribe el artículo 1.399 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución; »

«Considerando que la escritura de cesión, otorgada sin que a la sazón

constará en documento público el poder de representación de uno de los cesionarios, según lo dispuesto en los artículos 1.280, número 5.º del Código civil y 3.º de la Ley Hipotecaria, no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada en el artículo 44 de dicha ley, porque aquel documento careció en su origen de plena eficacia jurídica, como aparece de la primera calificación, y porque cuando la escritura de ratificación fue presentada en el registro y se solicitó la conversión de la anotación preventiva con efectos referidos al primitivo asiento de presentación, quedó de manifiesto la falta de poder con que se otorgó la primera escritura y, en su consecuencia, había conseguido prioridad la anotación del embargo decretado en juicio ejecutivo contra el cedente.»

¿A cuál de estas diferentes posturas habrá que atenerse? Para mí, la solución es clara partiendo de los criterios genéricos que he apuntado. Se trata de un motivo de denegación, o sea, de un DEFECTO INSUBSANABLE. Es cierto que se trata de un defecto que puede ser subsanado, pero esto no obsta para considerarlo como defecto insubsanable desde el punto de vista hipotecario, pues ya sabemos que una cosa es el sentido vulgar de lo subsanable y otra el sentido técnico. Precisamente, para evitar confusiones terminológicas, viene muy bien la denominación de MOTIVO DE DENEGACION, según dijimos antes.

Se trata de un MOTIVO DE DENEGACION porque esa posible subsanación del negocio a través de la ratificación no tiene efectos retroactivos en perjuicio de terceros que hayan adquirido derechos en el ínterin. La ratificación tiene efectos retroactivos, pero con ese límite tan importante de no afectar a terceros, a diferencia de la confirmación. Y como en Derecho Hipotecario el aspecto de los terceros es fundamental, de nada sirve una retroactividad que se queda en unos meros efectos *inter partes*, pues en relación con los criterios generales antes señalados, es evidente que no puede mantenerse la fecha de prioridad registral tomando una anotación preventiva por defecto subsanable, a sabiendas de que la subsanación no perjudica a terceros. Si a todo esto se une que el artículo 1.259 del Código civil considera que se trata de un negocio «nulo» mientras no conste la ratificación y que en el momento de la presentación del título en el registro y en el de la calificación, falta el consentimiento del interesado en el contrato, no sabiéndose, a la vista del texto del documento presentado, si la ratificación va o no a tener lugar y se sabe seguro que, aunque se produzca, no puede perjudicar a posibles títulos presentados en el intermedio, puede llegarse a la conclusión más arriba apuntada: que se trata de un MOTIVO DE DENEGACION sin perjuicio de que quepa la subsanación.

Creemos que hay que pronunciarse así, de modo tajante, en lugar de mantener una postura oscilante como hace B. CAMY, pues, aunque consideramos muy interesante lo que este autor expone y los razonamientos que le llevan a esa postura intermedia, hay que tomar una decisión a la hora de la verdad, decisión que tiene que ser entre la calificación del defecto como subsanable o insubsanable, ya que en la nota al pie del título no cabe mantener esa postura intermedia.

Lo que hemos dicho respecto a la ratificación, cabe extenderlo al caso de insuficiencia de poder y al supuesto del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo párrafo primero se dice: «La validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses.» La subsanación es posible, según se ve, pero el efecto retroactivo es imposible, pues la sociedad no existía todavía en el momento del contrato.

2. Criterios específicos en relación con la INTRASCENDENCIA REAL INMOBILIARIA.—Cuando se trata de un negocio cuyo contenido carece en todo o en algunos de sus pactos de trascendencia real inmobiliaria, no puede aplicarse el criterio específico anterior de la nulidad o anulabilidad, pues el negocio es válido. Pero como los pactos que carecen de trascendencia real no tienen acceso al registro, hay que señalar el criterio específico a seguir en estos casos, para determinar si se trata de motivo de suspensión o de denegación.

No nos vale el criterio de lo «definitivo» o «no definitivo» ni el de que es subsanable lo que se puede subsanar e insubsanable lo que no se puede subsanar. Hay que tener en cuenta que cabe un remedio para que tenga acceso al registro el pacto carente de trascendencia real y consiste en asegurarlo con hipoteca, condición resolutoria u otra forma de garantía real. A pesar de ello, entendemos que se trata de un DEFECTO INSUBSANABLE O MOTIVO DE DENEGACION, pero no porque se trate de un defecto «definitivo» o «que no se puede subsanar», pues esto choca con la característica del defecto que estudiamos. Además, ya nos hemos encargado de rechazar estos criterios imprecisos y no los íbamos a aplicar en este caso contradiciéndonos con lo que antes hemos señalado.

Para fundar el criterio específico consistente en que el pacto de intrascendencia real inmobiliaria da lugar a MOTIVO DE DENEGACION y no de SUSPENSION, creemos que hay que partir de los criterios genéricos antes apuntados, es decir, el de la fecha de prioridad registral y el de la retroactividad.

Se trata de supuestos en que no habría que extender ni siquiera el

ASIENTO DE PRESENTACION, ya que los preceptos que niegan acceso al registro a tales pactos están comprendidos en capítulos generales en que la palabra «inscripción» tiene un sentido amplio incluyendo también el asiento de presentación (así, art. 2.º de la Ley Hipotecaria, artículo 7.º del Reglamento). Y el artículo 416 del Reglamento se refiere a la *presentación* «de cualquier título que deba producir en el registro alguna inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal», lo que excluye precisamente la presentación de títulos de contenido obligacional o relativos a bienes muebles.

Con esto no pretendemos que «no se extienda» el asiento de presentación, sino que decimos que «no habría que extenderlo». Esta matización la consideramos importante, pues no tratamos de resolver la cuestión calificando el MOTIVO COMO DETERMINANTE DE LA NO PRESENTACION EN EL DIARIO. Si así fuera, ya no habría necesidad de plantearse si es MOTIVO DE SUSPENSION o de DENEGACION, pues con carácter previo se habría eludido el problema, ya que tal planteamiento tiene lugar en el momento de la calificación, que es ulterior al de la presentación, por lo que si ésta se excluye, no cabe hablar ni de motivo de suspensión, ni de denegación.

Pero no es así, sino que hay que plantearse el problema en el momento de la calificación, puesto que en el momento de extenderse el asiento de presentación, no se sabe si el acto, contrato o estipulación tiene o no trascendencia real inmobiliaria, puesto que es un problema de fondo que requiere estudio e interpretación y en el que hay que permitir que el interesado pueda entablar un recurso gubernativo con todas sus consecuencias, para no dejarle en indefensión. Si se le negara el asiento de presentación, sólo le cabría al interesado acudir en *queja* al Juez de Primera Instancia, recurso que para el Registrador tampoco es muy conveniente, pues el artículo 416 señala la posible responsabilidad civil a que hubiere lugar con arreglo al artículo 296 de la ley, que podría plantearse si en el interin de la resolución de la queja se ha presentado en el Registro un título contradictorio.

Por tanto, hay que esperar al momento de la calificación, y entonces ya no se puede plantear como MOTIVO DE NO PRESENTACION, sino que hay que decidirse por la solución de MOTIVO DE SUSPENSION O DE DENEGACION.

Ahora bien, la referencia que acabamos de hacer a los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º y 416 del Reglamento para demostrar que «no habría que haber extendido el asiento de presentación», sirve para calificar al defecto en ese momento ulterior como MOTIVO DE DENEGACION, pues si, cuando el Registrador ha estudiado a fondo el asunto, resuelve que se trata de un acto, contrato o estipulación carente de

trascendencia real, es en ese momento ulterior cuando comprueba que el asiento de presentación fue inadecuado. Pues bien, la única forma de ser consecuente con esta idea y con los preceptos citados, es calificar el MOTIVO COMO DE DENEGACION, pues así se borra retroactivamente el efecto provisional de la fecha de publicidad ganada con el asiento de presentación.

De modo que, en realidad, hemos aplicado los criterios generales antes señalados, pues con la calificación del motivo como de denegación se consigue excluir todo efecto de la fecha de prioridad del asiento de presentación que no se pudo evitar y se niega retroactividad a un posible «remedio» ulterior del documento consistente en reforzar con garantía real el cumplimiento del pacto meramente obligacional. Estas ideas cuadrarán perfectamente con la definición que antes hemos dado del MOTIVO DE DENEGACION.

Aplicación de este criterio al supuesto especial de venta de cosa ajena.—Este supuesto debe incluirse entre los actos que carecen de trascendencia real, pues la doctrina más autorizada considera que la venta de cosa ajena es un negocio válido, pero con eficacia meramente obligacional hasta que el vendedor o transmitente adquiera la cosa que ha vendido cuando todavía no era suya.

Hay que advertir que nos referimos a la venta de cosa ajena que se califique expresamente como tal en la escritura presentada, es decir, a la que resulta del «texto del propio documento», supuesto que es muy difícil que se dé en la práctica. No nos referimos al caso del artículo 103 del Reglamento Hipotecario, que responde al supuesto muy distinto de transmisión de cosa propia, pero que en el registro no figura todavía como tal por faltar la inscripción del título intermedio. De este artículo 103 nos ocupamos al final.

Por tanto, la venta de cosa ajena debe calificarse como MOTIVO DE DENEGACION, partiendo del criterio de que los actos que carecen de trascendencia real no dan lugar a motivos de suspensión. Ciertamente, ese negocio obligacional producirá efectos reales cuando tenga lugar la llamada convalencia del negocio, es decir, cuando el transmitente adquiera la finca, sin necesidad de reiterar las manifestaciones de voluntad del primitivo contrato. Pero esos efectos no son retroactivos, sino que se producen desde que el transmitente adquiere esa cosa que era ajena. Algunos autores admiten cierta retroactividad de la convalencia (ROCA SASTRE) (60), pero en todo caso dejan a salvo los derechos de tercero,

(60) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo II, pág. 316, donde dice lo siguiente en relación con el artículo 126 de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861: «la razón de ello (de no convaler la hipoteca constituida por quien no es titular registral) era evitar que resulten perjudicados los terceros que en el in-

con lo que esa retroactividad sería muy limitada, similar a la de la ratificación, que ya vimos da lugar a motivo de denegación.

B) CRITERIOS ESPECÍFICOS ATENDIENDO A LAS FORMAS Y SOLEMNIDADES DEL TÍTULO

Varios aspectos hay que estudiar dentro de las «formas y solemnidades»:

- a) La forma pública o privada del negocio.
- b) Las formas y solemnidades del título según las leyes que regulan los documentos.
- c) Los requisitos y circunstancias del documento necesarios para la inscripción.
- d) Los documentos complementarios.

Examinaremos cada uno de estos aspectos por separado, para decidir si dan lugar a motivos de suspensión o de denegación.

1. *La forma pública o privada del negocio.*—Planteamos en este epígrafe la clase de defectos que es la infracción del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria presentando a inscripción un documento privado de transmisión.

VILLARES PICÓ mantiene la tesis de que los documentos privados son susceptibles de asiento de presentación, al objeto de ganar prioridad registral, que luego aprovechará a la correspondiente escritura por la que se eleva a público el documento privado. A tal efecto, distingue según se trate de contratos consensuales o de actos solemnes. Los documentos privados referentes a contratos consensuales los considera con falta subsanable, siempre que estén legitimadas las firmas, con lo que es posible la anotación preventiva, y si la escritura pública se presenta dentro de la vigencia de esa anotación se producen los efectos retroactivos consiguientes a la fecha de la presentación. Si los documentos privados se presentan sin estar legitimadas las firmas, el defecto es insubsanable, pero VILLARES PICÓ admite que si dentro de la vigencia del asiento de presentación se legitiman las firmas o se elevan a públicos, pueden producir respectivamente, anotación preventiva o inscripción, con efectos retroactivos a la presentación. Tratándose de actos solemnes, distingue dos supuestos, según la forma sea requisito para la *existencia* o para la *sub-*

termedio adquiriesen»; y añade: «pero esto ya se presupone, pues la convalidación que examinamos se produce retroactivamente, mas siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos en el tiempo intermedio anterior a la convalidación».

sistencia de un acto ya existente. Si se quiere la forma solemne como requisito esencial para la existencia del acto, el defecto es insubsanable; pero si se trata de contrato con los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa, y sólo se exige la forma para la subsistencia del mismo, el defecto es subsanable, pudiéndose convalidar o subsanar con el otorgamiento de la escritura, con efectos retroactivos al momento de la existencia probada del contrato (61).

ROCA SASTRE sigue, en parte, en su última edición, la postura de VILLARES PICÓ. No admite la distinción de dicho autor en el seno de los contratos solemnes, «pues sólo los que en su forma solemne es requisito esencial para su existencia son propiamente actos solemnes». Pero dice que «en cuanto a los demás documentos privados es aceptable el criterio de dicho autor», con lo que admite el asiento de presentación de documentos privados y la posibilidad de obtener anotación preventiva por defecto subsanable cuando se trate de contratos consensuales (62).

SANZ FERNÁNDEZ se opone a la postura de VILLARES PICÓ, diciendo que no debe admitirse «en modo alguno, la presentación de estos documentos». «Ciertamente—añade—ni la ley ni el reglamento excluyen expresamente su posibilidad. Mas la definición de título a efectos de la inscripción que da el artículo 33 del Reglamento, en relación con el artículo 3.º de la ley; la circunstancia de que el asiento de presentación se ha de practicar de títulos que, por su propia naturaleza, sean susceptibles de producir el asiento definitivo, que no se da en el documento privado, y la misma redacción del artículo 249 de la ley, al determinar las circunstancias del asiento, llevan claramente a la solución negativa» (63).

Después SANZ FERNÁNDEZ dice cosas muy interesantes a propósito del tema que nos ocupa: «No es posible estimar al documento privado como un título que adolece de un defecto de forma que será subsanado después al elevarse a escritura pública. El documento privado no adolece propiamente de un defecto, sino que es absolutamente ininscribible; mas si se configurara como un defecto, éste sería insubsanable, conforme a la doctrina del artículo 3.º de la ley. La escritura pública de elevación a público de un documento privado tiene como misión la de crear un título inscribible, no la de subsanar un defecto. En tal supuesto, el título susceptible de inscripción será la escritura, nunca el documento privado.» «Por otra parte, la solución afirmativa lleva a dar efectos registrales a un documento que categóricamente está excluido del registro.

(61) VILLARES PICÓ, «El documento privado en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1954, págs. 413 y ss.

(62) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo II, pág. 195.

(63) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, páginas 478 y 479.

Así, el asiento, mientras subsistiera, produciría los efectos del artículo 17 de la ley; y si se configura la escritura de elevación a público del documento *como un supuesto de subsanación, se le daría a aquél un efecto de prelación de créditos*, contra todas las normas del Derecho sustantivo.» (El subrayado es mío) (64).

La cuestión se ha planteado ante la Dirección General, y la Resolución de 17 de febrero de 1955 entiende que el documento privado no debe ser objeto de asiento de presentación y desestima el recurso interpuesto contra una nota de *denegación* de inscripción. Se trataba de un documento privado de venta presentado en el Diario del Registro de Llanes, que el Registrador calificó denegando la inscripción «por no estar consignado el título que se pretende inscribir en ninguna de las formas que para producir inscripción establece el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y los 33 y 34 de su Reglamento, que exigen para ello escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes». La parte compradora interpone recurso gubernativo alegando: «que no hay en la Ley Hipotecaria otro precepto en cuanto a la discriminación de faltas subsanables e insubsanables que su artículo 65, y en él no se sienta criterio alguno en cuanto a su concepto, sino que se limita a señalar los elementos a que deberá atender el Registrador para calificarlas; que según un ilustre hipotecarista (se debe de referir a ROCA SASTRE, sin duda) son faltas subsanables los defectos de que adolezca el título derivado de su forma, contenido o del registro, que sin producir necesariamente la nulidad del acto o contrato pueden corregirse mediante una nueva redacción del documento, reforma u otra medida, y suspenden tan sólo la práctica de la inscripción solicitada; que según el concepto expuesto es improcedente el criterio del Registrador, apoyado en el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, ya que no podría haber falta subsanable por defectos de forma, y ello implica una contradicción con lo establecido en los artículos 18 y 65 de la expresada ley; que en nuestro Derecho pueden adquirirse los bienes inmuebles por documento privado de conformidad con lo establecido en el artículo 1.278 del Código civil y reiterada jurisprudencia; que el artículo 1.280 del citado Código es de alcance limitado; que por ello el título presentado a inscripción es válido, ya que en él concurren los requisitos del artículo 1.261 del repetido Código; que a efectos registrales, si bien se opone a la inscripción del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, también es indudable que la falta de que adolece puede ser subsanada elevando el documento privado a escritura pública, como se prevé en el mismo».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador.

(64) *Obra citada*, pág. 479.

La Dirección confirma igualmente la nota y el auto apelado, a la vista del artículo 1.280 del Código civil y 3.º de la Ley Hipotecaria, estableciendo lo siguiente en los dos últimos «Considerandos»:

«Considerando que el artículo 248 de la Ley Hipotecaria establece que los Registradores tienen el deber en el momento de presentarse un título en el registro de extender un breve asiento de su contenido, cuando se trate de documentos privados lo harán tan sólo en aquellos supuestos excepcionales en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral, como sucede en materia de cancelación de inscripciones de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador y respecto de las anotaciones preventivas del contrato de crédito refaccionario, y deberán rehusar extenderlo en todos los demás casos en que tales documentos no hayan de producir en el registro ninguna inscripción, anotación, cancelación o nota marginal, sin perjuicio de la facultad que al presentante reconoce el artículo 416 del Reglamento Hipotecario.»

«Considerando que la calificación de los títulos presentados constituye un derecho y un deber de los Registradores, sancionado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que obliga a estos funcionarios a apreciar “la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase”, y, por tanto, aparece legalmente fundada la nota en cuanto afirma la falta de idoneidad del documento privado y la omisión de las circunstancias que con arreglo a la ley han de figurar en las inscripciones.»

Por tanto, esta Resolución de 17 de febrero de 1955 sigue la posición de SANZ FERNÁNDEZ.

Por nuestra parte, nos parece curioso que, con motivo de este caso, quede patente que lo que se plantea con la distinción entre defecto subsanable e insubsanable es el problema de la subsistencia o insubsistencia de la fecha de prioridad del asiento de presentación, pues es lo que preocupa a los autores que discuten en este caso.

Esto viene a confirmar que hemos ido por el camino adecuado al señalar los criterios genéricos o fundamentales de la distinción en base a la fecha de prioridad registral y a la retroactividad o no de la subsanación.

Y dicho esto, pasamos a señalar el criterio específico en este caso concreto: ¿es motivo de suspensión o de denegación la documentación privada del contrato? Creemos que en la legislación vigente es obligada la contestación en el mismo sentido que SANZ FERNÁNDEZ y que la citada resolución. Es decir, en principio no hay por qué plantear si se trata de MOTIVO DE SUSPENSION O DE DENEGACION, sino que se trata de un MOTIVO DE NO PRESENTACION EN EL DIARIO, con lo que se elude esa ulterior distinción. Ahora bien, vamos a suponer que,

por la razón que sea, el documento ha motivado un asiento de presentación (cosa que puede suceder por error ante una multiplicidad de documentos o por creer que se trataba de uno de los supuestos de excepción en que la ley admite la inscripción por documento privado, o porque el Registrador quiera evitar el trámite del recurso de queja a que se refiere el artículo 416 del Reglamento, o porque el Registrador en principio haya seguido la postura de ROCA SASTRE y de VILLARES PICÓ). En tal caso, será necesario plantearse si es MOTIVO DE SUSPENSION O DE DENEGACION. Pues bien, los mismos argumentos que apoyan la idea que es un MOTIVO DE NO PRESENTACION, sirven para fundar el criterio de que se trata, en tal caso, de un MOTIVO DE DENEGACION. Efectivamente, como ya apuntó SANZ FERNÁNDEZ y la citada resolución, la Ley Hipotecaria no admite el asiento de presentación del documento privado. Hay que insistir en que el artículo 3.º de la ley está colocado entre las disposiciones generales que contemplan la palabra «inscripción» en un sentido muy amplio, comprensivo de la totalidad de los asientos, incluido el de presentación (cfr. arts. 1.º y 2.º de la ley). Además, el artículo 248 se refiere a la presentación del «título» y el número 3.º del 249 exige como circunstancia del asiento de presentación expresar «la especie de título presentado, su fecha y *Autoridad o Notario que lo suscriba*», cosa que es imposible en el documento privado. En fin, el artículo 33 del Reglamento Hipotecario configura el «título» en el sentido de «documento público».

Luego si el legislador no ha querido que el documento privado gane prioridad, excluyendo el asiento de presentación del mismo, esto significa que si por cualquier causa se ha extendido el asiento de presentación, sea por error o por entender que la cuestión debe decidirse en el momento de la calificación, la solución en este momento ha de ser aquella que permite borrar retroactivamente esa apariencia de asiento de presentación producida con motivo del documento privado presentado. Y para ello, la solución no es otra que considerar el MOTIVO COMO DE DENEGACION, impidiendo que se mantenga una fecha de prioridad registral que el legislador no había previsto.

De iure condendo la solución podría ser distinta, pero de ello no es ocasión ocuparse aquí.

2. *Las formas y solemnidades del título según las leyes que regulan la forma de los documentos.*—Hay que distinguir:

1.º *Requisitos de forma que afectan al fondo.*—Si en un precepto concreto se sancionan los defectos de forma o en las solemnidades con nulidad absoluta del acto o contrato, no hay más que aplicar el CRITERIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA, antes examinado, y con ello se

obtiene el resultado de que el defecto implica un MOTIVO DE DENEGACION. Así ocurre en materia de testamentos, dado el carácter formalista de estos actos; o las enajenaciones de bienes municipales sin la pertinente autorización del Ministerio del Interior en los casos en que sea necesaria (confróntese el párrafo último del artículo 98 del Reglamento Hipotecario).

2.º *Requisitos de forma previstos en la legislación notarial.*—Aquí debe distinguirse según el efecto que la falta de requisitos produzca en el documento. Si la falta del requisito es de tal entidad que el documento no existe como tal, el MOTIVO es de DENEGACION. Si la falta del requisito no afecta a la esencia o existencia del documento como tal, el MOTIVO es de SUSPENSION. Pero no ha de tratarse tampoco de una falta meramente reglamentaria, pues ésta no constituye defecto (65).

La explicación de este criterio deriva también de los criterios generales antes señalados, pues si el documento NOTARIAL carece de aquellos requisitos mínimos que le suministran su esencia como tal documento notarial, estaremos ante un simple documento privado, al cual no se le aplican los efectos del sistema, no pudiendo, concretamente, ganar prioridad con el asiento de presentación, ni mantenerla con la anotación preventiva de suspensión.

Ahora bien, ¿cuáles son esos casos en que procede la DENEGACION por afectar la falta del requisito a la esencia del documento notarial?

El artículo 1.216 del Código civil ofrece una primera aproximación: «Son documentos públicos los autorizados por un Notario, o empleado público *competente*, con las solemnidades requeridas por la ley.» Aquí aparece el requisito de la competencia como algo esencial a la definición misma del documento notarial. Además, se añade el requisito de las *solemnidades* previstas por la ley, lo que apenas nos dice nada si no es la referencia a un tipo de requisitos de cierta importancia, a la altura terminológica que proporciona la palabra «solemnidades».

Sigamos entonces avanzando dentro del Código civil. El artículo 1.223 dice: «La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes.»

Queda ya clarísimo que la *incompetencia* del Notario da lugar a un defecto insubsanable, o sea, *motivo de denegación*, pues al tener dicha escritura el simple valor de documento privado, el problema hace trán-

(65) Podemos definir las faltas reglamentarias como las que suponen simplemente una infracción de régimen interior por parte del funcionario autorizante, que no afectan ni al documento ni al contenido del mismo. Ejemplo: actuación del Notario fuera del término municipal, pero dentro de su distrito.

sito al epígrafe anterior, en que hemos tratado de demostrar que a efectos registrales el documento privado implica un motivo de denegación. La única especialidad es que en el supuesto de escritura defectuosa por incompetencia de Notario, el asiento de presentación debe extenderse, pues se trata de un defecto que hay que detectar en el momento de la calificación registral, por la mayor complejidad que implica. Además, hay que recordar que el artículo 27 de la Ley del Notariado alude también a la incompetencia como causa de nulidad del documento. Se trata de la actuación del Notario fuera del *distrito notarial*, pues la mera actuación fuera del término municipal constituye una falta reglamentaria que no determina incompetencia según la legislación notarial.

Por tanto, la incompetencia del Notario por actuar fuera del distrito da lugar a defecto insubsanable, aunque en sentido vulgar el defecto se pueda subsanar, ya que tal subsanación no puede retrotraerse a efectos hipotecarios al momento del asiento de presentación, por impedirlo el trato que merecen los documentos privados (a los que se asimila el caso de incompetencia) desde el punto de vista de la prioridad registral.

Con esta solución confirmamos la postura de GALINDO y ESCOSURA (66) y la de DÍAZ MORENO (67).

Pero el artículo 1.223 del Código no sólo se refiere a la incompetencia, sino que alude también a «otra falta en la forma». ¿Es que cualquier defecto en la forma da lugar a motivo de denegación? La contestación es negativa. El artículo 1.223 se tiene que referir a las faltas de forma que afectan a la esencia misma del documento notarial, como se demuestra por el efecto tan fulminante que señala para tales casos, cual es la conversión en documento privado. Si el documento deja de ser público y se convierte en privado, tiene que tratarse de un defecto de forma que afecte a la esencia de la escritura. O dicho con palabras de GALINDO y ESCOSURA: Se trata de faltas que «radicalmente atacan la validez de la escritura de un modo absoluto, desde el momento en que se formaliza; porque el vicio de que adolece está en ella misma con independencia de todo hecho posterior, naciendo con ella misma e infiltrándose en su esencia» (68). Estas son las únicas que dan lugar a MOTIVOS DE DENEGACION.

Ahora bien, ¿cuáles son esos defectos de forma esenciales para la existencia de la escritura? La contestación la tiene que dar la legislación notarial, que contempla en su artículo 27 de la Ley de 1862 los supuestos de nulidad del instrumento público, que son:

(66) GALINDO y ESCOSURA, *obra citada*, tomo II, pág. 589.

(67) DÍAZ MORENO, *obra citada*, pág. 382.

(68) GALINDO y ESCOSURA, *obra citada*, tomo II, pág. 564.

1.º Los que contengan alguna disposición a favor del Notario que los autorice.

2.º Aquellos en que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesadas, en el grado de que queda hecho mérito, o los parientes, escribientes o criados del mismo Notario.

3.º Aquellos en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 23 de esta ley, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos, cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del Notario.

Todavía hay que hacer dos matizaciones a propósito de este apartado tercero:

1.ª Que en relación con la falta de dación de fe de conocimiento de los otorgantes, la antigua doctrina viene distinguiendo según se trate de actos *inter vivos* o *mortis causa*. En este último caso se trata de defecto insubsanable. Pero tratándose de «actos *inter vivos*», el artículo 189 del Reglamento Notarial dice que «si no hubiera dado fe del conocimiento de los otorgantes en las formas prevenidas, podrá, no tratándose de testamentos, subsanar la falta por medio de acta, en la que el mismo Notario que autorizó la escritura dé fe de que los conocía al tiempo de su otorgamiento». La razón de esta especialidad la había dado impecablemente DÍAZ MORENO, al comentar la Real Orden de 13 de julio de 1883, precedente del citado artículo reglamentario. Dice DÍAZ MORENO: «Entre que el Notario asegure que no conoce a los otorgantes y, a pesar de eso, autorice la escritura, sin asegurarse tampoco de su conocimiento por los testigos para este caso necesarios, y que la autorice sin decir si los conoce o no, pero omitiendo también la última circunstancia, va, por sentido común nada más, mucha diferencia; en el primer caso, la escritura es manifiestamente nula, y lo debe ser; en el segundo no existe causa bastante para estimarla así, y aún se advierte un indicio racional para creerla válida, porque puede tratarse de una simple omisión inadvertida, y eso será en todos los casos, a no suponer que el Notario desconoce los más elementales deberes de su cargo, suposición injuriosa y absurda» (69). En cambio, tratándose de testamentos, el defecto es siempre insubsanable, porque aquí rigen las disposiciones del Código civil, que son terminantes en relación con este requisito.

2.ª Que si esos defectos del instrumento aparecen sólo en la *copia* y no en la *matriz*, el defecto no es insubsanable, dado que no se produce la nulidad del documento. Sin embargo, en el registro se presenta y cali-

(69) DÍAZ MORENO, *obra citada*, pág. 391.

fica la copia, y como la decisión del Registrador se basa en lo que resulte del texto de los documentos presentados, según dice el artículo 65 de la ley y el párrafo 1.º del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, parece que no hay otro camino que la consideración del motivo como de *denegación*. Pero como el documento principal que es la matriz, puede que no tenga ningún defecto, hay que admitir la posibilidad de demostrar esto durante la vigencia del asiento de presentación. Si así ocurre, no hay ningún inconveniente en permitir esa especie de «subsanción del defecto insubsanable», mediante la aportación de la prueba correspondiente. No se trata de una subsanción en sentido técnico, sino de una demostración de que el motivo de denegación no era tal, sino motivo de suspensión, pero como ya estaba hecha la calificación, hay que aplicar la teoría de la conversión del motivo de denegación en motivo de suspensión, para superar el obstáculo de admitir una subsanción retroactiva a la fecha del asiento de presentación. En definitiva, se subsana un defecto que ha resultado ser subsanable, aunque teniendo en cuenta los elementos con que constaba el Registrador en un principio, había sido considerado insubsanable.

Referencia a los requisitos de los procedimientos judicial y administrativo.—La incompetencia del Juzgado y la incongruencia del mandato con la clase de juicio o procedimiento seguido, a que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, han de considerarse MOTIVOS DE DENEGACION, ya que, desde el punto de vista registral, el documento carece en esos casos, de la condición de público, dada la definición que da del mismo el Código civil.

Sin embargo, tratándose de cancelaciones, el Registrador tiene una solución intermedia, que consiste en la *duda* sobre si el Juzgado es o no competente. El párrafo segundo del artículo 100 de la Ley Hipotecaria dice: «Si dudaren de la competencia del Juez o Tribunal, darán cuenta al Presidente de la Audiencia respectiva, el cual decidirá lo que estime procedente.» Y el artículo 200 del Reglamento Hipotecario prevé la «suspensión de la cancelación» «por dudar de la competencia del Juez o Tribunal que la haya ordenado», y lo harán constar así por medio de una anotación preventiva, si se solicitare. Los artículos 201 y 202 del Reglamento se ocupan del procedimiento a seguir en estos casos. Se trata, por tanto, de un MOTIVO DE SUSPENSION que mantiene la fecha de prioridad registral, pero que es de naturaleza especial, pues puede convertirse en MOTIVO DE DENEGACION si la decisión final del Presidente de la Audiencia declara la incompetencia del Juzgado. De momento, la anotación mantiene la fecha de prioridad registral, pero

si se convierte en motivo de denegación se borra retroactivamente la situación registral provisionalmente creada.

En cuanto a los defectos consistentes en la falta de citación en expedientes de dominio, se trata de MOTIVOS DE DENEGACION, pues en Derecho Procesal no se aplica el efecto retroactivo de la posible convalidación (70), y, además, una vez terminado el expediente no cabe retroceder a los trámites anteriores, sino que habría que iniciar otro expediente.

Respecto a las formalidades extrínsecas del documento presentado, los defectos implican MOTIVOS DE SUSPENSION, pues no afectan al procedimiento en sí, ni implican la nulidad de lo actuado. No obstante, respecto a las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria en relación con las personas, fincas y derechos, nos remitimos al apartado siguiente.

La falta de firmeza de la resolución ha de considerarse MOTIVO DE SUSPENSION, pues en principio refleja un acto jurídico existente, susceptible de dar lugar a asientos provisionales, como son el de presentación y la anotación preventiva. Con mayor razón será MOTIVO DE SUSPENSION si se contempla el defecto no como falta de firmeza, sino defecto de *no indicarse* la firmeza de la resolución.

Respecto al *procedimiento administrativo*, hay que tener en cuenta también el especial efecto de la convalidación en Derecho Administrativo. Así, el artículo 53 de la Ley de Procedimiento prevé la convalidación de los actos nulos, pero sin efecto retroactivo, pues se reponen las actuaciones al momento en que tuvo lugar el trámite defectuoso o bien se dicta una disposición nueva, pero con efecto desde que se dictó. Si se relaciona esto con el criterio genérico de la retroactividad, se llegará a la conclusión de que los actos administrativos nulos dan lugar a MOTIVOS DE DENEGACION, aunque puedan convalidarse. En cuanto a la *incompetencia* del órgano administrativo, la Ley de Procedimiento Administrativo distingue la incompetencia manifiesta, que da lugar a nulidad absoluta, y la que no es manifiesta, permitiéndose en este último caso la convalidación por el órgano competente. Sin embargo, a efectos registrales, se trata en cualquier caso de un MOTIVO DE DENEGACION, pues aunque fuera posible la convalidación, ya hemos visto que carece de eficacia retroactiva. Por último, en relación con las formalidades extrínsecas del documento administrativo, como se trata de defectos que se refieren a las circunstancias exigidas para la inscripción, nos remitimos a lo que se dice en el apartado siguiente.

(70) Salvo los supuestos de falta de firmeza en que se interpone recurso, según se dice a continuación en el texto.

3. *Los requisitos y circunstancias exigidos para la inscripción.*—El artículo 98 del Reglamento, en su párrafo segundo dice lo siguiente: «Del mismo modo apreciará (el Registrador) la no expresión o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que según la ley y este Reglamento, debe contener la inscripción bajo pena de nulidad.»

Por tanto, el Registrador también ha de calificar estas circunstancias. Pero el citado precepto no dice cuándo la omisión o falta de claridad han de considerarse defecto subsanable y cuándo insubsanable.

La cuestión no ha sido objeto de atención excesiva por parte de la doctrina. No obstante, hay algunas excepciones, como son las opiniones de GALINDO y ESCOSURA y DÍAZ MORENO y, más recientemente, de B. CAMY.

GALINDO y ESCOSURA consideraban como defecto insubsanable «el omitir en absoluto la descripción del inmueble o el describirlo con tal inexactitud, que no pueda venirse en conocimiento de qué finca es la que se traslada o grava; y como defecto subsanable, el caso contrario, poniendo el ejemplo de la falta de uno o de dos linderos u otra omisión de alguno de los requisitos comprendidos en la *totalidad* de cualquier número del artículo 9.º de la ley (71).

DÍAZ MORENO incluye entre las faltas insubsanables la falta de circunstancias exigidas para poder verificar la inscripción, «pero no por cualquiera clase y entidad de esas circunstancias, sino por la carencia de aquéllas sin las que es imposible el conocimiento de las fincas, de las personas o de los derechos a que la misma inscripción deba referirse» (72).

B. CAMY llega a parecidas conclusiones en relación con el tema de las omisiones de situación y linderos, diciendo: «las omisiones de la situación y linderos de las fincas, originará una denegación si no constare ninguno de todos ellos, pues en este caso faltará el objeto sobre el que va a recaer el derecho real, que con el consentimiento y la causa son los requisitos esenciales para la existencia del negocio jurídico (art. 1.261 del Código civil); siendo solamente suspensiva la calificación si es parcial la omisión (R. de 29 de noviembre de 1870)» (73).

Nosotros participamos en gran parte de todas estas ideas, pero enfocamos la cuestión a la vista de los criterios genéricos o definitorios de la distinción entre motivos de suspensión y de denegación que hemos señalado. Nos parece fundamental plantearnos si la «subsanción» de esas omisiones o inexactitudes en relación con los elementos del negocio,

(71) GALINDO y ESCOSURA, obra y tomo citados, págs. 599 y 580.

(72) DÍAZ MORENO, obra citada, pág. 382.

(73) B. CAMY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1971, vol. V, página 197.

finca, titular y derecho, puede mantener la misma fecha de prioridad registral que obtuvo el documento con el asiento de presentación, es decir, si cabe o no la retroactividad de la subsanación.

Para solucionar este problema hay que acudir a los requisitos esenciales del acto o contrato y concretamente a la necesidad de determinación o determinabilidad de los elementos esenciales. La Ley Hipotecaria exige una determinación absoluta para que se pueda practicar el asiento definitivo de inscripción, pues basta que se omita algún dato de los varios que aparecen en cada una de las circunstancias del artículo 9.º de la ley, para que exista defecto. Ahora bien, si la omisión o inexactitud permite la determinabilidad ulterior con los datos contenidos en el propio documento, sin necesidad de llegar a un «nuevo convenio» entre los interesados, el defecto es subsanable, pues la subsanación opera retroactivamente sin que, por otro lado, tenga lugar un nuevo asiento de presentación, bastando incluso una instancia privada firmada por el interesado (art. 110 del Reglamento Hipotecario). En cambio, si dada la imprecisión existente, se precisa una «nuevo convenio», el defecto es insubsanable, o sea, es motivo de denegación, porque la subsanación a través de ese «nuevo convenio», no opera retroactivamente, porque la determinación no ha podido hacerse por los datos que resultaban del documento primitivo. Ejemplo: si se vende una porción de terreno a segregar de una finca, indicando sólo la superficie y dejando la determinación exacta para un convenio ulterior, el motivo es de denegación, no de suspensión, y con la presentación del nuevo contrato comenzará a tener efectos la fecha de prioridad registral. Lo mismo hay que decir respecto a la venta de pisos a construir en un edificio cuando no se señalen los datos o bases esenciales precisas para poder llegar a una exacta determinación en su día, sin necesidad de un «nuevo convenio».

Por tanto, nosotros distinguimos según que el documento subsanatorio implique un nuevo convenio entre las partes o no, siendo el defecto insubsanable en el primer caso y subsanable, en el segundo, con la consecuencia de que si el defecto es insubsanable la fecha de prioridad registral se produce a partir de la subsanación y si el defecto es subsanable, la subsanación es retroactiva a la fecha del primitivo asiento de presentación.

Nos basamos en el artículo 1.273 del Código civil, que aunque se refiere solamente al objeto del contrato, marca la pauta a seguir en relación con los demás elementos. Dice así: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla *sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.*» La doctrina que interpreta este precepto advierte

que es la norma fundamental en relación con el requisito de la «determinabilidad» del objeto del contrato y que aunque «una interpretación rígidamente literal del artículo 1.273 permitiría pensar que circunscribe la determinabilidad a la cantidad», «ello no es así. La relativa indeterminación o la determinabilidad pueden concernir a circunstancias de la prestación distintas de la cantidad» (ANTONIO HERNÁNDEZ GIL). Este autor define la prestación determinable diciendo que «es la que no estando rigurosamente determinada en un momento dado—generalmente el constitutivo de la obligación—, puede llegar a determinarse directa o indirectamente, sin la necesidad de nuevo acuerdo o declaraciones de voluntad». «Ello supone—añade—que directa o indirectamente existan en la relación obligatoria factores mediante los cuales se resuelva en determinación la determinabilidad» (74).

En la legislación hipotecaria hay preceptos suficientes para confirmar este criterio. No nos sirve el criterio de la nulidad de la inscripción a que se refiere el párrafo segundo del artículo 98 del Reglamento, pues la doctrina no ha elaborado aún con precisión las categorías de la nulidad absoluta o relativa de la inscripción. Dicho criterio sólo sirve para determinar cuándo hay defecto; pero no si es subsanable o insubsanable, pues el concepto de nulidad del artículo 30 de la ley no resuelve nada a este objeto. En cambio, consideramos fundamental el artículo 75 de la ley, que dice: «la anotación preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de ésta». Como el defecto subsanable o motivo de suspensión da lugar a una anotación preventiva y ésta exige que los datos o circunstancias expresados permitan venir en conocimiento de la finca, del titular y del derecho, la conclusión es que el defecto es insubsanable o motivo de denegación cuando la omisión o inexactitud padecida es de tal naturaleza que impide venir en conocimiento de los elementos esenciales.

Por tanto, nosotros enlazamos este artículo 75 de la ley con el artículo 1.273 del Código civil, para llegar, en definitiva, a la conclusión de que se produce motivo de suspensión cuando hay indeterminación, pero cabe la determinabilidad sin necesidad de nuevo convenio; y se produce motivo de denegación cuando la indeterminación es tal, que no hay base para la determinabilidad ulterior si no es otorgando un nuevo convenio o acto jurídico.

Como los casos de indeterminación sin dato alguno que permita automáticamente la determinabilidad son muy raros en la titulación que se presenta al registro, hay que concluir que la regla general es que este

(74) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, páginas 104 y 105.

grupo de omisión son MOTIVOS DE SUSPENSION y sólo excepcionalmente son MOTIVOS DE DENEGACION. Estos últimos serán más posibles que se den cuando se trata de inmatriculaciones en que los títulos carecen de los datos descriptivos más elementales para la determinabilidad (tres linderos omitidos, por ejemplo). En cambio, si la finca ya estaba inscrita, la omisión completa de superficie y linderos no tiene por qué dar lugar necesariamente a un defecto insubsanable, pues si se indican las referencias registrales de la finca, hay base para una completa determinación ulterior, con lo que el defecto debe considerarse subsanable.

4. *La falta de documentos complementarios.*—Si faltan documentos complementarios del título inscribible, se trata, en principio, de un motivo de suspensión y no de denegación. La explicación de esto se obtiene partiendo, una vez más, de los criterios generales o definitorios señalados al principio. Efectivamente, el documento complementario que no se presentó junto con el título principal, no es susceptible de un ulterior asiento de presentación, porque propiamente *no se presenta*, sino que *se aporta*, según terminología del párrafo primero del artículo 97 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el objeto del asiento de presentación, que es el TITULO, no un DOCUMENTO COMPLEMENTARIO. Este no es el título, sino que es un documento que simplemente ayuda a «dar fe» al título (según el art. 33 del Reglamento Hipotecario).

Y si esto es así, quiere decir que el único documento que se tiene en cuenta para ganar la fecha de prioridad registral es el TITULO PRINCIPAL, por lo que cuando se aporte el documento complementario, los efectos de esta aportación o subsanación han de retrotraerse necesariamente a la fecha del asiento de presentación primitivo, único que el legislador hipotecario tiene en cuenta para la prioridad, siempre, claro está, que la aportación del documento complementario se produzca dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación o de la anotación preventiva.

Por tanto, aplicando el criterio de la fecha de prioridad registral y el de la retroactividad, hemos llegado a la conclusión de que estamos ante un MOTIVO DE SUSPENSION.

Ahora bien se trata de un MOTIVO DE SUSPENSION ESPECIAL en el sentido de que puede convertirse en un MOTIVO DE DENEGACION cuando existan datos más concretos para la calificación registral. No es que haya conversión propiamente dicha, pues la calificación opera en tal caso sobre motivos y situaciones distintas: en realidad, el motivo de suspensión es la *falta de aportación* del documento complementario; y el posible motivo de denegación que puede producirse cuando se

aporte ese documento radica en cualquier defecto de ese tipo que resulte del examen del documento que faltaba. Ejemplo: si falta una escritura de poder se trata de un MOTIVO DE SUSPENSION por falta de aportación de documento complementario; cuando se aporte ese poder, puede producirse un MOTIVO DE DENEGACION, si se califica el poder como insuficiente.

Aunque no haya propiamente conversión de MOTIVOS, sí que hay conversión de los efectos del motivo, pues el primitivo MOTIVO DE SUSPENSION ya no puede mantener la fecha de prioridad más allá de la duración de la anotación preventiva, en su caso, la cual debe caducar, en lugar de convertirse en inscripción.

También puede suceder que estos MOTIVOS DE SUSPENSION den paso a otros MOTIVOS DE SUSPENSION distintos, si del examen del documento aportado resultan defectos subsanables.

Por tanto, en este grupo de MOTIVOS DE SUSPENSION, puede aplicarse en cierto modo la doctrina de los antiguos autores cuando hablaban de faltas subsanables que se convierten en insubsanables, o de defectos subsanables que luego no pueden subsanarse, o, en fin, de faltas que son subsanables o insubsanables, según los casos. Lo que ocurre es que supone una mayor precisión hablar de MOTIVOS DE SUSPENSION ESPECIALES que pueden convertirse en MOTIVOS DE DENEGACION, en su día, pues así queda claro que el Registrador aplicará en principio la normativa de los defectos subsanables, aunque luego quede desvirtuada, en lugar de seguir un criterio inicial oscilante o dubitativo, no permitido por la legislación vigente. Hay que tener en cuenta que mientras permanece la calificación de MOTIVO DE SUSPENSION, se mantiene la fecha de prioridad registral y cabe la retroactividad de efectos de la subsanación.

C) CRITERIOS ESPECÍFICOS ATENDIENDO A LOS OBSTÁCULOS DEL REGISTRO

Hay que distinguir cinco grupos de «obstáculos registrales»:

- 1.º Inscripción a nombre de persona distinta.
- 2.º No inscripción de la finca.
- 3.º Defecto de identidad de la finca o duda sobre la identidad de la misma.
- 4.º Constancia de limitaciones o prohibiciones de disponer.
- 5.º Imposibilidad del Registrador.

A') *Inscripción a nombre de persona distinta*

Estudiaremos, por un lado, el criterio general que resulta del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y por otro, el criterio especial que resulta del artículo 103 del Reglamento Hipotecario.

1. *El criterio de la DENEGACION contenido en el párrafo 2.º del artículo 20 de la ley.*—Dice lo siguiente: «En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen, los Registradores *denegarán* la inscripción solicitada.»

En mi opinión, esto quiere decir que se trata de un defecto de los llamados *insubsanables*, o sea, *motivo de denegación*, pues, por la interpretación sistemática, hay que relacionarlo con el artículo 65 de la ley, que en su párrafo tercero dice que «en el caso de contener alguna falta insubsanable *se denegará* la inscripción *sin poder hacerse la anotación preventiva*». Esto significa que el legislador relaciona la *denegación* con el concepto de falta *insubsanable* y con la imposibilidad de obtener anotación preventiva de suspensión. A esta conclusión se llega también comparando lo que dice el párrafo 2.º del artículo 20 con el párrafo 3.º del mismo que contempla el supuesto contrario en que sí que prevé la anotación preventiva de suspensión.

Todo ello a pesar de que desde el punto de vista vulgar o gramatical, el defecto de tracto sucesivo parece que es subsanable o remediabile, a través, por ejemplo, del expediente de reanudación del tracto o mediante la aportación de los títulos intermedios. Pero esto lo único que demuestra es que la expresión «insubsanable» no es muy precisa y más bien confirma que debe emplearse la de «motivo de denegación», sobre todo en este supuesto del párrafo 2.º del artículo 20 de la ley. Por tanto, se trata de un motivo de denegación que quizá pueda subsanarse, lo que no quiere decir que desde el punto de vista técnico hipotecario sea un «defecto subsanable». Es aconsejable, partiendo de todo lo dicho, no calificar el defecto en la nota al pie del título como «insubsanable», sino decir que se trata de «motivo de denegación», pues en otro caso, puede inducir a confusión al interesado, ya que podría creer que no cabe ni siquiera la reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

Ahora bien, precisamente porque el principio de tracto sucesivo sólo nos conduce a un concepto vulgar de «defecto subsanable» y no nos dice nada de por qué se trata de un motivo de denegación y no de suspensión, es por lo que no nos vale para fundamentar este criterio específico de denegación, aunque el párrafo segundo se encuentre en el ar-

título que es considerado por la doctrina como típica muestra del tracto sucesivo.

El principio de tracto sucesivo tiene que ver con el caso que estamos estudiando porque nos da el *supuesto de hecho* que no es otro que el *defecto de falta de tracto*. Pero, como decimos, no nos sirve para contestar el porqué de la denegación que la ley señala de modo expreso en relación con ese supuesto de hecho.

Para fundamentar ese criterio de denegación no hay más remedio que recurrir a los criterios generales antes señalados, el de la fecha de prioridad registral y el de la retroactividad, pues los hemos deducido de textos legales concretos y sirven perfectamente para explicar la *denegación* que, quíerese o no, ha señalado de modo terminante el legislador.

De tales criterios generales se desprende que la cuestión está relacionada con el principio de prioridad y con el problema de la importancia de la fecha del asiento de presentación respectivo. Por tanto, hay que relacionar el principio de tracto sucesivo con el de prioridad, igual que, según se dijo antes, hay que relacionar el principio de calificación con el de prioridad. No se trata de separar el supuesto de hecho que estudiamos del principio de tracto sucesivo, sino de tender un puente de relación entre ese principio y el de prioridad, respecto a la fundamentación de la suspensión o denegación.

De todo lo cual se desprende que, como se trata de un motivo de denegación, el asiento de presentación del título no puede ganar prioridad con carácter definitivo y la posible subsanación del defecto (hablando de subsanación en sentido gramatical) no puede retrotraerse a la fecha del asiento de presentación, ni puede tomarse tampoco anotación preventiva de suspensión.

Obsérvesc que esa posible subsanación exigiría la presentación en el registro de otro título que habría de motivar un nuevo asiento de presentación, con efectos hipotecarios a partir de su fecha, ya que no se trata de un documento complementario del título ya presentado, sino de otro título tan principal como aquél. Luego mal cabe hablar, en principio, de retroactividad del último asiento de presentación hasta la fecha del primero, pues para ello habría que romper la autonomía de efectos de cada asiento de presentación y asignar al primero de los asientos una función de reserva de rango o de prioridad respecto a la eficacia del ulterior asiento, lo que no puede hacerse sino con los requisitos exigidos y con limitación de casos y de efectos.

En definitiva, nosotros entendemos que el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria contempla un supuesto de *falta de tracto*, que *en principio* se puede subsanar o remediar (en sentido vulgar), pero que desde el punto de vista técnico hipotecario se trata de un motivo

de denegación (defecto insubsanable) que impide tomar anotación preventiva de suspensión. He aquí combinados los principios de tracto sucesivo (en cuanto al supuesto de hecho y a la posible «subsanción» impropia) y el de prioridad (en cuanto a la exclusión de la anotación preventiva de suspensión y a la ineficacia de la fecha del asiento de presentación).

2. *El criterio especial de suspensión del artículo 103 del Reglamento Hipotecario.*—A pesar del criterio de denegación del artículo 20 de la ley, que se acaba de estudiar, el artículo 103 del Reglamento sienta un criterio de suspensión en la forma y en el supuesto siguientes: «No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable.»

Parece que estamos ante una infracción de la ley por parte del Reglamento, y además, con «premeditación», pues tiene la osadía de aludir al párrafo segundo del artículo 20.

Esta posible discordancia debe causar extrañeza, por lo menos en principio, a pesar de lo cual hay autores que no muestran ningún asombro ante esta posible «extralimitación» del Reglamento.

Examinemos las distintas opiniones:

a) Entre los *autores que consideran perfectamente normal* el supuesto del artículo 103, están los siguientes:

LA RICA Y ARENAL dice: «El artículo 103 del nuevo Reglamento (se refiere al de 1947), al mismo tiempo que una novedad, introduce una excepción al principio de tracto sucesivo establecido por el artículo 20 de la ley, o sea, la cadena ininterrumpida de transmitentes y adquirentes, según el cual no se pueden inscribir o anotar títulos que no hayan sido consentidos por el titular inscrito o anotado. Y la excepción se halla impuesta por la lógica y, como todas las excepciones que en ésta hallan su fundamento, no hace sino confirmar la regla general» (75).

Dos puntualizaciones a este párrafo de LA RICA, antes de continuar con su opinión: 1.^a Que ya hemos dicho que no todo es principio de tracto sucesivo en el párrafo segundo del artículo 20; 2.^a Que, aunque toda regla general puede tener excepción, mal se compagina una

(75) LA RICA Y ARENAL, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, de 1947, tomo I: *Innovaciones*, pág. 88.

excepción prevista en un reglamento frente a una regla general prevista en una ley, porque ello infringe el principio de jerarquía normativa.

LA RICA continúa argumentando: «La regla general, sentada por el párrafo segundo del artículo 20 de la ley, consiste en que cuando un derecho se halle inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen, los Registradores *denieguen* la inscripción solicitada. En este punto el texto refundido modificó la Ley de 1909, pues ésta, en ese segundo párrafo del artículo 20, decía que, *según los casos*, los Registradores, *denegasen o suspendiesen* la inscripción. Era un criterio de mayor flexibilidad, aunque la ley no daba la norma discriminadora para saber cuándo había de denegarse y cuándo suspenderse.» «El Reglamento ha vuelto a la flexibilidad de la Ley de 1909, pero al mismo tiempo establece una regla clara de diferenciación.»

Otras dos puntualizaciones a este párrafo de LA RICA: 1.^a Aun suponiendo que la Ley de 1909 hablase de denegar o suspender sin distinguir casos, no corresponde al Reglamento hacer revivir lo que un texto articulado de ley ha excluido; 2.^a Lo que es más decisivo: la Ley de 1909 no establecía ese criterio de flexibilidad, mejor se diría, de imprecisión, que señala LA RICA. No; ya hemos visto que la Ley de 1909 era clarísima en su artículo 20, señalando los dos casos diferentes y concretos de denegación (inscripción a nombre de persona distinta) y de suspensión (no inscripción de la finca). No hay más que leer sus párrafos cuarto y quinto en relación con el segundo para darse cuenta de ello, respecto a lo cual nos remitimos al epígrafe de los antecedentes históricos. Ya había insistido en ello JOSÉ MARÍA CHICO, diciendo: «con todos los respetos que merece ese ilustre hipotecarista (hablando de LA RICA y ARENAL), el artículo 20 de la Ley Hipotecaria del año 1909 sí decía eso en su párrafo segundo, pero añadía en el quinto que "en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores *denegarán* la inscripción solicitada", es decir, lo mismo que viene a decir el artículo 20 actual en su párrafo segundo».

Continúa LA RICA su comentario al artículo 103: «Según este precepto, cuando exista alguna concatenación entre el título que se presente y el asiento vigente en el registro no debe denegarse, sino sólo suspenderse la inscripción. A veces se presenta una escritura de venta y la finca no está inscrita a nombre del vendedor, sino a nombre de su padre, de quien la heredó, y en el mismo título se especifica debidamente el título adquisitivo. En tal caso es natural, y así opinan GAYOSO ARIAS y ROCA SASTRE, que la inscripción no se deniegue, sino que sólo se suspenda. La denegación es siempre, o debe ser, consecuencia de un defecto que se juzgue insubsanable. Si A vende lo que está inscrito a nombre de B, al parecer

el defecto es insubsanable; pero si en la misma escritura consta que A es heredero de B, y la finca le ha sido adjudicada por tal concepto, el defecto es fácilmente subsanable y queda subsanado con sólo presentar dicho título de adjudicación e inscribir la finca a favor de A, lo que abre el camino para inscribir la venta por éste otorgada» (76).

Tampoco estamos de acuerdo con este párrafo, porque parece que se parte de un concepto gramatical de defecto subsanable, que ya hemos visto no se adapta bien al concepto hipotecario. Además, alude a las opiniones de GAYOSO ARIAS y ROCA SASTRE, que ya expusimos con anterioridad como precedentes del artículo 103, considerando que no eran muy concluyentes, sobre todo en relación con la legislación anterior (77).

Por último, LA RICA se va ocupando de problemas concretos del artículo 103, como son el concepto de «causahabiente», entendido en sentido amplio y no en el de heredero, los casos en que resulte tal circunstancia del registro y la inaplicación del precepto al supuesto de la convalidación o convalecencia de los actos jurídicos, con lo que termina su comentario.

ROCA SASTRE no muestra ninguna preocupación ante una posible extralimitación del Reglamento, cosa que no debe extrañar, dado que ya mantenía esa postura antes del vigente artículo 103 (78).

SANZ FERNÁNDEZ se limita a justificar el artículo 103 del Reglamento, diciendo que «como esta solución (la del párrafo segundo del artículo 20 de la ley ordenando la denegación) es excesiva en muchos casos», el Reglamento permite la suspensión de la inscripción en el supuesto que señala (79). Es de destacar que este autor estudia ambos preceptos dentro del epígrafe de los efectos del tracto sucesivo, a pesar de que ya hemos dicho que este principio no da una explicación completa de la suspensión o denegación.

LACRUZ-SANCHO consideran como supuesto de falta subsanable el del artículo 103 del Reglamento señalando que «la subsanación consiste en inscribir el derecho o derechos intermedios» y «en reconstruir el escalonamiento en que el tracto consiste», estudiando también la cuestión dentro del principio de tracto sucesivo (80), sin referencia alguna a la prioridad, a pesar de que en sus *Lecciones* del año 1957 LACRUZ se mostró muy explícito en ese punto, como ahora veremos. No obstante, actual-

(76) *Obra citada*, pág. 89.

(77) *Obra citada*, págs. 89 y 90.

(78) ROCA SASTRE, obra y tomo citados, pág. 329, donde interpreta la palabra «podrán» en el sentido de que «es potestativo del Registrador denegar o suspender la inscripción pedida, pero, con todo, en caso de denegación, ésta habrá de ser fundada en alguna circunstancia que impida aplicar dicha norma» (se refiere al 103).

(79) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 103.

(80) LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 342.

mente debe considerarse como opinión de LACRUZ la que resulta de su obra escrita con SANCHEZ en 1968, pues en el preámbulo ya advierten «cambios de criterio» que consideran como expresivos de «una exposición más matizada y madura». Nosotros creemos que toda opinión que trate de encerrar los párrafos segundo y tercero del artículo 20 de la ley en un recinto cerrado de tracto sucesivo, no matiza suficientemente la explicación de los mismos.

b) *La opinión de LACRUZ en sus Lecciones de 1957.*—LACRUZ distinguía según se tratase de causahabiente heredero o no.

— Si el transmitente es heredero del titular inscrito, «*probablemente, la falta de tracto nunca es defecto insubsanable*».

Y pone el siguiente ejemplo: «*Primus*, titular registral, vendió a *Tertius*. Fallecido *Primus*, su heredero, *Secundus*, sin hacer constar en el registro su condición de tal, vende a *Quartus*, quien presenta la escritura de compraventa. Vigente el asiento de presentación de *Quartus*, *Tertius* llega, a su vez, con su título al registro. Por fin, antes de la caducidad del asiento de presentación de *Quartus*, *Secundus* presenta el testamento en que se le instituye heredero.»

Señala el siguiente argumento: «La ley no distingue expresamente entre la transmisión a título particular y la sucesión universal, mas cuando el artículo 20 de la Ley Hipotecaria niega la inscripción «caso de resultar inscrito (el) derecho a favor de *persona distinta* del que otorgue la transmisión o gravamen», no dice que el defecto sea siempre insubsanable, por lo cual cabe interpretar que, correspondiendo el precepto a dos situaciones de hecho completamente diversas, sin más nota común que la falta de inscripción a nombre del transmitente, opera en dos diversos grados de eficacia, permitiendo la subsanación cuando se trata de *persona distinta* que ha asumido—hablando por imágenes—la «personalidad patrimonial» de un titular inscrito ya difunto, y por ende imposibilitado para disponer, y negándola cuando el titular inscrito conserve su personalidad» (81).

Esta posición tiene el inconveniente de poner en un mismo plano al adquirente del titular registral y al adquirente del heredero del titular registral, a pesar de que el primero tiene un tracto regular y el segundo no. Dentro de los dos años siguientes al fallecimiento del causante, esta interpretación no concuerda con la idea del artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Pero, aun pasados esos dos años y prescindiendo de ese precepto, que, dado lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20, sólo debe plantearse en casos de tracto sucesivo regular, esa opinión de LACRUZ

(81) LACRUZ, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957, pág. 200.

merece estas críticas: 1.^a Dice que el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley no señala que el defecto sea siempre insubsanable; pero esta interpretación no tiene en cuenta que la palabra «denegarán», enlazada con el artículo 65 de la ley, quiere decir eso precisamente: que el defecto es insubsanable; 2.^a Interpreta la expresión «persona distinta» del artículo 20 párrafo segundo, sobre la base de una distinción que no aparece en la ley, pues al no distinguir, tan distinta del causante es la persona del adquirente singular como la del heredero universal.

— El otro supuesto que estudia LACRUZ a propósito del artículo 103, es el de causahabiente que no sea heredero del titular registral, y en este caso entiende que unas veces es defecto subsanable y otras insubsanable, según se den o no los requisitos del artículo 103.

Advierte que «la calidad de defecto subsanable o insubsanable de la falta de previa inscripción en favor de *Secundus*, no depende simplemente de que se haga la alegación prevista en el artículo 103, sino, además, de que esta alegación sea exacta al menos en el momento de ser contradicha».

Y añade: «Fuera de los casos del artículo 103 del Reglamento Hipotecario, la falta de previa inscripción a favor del transmitente es defecto insubsanable, por lo cual la presentación del título de *Quartus* no surtirá efecto alguno.» «Cabe, sin embargo, que antes que el Registrador deniegue la inscripción, se presente el título intermedio y se restablezca el tracto: entonces la calificación se hará como si al tiempo de presentarse ese título intermedio (el de *Secundus*) hubieran ingresado los dos en el registro.» «Cuando, en este supuesto haya, en espera de subsanación, títulos diferentes relativos a una misma finca, de consideración, pues, ingresados simultáneamente, y se les negará la protección registral en la colisión entre ellos. Por ejemplo: *Quartus*, titular registral, vende a *Primus* una finca. No habiéndose inscrito este título, *Primus* vende sucesivamente la finca a *Secundus* y a *Tertius*. *Tertius* presenta el primero su título en el registro, y luego *Secundus*: en ninguno de ellos se expresa que la finca procede de *Primus* (de lo contrario, el defecto sería subsanable, y cada inscripción cobraría prioridad—supuesto que fuera subsanado—desde el momento mismo de ser presentado el documento). Si ulteriormente se presenta el título de *Primus*, los de *Secundus* y *Tertius*, vigente el asiento de presentación, parece que pueden cobrar prioridad desde esa fecha frente a cualesquiera otros derechos, pero no entre sí: el conflicto entre ambos adquirentes se resolverá como si ninguno de ellos hubiera pretendido inscribir» (82).

A mí me parecen muy interesantes todos estos ejemplos, que revelan

(82) LACRUZ, *Lecciones...*, pág. 199.

que el problema de la falta de tracto está íntimamente enlazado con el principio de prioridad. Pero todas las afirmaciones de LACRUZ parten de una reverencial sumisión al artículo 103, sin tener en cuenta que el artículo 20 de la ley considera insubsanable el defecto, por lo que no cabe dar plena eficacia a lo que resulta de aquel precepto reglamentario, si no se explica adecuadamente su coordinación y no contradicción con el artículo 20. Para ello, habría que pensar en recortar los efectos de prioridad que pudieran derivar del citado artículo 103, según veremos.

c) *La opinión de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.*—CHICO enfoca bien el problema del artículo 103, pues muestra su preocupación por el principio de prioridad, lo que es adecuado, en nuestra opinión. Ahora bien, en lugar de *limitar los efectos* de la «suspensión» y «anotación preventiva» previstas en el artículo 103, trata de resolver el problema *limitando el supuesto de hecho* de dicho precepto, en el sentido de que sólo puede aplicarse cuando se trata de causahabiente que sea heredero.

Sus argumentos son, en síntesis: 1.º El examen de los distintos sentidos que tiene la palabra «causahabiente». Pero el balance de la «peregrinación articulada» (83) que hace, examinando los preceptos en que aparece la palabra «causahabiente» no resulta tan favorable al sentido que mantiene CHICO, pues en la Exposición de Motivos de la ley aparece la palabra «causahabiente» referida al adquirente por vía onerosa. En cuanto al artículo 279 del Reglamento Hipotecario, que considera como «causahabientes», a efectos de las citaciones de los expedientes de dominio, a los «herederos», obedece a distinta *ratio* que el artículo 103, ya que, al tratarse de problemas de *citaciones personales*, no cabe *presumir*, en un acto de jurisdicción voluntaria, que haya otros «causahabientes» que los herederos, ya que se dificultaría mucho la tramitación. Respecto al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no creemos que limite el concepto de «causahabientes» a los herederos, a propósito del consentimiento para una cancelación: si el acreedor hipotecario ha transmitido su crédito a un tercero, será este causahabiente quien haya de prestar el consentimiento para la cancelación, aunque previamente tenga que cumplir con el tracto sucesivo inscribiendo su adquisición: esa previa inscripción, aunque sea en forma de tracto abreviado, también debe cumplirla el

(83) JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, «La calificación registral: Problemas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 488, 1972, págs. 107 a 110. En la segunda edición de sus *Apuntes*, escritos por él y BONILLA, se alude también al sentido de la palabra «causahabiente» en el artículo 82 de la Ley (pág. 434): «Nuestra postura es restrictiva, sobre todo si tenemos en cuenta que la doctrina, al interpretar la misma palabra (pero del art. 82 de la Ley Hipotecaria), centra el supuesto a los casos de sucesión *mortis causa*. Para el ejemplo que se ponía, dar amplitud a la palabra supondría burlar la eficacia de la solución registral al problema de la doble venta.»

heredero, en su caso. Pero sea de todo esto lo que fuere, y aunque en el artículo 82 la palabra causahabiente significase «heredero», el propio JOSÉ MARÍA CHICO trata de restar importancia a este primer argumento: «esto no es una competición deportiva en la que juega cuantitativamente un resultado: tantos artículos a favor y tantos en contra y gana el mayor número. Aquí hay que buscar otra razón» (84). Hay que recordar que el artículo 103 no distingue, por lo que cabría entenderlo en sentido amplio, al estilo de lo que señalan LA RICA y ROCA SASTRE.

2.º El examen de la jurisprudencia que señala como precedente del artículo 103, «donde está la explicación de la intención que guió al legislador al redactar» ese precepto (85). Pero cita unas resoluciones muy antiguas, de los años 1863, 1865, 1871, 1887 y 1889, que tampoco son muy explícitas sobre el tema. En mi opinión, el verdadero antecedente del artículo 103 lo constituyen las opiniones de GAYOSO y ROCA SASTRE, según he explicado antes, y estos autores interpretaron en sentido amplio el supuesto. No obstante, podría encontrarse un precedente en favor de JOSÉ MARÍA, en la interpretación combinada de los antiguos artículos 103 y 144 del Reglamento de 1915, como ya expusimos, pero se trata de un precedente no muy concluyente.

3.º Un argumento importante de CHICO es el siguiente: «Una norma reglamentaria que puede en una interpretación amplia dejar sin efecto una disposición legal, no creo—dice—pueda resistir una crítica a través de los principios o normas que rigen la interpretación o el principio derogatorio de las normas jurídicas. Una norma que, por el juego del supuesto que como ejemplo poníamos al comienzo, puede dejar sin efecto el fundamental principio de la prioridad base de nuestro sistema, y resolver de una forma contraria lo que dispone el artículo 1.473 del Código civil, el caso de doble venta, se me hace difícil de asimilar, y me atrevo a negar rotundamente que pueda tener ese alcance. El rango registral se ganó al ser presentada la escritura de uno de los últimos compradores y, suspendida la práctica del asiento y solicitada anotación preventiva, se procedió a buscar el título que enlazaba esta adquisición con el que registralmente figuraba como titular. Mientras esta busca se realizaba, se presentó el otro título, es decir, aquel que también podía solucionar el tracto del titular registral con otro comprador, y en este caso el Registrador ya no puede seguir calificando aquella falta como subsanable. Debe rectificar—y cabe la rectificación, no olvidemos el artículo 116 del Reglamento Hipotecario—el Registrador su calificación, y decidir que aquella falta que él consideró subsanable lo es insubsanable y denegar la inscripción que se pretende, no considerando documento complemen-

(84) CHICO ORTIZ, *La calificación*. ., pág. 110.

(85) Estudio citado, pág. 110.

tario del asiento de presentación y de la anotación preventiva al otro título, ingresado posteriormente, que también soluciona el tracto, pero que llega posteriormente al que primero se presenta y también lo soluciona, pero sin enlazar jurídicamente con el que inicia los asientos de presentación. Este título posterior choca abiertamente con el segundo presentado, que, al amparo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código civil, tiene preferencia y derecho» (86).

Considero muy interesantes estas frases de JOSÉ MARÍA CHICO que confirman que va por el buen camino en la interpretación del artículo 103, que no es otro que el estudio de la prioridad. Por ello, en gran parte, las tengo que suscribir. Ahora bien, lo que no comprendo es por qué con ese sentido restrictivo de la palabra «causahabiente», ve resueltos todos los problemas. Yo creo que se trata de idéntica cuestión, tanto si es heredero como adquirente *inter vivos*, ya que en los dos casos hay que dejar a salvo el principio de prioridad. Para comprobar la identidad de supuestos y que la interpretación restrictiva de la palabra «cáusahabiente» no resuelve el problema que le preocupa a JOSÉ MARÍA CHICO en su totalidad, véase aquel ejemplo que ponía LACRUZ, o este otro: «El titular registral constituyó hipoteca. Cuando fallece, su heredero constituye otra hipoteca. Se presenta ésta primero en el registro sin constar inscrita la escritura de partición. En segundo lugar se presenta la hipoteca constituida por el titular registral. En tercer lugar se presenta la escritura de partición en la que se adjudica al heredero la finca.» A mí me parece que la prioridad la tiene el acreedor hipotecario que deriva del titular registral y no el que deriva del heredero. Por tanto, el problema es el mismo y sigue latente, aunque se aplicara el artículo 103 sólo al causahabiente heredero.

d) *La opinión de BUENAVENTURA CAMY.*—*De iure condendo*, CAMY apunta que «hubiera parecido de un mayor rigor científico el que ese precepto (el art. 103), y en vez de discriminar o pretender discriminar si la falta era o no subsanable, ordenase la suspensión de la calificación hasta tanto que se presenten los documentos al efecto, suspensión cuyo plazo de vigencia podría haber coincidido con el del asiento de presentación del título defectuoso». Y considera «bastante impreciso el artículo 103 del Reglamento», «pues nunca se podrá saber si la reanudación del tracto que aparece interrumpido respecto del derecho que se pretende inscribir constituirá un defecto subsanable hasta tanto que se presenten los documentos necesarios al efecto» (87).

Aunque esta idea que apunta CAMY es también interesante, nosotros

(86) Página 111.

(87) B. CAMY, *obra citada*, vol. V, 1971, pág. 202.

no somos partidarios de establecer la suspensión de la calificación, pues por el mismo motivo podrían proliferar los supuestos de ese tipo, sin tener en cuenta que la calificación se hace partiendo de los elementos limitados con que cuenta el Registrador, que tiene que decidirse por una u otra solución en el estado en que se encuentren los títulos presentados, sin que sea conveniente aplazar o suspender las decisiones que afectan al principio de prioridad.

En cualquier caso, en el Derecho vigente no cabe suspender la calificación más que en el caso del artículo 255 de la ley, en que falta la liquidación del impuesto.

Por otro lado, tampoco compartimos esa distinción entre el defecto subsanable e insubsanable atendiendo a la presentación «de los documentos necesarios al efecto». Creemos que es la existencia o no de documentos presentados en el ínterin contrarios al primeramente presentado, lo que determina que el defecto sea insubsanable o subsanable.

Centrados ya en el Derecho vigente, CAMY busca la concordancia del artículo 103 con otros varios de la ley, como son los 17, 20 y 40 de la misma. Este procedimiento de interpretación es acertado, pues ya no se trata de ver «discordancias» y «excepciones» reglamentarias respecto a la ley, como estudiaban el artículo 103 los autores que antes vimos, sino que se habla de «concordancia» con los preceptos de la propia ley.

Veamos la importante referencia al artículo 17: «La posibilidad de hacer desaparecer la falta que impedía la inscripción del título presentado, falta consistente en la de la previa inscripción a favor del transmitente, estaba ya amparada por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, el cual si bien origina un efecto de cierre del registro respecto de los títulos traslativos o declarativos de igual o anterior fecha al que ha sido objeto del asiento de presentación, lo deja abierto plenamente para aquellos otros que ni se opongan ni sean incompatibles con él, por lo que con mayor motivo aún lo estará respecto de los que sirvan para corroborarlo, completarlo o constituyan la base de aquéllos. Y entre estos últimos es entre los que se encuentran los títulos encaminados a obtener la previa inscripción a favor del que figura como transmitente o constituyente del gravamen en el que es objeto del asiento de presentación» (88).

Nada que objetar a esta referencia que hace CAMY del artículo 17; hasta el punto de que la suscribimos íntegramente.

Pero la interpretación del artículo 40 de la ley en relación con el artículo 103 del Reglamento Hipotecario no es convincente. CAMY plantea el caso del artículo 103 como un supuesto de inexactitud del registro, lo que es acertado. Ahora bien, dice que esa rectificación de la inexactitud

(88) *Obra citada*, pág. 203.

registral tiene *pleno efecto retroactivo* en el caso de que el transmitente posea título no inscrito que acredite su derecho (89). Nosotros no estamos conformes con ese *pleno efecto retroactivo*, ya que el párrafo último del artículo 40 de la ley lo impide en relación con los títulos presentados en el ínterin.

CAMY se plantea este problema diciendo: «Es cierto que con ello queda perjudicado el título que fue presentado en segundo lugar, pero ese perjuicio está originado en el título de presentación anterior, y en el principio de prioridad que así lo dispone. La prueba de todo ello es, que si de los dos títulos presentados y calificados con defectos subsanables (pueden concebirse más combinaciones posibles), es el segundo el que tiene el defecto de la previa inscripción, la subsanación no podrá operarse en perjuicio del presentado antes, hasta que por la caducidad de aquel asiento deje de presionar el principio de prioridad en relación con este del párrafo final del artículo 40» (90).

Nosotros creemos que no es así: que el principio de prioridad trata de proteger al adquirente que cumpla estos dos requisitos: que haya presentado antes su título y que su tracto sucesivo sea regular. Por tanto, aquel título al que le falta la previa inscripción no puede ser preferente al título presentado en el ínterin con tracto perfectamente regular. Y no sólo resulta así del párrafo último del artículo 40, sino del propio párrafo segundo del artículo 20 de la ley que considera el defecto de previa inscripción en el caso que estudiamos como un defecto insubsanable.

En definitiva, muchas de las declaraciones de CAMY las consideramos acertadas y las suscribimos. Pero no admitimos esa retroactividad *plena* que atribuye en todo caso al asiento de presentación del antetítulo, pues no puede perjudicar a los terceros que con el tracto cumplido hayan presentado sus títulos en el ínterin. En esto tiene toda la razón JOSÉ MARÍA CHICO. Sólo admitimos una retroactividad limitada, aplicable cuando no existan los citados títulos. Así lo decimos seguidamente.

e) *Nuestra interpretación del artículo 103 del Reglamento Hipotecario*.—Tratar de armonizar el artículo 103 del Reglamento con el párrafo segundo del artículo 20 de la ley constituye un verdadero laberinto capaz de quitar el sueño.

La solución más sencilla sería dejar el artículo 103 del Reglamento en letra muerta por oponerse a lo dispuesto en la ley. Pero tampoco ésta es la solución adecuada, ya que una cosa es que se oponga al artículo 20 y otra que se oponga a la ley en su conjunto.

El párrafo segundo del artículo 20 de la ley establece, según hemos

(89) Página 204.

(90) Página 205.

visto antes, la regla general de la denegación, que impide aplicar la retroactividad de efectos de la subsanación, atendiendo a los criterios generales ya conocidos.

Pero el artículo 17 de la ley y la doctrina que lo interpreta admite una excepción a esa regla general de la denegación, pues se permite la inscripción de los títulos posteriormente presentados cuando robustecen o confirman el título primeramente presentado. Ahora bien, para que tenga lugar esta excepción no ha de plantearse el supuesto de títulos opuestos presentados en el ínterin, pues en relación con estos títulos ya no se trata de un título que los confirme, sino que es opuesto a ellos.

Además, aun teniendo en cuenta exclusivamente el artículo 20, la antigua doctrina ya consideraba la especialidad del motivo de denegación que contempla. Recordemos lo que dijeron GALINDO y ESCOSURA: «si con arreglo al artículo 20 de la ley se deniega la inscripción de una escritura de hipoteca, por hallarse inscrito el dominio del inmueble a favor de persona distinta del que constituye podrá ser inscrita a virtud *del mismo asiento de presentación*, si durante su vigencia se inscribe el dominio a favor del hipotecante y el presentante insta del Registrador que practique la inscripción» (91). Por tanto, aquí se reconoce la posible permanencia de la fecha del asiento de presentación, a pesar de tratarse de un motivo de denegación. Esto no contradice los criterios que antes señalábamos, sino que precisamente nos revela que estamos ante un supuesto que, según se mire, puede llegar a ser considerado motivo de suspensión. Lo importante son los efectos respecto a terceros, y en esto no hay oscilación alguna: los terceros que hayan presentado sus títulos de tracto regular en el período intermedio que va desde la presentación del título sin tracto y la del título que reanuda ese tracto, no pueden quedar perjudicados. Pensando en ellos se dicta la denegación. Pero si esos terceros no existen y no hay posible perjuicio para nadie, tanto da decir que es un motivo de denegación que en un momento ulterior ha resultado ser motivo de suspensión por permitir la inscripción en base al mismo asiento de presentación; o que es un motivo de suspensión desde el principio, a condición de que si aparecen esos terceros, quede convertido en motivo de denegación.

Nos estamos aproximando ya al supuesto del artículo 103. Antes de llegar a él, hay que cerrar esta interpretación del motivo de denegación del artículo 20 recordando la teoría de la posible conversión de defectos subsanables en insubsanables y viceversa, ya que la misma nos sirve de refuerzo para explicar que el artículo 103 no se ha desviado, *en lo fundamental*, del artículo 20.

(91) *Obra citada*, pág. 561.

Efectivamente, el artículo 103 del Reglamento contempla ese supuesto en que hay algunos datos para apreciar *a priori* que sólo falta un eslabón del tracto sucesivo (alegación del transmitente o constancia en el registro). Podía seguirse el criterio de considerarlo motivo de denegación, pero a sabiendas de que luego puede producirse la inscripción, con lo que podría haber sido considerado motivo de suspensión; o bien, considerarlo inicialmente como motivo de suspensión, pero a reserva de que si se presentan títulos intermedios con tracto regular, se convertirá en motivo de denegación. Nosotros creemos que no hay mucha diferencia entre una y otra postura, pues en relación con terceros el motivo será siempre de denegación.

Con esta interpretación, el artículo 103 no supone una desviación de la ley, pues está contemplando un caso en que por deducción de la propia ley, la doctrina había llegado a una solución similar. Pero para que no haya tal desviación, no hay más remedio que interpretar que la «suspensión» y «la anotación preventiva» que contempla el artículo 103 no tienen los efectos plenos retroactivos de todo motivo de suspensión y de toda anotación preventiva por defectos subsanables, pues si se entendiera así, entonces sí que se vulneraría el párrafo segundo del artículo 20 de la ley.

La aplicación del criterio de la retroactividad confirma esta interpretación matizada del artículo 103. En principio, se trata de un supuesto en que se van a producir dos asientos de presentación: el primero referido al título que se va a inscribir en segundo lugar; y el segundo asiento de presentación referido al título que se va a inscribir en primer lugar. Resulta, a la vista de esta situación, un verdadero contrasentido mantener la independencia y autonomía de ambas fechas a base de aplicar rígidamente el artículo 24 de la ley, pues si así fuera, la inscripción primera tendría una fecha (por su asiento de presentación) posterior a la inscripción segunda (anterior por la fecha de su asiento de presentación). Para evitar este absurdo, no hay más remedio que coordinar ambos asientos de presentación: o se atiende para ambos a la fecha del último de ellos o a la fecha del primero, entendiendo, en cualquier caso, que el último asiento está en el orden de prioridad inmediatamente antes que el primero. Quede claro que el Registrador no es quién para hacer cambios en las fechas, como es natural, sino que nos referimos al intérprete de la situación registral.

Pues bien, a nosotros sólo se nos ocurre la idea de aplicar la retroactividad del último asiento de presentación hasta ponerse inmediatamente antes que el primero. Para que esto tenga lugar se exige: 1.º Que no haya perjuicio para ningún título presentado en el período intermedio;

2.º Que el título cuyo asiento se retrotrae tenga una fecha anterior, de modo que permita esa retroactividad de efectos.

Si existen títulos con tracto regular presentados entre uno y otro asiento de presentación no cabe la retroactividad, porque entonces ya no estamos ante el supuesto de excepción que señalamos. En tal caso, se aplica el párrafo segundo del artículo 20. Si no se han presentado tales títulos en el período intermedio, o se trata de títulos a los que le falta el mismo tracto sucesivo que al primero, cabe la aplicación del artículo 103 del Reglamento. Pero se nos dirá que en el momento de la calificación del título del primer asiento de presentación quizá no conste ningún asiento de título contradictorio, sino que puede tener lugar después, pero antes de la presentación del antetítulo. Precisamente, la solución está en la interpretación de la palabra «podrán» del artículo 103, a la que hay que dar algún contenido para evitar que una cuestión tan trascendental quede sometida a la mera discrecionalidad, que sería algo insólito dentro del principio de calificación registral. Nosotros interpretamos esa palabra «podrán» en este sentido: los Registradores *podrán* suspender la inscripción en el supuesto que contempla el artículo 103 si en el momento de la calificación del título al que le falta tracto no hay presentados otros títulos contradictorios, con tracto regular pendientes de calificación; y *no podrán* suspenderla en el caso contrario; además, quiere decir, como ya apuntaba JOSÉ MARÍA CHICO, que si la «suspensión» ha tenido lugar, y antes de la presentación del antetítulo se presentan títulos contradictorios sin defecto de tracto (ni otro insubsanable) *no podrán* los Registradores ejecutar los efectos de esa suspensión ni convertir en inscripción la anotación preventiva que se hubiere practicado, porque en tal caso, el motivo de suspensión se habrá convertido en motivo de denegación, al no ser aplicable el supuesto de excepción, sino la regla general del párrafo segundo del artículo 20. Lo que ocurre es que no hay medios hábiles para que la aplicación de la regla general se produzca de modo automático, sino que hay que esperar a que tenga lugar la caducidad del asiento y de la anotación, dando paso a la inscripción del título con tracto regular. Para que esto último sea posible, habrá sido necesario entender prorrogado el asiento de presentación de dicho título conforme a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 111 del Reglamento Hipotecario.

Con esta retroactividad de un asiento de presentación a la fecha de otro, se llega a un caso de reserva de rango entre asientos de presentación, institución que es admitida por la doctrina con ciertas limitaciones. Como en este caso, partimos de la inexistencia de perjuicio para terceros,

no vemos ningún inconveniente en que la figura de la reserva de rango dé fundamento a la interpretación que mantenemos.

Además, para que pueda aplicarse esta retroactividad, es necesario que el título que cubre el tracto (o sea, el antetítulo) existiera, desde el punto de vista civil, con anterioridad, pues en otro caso se estaría dando vida registral a algo que en cierto momento era inexistente desde el punto de vista civil. Ahora bien, en caso de herencia, la fecha civil de la transmisión no es la del título público, sino la del fallecimiento del causante, a la que se retrotrae la aceptación; y en caso de transmisión *inter vivos* puede haber una fecha fehaciente anterior a la de la propia escritura, tema éste en que no hay inconveniente en mantener una postura flexible y amplia, dado el escaso efecto dado al supuesto del artículo 103, según nuestra interpretación.

Queda todavía por preguntar: si el efecto retroactivo de la suspensión del artículo 103 es tan limitado que no perjudica a terceros, ¿para qué sirve realmente ese artículo? Desde luego que *no* para ganar una prioridad en contra los artículos 17 y párrafo 2.º del 20 de la ley. Pero dicho artículo 103 puede tener, con esta interpretación, gran utilidad, por estos dos aspectos:

1.º Evita tener que practicar un nuevo asiento de presentación del título primeramente presentado, es decir, de aquel al que le faltaba el tracto. Como el asiento de presentación del antetítulo «subsana» la «falta» y permite la «conversión», no hay necesidad de retirar el documento primeramente presentado para inmediatamente volverlo a presentar.

2.º Permite aplicar el principio de prioridad entre títulos que tienen idéntico defecto de tracto. El título primeramente presentado, al que le falta tracto, gana así prioridad con la fecha de su asiento de presentación en relación con otros títulos presentados después a los que también les falta ese eslabón de tracto. Si todos están en igualdad de condiciones, debe resolverse el problema atendiendo al principio de prioridad. Con el artículo 103 se fomenta esa solución, ya que hay que insistir que los terceros a los que no les perjudica la subsanación son sólo los que presentaron su título en el interin, reuniendo el requisito de tracto sucesivo, pues en otro caso, repetimos que se encuentran en igualdad de condiciones que el primeramente presentado.

En definitiva, hemos interpretado el artículo 103 en sentido amplio en cuanto al concepto de «causahabiente» (a diferencia de JOSÉ MARÍA CHICO), pero en sentido muy limitado en cuanto a los efectos de esa «suspensión» y de esa «anotación preventiva por defectos subsanables» reguladas en el mismo.

B') *No inscripción de la finca*

El criterio a seguir en este caso es considerar el defecto como MOTIVO DE SUSPENSION y no de denegación.

No obstante, conviene distinguir dos supuestos para hacer algunas matizaciones:

a) *Título que reúne las condiciones de título inmatriculador* del artículo 205, pero falta acreditar la adquisición anterior o expresar las circunstancias esenciales de la misma. Se trata de un defecto subsanable o motivo de suspensión, pero que no debe denominarse «defecto de previa inscripción», pues el artículo 205 excluye en principio dicho requisito de la previa inscripción. Y si la previa inscripción es innecesaria y la subsanación cabe por otro camino, no es procedente utilizar aquella denominación. Podría inducir a confusión al interesado que, siguiendo los dictados de una nota calificadora en tal sentido, pretendiese obtener aquella previa inscripción. El defecto consiste propiamente en no acreditar *la previa adquisición* de la finca por el transmitente.

De este supuesto se ocupa el párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que dice: «Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el expresado derecho y no se acredite fuere inscribible con arreglo al artículo 205, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta ley.»

Que el párrafo tercero se ha referido *directamente* al defecto de justificación de la previa adquisición más que al defecto de previa inscripción, se desprende también del párrafo 5.º del artículo 352 de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, que le sirve de antecedente obligado y que decía así: «Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho y *no se justifique tampoco que lo adquirió el otorgante antes de la fecha de la escritura o cuando en los documentos presentados no se expresaren las circunstancias* esenciales de la adquisición anterior, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de la ley.» Las frases subrayadas son lo suficientemente explícitas para demostrar lo que hemos dicho.

La redacción del párrafo tercero del artículo 20 es algo más imprecisa, a pesar de lo cual, responde a esa misma idea, pues se trata de un supuesto en que «no se acredite fuere inscribible (el derecho) con arreglo al artículo 105». Si dijera: «no fuere inscribible con arreglo al artículo 205», podría pensarse que se refiere a un defecto de previa inscripción sin más; pero se trata de «no acreditar que fuera inscribible» y

esto se refiere, según el artículo 205, a la *previa adquisición* del transmitente, no a la *previa inscripción*.

En este primer supuesto, la consideración de MOTIVO DE SUSPENSIÓN resulta muy clara: 1.º Porque así lo dice de modo terminante el artículo 20, refiriéndose no sólo a la suspensión, sino a la anotación preventiva del artículo 96 de la ley y concordando con el artículo 65, que atribuye el efecto de suspensión a las faltas subsanables; 2.º Porque la subsanación no consiste en presentar *otro título inscribible*, sino el título adquisitivo previo que constituye un documento complementario del título inmatriculador traslativo propiamente dicho. Por tanto, el título adquisitivo *no se presenta, se aporta*, lo que significa que no da lugar a un nuevo asiento de presentación, sino que se mantiene la fecha de prioridad del asiento ya extendido, a la que se debe retrotraer la eficacia de la subsanación, como en los supuestos de aportación de documento complementario.

b) *Título que no reúne los caracteres de título inmatriculador del artículo 205*. Nos referimos al supuesto de título declarativo que, al no ser traslativo, no sirve para la inmatriculación del artículo 205. Aquí sí que puede hablarse propiamente de *motivo de suspensión por falta de previa inscripción*, pues al no estar inscrita la finca, no se puede inscribir ningún título declarativo sin que conste previamente inscrito el título inmatriculador traslativo de la finca o, en su defecto, se inste el correspondiente expediente de dominio u otro medio inmatriculador.

Este supuesto es distinto del anterior: 1.º Porque la subsanación exige la presentación de otro documento que da lugar a un asiento de presentación nuevo, a diferencia del caso anterior, en que la subsanación se producía mediante la aportación de un documento complementario; 2.º Porque es un caso que, al menos literalmente hablando y teniendo en cuenta el precedente ya citado, no está regulado en el párrafo 3.º del artículo 20.

Pero hemos dicho que se trata de un motivo de suspensión, y es que a pesar de esas diferencias, hay que darle el mismo trato a uno y otro supuesto, por una razón de analogía, ya que puestos a comparar éste con el caso de inscripción a nombre de persona distinta del transmitente (párrafo 2.º del artículo 20) y con el de no justificarse la previa adquisición de la finca conforme al artículo 205, tiene un mayor parecido con este último, dado que en ambos se trata de finca no inscrita.

No obstante, podría pensarse que guarda alguna analogía con el supuesto del artículo 103 del Reglamento, dada la existencia de dos asientos de presentación sucesivos. Pero el artículo 205 del propio Reglamento (92) desvanece cualquier duda, ya que dice lo siguiente: «Las

(92) Ya lo establecía así el artículo 171 del Reglamento Hipotecario de 1915.

anotaciones preventivas tomadas *por falta de previa inscripción, conforme al párrafo tercero del artículo 20 de la ley* podrán prorrogarse hasta los ciento ochenta días de la fecha del asiento de presentación, mediante solicitud dirigida al Registrador en la que, a juicio de éste, se acredite la causa. Esta prórroga se hará constar por medio de nota marginal.» «Por causas extraordinarias, como el haberse incoado expediente de dominio u otras análogas, el Juez de Primera Instancia del partido podrá acordar, a petición de parte, la prórroga de la anotación hasta que transcurra un año de su fecha.»

Respecto a este artículo se advierte que por un lado, manifiesta cierta imprecisión terminológica, pues no siempre es exigible esa previa inscripción, por lo que mal puede hablarse de defecto de previa inscripción; pero, por otro lado, esa imprecisión terminológica favorece una interpretación amplia comprendiendo dentro del párrafo tercero del artículo 20 de la ley el supuesto que estamos estudiando, en que sí es adecuado hablar de falta de previa inscripción, según hemos visto.

Todavía podría discutirse respecto a la retroactividad o no de los efectos del ulterior asiento de presentación del título previo, pero una vez que el defecto lo hemos incluído dentro del párrafo tercero del artículo 20, a pesar de la letra de éste, hay que estar a las consecuencias de todo motivo de suspensión o defecto subsanable, por lo que el Registrador podrá convertir la anotación en inscripción, aunque en el período intermedio constasen presentados títulos contradictorios. Como no estamos en el ámbito de la denegación del párrafo segundo del artículo 20 de la ley ni en la modalidad reglamentaria del artículo 103, sino en el párrafo tercero del artículo 20, ampliamente interpretado por el artículo 205 del Reglamento, se impone esa consecuencia, *desde el punto de vista registral*, sin perjuicio de las contiendas judiciales que puedan darse entre los titulares respectivos y de los efectos limitados de la inmatriculación.

Dentro de este grupo cabe incluir el artículo 312 del Reglamento Hipotecario, si bien advirtiendo las especialidades que resultan de su texto.

C') *Defecto de identidad de finca o duda sobre la identidad de la misma*

Si la finca descrita en el documento se identifica con otra que está inscrita a nombre de persona distinta, existe un *motivo de denegación* conforme al párrafo segundo del artículo 20 de la ley. Ahora bien, si hay algún dato o indicio que permita reconocer la existencia de un error

material, puede calificarse el motivo como de *suspensión*, siempre que, entonces, quede sin afectar la finca inscrita a nombre de persona distinta. Se produce un caso curioso: en relación con esa finca es *motivo de denegación*, pero si hay base que permita una ulterior identificación con otra finca, es *motivo de suspensión respecto* a esta finca. Por tanto, cabe denegar la inscripción respecto a la finca que se encuentra inscrita a nombre de persona distinta y suspenderla respecto a la finca de la que hay datos o indicios para suponer la existencia de error material en la descripción, tomándose anotación preventiva en el folio de ésta.

Si el Registrador tiene dudas sobre la identidad de la finca inscrita en relación con la que se describe en el documento, en los supuestos en que se pretende una inmatriculación o inscripción de exceso de cabida, tiene lugar un motivo de *suspensión* especial, según resulta de los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Según el artículo 300, «en el caso de existir algún asiento contradictorio de dominio o posesión de finca o de derecho real cuya descripción coincida en algunos detalles con la contenida en el título que se pretenda inscribir, se aplicará lo dispuesto en el artículo 306».

El artículo 306, en relación con las certificaciones de dominio para la inmatriculación de bienes del Estado, Provincia, Municipio, Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura del Estado y de la Iglesia Católica, pero aplicable también a la inmatriculación de bienes de particulares, dada la remisión del artículo 300, dice lo siguiente: «Cuando las certificaciones expedidas con arreglo a los artículos anteriores estuvieren en contradicción con algún asiento no cancelado, o se refiriesen a fincas o derechos reales cuya descripción coincida en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos, los Registradores suspenderán la inscripción solicitada, extendiendo anotación preventiva si la pidiera el interesado, y remitirán copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que haya firmado aquellas certificaciones.» «Dicha Autoridad, si lo estimare procedente, comunicará al Juez de Primera Instancia del partido en que radique el inmueble cuanto acerca de éste y de su titular arroje el expediente administrativo, acompañando la copia del asiento remitida por el Registrador.» «El Juez de Primera Instancia dará vista de estos antecedentes a la persona que, según dicho asiento, pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y, con su audiencia, dictará auto declarando o no inscribible el documento de que se trate.»

En este precepto se prevé la *suspensión* de la inscripción y la práctica de una *anotación preventiva*. La especialidad del supuesto radica en que se trata de un motivo de suspensión que en su día puede convertirse en *motivo de denegación* según sea la decisión del Juez de Primera

Instancia. Por otro lado, se trata de una anotación preventiva de suspensión cuyo plazo de duración no se prevé, por lo que cabe discutir si tiene la duración normal de las anotaciones de este tipo o una duración indefinida hasta que el Juez resuelva el asunto. Nosotros creemos que, en principio, hay que aplicar la regla general sobre el plazo de duración del artículo 96 de la ley, sin perjuicio de la posibilidad de obtener una prórroga en los supuestos previstos reglamentariamente.

Lo que hay que criticar duramente es la redacción del párrafo primero del artículo 306 al referirse a «la contradicción con algún asiento no cancelado», pues lo considera como un supuesto distinto del caso de «descripción que coincida en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos». Esa redacción del artículo 306 hay que entenderla en el sentido que resulta del artículo 300, es decir, como un solo supuesto: «asiento contradictorio de dominio o posesión de finca o derecho real cuya descripción coincida en algunos detalles». Pero como no hay forma de hacer decir al artículo 306 lo que dice el artículo 300, lo mejor es que el intérprete tenga por no puesta aquella frase del 306 relativa a la contradicción con algún asiento no cancelado, aunque para ello tenga que acudir a la medida quirúrgica del principio de jerarquía normativa. Nos parece evidente que si la certificación de dominio del Estado y demás Entidades está en contradicción con algún asiento no cancelado, hay que denegar la inscripción aplicando lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la ley. Tampoco puede interpretarse como una anotación que para ese caso de contradicción iniciaría un procedimiento especial de reanudación de tracto, pues tales certificaciones sólo están previstas en la Ley Hipotecaria como medios inmatriculadores y no reanudadores del tracto por un procedimiento distinto del que resulta de la propia ley. Creemos que se trata de un «residuo histórico» (93) que el intérprete puede borrar aplicando la jerarquía normativa, sin posibilidad de dar otra interpretación, salvo la de entender que se trata de un solo supuesto a pesar de que el párrafo 1.º del artículo 306 lo divide en dos separados por la conjunción «o». Y para considerarlo un solo supuesto habría que poner la conjunción «y». En realidad, hay que entenderlo así, tal como resulta del artículo 300, por la razón ya dicha, aunque se dé la vuelta a la letra del precepto.

D') *Constancia de limitaciones o prohibiciones de disponer*

Se trata, en principio, de un claro *motivo de denegación* o *defecto insubsanable*, pues, aunque pueda remediarse o subsanarse, se produce

(93) Tiene un remoto antecedente en el artículo 407 de la Ley de 1861 y otro más próximo en el artículo 29 del Reglamento Hipotecario de 1915.

un efecto de *cierre registral* similar al que resulta del párrafo segundo del artículo 20 de la ley.

Ahora bien, se plantea el problema de si cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 103 del Reglamento en el caso de que el transmitente alegue que la prohibición de disponer ya está cancelada o que el consentimiento del titular que se exige, según el registro, para la enajenación, ya no tiene efecto por haber fallecido dicho titular. Aunque el supuesto ofrece un gran parecido con el del artículo 103, pues se trata, en definitiva, de que falta un eslabón del tracto sucesivo, nosotros creemos que no se debe aplicar dicho precepto, dado que no se trata de ningún «causahabiente» del titular registral, por lo que no es un caso previsto en dicho artículo. Si a ello se une la excepcionalidad del artículo 103, se comprenderá que no conviene fomentar su aplicación. Y eso que, según nuestra interpretación, cualquier ampliación del supuesto es inofensiva, dada la limitación de efectos que concedemos a ese artículo. Pero una cosa es que haya que proceder con gran amplitud en cuanto a la palabra «causahabiente» y otra que haya que saltar por encima de la letra del precepto. Por otro lado, el problema no nos preocupa demasiado, pues siempre cabe aplicar a este caso la opinión de GALINDO y ESCOSURA, es decir, la posibilidad de que el *motivo de denegación* pueda ser salvado justificando el eslabón intermedio que faltaba. Pero para ello, es necesario que no haya documentos presentados en el ínterin. Recuérdesse lo dicho antes y la doctrina de la Resolución de 3 de marzo de 1953.

También puede suceder que se trate de una prohibición de disponer que se inscribió en su día contraviniendo lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso, no vemos inconveniente en que se inscriba la actual transmisión, cancelando previamente la prohibición conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario. El número 3.º del artículo 107 de la ley confirma esta interpretación, pues prevé la hipoteca de «bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar».

Si se trata de anotaciones de prohibición de enajenar que tengan su origen en alguna resolución judicial o administrativa, sólo «impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación» (art. 145 del Reglamento Hipotecario).

E') *La llamada imposibilidad del Registrador*

El número 9.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria empareja el defecto subsanable con la imposibilidad del Registrador, permitiendo que se tome anotación preventiva en el caso de «título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable o por imposibilidad del Registrador».

Por ello, creemos que la llamada «imposibilidad del Registrador» es un «motivo de suspensión», similar al que resulta del defecto subsanable. Así se desprende también de los casos en que se da tal imposibilidad, que ahora señalaremos. La única diferencia respecto a los casos anteriores es que la anotación preventiva se practica de oficio y que el plazo de duración de la anotación puede ser más amplio que el previsto para las anotaciones por defecto subsanable. Pero en los efectos se aplican las mismas reglas que en el caso de suspensión. Ha de tenerse presente que a veces el motivo de suspensión puede convertirse en motivo de denegación, si una vez superado el obstáculo que impedía la calificación registral completa surge otro obstáculo derivado del registro, cualquiera de los que hemos examinado en los apartados anteriores. Ejemplo: una vez completados los índices, se advierte que la finca está inscrita a nombre de persona distinta.

Los casos de «imposibilidad del Registrador» que dan lugar a «motivo de suspensión» son los siguientes:

1.º *Falta de índices.*—Está regulado en el artículo 161 del Reglamento, que dice: «Siempre que por circunstancias extraordinarias no existan índices en un registro y se solicite una inscripción que requiera la consulta de aquéllos, se tomará anotación preventiva, que subsistirá, no obstante lo dispuesto en el artículo 86 de la ley, hasta que pueda cancelarse o convertirse en inscripción.» «Los Registradores, bajo su responsabilidad, darán cuenta inmediatamente a la Dirección General.»

Se exigen dos requisitos para que se dé el supuesto: que no existan índices y que se solicite una inscripción que requiera la consulta de aquéllos. En cuanto a la falta de índices, la referencia a que se trate de «circunstancias extraordinarias» no significa una limitación del supuesto, sino una frase explicativa del legislador, que no concibe que falten índices en un registro si no es «por circunstancias extraordinarias». En cuanto a las inscripciones que requieran la consulta de índices, se trata de las inmatriculaciones e, incluso, de los excesos de cabida. También, de todos aquellos casos en que la referencia registral en el documento es equivocada de modo que no permite localizar el folio registral, o en que no se dan los datos registrales.

La anotación preventiva se practica de oficio, aunque no se solicite. Ahora bien esa operación tiene como base la solicitud de inscripción. Por tanto, la actuación de oficio resulta, respecto a la clase de asiento extendido, que es una anotación preventiva en lugar de una inscripción, pero el principio de rogación se cumple con la solicitud de inscripción.

Respecto a las dos posibilidades de *cancelarse* o *convertirse en inscripción*, con la primera se manifiesta la conversión del motivo de suspensión en motivo de denegación, al haberse encontrado inscrita la finca, a nombre de persona distinta, y con la segunda se manifiesta la subsanación del motivo de suspensión.

La duración que se prevé es indefinida hasta que puedan reconstruirse los índices o hasta que se haya hecho la busca adecuada, si, por ser escaso el número de fincas inscritas en el término, es posible examinar los libros de inscripciones. No obstante, esto no es muy conforme con el plazo marcado por el artículo 86 de la ley.

2.º *Consulta del Registrador*.—El artículo 481 se ocupa de este caso diciendo: «Siempre que el Registrador consultare, conforme al artículo 273 de la ley, alguna duda que impida practicar cualquier asiento, extenderá la anotación preventiva con arreglo al número noveno del artículo 42 de la misma, que subsistirá hasta que se notifique al Registrador la resolución de la consulta. Por esta anotación no se devengarán honorarios.»

Aquí no se da esa posibilidad de que el motivo de suspensión se convierta en motivo de denegación, pues la consulta y su resolución no afectan para nada a la calificación registral, sino a cuestiones de organización o funcionamiento del registro.

3.º *Periodo de reconstrucción de registros destruidos*.—El artículo 2.º de la Ley de 15 de agosto de 1875 establecía una anotación por imposibilidad del Registrador, diciendo: «los títulos que no puedan inscribirse definitivamente a consecuencia de la pérdida o destrucción de los libros del registro, se anotarán preventivamente con arreglo al número 8.º (hoy 9.º) del artículo 42 de la Ley Hipotecaria». «La anotación extendida por esta causa caducará al terminar el plazo señalado en el artículo 3.º, si antes no se han inscrito los títulos que justifiquen la adquisición de la finca o derecho antes de 1 de enero de 1863.» Ese plazo del artículo 3.º es el de un año, pero a contar no desde la anotación, sino desde el señalado por el Gobierno para la reconstitución en cada registro.

La Orden de 3 de febrero de 1937 se hizo eco provisionalmente, en su artículo 1.º, de esta anotación preventiva, denominándola expresamente «anotación preventiva por imposibilidad del Registrador».

Ahora bien, la Ley de 5 de julio de 1938 en su disposición final 1.ª

deroga expresamente el artículo 2.º de la Ley de 15 de agosto de 1873, y en su lugar establece otro procedimiento, quedando únicamente la anotación preventiva para los supuestos especiales del artículo 14 de la Ley de 1938, que dice así: «Durante el plazo señalado para la reconstitución del registro y el de su prórroga, no podrá extenderse en los libros de los términos municipales afectados de destrucción total o parcial, inscripción alguna de posesión que dimanase de expediente judicial o de certificación posesoria expedida por autoridad con facultad para ello como tampoco la que se pretenda al amparo del apartado tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En lugar de ellas podrá tomarse anotación preventiva que subsistirá durante el tiempo que reste del período reconstitutivo, y serán canceladas si dentro de él se presentare acta de notoriedad o documento con nota de haber estado inscrito, o convertidas en otro caso, en inscripciones definitivas dentro de los treinta días siguientes al de haber terminado el período de reconstitución. Las prórrogas de plazo llevarán consigo las de las indicadas anotaciones y se harán constar por nota al margen de las mismas.»

Se advierte que cabe que el motivo de suspensión que determina esta anotación se convierta en motivo de denegación en el supuesto de cancelación que señala este artículo 14.

4.º *Presentación simultánea de títulos contradictorios.*—El artículo 426 del Reglamento Hipotecario señala que «cuando se presenten al mismo tiempo dos títulos contradictorios relativos a una misma finca, deberán extenderse en el Diario los dos asientos, uno después de otro, numerándolos correlativamente, expresando en el de cada título que a la misma hora se ha presentado otro relativo a la misma finca y citando el número que se le haya dado o deba dársele».

«Si ninguno de los títulos respectivos contuviere defecto que impida practicar la operación solicitada, se tomará la anotación correspondiente de cada uno, expresando que se hace así porque habiéndose presentado al mismo tiempo otro título sobre la misma finca no es posible extender la inscripción o anotación, en su caso, hasta que los interesados o los Tribunales decidan a qué asiento hay que dar preferencia.»

«Al margen de los respectivos asientos y al pie de los documentos se pondrá nota expresiva de la operación practicada.»

«Los documentos se devolverán a la persona o Autoridad de que procedan, para que aquélla use de su derecho si le conviniera y ésta, en su caso, dicte las providencias que estime conducentes. Las anotaciones practicadas caducarán al terminar el plazo señalado en el artículo 96 de la ley, si dentro del mismo no acreditaren los interesados, mediante solicitud escrita y ratificada ante el Registrador, haberse convenido en

que se dé preferencia a uno de los asientos o no se interpusiere demanda para obtener de los Tribunales la declaración de preferencia. Si mediase convenio, el Registrador atenderá a la manifestación hecha por los interesados y archivará la solicitud en el correspondiente legajo. Si, por el contrario, se promoviese el litigio, el demandante solicitará que se anote preventivamente la demanda, y, expedido el oportuno mandamiento al Registrador, extenderá éste la anotación, poniendo al margen de las anteriormente verificadas una nota de referencia, concebida en estos términos: "Presentado en (tal día) mandamiento para la anotación preventiva de la demanda deducida por..., según consta de la anotación letra..., folio... y tomo... queda subsistente el asiento adjunto hasta que recaiga sentencia ejecutoria."»

«La ejecutoria que recaiga se inscribirá en el registro, practicando los asientos o conversiones que procedan.»

Se trata de un motivo de suspensión por imposibilidad del Registrador, ya que no deriva de la calificación registral, sino de la imposibilidad de aplicar el orden de la prioridad.

Es un motivo de suspensión, que para uno de los títulos ha de convertirse en motivo de denegación, cuando se decida la preferencia de uno u otro. Para el título que se declare preferente, la anotación se convertirá en inscripción.

El párrafo segundo del artículo 426 que acabamos de exponer, puede plantear algún problema cuando dice: «Si ninguno de los títulos respectivos contuviere defecto que impida practicar la operación solicitada...» ¿A qué clase de defecto se refiere? En mi opinión se refiere a un defecto insubsanable o motivo de denegación, que es el único que *impide* practicar la operación solicitada. El defecto subsanable no se sabe, en principio, si va a impedir o no la práctica de la operación. Además, según el propio párrafo ese defecto impide también tomar la anotación preventiva especial que contemplamos, pues así se deduce del mismo *a sensu contrario*; y el único defecto que no mantiene la fecha de prioridad es el defecto insubsanable. Por eso precisamente, sería absurdo que existiendo un defecto insubsanable o motivo de denegación, se permitiera tomar la anotación preventiva de suspensión de este artículo 426. Lo cual, dicho sea de paso, confirma mi interpretación de que el defecto insubsanable impide mantener la fecha de prioridad del asiento de presentación por más tiempo de la duración de éste. En cambio, sería injusto que un defecto subsanable impidiera la anotación del artículo 426, pues perdería la prioridad, a pesar de que el defecto subsanable permite mantener la prioridad.

La dificultad está en cómo resolver el caso de que uno o los dos títulos contradictorios tengan defectos subsanables. En mi opinión, dada

la identidad de naturaleza entre la anotación por defectos subsanables y por imposibilidad del Registrador, se producen en este caso dos motivos de suspensión que cabe reflejar formalmente en un mismo asiento, que contendrá la referencia a los dos motivos de suspensión.

Para que una anotación extendida por los dos motivos de suspensión pueda convertirse en inscripción con efecto retroactivo a la fecha del asiento de presentación es necesario que se superen los dos motivos: si sólo se subsana el motivo de suspensión por el defecto subsanable, no cabe la conversión en inscripción, pues la inscripción ha de extenderse a favor del título que ha obtenido preferencia atendiendo a las normas del artículo 426; y si sólo se supera el motivo de suspensión por haberse decidido en su favor la preferencia, no cabe tampoco la conversión si no se subsana dentro del plazo que quede el defecto subsanable.

5.º *Falta de firma de una inscripción precedente.*—Aunque el artículo 319 del Reglamento Hipotecario prevé la firma por el Registrador de asientos precedentes extendidos con anterioridad a su toma de posesión del registro, con lo que se permite la práctica de inscripciones sucesivas, podría suceder que el Registrador titular no quisiera aceptar la responsabilidad de firmar inscripciones precedentes. En tal caso, estaríamos ante una imposibilidad del Registrador para extender las inscripciones sucesivas, pues lo que es inadmisibile es continuar el historial registral estando pendiente de firma la última inscripción, ya que todos los asientos sucesivos se habrían practicado sobre la base de una inscripción que no reunía todos los requisitos para su existencia.

La Resolución de 17 de abril de 1929 se ocupa del caso diciendo:

«Considerando que este supuesto de imposibilidad legal del Registrador análogo a las situaciones creadas por la falta de índices o por la destrucción de un Libro del Registro, se halla regulado por el número 9.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor, el que presentare en el oficio del registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse definitivamente por imposibilidad del Registrador, podrá pedir la anotación preventiva de su derecho»;

«Considerando que esta anotación preventiva, convertible en inscripción definitiva por los medios establecidos en el citado artículo 293 del Reglamento Hipotecario (hoy 319) y que ha de cancelarse cuando los Tribunales declaren la nulidad del asiento no firmado o rubricado en que se apoya, servirá de eficaz garantía a quien haya adquirido el derecho inscrito en el asiento defectuoso y advertirá al tercero de que no se halla en presencia de un asiento firme o de imposible impugnación, por medio de acciones meramente civiles.»

Dos observaciones a esta resolución: 1.ª Que no dice el plazo de

duración de la anotación, pero como ésta no puede ser indefinida, entendemos que hay que aplicar el tope de cuatro años del artículo 86 de la ley; 2.^a Que hace una referencia a la nulidad de la inscripción por falta de firma con cierta imprecisión, como si siempre tuviera que producirse esa declaración de nulidad. Nosotros entendemos que cabe en cualquier tiempo la subsanación, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1970.

En cambio, ROCA SASTRE no ha tenido en cuenta estas observaciones, pues cita esas frases de la resolución sobre la cancelación por nulidad del asiento, concluyendo que ello «implica que la misma (la anotación) *subsistirá hasta que declaren los Tribunales la nulidad de tal asiento no firmado o rubricado*» (94).

Estos son los casos típicos de «imposibilidad del Registrador».

En cuanto al caso de «acumulación de títulos» presentados en un registro que sea de tal volumen que surja la imposibilidad de registrarlos en el tiempo establecido por la ley, al que se refiere ROCA SASTRE (95) citando la antigua Resolución de 14 de marzo de 1877, no creemos esté comprendido dentro del número 9.º del artículo 42 de la ley, pues la solución está fuera del campo de las anotaciones preventivas. Ello aparte de que no sería muy útil esa solución, pues la práctica de tantas anotaciones como títulos acumulados implica un trabajo similar al que motiva el obstáculo, que a nadie se le ocurriría hacer para extender, además, los correspondientes asientos de conversión.

En casos extremos, que sería muy difícil imaginar en la práctica, por la razón ya dicha de que la solución es de aspecto organizativo, cabría plantear la aplicación analógica del artículo 2.º de la Orden de 28 de diciembre de 1940, en que, con referencia al supuesto de registros destruidos, dice: «En los casos a que se refiere el artículo anterior, así como en los que, por *el gran número de títulos* no puedan rehabilitarse las inscripciones *dentro del plazo de sesenta días hábiles de la vigencia de los asientos de presentación*, los Registradores formularán propuesta razonada a la Dirección General de los Registros y del Notariado exponiendo el número de documentos pendientes, las dificultades que se oponen a su despacho y el *plazo que juzguen necesario para efectuarlo.*» «La Dirección General, con o sin ampliación de antecedentes, resolverá lo que proceda.» «Mientras no se comunique la resolución a los Registradores, *no caducarán los asientos de presentación.*» Esta solución de ampliar el plazo del asiento de presentación, en lugar de extender anotaciones preventivas, es más lógica y práctica en supuestos tan excepcionales como el previsto por dicho artículo 2.º

(94) ROCA SASTRE, *obra citada*, tomo III, 6.ª edición, pág. 102.

(95) *Obra citada*, tomo III, 6.ª edición, pág. 84.

Tampoco es un caso de imposibilidad del Registrador el del número 1.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, antes del transcurso del año. Hay autores, como NORTES TRIVIÑO y GARCÍA RODRÍGUEZ (96), que patrocinan una anotación preventiva por imposibilidad del Registrador durante ese tiempo en que la inscripción no es posible. Y ROCA SASTRE sigue la postura de los mismos, diciendo: «A pesar de que los documentos públicos de adquisición a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, presentados para la inmatriculación registral de fincas antes del año y día de su otorgamiento, no tienen virtualidad inmatriculadora, ello no hace que adolezcan de falta subsanable o insubsanable, sino más bien ocurre respecto de ellos su inscribibilidad por imposibilidad del Registrador» (97).

Estas opiniones nos parecen insostenibles, por lo siguiente:

1.º No se trata de una «imposibilidad del Registrador», sino de una imposibilidad del título, derivada de «no justificarse la adquisición anterior» o bien, de falta de previa inscripción; o si se quiere, del defecto de no haber tenido la posesión de año y día. Lo que es evidente es que no hay imposibilidad del Registrador, pues se trata de obstáculos derivados de no-ser suficiente, a efectos de inmatriculación, el documento presentado, que han de incluirse en el grupo anteriormente estudiado de «no inscripción de la finca».

2.º Sería absurdo que en los demás supuestos del artículo 298 se hablara de «defecto subsanable» por no acreditarse la previa adquisición, y en cambio, en el del número 1.º, que tiene menos fundamento que los demás y menos garantías para la inmatriculación, se permitiera una anotación preventiva de mayor duración que la que podría tomarse por defecto subsanable en los demás números. Y el absurdo sube de punto si comparamos el supuesto con el del artículo 205, al que se refiere el párrafo 3.º del artículo 20: la falta de justificación de la previa adquisición permite practicar una anotación preventiva por plazo de sesenta días. ¿Cómo va a permitirse una anotación preventiva por término que pueda llegar hasta un año en un supuesto como el número 1.º del artículo 298 que «se dice» es conforme al artículo 205?

3.º Además, si se practicara esa anotación preventiva para que el plazo de un año lo pasase el documento «dentro del registro», sería imposible que se diera el supuesto del número 1.º del artículo 298 que se refiere a los documentos «que sean *anteriores en más de un año* a la

(96) JOSÉ ANTONIO NORTES TRIVIÑO y CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ, «La anotación por imposibilidad del Registrador y el artículo 298, 1, del Reglamento Hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1964, págs. 96 y ss.

(97) ROCA SASTRE, *obra citada*, tomo II, 6.ª edición, pág. 85, nota 3.

fecha en que *se solicite la inscripción*». La fecha en que se solicita la inscripción es la del asiento de presentación, pues la conversión de la anotación en inscripción no implica una nueva solicitud de inscripción, ya que se mantiene viva la solicitud del asiento de presentación, no pudiéndose extender otro nuevo en relación con la solicitud de conversión. Y si esto es así, el documento no sería anterior en más de un año a la fecha en que se solicitó la inscripción, que como decimos, continuaría viva. La única solución es extender un asiento de presentación nuevo y distinto cuando haya transcurrido más de un año y día, pero sin enlazar con el primitivo a través de esa supuesta anotación preventiva.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

Los órganos de la propiedad horizontal: forma y eficacia de sus resoluciones^(*)

SUMARIO: I. *La propiedad horizontal*: 1. Génesis. 2. Amplitud del concepto. 3. Naturaleza.—II. *Los bienes de la comunidad*: 1. Sus caracteres. 2. Clases.—III. *La comunidad: su naturaleza*: 1. Carece de personalidad. 2. Ni precisa que la tenga. 3. Es una comunidad especial: a) Que precisa su regulación. b) Traducida en organización.—IV. *La regulación legal*: 1. Justa a nuestros fines. 2. Pero se queda corta. 3. Los órganos de gobierno.—V. *Sobre el Presidente*: 1. Naturaleza y facultades. 2. Forma de sus resoluciones. 3. La prueba documental: a) El libro de actas. b) La certificación.—VI. *Sobre la Junta de propietarios*: 1. Sus facultades: a) Cosas comunes. b) Partes privativas. c) Cosas externas. 2. Naturaleza del acuerdo. 3. Su eficacia: a) En el orden interno. b) Frente a terceros. c) Sobre el objeto: 1.º Naturaleza de la afección. 2.º Su extensión. 3.º Su realización: ¿carácter ejecutivo? d) Escritura e inscripción. 4. Forma y prueba.

I. LA PROPIEDAD HORIZONTAL

1. GÉNESIS

Si nuestro objeto es tratar de los órganos de una comunidad inserta —esencia y consecuencia— en una forma especial de propiedad, conviene saber qué concepto tenemos de ella, pues necesariamente ha de influir en el tema de la charla.

La propiedad horizontal viene impuesta por una necesidad social: la de alcanzar el dominio de la propia vivienda sin ser dueño del total

(*) Conferencia pronunciada en la Cátedra de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Zaragoza el 14 de junio de 1976, sin alteración ninguna en su texto y, por tanto, sin tener en cuenta estudios y resoluciones de publicación posterior.

edificio. Problema que no se plantea en los edificios propios de los medios rurales, con una sola vivienda. Ni tampoco cuando, por aprovechar espacio y economizar en la construcción, se superpone una a otra, con absoluta independencia, llegándose a aquellas definiciones que mostraban el concepto que de la situación se tenía: «casa de planta baja», por una parte, y «piso alto con escalera independiente», por otra, que se inscribían en el Registro de la Propiedad bajo número distinto como fincas independientes; y si bien ahí está el germen de la propiedad horizontal, no se concebía como tal, e incluso llegaba a negarse parte alguna al dueño del piso alto en el solar en caso de destrucción del edificio, sin que se le reconociera derecho al «patio», «corral al fondo» o «huerto trasero», sobre el que no se surmontaba su propiedad.

En las ciudades se admitía una diferenciación del edificio por partes—viviendas o locales—para su uso independiente, con la necesaria utilización de unos elementos y servicios comunes, mas repeliendo la propiedad separada: lo natural, lo jurídicamente bueno y viable, era el dominio único—de un titular o de varios proindiviso—sobre la totalidad del inmueble. Y es que el jurista concebía al señor de los derechos reales, a la propiedad, por su absolutismo como pesando sobre una pirámide irregular, con vértice en lo profundo y base en los cielos, de la que se mostraba una sección que la delimitaba en plano y sobre el suelo. No se concebía la separación horizontal, simplemente la vertical: las vallas y los setos sólo podían fijar los lindes entre las fincas, no los suelos ni los techos.

Pero esta concepción rígida quebraba en la práctica y así de antiguo ya en nuestra Patria—y hagamos abstracción de precedentes más viejos, que los hubo—se admitían, y se inscribían, títulos de propiedad por pisos o plantas, aunque latiendo siempre la idea de superposición y no la de integración. Se acepta así la propiedad por planos horizontales, sobre el mismo suelo, truncando la pirámide de la concepción romanista. Y como el uso de la planta alta requiere la comunicación con el suelo y el asiento sobre él de los muros y pilares que la sostienen, tanto como a las otras plantas de la casa, se acepta una comunidad especial sobre estos bienes, pero no en integración total, sino en función de su servicio inmediato. Concepción que se plasma en el artículo 396 del Código civil de 1882: las paredes maestras y las medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común, estarán a cargo de todos los propietarios—son elementos comunes, diríamos hoy—como también el pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes a todos, pero no así el acceso a los pisos altos pues, como su número 3.º decía «la escalera que desde el portal conduce al piso primero, se costeará a pro-

rrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente». La confluencia de propiedades en un mismo edificio se contempla más como superposición, a modo de derechos de superficie por alturas, que como integración en una propiedad especial.

Fue, una vez más, la necesidad por delante del Derecho. Pues si la escalera puede dividirse en tramos y así dividir los gastos, esta distribución en unos casos se quiebra porque hay una terraza superior de uso común, y en otros, cada día más, no cabe aplicarla al ascensor que acaba sustituyendo aquélla hasta relegarla a una función subsidiaria. Por lo cual, los elementos de uso común para todos en su totalidad como comunes se aceptan, y la integración de ellos y de los pisos a los que sirven en un mismo edificio produce también un nuevo y especial tratamiento de su propiedad, diferenciando las partes privativas de las comunes y subordinando éstas a aquéllas.

Creo que este esbozo prueba mi aserto: la propiedad horizontal es una consecuencia, no del hecho físico de la superposición de plantas con titularidades separadas en un mismo edificio, sino de la necesaria existencia de unos elementos para el servicio de esas propiedades separadas, de uso imposible si aquéllos no existieren. Imposible en relación a una utilización racional conforme a los modos de vivir, que no teóricamente, pues el piso décimo puede tener su escalera—e incluso su ascensor para su uso exclusivo, como la «escalera independiente» de la única planta alta de los tiempos anteriores a la codificación. Y es que el Derecho no está al servicio de las cosas ni para las mismas se desarrolla, sino al del hombre y para sus necesidades, aunque éstas sufran un condicionamiento objetivo. No hay relación *res-ius*, sino a través del hombre, sujeto siempre del Derecho y señor de su derecho.

Y así, el preámbulo de la Ley de 26 de octubre de 1939, recogiendo un estado de opinión general, dijo que para atender a los daños de la guerra de liberación, era medio adecuado abrir un cauce jurídico a la libertad contractual, estimulando la adquisición y gravamen de pisos o departamentos independientes de un edificio, lo que exigía la reforma legal que por tal norma se sancionaba, en evidente avance sobre la situación anterior. Y por consecuencia, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1956, «se dio lugar a una institución de propiedad especial que se ha de entender y desenvolverse en el sentido de una ordenación de carácter social que mejor sirva al interés público de dar acceso a la propiedad de los menos dotados, dignos de protección».

2. AMPLITUD DEL CONCEPTO

Ante necesidades similares, que a parejas regulaciones nos llevan, el tratamiento jurídico ha de ser el mismo, aunque el objeto físico sea diferente. Pues lo que el jurista ha de proteger es el interés del sujeto en servirse del objeto, dándole para ello la normativa más apropiada a sus fines. Por lo cual, como ya dijimos hace tiempo y los hechos—las construcciones—han venido a demostrar, igual es, en perspectiva jurídica, el edificio con veinte pisos, escalera, ascensor, terraza, garaje y portero, que la urbanización privada con veinte casas, carreteras interiores, zona deportiva, aparcamiento y guarda. La separación física, imposible en el primer caso, cabe en el segundo, pero la funcional es imposible en ambos, ya que el chalet sin carretera de acceso y las conducciones generales de diversos suministros, quedaría tan aislado como el piso sin ascensor ni escalera.

Esto es lo que nos lleva a una concepción de la propiedad horizontal más amplia que la legal, pero no encontrada con ella. Pues si el Código civil habla de «un edificio» es porque en un edificio nació la figura y ceñidos a él la desarrollaron los juristas hasta que, como sucede cuando es buena la gestación del Derecho, a los textos legales pasó, en este caso siquiera sin el crisol de la jurisprudencia, por cuanto el avance era tan rápido que no dio tiempo para ello; es ahora, después del reconocimiento legal, cuando los Tribunales van conformando y puliendo la figura. Y lo que ha sucedido con la propiedad por pisos está pasando también con la propiedad por parcelas, cuando éstas, como aquéllos en el edificio, se insertan en una unidad superior: en la urbanización privada. Por lo cual la propiedad horizontal—esa figura nueva para nuevas necesidades—ha de abarcar a una y a otra.

Que no se nos diga que el término «propiedad horizontal» no puede comprender los dos tipos que en la figura encontramos. Pues la propiedad horizontal del Código civil, en aparente paradoja, es propiedad en vertical por planos horizontales; la característica de horizontalidad no se refiere al conjunto, sino a su división y al resultado de la misma. Mientras que en las urbanizaciones privadas el conjunto se extiende en horizontal, sobre el suelo, y la división procede por deslindes verticales. Este es el resultado de tumbar aquélla. Y en un gráfico claro veríamos cómo concuerdan.

La figura es única; las diferencias entre ambos tipos existen, pero por razones técnicas y no jurídicas. En el edificio nacen de la construcción y consiguiente subsistencia en unidad física, cuya destrucción acarrearía la de aquéllos; en la urbanización, brotan del planeamiento urba-

nístico y de su perdurabilidad en unidad de destino, que trae también unas trabazones físicas, pero cuya destrucción no acarreará la de las parcelas, sino sólo su desmerecimiento. En la propiedad por pisos, si falta el de abajo, cae el de arriba; en la propiedad tumbada, la ruptura de las relaciones producirá daños importantes, pero sin llegar a la destrucción. La desaparición de la primera se produce en una concentración de cuotas en comunidad sobre el solar; la de la segunda, en una disgregación del suelo por partes determinadas que cobran—o recobran—absoluta independencia. Pero todo ello no obsta a una tal similitud de presupuestos, de necesidades, de organización y de resultados entre una y otra que a la unidad en la figura necesariamente nos llevan.

¿Que la urbanización privada precisa de un tratamiento especial, distinto del propio de la propiedad por pisos? No me cabe la menor duda. Y ahí está en marcha un anteproyecto de ley de urbanizaciones privadas, lo que supone su diferenciación al tiempo que el reconocimiento de la importancia del problema. Mientras hemos mantenido el edificio en pie, estábamos en puro derecho privado; en cuanto lo hemos tumbado y transformado en urbanización, necesariamente lo mezclamos con el Derecho público, con el urbanístico en concreto. Y esto, claro, requiere una especial regulación. Pero no supone, presupone ni obliga a reconocerle ni darle carta de independencia jurídica. Pues en buena Ciencia del Derecho, los matices, las diferencias, no pueden llevarnos a separaciones absolutas. Ante toda nueva figura que la realidad nos muestra, hemos de ver primero si tiene encaje entre las ya reconocidas y si así no es, qué afinidades muestra con otras para saber cómo se conforma—con qué lindes y amplitud—el nuevo tipo. Otra cosa sería, en cómoda y anticientífica postura, bautizar a cada necesidad que surja como ente independiente, y así transformar el Derecho civil en un vasto conglomerado de casos y cosas, destruyendo su armonía.

Nadie niega la unidad en la figura de la comunidad, tan rica y variada en sus concreciones. Ni en la de la asociación, ni en la de la sociedad. Como se regula la anónima a la vez que la colectiva, cabe hacerlo en la urbanización privada a la par que la propiedad por pisos: como aquéllas son, ambas, sociedades, éstas, las dos, son propiedades horizontales. Que requieren—y algún día tendrán—una normativa general, sin menoscabo de las peculiaridades que en diferencias de tratamiento deban plasmarse.

3. NATURALEZA

Intentar discernir la naturaleza de la propiedad horizontal nos traería tiempo. Por cuanto el análisis de las posturas doctrinales, por sí sola,

ya es tema para un largo capítulo. Puede decirse que no hay dos iguales: desde las propiedades yuxtapuestas, pasando por la comunidad, hasta la sociedad y la persona jurídica; para todos los gustos tenemos. Lo que no extraña en materia nueva: las cosas son del color del cristal con que se miran. Y a través del prisma de nuestra formación jurídica es como vemos, y consiguientemente conceptuamos, la propiedad horizontal.

De lo que no cabe duda es de que se trata, como el Tribunal Supremo dice, de una «forma de goce de la propiedad establecida por el uso y traída hace poco tiempo como institución jurídica singular o independiente». Estamos ante una propiedad especial por su objeto, que presenta como determinantes de su concepto íntimo y como triple nota la de ser «compleja», «interdependiente» y «funcional» (Monet). La confluencia de derechos sobre el edificio o la urbanización, en situación de comunidad, en cuanto a partes determinadas, y la regulación legal en el Código civil, dentro del título de la comunidad de bienes, motiva que para algunos se trate más bien de una copropiedad especial que de propiedad. Tanto monta. Yo diría, sin inventar nada, que es una forma especial de la propiedad caracterizada por la existencia de unos bienes en necesaria comunidad y dependencia de cada una de las propiedades separadas que en aquélla confluyen. No encuentro la característica principal en las propiedades separadas, que es la natural del dominio, ni en la propiedad común, que es la esencia de la comunidad, ni en la confluencia en un solo bien—el edificio o la urbanización—que es el presupuesto de su existencia. La característica, y por tanto, la naturaleza de la figura, gravita en esa forzada—por necesaria—situación de comunidad de unos bienes en dependencia de otros. Que a su vez se traduce en estas notas:

1. Indivisibilidad esencial de los bienes comunes.
2. Y relación de dependencia de los mismos respecto de las propiedades separadas,
 - por cuanto son necesarios para el adecuado disfrute de las mismas,
 - lo que se traduce en su inseparabilidad, en una necesaria adscripción de cuotas de aquéllos al dominio de éstas.
3. Que comporta una interdependencia entre las propiedades separadas, derivada
 - por una parte, del disfrute de los mismos elementos comunes
 - y por otra, de la relación nacida de su integración en el conjunto sujeto a esta forma especial de comunidad.

La Cámara corporativa portuguesa, en su dictamen al Decreto-ley 40.333/14 de octubre de 1955, sobre régimen jurídico de la propiedad

horizontal, decía que se trata de «un conjunto de propiedades exclusivas de departamentos incorporados en un mismo edificio, integrados por una comunidad en las parcelas no adscritas a ninguna habitación en particular, comunidad accesorio y de naturaleza real, de la cual resulta *cierta interdependencia* entre los condóminos, de carácter igualmente real». Fórmula analítica que resalta los datos que necesariamente confluyen en toda propiedad horizontal.

II. LOS BIENES DE LA COMUNIDAD

Previo este necesario exordio—tratar de una cosa obliga primero a saber de qué se trata—entramos ya en el objeto específico de esta charla.

En la propiedad horizontal, necesariamente como hemos visto, hay unos bienes comunes destinados al servicio de las partes privativas o propiedades independientes. Hay una situación de comunidad cuya titularidad—cada titularidad en el haz impuesto por la unidad del objeto—viene determinada por la de los pisos, locales o parcelas.

El uso de los bienes comunes está fijado previamente, por su propia esencia o por la voluntad de los constituyentes, pero confluyendo en él una serie de derechos, sin separación objetiva, en solidaridad de uso casi siempre, necesitado de una regulación para que el Derecho se realice al posibilitar al máximo, con el debido respeto mutuo, el ejercicio del derecho de cada condueño. Y para que esto sea efectivo se precisa, como en todo supuesto de colectividad, la existencia de unas normas y de unos órganos que puedan y obliguen a aplicarlas desde su creación hasta su ejecutoriedad.

1. SUS CARACTERES

Presupuesto necesario para conocer la naturaleza de sus órganos es el de tener formada conciencia previa de cuál es la de esta comunidad, a cuyo fin sirven en provecho de sus destinatarios. Desde su aspecto objetivo se trata de una comunidad de bienes cuya titularidad—por cuotas indivisas—viene determinada por la de otros bienes a cuyo servicio están exclusiva y totalmente destinados los comunes. Una comunidad de especiales características que la separan profundamente del modelo contemplado por el Código civil, pues:

1.º No es una figura o situación independiente, sino parte necesaria de otra compleja: de la propiedad horizontal.

2.º De ahí se deriva:

a) Que el destino viene establecido necesariamente por el ser propio de cada uno de los bienes comunes y su inserción y relación con el total edificio o urbanización.

b) Y que la titularidad de sus cuotas es aneja e inseparable de la de las partes privativas a las que sirven.

3.º Luego no cabe alteración de ese destino, ni siquiera, en la mayoría de los casos, por decisión unánime, ya que con ello se desnaturalizaría la figura en cuanto se atente al uso normal de las partes privativas. Lo que no obsta a cambios en el objeto: la comunidad es de un conjunto de bienes, no de bienes independientes insustituibles.

4.º Si bien hay un señalamiento de cuotas, éstas no delimitan, normalmente, el uso y aprovechamiento, que es de carácter solidario y en función del destino de los bienes sirvientes y de las necesidades de los usuarios de las partes servidas. Y tampoco las cargas, ya que puede convenirse un reparto en proporción distinta al valor de las cuotas.

2. CLASES

Los elementos comunes en la propiedad horizontal pueden ser esenciales o accidentales. Aquéllos, los que fueren por razón de su propio ser—fachadas, escaleras, etc.—; éstos, los que adquieren ese carácter por el destino impuesto por sus titulares, destino que se confunde con la esencia—los que podríamos llamar naturales: jardines, garajes—o que depende siempre de la voluntad del que lo impone, pues su alteración no incide en el destino del edificio o urbanización. Situaciones o peculiaridades que no afectan al objeto de nuestro estudio: la comunidad y sus órganos son los mismos cualesquiera que sean los bienes a los que afecten, y el poder decisorio de éstos siempre está condicionado por el destino de los bienes, sea natural o accidental.

Por otra parte, cabe la existencia de elementos comunes de carácter general y de carácter particular, destinados éstos al uso de parte de los pisos, locales o parcelas, y no de todos ellos, en razón de su situación y destino. Puede así llegarse al caso de elementos comunes generales de toda la urbanización, particulares de parte de ella, comunes de cada edificio inserto en la misma y particulares de cada escalera o parte del mismo. La gama de supuestos es infinita, por lo menos vista desde hoy y de cara al futuro ante el desarrollo de la construcción por barrios, grupos o conjuntos de edificios.

Tampoco esto afecta al tema que es nuestro objeto. La esencia de cada comunidad—total y parcial—es la misma, la de sus órganos, también; los poderes y facultades de éstos siempre vendrán condicionados

y potenciados por su objeto y destino... Lo que esta situación requiere es sólo un tratamiento más cuidado, ya que no basta la remisión a lo que la ley disponga, sino que se precisa una clara delimitación de las diversas comunidades—que es decir de los distintos elementos comunes, pues por éstos vienen aquéllas determinadas—y de sus órganos, regulando, al modo en que su objeto viene siendo referido, en progresiva ampliación, desde la porción a la que sirve hasta el todo, armonizando sus estructuras y coordinando sus funciones.

III. LA COMUNIDAD: SU NATURALEZA

1. CARECE DE PERSONALIDAD

¿Cuál es la naturaleza de esta comunidad? O, dándole a la pregunta un giro práctico, que en definitiva es el punto de partida de quienes aquélla inquieran, ¿qué es lo que los impulsa a la búsqueda, ¿qué ropaje jurídico precisa a fin de que pueda vivir y desenvolverse del mejor modo para el cumplimiento de los fines que el jurista debe encomendarle y, como consecuencia de su exigencia social, el legislador debe reconocerle? Punto previo y necesario para el estudio de qué es lo que esta comunidad puede o debe hacer y cómo ha de hacerlo.

En nuestro Derecho, bebiendo en fuentes romanas y romanistas, cuando se plantea el problema de un patrimonio perteneciente a una pluralidad, esquemáticamente se reacciona así: para su administración nos basta con nuestro concepto de la comunidad, en puro esqueleto que hoy llamaríamos democrático: la mayoría, poseedora por serlo de carisma para dilucidar sobre el bien y el mal de todo, libremente decidirá. Pero no se acepta lo mismo cuando se trata de actos de disposición: la cosa es más seria, afecta a la esencia del derecho y el carisma de la mayoría no alcanza a poder juzgar sobre ello, ni a decidir por consiguiente. Sólo hay una solución: una voluntad única que ostente el poder, necesariamente a una persona referida, a la persona física, moral o jurídica en este caso. Yo no sé si mi planteamiento es ortodoxo, pero que, en el fondo de quienes la solución buscan, éstas son las ideas—o los prejuicios—que laten es algo de lo que no tengo duda alguna.

Si le reconocemos personalidad jurídica todo queda solucionado. Pero ¿a quién y para qué? Pues para empezar ya no sabemos si la ha de tener el conjunto de bienes o elementos comunes, como un patrimonio destinado, si es a la comunidad de propietarios o si basta con atribuirla a la Junta o Asamblea de los mismos.

Lo primero—personalidad por razón del fin o destino de los bienes—

poco convence. Ciertamente que esa especial situación—la de servicio a las partes privativas, a los pisos, locales o parcelas—es la que nos lleva a toda esta labor de búsqueda de soluciones; si no hubiera tal relación de dependencia, no tendríamos problema alguno. Pero este patrimonio carece de autonomía para su diferenciación, por cuanto precisamente su encaje en una situación superior y compleja—la propiedad horizontal—de la que forma parte y que precisamente lo configura del modo que lo caracteriza, es lo que determina su finalidad concreta, no por la voluntad del sujeto, sino por la esencia del objeto, lo cual nos lo aparta de aquellas figuras, de las que la fundación es tipo, que precisan de la personalidad jurídica para que un patrimonio cumpla con el fin que le dio quien del mismo podía disponer y así lo hizo.

Tampoco podemos admitir que la personalidad se reconozca, no al conjunto de titulares, sino a la Junta o Asamblea de los mismos y en la cual toman sus decisiones. La Junta será el órgano que se identificará en sus componentes con los copropietarios, como los de las Juntas Generales se identifican con los socios en las compañías, pero no se trata de un ente ni siquiera de una abstracción distinta del conjunto de aquéllos. La Junta es el órgano, y órgano supremo, de la comunidad, del ente, de la persona moral, pero no es aquella ni éste ni ésta. Y si llegamos a la confusión, es que remitimos el concepto de junta-órgano al de junta-conjunto de todos los condueños. Claro que por este camino llegaremos también a la duda de si la personalidad del hombre radica en él o sólo en su cerebro o en su alma. Que también sobre esto, peregrinamente, se ha hablado.

Quédanos, pues, por saber si la colectividad o conjunto de los propietarios en propiedad horizontal, que por ello son los condueños de las partes y elementos comunes, forman, pueden o deben formar una persona jurídica.

Que lo sea por naturaleza, es decir, en cuanto lo ideal pasa a ser natural por exigencias del convivir humano; que, como consecuencia de su propia esencia, la comunidad de propietarios en propiedad horizontal tenga personalidad y así el Derecho deba reconocerlo, no puede admitirse. La persona moral es aceptada como tal por la sociedad en cuanto el *substratum* de la misma viene, en colectividad o por destino, a ocupar el lugar que una persona física pudiera tener o a realizar el fin que la voluntad personal pudiera alcanzar. Una sociedad no es más que un medio de arbitrar medios para hacer lo que un empresario individual pudiera y para actuar como él lo haría. Una fundación es el instrumento para perdurar una voluntad y conferirle efectividad por un tiempo que la vida humana no puede alcanzar, logrando así una perpetuidad de la persona del fundador. Una corporación, la realización de la

voluntad del señor único del territorio, si bien éste sea la colectividad de los residentes en él. Y la Iglesia Católica, la más perfecta y vieja de las personas morales, es un ser único con cuerpo y alma, al que el Derecho no tiene más remedio que reconocer personalidad en cuanto el hombre reconoce su existencia.

Por lo que respecta a la asociación, que es la figura más parecida, los asociados se reúnen para la realización de un fin común, que redunde en su propio beneficio o en el de la sociedad; en la consecución de dicho fin está la esencia, el motor asociativo, mientras que en la propiedad horizontal se encuentra la utilización de unos bienes. Allí es algo separado y superior a la voluntad de los socios, aunque por ésta se produzca; aquí queda condicionado y limitado por la naturaleza de unas cosas especialmente caracterizadas por ese servicio a una pluralidad de sujetos que como comunes las califica. Allí, los socios son personas que voluntariamente toman o dejan esa condición; aquí, los comuneros son los titulares de los bienes necesariamente ligados a los de la comunidad.

En nuestro caso, todo esto falta. Se trata de una colectividad determinada por la confluencia de unos derechos sobre el edificio o la urbanización cuya organización es necesaria para el servicio de unas propiedades separadas, es decir, del interés y del patrimonio de cada uno de sus componentes. No por repercusión económica, como en las sociedades, sino directa e inmediata. Y sin fin alguno de perpetuidad ni siquiera de perdurabilidad, como en las fundaciones y asociaciones, sino con la transitoriedad que la propiedad del piso o de la parcela comportan.

2. NI PRECISA QUE LA TENGAN

No estamos, pues, ante una exigencia ontológica ni sociológica. ¿Pero convendría? No veo la necesidad. Hasta ahora, en base de una escueta regulación legal, los copropietarios han administrado los bienes comunes, dentro del esquema tradicional de la comunidad romana, por decisiones mayoritarias e incluso orgánicamente, regulándolo así cuando les ha convenido. Y no sólo en los supuestos ordinarios, sino también en casos especiales que rebasaban los estrechos moldes del Código civil. Y así, en Valencia, las comunidades de pozos para riego, con fijación de las cuotas referidas a horas de agua, e incluso adscripción de éstas a las tierras que benefician o incorporándolas a títulos-acciones, no han tenido problemas en su actividad, creciendo en número a medida que la huerta se expande. Y en la Ribera del Júcar, como en otros lugares de España, por el Código civil se han solucionado los problemas que consigo traen

la partición de huertos de naranjos, quedando unos bienes en calidad de comunes—la casa, balsa, motor, conducciones de agua, etc.—físicamente determinados y destinados al servicio de las parcelas resultantes de la división en dependencia que absorbe totalmente sus rendimientos. Caso éste similar al de la propiedad horizontal y solucionado, sin conflictos, por la mera yuxtaposición de lo privativo y la parte en lo común formando una sola finca, hasta que el legislador hipotecario lo vetó y hubo que reforzarlo con relaciones de servidumbres prediales en ficción similar a la que se arbitra hoy en las urbanizaciones privadas a fin de darles entrada en el Registro de la Propiedad.

3. ES UNA COMUNIDAD ESPECIAL

Ni la comunidad tiene en su naturaleza cuerpo suficiente para sustentar una personalidad ni ello precisa para que pueda vivir y cumplir con los fines que en bien de la figura debe realizar. Para alcanzarlos basta que el legislador confiera las atribuciones necesarias, sin otro ropaje que el que su propio ser le confiere. Crear un «sindicato», como hace la Ley francesa de 10 de julio de 1965, reconociéndole personalidad jurídica sólo para conservar el inmueble y administrar las partes comunes, lo considero innecesario. Que las atribuciones al sindicato-persona se le confieran a la junta-comunidad y llegaríamos al mismo puerto.

Estamos, pues, ante una comunidad especial, de las características ya examinadas, la cual, en la situación actual, cuando se inserta en un tipo de edificio que, por su importancia o su destino, así lo requiera, y en todo caso cuando se trate de un conjunto de edificios o de una urbanización, precisa:

1. Una regulación estatutaria que complete la legal.
2. Una reforma legislativa en cuanto a los actos de disposición.

a) *Que precisa su regulación*

Nos encontramos ante unos bienes de titularidad comunitaria o colectiva, con una función forzosa y predeterminada—por esencia, por destino y por ley—, función de servicio a otros bienes que la necesitan para posibilitar a su vez el que ellos han de prestar a sus titulares—a la sociedad, en definitiva—conforme a su propia naturaleza. Pues en la propiedad horizontal si los elementos comunes dejaran de serlo, los pisos y las parcelas no serían habitables, se desnaturalizarían.

Pero ese servicio, esa función de los elementos comunes, determina-

da en sus líneas generales, puede ser objeto de regulación especial y al tiempo que la confluencia de los derechos de uso de las partes privativas genera situaciones de incompatibilidad, siquiera transitoria, requieren una atención especial a sus gastos y cargas, pudiendo surgir conflictos de esas relaciones, activas o pasivas. Todo lo cual nos lleva a una necesaria conclusión: se precisa una regulación. Que puede y debe ser voluntaria fundamentalmente a fin de que en cada caso se resuelva la normativa conforme a sus circunstancias y al fin por los condueños establecidos, pero que exige una normativa legal mínima tanto para encauzar aquélla como, fundamentalmente, para garantizar los derechos de cada uno frente a una injusta negativa de los demás.

b) *Traducida en organización*

La regulación produce organización, que es siempre necesaria para el desarrollo y la perdurabilidad de todo ente colectivo. Y la organización presupone, por esencia, órganos por los que pueda manifestarse y ejecutarse la voluntad de aquél, es decir, la voluntad organizada de los condueños. La ley puede dejar en amplia libertad a los sujetos, imponer unos órganos, sin perjuicio de la existencia de otros, o fijar taxativamente cuáles son aquéllos. De las tres, la postura intermedia es la que adopta nuestro legislador, estableciendo un órgano supremo—la Junta de Propietarios—, otro de dirección y ejecución—el Presidente—, otro de mera ejecución—el Administrador—y otro, aunque no independizado en el texto legal, de función certificante y formalizadora: el Secretario.

IV. LA REGULACION LEGAL

1. JUSTA A NUESTROS FINES

Hemos descartado la existencia de una persona jurídica que potenciar, en su génesis y en su efectividad, las decisiones de la comunidad, revestida con su ropaje. Hemos descartado su existencia y hasta su conveniencia. Y eso a pesar de que el tema central de este corto estudio, podría compeler a admitirla para así mejor revestir las decisiones comunitarias de una fuerza—la propia de los derechos de toda persona—que lleva a su ejercicio coercitivo frente a las otras personas con quienes se relacionara. ¿Por qué? Sencillamente porque no hace falta.

No creo que pudiéramos preconizar una personalidad absoluta, el nacimiento de una persona jurídica con los derechos y obligaciones, en la medida que el Derecho lo reconozca y su propia naturaleza lo permita,

de cualquier otra, natural o ficta. No hay base alguna para ello. A todo lo más que se llegará, en parangón con el Derecho francés, es a una personalidad eficaz para cuantos asuntos sean de interés para la comunidad en función del ser de la misma... y esto igual lo podremos alcanzar sin el ropaje de la personalidad.

El tercero que en el régimen del Código civil contraste con el administrador o representante de una comunidad sobre aquello que en ésta se pueda decidir orgánicamente, es decir, sólo en materia de administración ordinaria, sabe que ha de atenerse al régimen de mayoría como pauta legal y al estatuto normativo propio cuando lo hubiere. Pues así lo disponen los artículos 392 y 398 del Código civil, reglas de ineludible aplicación para todos, propios y extraños. Que el estatuto especial se oculte y no pueda oponerse a quien lo desconoce, es cuestión que no afecta a su potencial imperio: si carece de él será porque falta uno de los presupuestos de su efectividad *erga omnes*, que es la adecuada publicidad en impedimento de la ignorancia de buena fe.

En nuestro caso tenemos una normativa sobre el modo de tomar los acuerdos, sobre qué pueden versar y cuál es su efectividad *inter partes* y frente a terceros. Normativa, a mi entender, bastante clara y completa, si partimos de dos presupuestos que no podemos olvidar: Primero, de técnica legal, que no se pretendió agotar el tema en un texto de 21 artículos, sino fijar las líneas generales y dejar a la iniciativa particular la labor de completar aquella regulación, siempre en la medida que la misma—integrada por normas imperativas y dispositivas—lo permita. Segundo, de condicionamiento histórico, por cuanto el legislador se propuso regular lo que entonces conocía—el edificio en propiedad por pisos—sin abarcar aquello a lo que en germen su normativa tendía: los conjuntos de edificios, los complejos urbanísticos y las urbanizaciones privadas.

2. PERO SE QUEDA CORTA

De ahí que el texto legal por una u otra causa—por su propia auto-limitación en bien de la libertad contractual o por su objetiva limitación a los contornos de la única figura que contemplaba—se quede corto. De ahí que se precise una regulación complementaria, dictada por los propios interesados, en desarrollo de la figura. Y, como consecuencia natural, que se proliferen y agudicen los problemas en materia de efectividad frente a terceros, ya que no se trata del imperio de una norma legal, de obligatorio conocimiento e inexcusable observancia, sino de una *lex privata* que requiere una inmaculable esencia de legalidad y un vistoso revestimiento de publicidad.

3. LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO

Dos tan sólo la ley impone: un órgano personal, el Presidente, y otro colectivo, la Junta de Propietarios. Y permite expresamente otros dos: el Administrador y el Secretario.

La regulación estatutaria queda, pues, enmarcada entre un límite mínimo de exigencia—Presidente y Junta—y un amplio campo de posibilidades sin límite fijo: Secretario y Administrador, nominados por la ley, pero además: Vicepresidente y Vicesecretario, Administradores separados por casas, bloques o escaleras, Juntas de Propietarios especiales para cada unidad, y cuantos cargos se quieran designar, pues no hay topes máximos.

El Presidente desempeñará a la vez las funciones de Secretario y Administrador, si no se hubieren elegido otras personas para estos cargos. Y el Administrador podrá quedar en tal o ser al propio tiempo Secretario (art. 12).

El Administrador es un órgano ejecutivo, encargado del cuidado de los bienes, sin facultades decisorias salvo supuestos de poca entidad—reparaciones ordinarias—o de perentoria necesidad—medidas urgentes en materia de reparaciones extraordinarias—(art. 18). A pesar de su nombre, carece de facultades dispositivas en orden a los frutos y rendimientos, como actos de administración ordinaria, propias de quien tal cargo ejerce en la comunidad de tipo general. Porque no es propio de lo que administra el producir rentas y cuando las hay tienen una aplicación predeterminada. Es más bien un *cuidador*, centrándose sus deberes en velar por el buen régimen de la casa, preparar el plan de gastos, atender a la conservación y entretenimiento de aquéllas, ejecutar los acuerdos adoptados, efectuar pagos y realizar cobros: así lo delimita el artículo 18 de la ley especial. Y para ello: hacer las oportunas advertencias y apercibimientos, proponer los medios para hacer frente a los gastos..., es decir, siempre en el campo de la previsión o ejecución, sin poder de decisión salvo en casos urgentes o triviales.

Pero lo cierto es que al lado de este Administrador legal, modesto y con escasas atribuciones, que sólo representa a la comunidad en actos de poca importancia y con cauces configurados por la esencia de los mismos y los límites del sujeto, existe otro en la práctica, nacido de la complejidad de algunos edificios, conjuntos de ellos o urbanizaciones y más bien del interés del promotor o constructor para imponer su voluntad en el régimen de la comunidad y de sus bienes por medios normales o aparentemente lícitos, pero casi siempre abusivos, llegando por vía de las adhesiones en los contratos separados, a una configuración en esencia

ilegal, cuando relega al órgano supremo—a la Junta de Propietarios—a un segundo término, al no poder contravenir lo pactado particularmente por cada uno, aunque se trate de materia que afecta a todos.

No vamos a tratar ahora de este Administrador prepotente y muchas veces cuasitodopoderoso, pues sus facultades nacen de una delegación de la Junta, luego lo que se diga para las resoluciones de ésta vale para los actos de aquél, o de una pluralidad de pactos idénticos referidos cada uno al piso o parcela y a su parte en los elementos comunes, ya que entonces sus facultades se derivan de cada relación singular y no de su cualidad de órgano comunitario.

Del Secretario, poco o nada nos dice el legislador. Que puede serlo el Administrador y que el Presidente lo será a falta de otra previsión (arts. 12 y 18, 5.^a), pero respecto de sus facultades sólo expresa la ley que son las de «actuar como» tal y «custodiar, a disposición de los titulares, la documentación de la comunidad». No es extraño, pues sobre lo que el Secretario debe o puede hacer en materia de comunidades, colectividades o personas jurídicas de derecho privado, poco o nada es lo que las leyes nos dicen. Porque es tan sabido, y por ello tan aceptado, que su regulación sobra. Puede, fundamentalmente, certificar de documentos y para ello, previamente, cuidar de su formación, redacción y custodia. No tiene facultad para dictar resoluciones y, por tanto, no cabe que entremos en el estudio de la forma y eficacia de las mismas. Y en cuanto a la forma que él les da para que eficaces sean las de la Junta, a su tiempo lo veremos.

Nos hemos quedado, así, con el Presidente y la Junta de Propietarios, a cuyas resoluciones vamos a ceñirnos, partiendo de su naturaleza y pasando por la forma para llegar a la eficacia.

V. SOBRE EL PRESIDENTE

1. NATURALEZA Y FACULTADES

Respecto al Presidente, cuando obra como mero ejecutor de las decisiones de la Junta de Propietarios, su actuación queda equiparada a la del Administrador: un simple delegado, portador de la voluntad comunitaria que expresará en virtud del encargo conferido que a la vez es mandato. Pero el Presidente tiene *per se* la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en los asuntos que le afecten (art. 12). En cuanto en esa representación tome decisiones por sí solo lo hace por la comunidad, pero no como un mero portavoz, sino con independencia personal plena siempre que no rebase los límites de su propia competen-

cia, sin perjuicio, mejor dicho, trayendo como consecuencia necesaria la responsabilidad de su actuación, precisamente derivada de esa independencia en la decisión.

Mas ahí está el problema: en los límites de esa competencia. Como acertadamente se ha dicho (DE LA CÁMARA) en la esfera extraprocesal, las facultades del Presidente vienen determinadas por tres lindes: la organización corporativa de la comunidad, los derechos particulares de los condueños y el edificio que constituye el soporte objetivo de aquélla. Es decir, sus actos han de referirse al edificio y no pueden afectar a la modificación del título constitutivo o de los estatutos ni a las partes privativas del inmueble. Lo que se traduce en que el Presidente podrá actuar en el mismo campo para el que basta el acuerdo por mayoría de la Junta de Propietarios y no cuando el acto precise la unidad o exceda de las atribuciones de tal Junta.

¿Quiere decirse con ello que el Presidente actúa siempre lícitamente dentro de los límites expuestos? Sí cuando se trata de relaciones con terceros, frente a quienes su actuación, como dice el Tribunal Supremo (S. 19 de marzo de 1965), legitima para obtener las consecuencias jurídicas que les sean favorables. No en las relaciones internas, pues el Presidente, fuera de los actos de mera gestión, como son los que la ley atribuye al Administrador y que por ello no quedan excluidos de la competencia de aquél como representante de la comunidad, aunque estén diferenciados y atribuidos a personas distintas, fuera de ellos, repito, precisa el acuerdo de la Junta que refrende su actuación en la esfera interna. Siendo problema distinto el de su responsabilidad, a fijar por dos coordenadas: la importancia del acto y su perentoriedad.

En la esfera procesal activa, estimo que las conclusiones deben ser las mismas que en materia extraprocesal. Normalmente se precisará acuerdo de la Junta, pero en los casos en que el aplazamiento de la acción pueda irrogar perjuicios estimables, el Presidente no sólo puede, sino que debe actuar atacando para defender los intereses de la comunidad. Lo que en tema de defensa es más justificado, tanto por precisarse de mayor rapidez en la actuación como porque la índole de las actividades quedará más en el campo de la permanencia, que no requiere decisiones de la Junta, que en el del cambio o movilidad, que es cuando se necesitan.

Cierto es que en la comunidad ordinaria la jurisprudencia, en adecuada interpretación del artículo 394 del Código civil, admite la actuación de cualquier condueño compareciendo en juicio, activa o pasivamente, en defensa de los derechos de la comunidad, en beneficio de todos los demás. Doctrina que el Tribunal Supremo ha aplicado también en algunos casos de propiedad horizontal, con lo cual todo lo dicho sobre

las facultades procesales del Presidente sería puro bizantinismo, ya que no puede negársele que tenga, al menos y en las cosas comunes, las mismas facultades que cada condueño por separado.

Pero no creo que esa doctrina pueda aceptarse. Pues la actuación judicial de cada comunero se ampara en lo que dispone el artículo 397 del Código civil, que contempla a una comunidad carente de organización, a suplir por las reglas legales. Pero no es aplicable, por imperativo del artículo 392, a aquellas comunidades regidas por «contratos o disposiciones especiales», salvo siempre su juego subsidiario cubriendo los vacíos de la regulación legal o paccionada. Y en nuestro caso la ley ha previsto quién por la comunidad debe actuar: sólo en su defecto podrá entrar en juego la normativa general antedicha.

2. FORMA DE SUS RESOLUCIONES

Al tratarse de un órgano personal, la forma de sus resoluciones es la propia de toda persona individual: verbal o escrita, con o sin formalidades especiales, según el caso y la ley requiera. Incluso la exigencia de la prueba de su cargo no implica especialidad alguna: también cualquier individuo ha de apoyar su legitimación en la prueba de su personalidad. Pero, como lo normal es actuar en nombre propio, sí que es exigencia inexcusable alegar que se hace como Presidente de la comunidad y probarlo cuando la índole del acto lo precise o la otra parte lo pida, así como justificar la concesión de facultades por la Junta si el acto excede de las propias del Presidente.

3. LA PRUEBA DOCUMENTAL

Y entramos ahora en un punto, trivial en la práctica, pero de una importancia tal que su estudio en ansias perfectistas-teorizantes nos llevaría a una hipertrofia indiscutiblemente perjudicial y hasta irremisiblemente fatal para la solución de casos concretos.

¿En qué se apoya la justificación del cargo de Presidente? En una certificación librada por otra persona—o por él mismo en muchos casos—acreditativa del ejercicio de su cargo, y en su caso, de las facultades que la Junta de Propietarios le ha conferido. Certificación que debe referirse al Libro de Actas, por lo que de él trataremos primero.

a) *El Libro de Actas*

Lo impone el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal: en él deberán reflejarse necesariamente los acuerdos de la Junta de Propietarios

y siendo materia de ellos la elección del Presidente, en él constará su nombramiento. Sin duda alguna podrá reflejarse en la escritura en la que se fija el régimen de la propiedad del inmueble, pero lo cierto es que no suele hacerse así. Y digo que *sin duda alguna*, por cuanto la escritura pública es de rango probatorio superior al Libro de Actas, ya que en aquélla el fedatario autentica la realidad del acuerdo y no sólo la existencia previa del libro en el que se extiende, y porque ésta es la práctica generalizada en materia de sociedades y de comunidades, admitida por los Tribunales y consagrada por la práctica como medio más idóneo y perfecto.

Los requisitos que la ley exige son bien pocos: que el libro esté foliado o sellado por el Juzgado municipal o comarcal correspondiente al lugar de la finca o diligenciado por Notario. Por cualquier Notario, ya que no hay referencia territorial alguna como del Juzgado se expresa. Nada más nos dice: ni cómo se han de redactar las actas, ni cuándo se han de extender, ni quién las ha de firmar. Lo usual es que firmen todos los asistentes en las comunidades pequeñas o cuando los asuntos son de mayor importancia, especialmente si requieren el acuerdo unánime de los condueños. Pero nada empece a que firmen sólo el Presidente y el Secretario o Administrador, como muchas veces se hace, si bien esto dificultará la prueba de su adecuación a la verdad si fuere discutida.

Esta sobriedad formalista del legislador no puede menos que encomiarse. La práctica demuestra que los libros se llevan bien o mal o que no se llevan, pero que esto no depende del rigor de las sanciones ni de la efectividad de los acuerdos, sino de la importancia o complejidad del edificio o del modo de ser de los condueños. Y especialmente, que tal como está regulado, la figura se desenvuelve con normalidad y el Libro de Actas cumple bien su cometido, pues no surgen pleitos ni controversias por su omisión o defectos.

¿Cuál es la naturaleza del Libro de Actas? No es documento público, pues no están autorizados sus asientos por Notario o empleado público competente. El Juez o el Notario, con su diligenciamiento, confieren garantía al continente y no al contenido, a fin de evitar interpolaciones o sustituciones de folios. Ni siquiera las fechas de los acuerdos comprende, pues después de la diligencia pueden extenderse falsificando las mismas.

Como consecuencia de ello, si se discute la autenticidad de las actas, el Juez contemplará los asientos como lo que son, meros documentos privados, sin que el libro foliado y sellado, como la ley determina, presuponga otra cosa salvo que su expresión está materialmente hecha donde debiera ser: un cumplimiento de formalidades que puede influir

psicológicamente—el respeto al papel y al sello—mas no como prueba de la veracidad de lo escrito.

Pero hemos de ver la vertiente realista en la apreciación del valor de estos libros, similar a la de cualesquiera otros previstos por la ley en materia de organismos pluripersonales. En principio se ha de aceptar la prueba derivada del libro llevado conforme a la regulación legal, pues si el legislador impone la extensión en él de los acuerdos no puede *a priori* negarle efecto alguno. Es decir, mientras no se discuta, lo que el libro dice es cierto. Y como no hay otro modo de plasmar las actas, no cabe admitir extrajudicialmente prueba alguna en contrario, sólo por vía judicial podrán rebatirse sus asientos por falta de veracidad, al no estar en ellos completa la verdad. Así se admite en el tráfico jurídico y la práctica lo sanciona. Ciertamente el tercero, o singularmente el funcionario a quien se le presente por razón de su cargo, puede negarse a aceptar su contenido por tener dudas respecto a su fidelidad, aun cuando a ello estuviere obligado—como el Notario a virtud de requerimiento—mas expresando la razón de su negativa, con todos los riesgos del incumplimiento injustificado de un deber personal o profesional, e incluso con obligación de denunciarlo a los Tribunales si la causa pudiere consistir en falta o delito.

b) *La certificación*

Tiene, frente al libro, el mismo valor que toda copia o traslado respecto a su original. En caso de duda habrá de cotejarse con aquél, cuyo contenido prevalecerá sobre el de la certificación.

No hay regla legal alguna. Si está previsto el cargo de Secretario, sea con carácter independiente, sea como Administrador-Secretario, a él corresponderá certificar, porque, si bien la ley no lo expresa, el empleo de tal título así lo presupone, ya que se trata del «sujeto encargado de exhibir las actas, dar fe de los acuerdos y custodiar los documentos» en su acepción gramatical acorde con la vulgar. En su defecto, compete al Administrador, que ha de «actuar, en su caso, como Secretario», según el artículo 18, y a falta de ambos al propio Presidente, que actuará por uno y por otro si no están otras personas elegidas para estos cargos: artículo 12.

Cuando certifica el Secretario o el Administrador con el visto bueno del Presidente o sin él y para legitimar la actuación de éste, parece que hay un mayor sustento de juridicidad por la diferenciación de personas: uno certifica y otro actúa. Pero cuando el Presidente obra en virtud de lo que él mismo certifica, repele admitir esta autojustificación. Supuesto corriente en materia de sociedades mercantiles con Administrador único,

a la vez Gerente y Secretario. Razones legales no hay para oponerse; pero suele entonces exigirse la exhibición del Libro de Actas para testificar directamente del mismo.

VI. SOBRE LA JUNTA DE PROPIETARIOS

1. SUS FACULTADES

En un triple aspecto hemos de contemplar la actividad de la Junta de Propietarios, órgano cuya existencia se debe a la situación en común de unos determinados bienes como consecuencia del régimen de propiedad horizontal en el que los mismos, junto con los privativos de los propios comuneros, se integran, bien en un edificio, en un conjunto de ellos o en una urbanización privada. Es decir, la actuación de la Junta viene precisamente determinada, y por ello legitimada o no, por su relación con los bienes comunes; aunque en definitiva se trate siempre de relaciones personales, o más bien de aquélla con otras personas, para juzgar de ellas habrá que atenerse al objeto del que derivan o al que tienden, pues sólo por razones objetivas, aunque como toda norma jurídica su razón de ser esté en la protección y amparo de intereses humanos, se justifica la actuación de la Junta.

a) *Cosas comunes*

En el campo de las cosas comunes sus facultades son amplísimas, con un solo límite: la naturaleza de la figura a la que sirve y en la que se inserta como órgano fundamental. Es decir, mientras no se imposibilite la utilización del edificio por pisos o departamentos, cabe todo acuerdo sobre las cosas comunes, incluso suprimiendo servicios y disponiendo de bienes. Así podrá quitarse el ascensor y vender la vivienda del portero; lo que no puede hacerse es vender o tapiar el hueco del ascensor y la escalera, dejando a los pisos sin salida al exterior, cortar la conducción de agua potable o cegar la de aguas residuales. Que se precise la unanimidad o que baste la mayoría, es otra cuestión; en ambos casos se tratará de acuerdo de Junta.

Pero de esto no se infiere que todos los condueños de común acuerdo no puedan disponer de las cosas comunes. Pueden hacerlo siempre—a salvo de condena de conductas antijurídicas por abuso del derecho de propiedad—, pero cuando se trate de decisiones contra el ser y la perdurabilidad de la propiedad horizontal no será acuerdo de junta, sino ejercicio de su derecho de disposición sobre todo o parte del edificio,

lo que requiere la voluntad concorde de todos ellos, en haz de disposiciones singulares y no por decisión orgánica, como luego distinguiremos.

Lo dicho para los edificios vale también respecto a las urbanizaciones. Pues si bien en éstas la ruptura de los lazos que unen a las parcelas, por la disposición o destrucción de los elementos comunes, no impedirá normalmente el uso de la parte privativa, por lo cual no hay la misma claridad para calificar los actos que atentan a la propiedad horizontal, la esencia es la misma y, por tanto, igual la calificación del acto. Así la venta de la casa del guarda, cuyos servicios se reputan innecesarios, es acto de la Junta, mientras que la venta de las carreteras y caminos normalmente será de disposición de los condueños, aunque todas las parcelas tuvieren acceso directo por vía pública. Y por la misma razón, acto de junta, siquiera precise la unanimidad a falta de pacto que regule el caso, será la cesión de esos caminos al Municipio para su conversión en vías públicas.

b) *Partes privativas*

El régimen de propiedad, al que está sometido el conjunto, supone el servicio de lo común a lo privativo, pero esto lleva consigo una interdependencia que se traduce en cargas y limitaciones de los pisos, locales o parcelas privativas. Materia que es de competencia de la junta a la cual corresponde «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común» (art. 13, 5.º).

El artículo 9.º de la ley especial fija las obligaciones del propietario, campo sujeto a la interpretación, aplicación o ejecución por la Junta, y que en gran parte afecta al uso y disfrute de las partes privativas. Por otro lado, determinadas prohibiciones, como las establecidas por los artículos 7.º y 8.º, se refieren a las partes privativas. Y los estatutos o el reglamento de régimen interior pueden fijar obligaciones y prohibiciones distintas de las legales, a la par que modalizar éstas sin menoscabo del mínimo necesario para la perdurabilidad y viabilidad del régimen de propiedad horizontal.

Es decir, mientras en las partes comunes la Junta puede hacer todo cuanto no sea contrario a la esencia de la figura, en las privativas sólo podrá efectuar todo cuanto sea necesario a la misma.

c) *Cosas externas*

En el Derecho francés la limitada personalidad del Sindicato de Propietarios alcanza a la adquisición de bienes inmuebles a fin de ad-

cribirlos a la comunidad, en extensión para su servicio. En el nuestro las razones pueden ser las mismas, pero la falta de personalidad dificultará la solución.

En principio, y como regla general, la Junta no puede adquirir bienes para la comunidad, pues excede de sus atribuciones. Estamos, en sentido inverso, en el mismo caso de disponibilidad de cosas comunes cuando repercute en la subsistencia de la propiedad horizontal. De dentro a fuera, como de fuera a dentro, estos trasvases son de competencia del conjunto de condueños, en haz de actos de enajenación o de adquisición referidos a cuotas indivisas, pero no de la Junta en decisión y actuación orgánica.

Esto no obstante, creo que en casos especiales y por razones que lo justifiquen la Junta podrá adquirir para la comunidad, por vía de inserción en el edificio o urbanización. Posibilidad que puede estar prevista en los estatutos o fundarse en el citado artículo 13, número 5.º de la ley, cuando la adquisición de un bien externo al edificio sea medida necesaria o conveniente para el mejor servicio común.

La cuestión no ofrece dudas en materia de muebles, que o bien siguen en su condición de tales, como los destinados a uso u ornamento del zaguán, o bien, por su incorporación, cual las calderas de calefacción, se inmovilizan. Casos especiales pero normales, que se irán produciendo a lo largo de la vida del edificio por el desgaste de los bienes existentes a los que sustituyen o por la conveniencia de una renovación en los servicios, en interminable gama de supuestos.

Esto mismo respecto a inmuebles es de carácter excepcional. Pero es posible: así la adquisición de unos terrenos lindantes desafectados del uso público para evitar que otros construyan sobre ellos y mengüen, aunque respeten las distancias en materia de servidumbres, las luces y vistas del edificio. O la de un solar contiguo para abrir sobre él, convertido en jardín o en garaje, ventanas y balcones. Y encontrarnos entonces que hay unanimidad en la decisión de la Junta, siquiera por la vía de la interpelación y silencio de algunos condueños, pero no cabe reunir la declaración de voluntad de todos y cada uno para la adquisición en comunidad con o sin agrupación al edificio.

No es un supuesto hipotético: en materia de servidumbres puede dar mucho juego, cuando el edificio a construir en el predio inmediato precisa de alguna a su favor y a cambio concede otra, facilitando la ampliación de los patios de luces, la expansión o entradas de garajes, etcétera.

Si en muebles tiene solución—y así se admite y así está consagrado—en inmuebles la debe tener también, pues civilmente la naturaleza de lo que se adquiere no incide en las facultades de la Junta. Si se puede cons-

truir una nueva rampa para acceso al garaje, también se debe poder adquirir el dominio del terreno preciso o el derecho de servidumbre a tal fin. El obstáculo, como en tantas otras ocasiones, surge de las normas registrales: se precisa un sujeto adquirente, una persona, natural o jurídica, o una pluralidad de las mismas, con perfecta determinación para que la adquisición sea inscribible, ya que la inscripción precisa una titularidad clara y determinada.

Pero la Dirección General de los Registros y del Notariado ha abierto una brecha en materia de disposición de cosas comunes al permitir que, por acuerdo de Junta, lo que no tenía independencia registral y era elemento común del inmueble se venda y se convierta en parte privativa, inscribiéndose como una vivienda más, con apertura de folio registral propio. Y por esta brecha tiene vía abierta, si bien en dirección contraria, la solución que propugnamos, que es bien sencilla: la Junta acuerda por unanimidad la adquisición de la finca—parcela, solar o lo que fuere—y la incorporación al edificio o urbanización para su servicio, lo que supone la agrupación por colindancia o destino, formando desde el punto en que se adquiere una sola finca y, por tanto, sin precisar soporte alguno de titularidad comunitaria en tiempo intermedio, que desaparece al llevarse a cabo todo en el mismo acto. Si en el caso de venta de la vivienda del portero el camino es desafección al servicio común = venta = inscripción en folio separado, en éste será compra = afección al servicio común = cancelación de su inscripción por agrupación al edificio.

La estricta aplicación de las normas hipotecarias nos llevaría a la exigencia de una inscripción intermedia entre la del transmitente y la agrupación: la de venta. Pues si bien está prevista la inscripción única en caso de agrupación y venta (art. 49 del Reglamento Hipotecario), no así la de compra y agrupación. Pero con una interpretación racional y extensiva cabe aplicar la regla de la venta al caso de compra y refundir en la inscripción nueva la de adquisición y la de agrupación, pues no hay obstáculo sustantivo alguno y por un escollo reglamentario no debe negarse lo que civilmente es viable.

Por otra parte, la llevanza de los libros registrales que obliga a inscribir el resultado de la agrupación bajo número distinto (art. 45 del Reglamento Hipotecario) supone un inconveniente práctico, ya que obliga a un reenvío de referencias en las inscripciones de los pisos: de ellos al edificio antes de la agrupación y de éste a la nueva finca resultante de la misma. Lo que no sucede al aplicar la regla del artículo 48 cuando la agregado se segrega de otra finca y su cabida no es superior a la quinta parte de la del edificio absorbente; regla ésta que debiera aplicarse siempre en el caso que contemplamos, evitando así nuevas inscripciones

cuando lo principal—el edificio—no sufre alteración sustancial y más que una yuxtaposición de superficies lo que se produce es una fusión o integración por absorción de lo accesorio.

Y es que en esta materia, desde la inscripción de urbanización hasta estos concretos y especiales supuestos, se precisa, como prelude del necesario desarrollo legislativo, una aplicación generosa de los preceptos hipotecarios a fin de no impedir el cumplimiento de las exigencias que la propiedad horizontal tiene.

2. NATURALEZA DEL ACUERDO

En la Junta los propietarios expresan su decisión sobre el asunto puesto a debate. Y por su propia naturaleza, al amparo de la regulación legal, del acuerdo de esas decisiones individuales surge la voluntad comunitaria, de la que la Junta es la portadora (S. Aud. Valencia de 6 de abril de 1974). No se trata de una yuxtaposición o de una suma de declaraciones de voluntad individuales, de todas, si la ley requiere la unanimidad, o de la mayoría, cuando por un juego compensatorio que parece mágico se eliminan las que se contraponen—una a una—y quedan vivas el número de las que exceden que determinan las postura triunfante.

No es cierto: cada comunero expresa lo que él desea que resulte como voluntad comunitaria y fusionadas las manifestaciones de todos ellos—incluso por el silencio de quienes no asisten o se callan—brota la decisión colectiva, que ha de reunir para su eficacia el *quorum* que la ley determine. Surge así el acuerdo colectivo, la decisión orgánica, la cual por la propia esencia del ente multipersonal, que para vivir necesita de éstas fórmulas de solución a los enfrentamientos internos, se convierte en la manifestación de la voluntad de la Junta. No la de *todos* los propietarios, sino la de la Junta que legal y obligatoriamente les representa.

Esta alquimia de voluntades se produce con justificación plena en las personas jurídicas, pues al igual que la persona individual requiere que su voluntad sea única. Y por ello creo que no debe repugnarnos llegar a la misma solución, la de transformar el acuerdo unánime o mayoritario en única declaración de voluntad, en aquellas situaciones similares que por lo limitado de su quehacer jurídico, como es el caso de las decisiones comunitarias en la propiedad horizontal, no precisan de cobertura personificadora, precisando tan sólo del amparo jurídico para una concreta actuación, no en permanencia o continuidad.

En el caso de acuerdo por mayoría no ofrece duda la conversión de la decisión colectiva, integrada por síes, noes y silencios, en declaración de voluntad única. Pero surge la duda cuando la ley requiere la unani-

midad, pues si para tomar acuerdo se precisa la voluntad concorde de todos los interesados, ¿no estaremos ante una actuación conjunta, ante una codisposición, si de disponer se trata, encubierta con el ropaje de la Junta? El criterio que se acepte—codisposición unánime o disposición orgánica—no queda en pura disquisición teórica, sino que es de gran trascendencia práctica, cual se verá.

Verdaderamente el acuerdo repugna a la esencia del órgano deliberante. Si todos han de pronunciarse en el mismo sentido, la reunión y los debates sólo pueden tener como finalidad la de convencer a cada uno a fin de lograr declaraciones de voluntad concordes, no la de formar una voluntad única del ente que deja sin efecto la de cada votante, aunque en contra de la mayoría se hubiere expresado. Luego, si así fuera, cuando la unanimidad se precise no estaremos ante un acuerdo que es expresión de la voluntad comunitaria, sino ante un haz de voluntades manifestadas de modo idéntico y que por suma—no por fusión—confieren efectividad a la decisión plural y total.

No creo que sea así y en el propio texto legal me afirmo por cuanto:

1. «Acuerdos de la Junta de Propietarios» se llaman unos y otros, los que requieren la unanimidad y los que con la mayoría se conforman y en el Libro de Actas se reflejan.

2. Si se tratare de codisposición, se requeriría el consentimiento particular y expreso de todos los condueños; por contra la ley acepta que el silencio previa interpelación tenga el mismo sentido. Lo que no puede justificarse ni siquiera por aplicación del principio de que quien calla otorga, estimando, en adecuada fundamentación, que el requerido está por ley obligado a contestar y su silencio tiene, por ley, significado afirmativo. Pues cabe perfectamente, en cumplimiento y correcta aplicación de lo que dispone el número primero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, que la notificación esté bien hecha al propietario y en el domicilio que resulte de los estatutos y los datos obrantes en la comunidad, y sin embargo, por fallecimiento y desconocimiento de quiénes son sus herederos, sea imposible la notificación personal.

3. Finalmente el legislador distingue con claridad el consentimiento de cada propietario de la aprobación—o acuerdo de la Junta—como declaraciones de voluntad distintas—del particular y de la comunidad—al tratar de las alteraciones en las partes privativas que llevan consigo modificaciones estatutarias de las cuotas.

En materia de actos de disposición, que es donde se precisa la unanimidad, si se tratara de la suma de voluntades individuales de los propietarios, serían de aplicar las normas sobre la comunidad ordinaria, mientras que si lo reputamos como voluntad comunitaria, al artículo 16

de la ley habremos de atenernos. Claro que por un juego conceptualista podríamos remitir la Junta con decisión unánime al acuerdo unánime de los comuneros exigiendo todos los requisitos necesarios para éste, aunque en la Junta se manifestare, y así habríamos alterado por completo la naturaleza del organismo, con una gran y perjudicial trascendencia práctica, como luego veremos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha sentado sobre este punto una doctrina clara y contundente. En la Resolución de 5 de mayo de 1970 distingue por una parte la disposición de un piso que como local privativo pertenezca a los condueños, en cuyo caso «la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento, prestado en escritura pública, de todos los copropietarios, cuya voluntad no podría ser sustituida por un acuerdo de la Junta, toda vez que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios, individualmente prestados, y el acuerdo de la Junta, aunque se adopte por unanimidad» y por otra, el caso objeto del recurso—desvinculación y venta de la vivienda del portero, elemento común—que «corresponde a la competencia de la Junta, si bien sometida al régimen de unanimidad», por lo que basta el acta de la Junta que prueba el cumplimiento de los requisitos legales.

Y en la Resolución de 15 de junio de 1973, ante un caso similar, sienta que los artículos 12, 13 y, sobre todo, el 16 de la Ley de Propiedad Horizontal «entrañan la concesión a la Junta de unas facultades que exceden de las meramente administrativas, ya que pueden suponer auténticos actos de disposición», por lo que se exige la unanimidad, pero sin que por ello sean «los propietarios individualmente quienes enajenan el elemento común», sino que la Junta «es la que tiene el poder de disposición» sin necesidad del trámite intermedio de transformación del elemento común, por su desvinculación en elemento privativo en comunidad, pues la Junta vende aquél y lo transfiere directamente como parte privativa al tercer adquirente.

3. SU EFICACIA

a) *En el orden interno*

Las decisiones de la Junta, legalmente adoptadas, obligan a todos los condueños y también a los que por razón de su derecho sobre las partes privativas, sea real o personal, de algún modo participan en la copropiedad o en el uso del edificio y los elementos comunes. No hay ningún precepto que así lo establezca y sancione, pero así resulta de la propia

esencia del órgano y de la regulación de su funcionamiento y atribuciones. Y lo mismo cabe decir de la actuación del Presidente y Administrador dentro de su respectiva competencia, delimitada por la ley o por los estatutos y por las normas o reglamento de régimen interior si los hubiere.

Que a las resoluciones de los órganos quedan sujetos todos los que tengan algún derecho real o personal sobre los pisos o locales, no puede ofrecer duda. Y ello tanto si tienen derecho a asistir a la Junta como si no. Pues la justificación pasiva está en la titularidad del departamento en sujeción *ob rem* como consecuencia del régimen del edificio o urbanización. Y que por ello ampara, y al propio tiempo obliga, al titular, sea único o sean varios cuando el dominio esté compartido por cuotas o por derechos diferenciados, y también a quien por su relación con él tenga el uso o disfrute del piso o parcela, ya que su derecho sobre el objeto lo recibe ya configurado en propiedad horizontal.

Los afectados podrán aducir las excepciones que se deriven de la ilegalidad de los acuerdos, sea por falta de competencia del órgano, sea por defecto en la formación de los mismos. Pero, por lo que a la Junta se refiere, la ley nos dice que aun cuando fuere impugnabile y aun cuando sea impugnado «el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión». La protección de los intereses de la comunidad y los particulares del comunero obliga a esta solución: los primeros deben prevalecer y, mientras no se pruebe lo contrario, la decisión de la Junta a su protección se debe. Creo que esta norma es aplicable también a las resoluciones del Presidente y a las decisiones ejecutorias del Administrador, quizá con mayor razón por cuanto, dada la índole de sus funciones, es más perentoria su ejecución.

b) *Frente a terceros*

La Ley de Propiedad Horizontal se refiere al tercero solamente en un artículo, al disponer que el estatuto privativo formado por reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley no «perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 5.º). Se contempla aquí al tercero hipotecario, al que adquiere una parte privativa del edificio o urbanización en propiedad horizontal, y a quien el registro protege, si tiene buena fe, frente a las limitaciones convencionales de su derecho no reflejadas en los libros de aquél. Pero en la relación comunitaria el concepto de tercero es distinto: terceros son todos los extraños a la comunidad y no lo son los comuneros, que pierden aquella condición al tiempo de adquirir ésta. Pues

por ser condueño es sucesor en los derechos y obligaciones de quien le precedió en esta condición inherente a la titularidad que de él adquiere.

Nos encontramos ante una dualidad en el concepto de tercero que precisa de su armonización para no llegar a soluciones dispares, como, en el extremo de cada una, serían la de que al tercer adquirente no le afecta nada que no esté debidamente registrado y la de que al comunero le afecta todo cuanto la comunidad haya aprobado. Y en la confluencia personal de ambas condiciones—el tercero por adquirente es comunero—la colisión sería completa.

Creo que el legislador, con buen criterio, se ha basado una vez más en las diferencias a que obliga, respecto a los distintos bienes y consiguientes cargas y derechos, la compleja titularidad en propiedad horizontal. Y partiendo de ella establece una regla especial: la de la salvaguarda de la parte privativa como toda titularidad individual en base de la regla general de protección al tercero de buena fe, centrada en nuestro sistema inmobiliario en el Registro de la Propiedad; sólo esta excepción, en todo lo demás regirán las normas generales sobre la efectividad de las resoluciones comunitarias y la sujeción a ellas de todo comunero. En principio, diríamos que todo cuanto se refiere a la «constitución y ejercicio y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones», tal como el artículo 5.º se expresa, es materia que al tercero registral no puede afectar. Y todo lo demás se rige por la regla general de sujeción de los comuneros por ser tales, sin distinción alguna entre partes y terceros, cualquiera que fuere el tiempo del acuerdo y el del ingreso del nuevo comunero por la adquisición de su parcela o departamento. Entre ellos, por expresa disposición legal, la regulación de «los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes», materia en la cual «el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior (dentro de los límites establecidos por la ley y los estatutos) que obligarán también a todo titular» (art. 6.º) sin posibilidad de amparo registral.

En líneas generales debe aceptarse esta distinción, basada en los textos legales, pero tomando de ellos más su espíritu que su letra. Es decir, cuanto afecte a la parte privativa y al uso y disfrute inherente a la misma, correlativo y necesario de las partes comunes, se rige por la norma general de protección al tercero en el tráfico inmobiliario. Y todo cuanto se refiere a la organización de la comunidad y a la regulación de la convivencia impuesta por la propia esencia de la figura, así como a la adecuada utilización de las cosas y servicios comunes, es materia de competencia de los órganos comunitarios, con los límites

y efectos que la ley establece. Aunque se produzcan casos de dudosa solución por encontrarse en la frontera de la distinción establecida, especialmente en materia de cosas comunes si resulta difícil dilucidar cuándo la regla no inscrita en el Registro de la Propiedad se refiere al derecho de uso inherente a la parte privativa, y por tanto no afecta al tercero protegido, o cuándo incide tan sólo en su «adecuada utilización» por la que el tercero-comunero ha de pasar.

Con esto llegamos a una distinción coincidente con la que DE LA CÁMARA formula, sin aceptar la separación entre normas que implican gravamen real y las que tienen carácter de obligación personal: todas las obligaciones que imponen las reglas estatutarias tienen carácter *ob rem*, pero ello no impide el juego de la protección registral que la ley permite frente a cualquier derecho o carga de naturaleza real, en ésta y en todas las materias sujetas al ordenamiento del Derecho privado.

c) *Sobre el objeto*

La ley nos dice que cada propietario tiene obligación de «contribuir, con arreglo a la participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades, que no sean susceptibles de individualización»; que «al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes» (art. 9, núm. 5, de la Ley de Propiedad Horizontal); y que estas obligaciones «serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta. Si no lo hiciere será requerido de pago en forma fehaciente y de no verificar éste en el plazo de quince días, se le podrá exigir por vía judicial» (art. 20, íd.).

1.º NATURALEZA DE LA AFECCION.

La primera consideración a la que obliga la simple lectura de los textos legales es la de la naturaleza de esta afección del piso o local. Estamos ante una obligación *ob rem* que se traduce no sólo en el *debe* del titular de la cosa de la cual surge, sino también en una especial sujeción al pago. No se trata de un gravamen de naturaleza real, de un derecho real de garantía, siquiera por imposición legal, como una especie

de hipoteca legal tácita. Lo impide el espíritu y la regulación de nuestro ordenamiento inmobiliario, enemigo y recusador de cargas ocultas o imprecisas, contrarias a los principios de determinación y especialidad. No se trata de hipoteca expresa, pues carece de la regulación propia de la misma, aunque voluntariamente pudiera configurarse como hipoteca de máximo, ni tampoco de hipoteca legal tácita por no estar expresamente regulada así. Se trata simplemente de una afección que produce sus efectos en orden a la prelación de créditos y que por ello se ha de contemplar dentro del sistema establecido por el Código civil en el título XVII del Libro cuarto.

La doctrina discute cuál es la situación de este derecho de preferencia en la prelación legal. A mi entender no basta la solución simplista de la preferencia de esta norma sobre el Código por su fecha posterior. Se trata de una afección dimanada de la propia y especial naturaleza de este tipo de propiedad, que la configura y que, por tanto, debe entrar en juego no como una carga proveniente del exterior, sino como una manifestación del propio contenido dominical. Con este criterio, y partiendo del artículo 1.923 del Código, estimamos que:

A) Los créditos del Estado, Provincia o Municipio son preferentes, pues se trata de débitos inherentes también a la propiedad pero por causa y determinación legal, superiores a la voluntaria.

B) Todos los demás son posteriores, por cuanto dimanen de relaciones de tipo voluntario que tienen como término objetivo la relación de propiedad del piso o local tal como por la ley está configurada y, por tanto, con esta carga esencial.

2.º SU EXTENSION.

Comprende sólo los gastos del último año y la parte vencida de la anualidad corriente, por lo que para cubrir mayor período habrá que deducir demanda y trabar el piso antes de que transcurran los dos años.

Ahora bien, en los estatutos se puede establecer una sujeción temporal mayor e incluso indefinida, ordenando que el departamento o la parcela responden sin límite de tiempo de todos estos gastos, estando obligados al pago en forma solidaria el titular actual y los anteriores. Norma de todo punto conveniente y aconsejable con la máxima extensión, garantizando tanto los gastos y cargas comunes como cualquier obligación de pago derivada de la conducta del titular y de los ocupantes de la parcela o departamento cualquiera que fuere su título. Pero ¿cuál será su alcance?

En cuanto a los titulares de la propiedad afectada quedan obligados

a ella por tratarse de una norma propia de los estatutos, si bien precisa de su inscripción en el Registro de la Propiedad para que pueda afectar a terceros de buena fe que adquieran después de fijados aquéllos. Lo mismo cabe decir con relación a los titulares de derechos sobre la parte privativa, tanto si precisan como si no de inscripción o anotación registral: si no consta inscrito no les afecta y, por tanto, no prevalece sobre ellos, en cambio, si aquella norma está inscrita, el objeto de su preferencia o afección queda delimitado y, por tanto, especial y singularmente afecto por la misma, que concede preferencia a los derechos que ampara como correlativos de las cargas que acepta.

Además de esta extensión, diríamos temporal, puede fijarse otra por razón de la causa: que la afección resulte tanto de los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades, como de cualquier otro gasto común no necesario para dicho sostenimiento, cual los previstos en el artículo 11 y cualesquiera otros en beneficio o mejora del inmueble. Y estimo que cabe aplicar aquí también la solución que propugnamos de afección real con los límites de protección al tercer adquirente dada su causa voluntaria, con la necesidad en este caso del acuerdo unánime por tratarse de actuaciones que atañen al título constitutivo, aunque se traduzcan en obras materiales y no en alteraciones estatutarias.

3.º SU REALIZACION: ¿carácter ejecutivo?

No tiene otra vía que la judicial. Amparándose en el artículo 9.º, número 5.º, y en su caso en las normas estatutarias, se deberá requerir de pago en forma fehaciente a quien tenga la titularidad de la parte privativa y, de no verificarlo en el plazo de quince días, se le podrá exigir por vía judicial, que se traducirá en el embargo de la parcela o departamento, con sujeción, en concurrencia con otros créditos, a la prelación correspondiente, distinguiendo, si procediere, entre la carga legal—la última anualidad y la parte vencida de la corriente de los gastos generales para el sostenimiento del inmueble—y la paccionada, es decir, los gastos que excedan de la afección legal.

El procedimiento será el judicial ordinario de menor o mayor cuantía. Pero, ¿cabe el ejecutivo? La exigencia del texto legal—el 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—es bien escueta: basta con primera copia de la escritura, en este caso la de fijación del régimen de propiedad horizontal. Pero en realidad, como la doctrina entiende, el título ejecutivo debe determinar la extensión de la acción ejecutiva y la legitimación activa y pasiva de las partes, requisitos que *per se* no reúne aquel título.

Pues la deuda vendrá siempre determinada por una actuación, y consiguiente documento, de fecha posterior, y la legitimación pasiva puede no resultar del mismo cuando se ha producido la transmisión de la titularidad del departamento.

Esto requiere que el título ejecutivo fundamental sea completado por otros: uno, el que pruebe la titularidad del demandado, y otro, el que acredite la cuantía de la deuda. La ley procesal no exige que estos documentos complementarios tengan el mismo carácter que el principal en que la ejecución se basa. Y aunque con un criterio rigorista, así habría que entenderlo, pues no se trata de completar meras circunstancias adjetivas, sino requisitos necesarios para el ejercicio de la acción, como son la extensión objetiva y la legitimación pasiva, con un criterio amplio y progresivo cabría admitir la certificación del Registro de la Propiedad para acreditar la legitimación pasiva por cuanto prueba la sucesión en la posición que el título ejecutivo refleja y la certificación del acta de la Junta—documento privado—para fijar la cantidad, bien sin más, bien precisando el reconocimiento del deudor, reconocimiento que no puede referirse a su firma, que no la precisa, ni a la cuantía, sino tan sólo a su legalidad.

Pero todo esto es materia que excede de la regulación voluntaria y en la que, por tanto, no caben previsiones estatutarias, aunque suelen hacerse, que todo lo más, y con el tiempo, podrían llegar a considerarse como exteriorización de una costumbre *secundum legem* que el Juez aplicará en complemento de los preceptos legales. Son, en definitiva, los Tribunales quienes tienen la palabra, a más de decidir la colisión, que es lo normal, para fijar la vía adecuada.

d) *Escritura e inscripción*

Siendo el objeto de la propiedad horizontal un bien inmueble, las resoluciones de sus órganos, cuando al mismo sustancialmente afecten, han de constar en escritura inscrita para que alcancen plena efectividad *erga omnes*.

No entramos ahora—porque excede de nuestro tema—en el posible y vario contenido de esos títulos, que pueden referirse al objeto en sí (segregaciones, agrupaciones, declaraciones de nuevas obras, alteraciones materiales, etc.), a la forma de su publicidad (abriendo o cerrando folios independientes para inscripción de departamentos), a la normativa jurídica (modificaciones de estatutos, alteraciones de cuotas, transformación del carácter privativo, común o procomunal de las partes) o a sus relaciones con otros predios o personas (materia concreta de servidumbre).

Vamos a tratar sólo de las formalidades que han de revestir hasta culminar su titulación.

El Notario debe exigir la documentación que acredite suficientemente la legitimación de la persona que comparezca por la comunidad, lo que presupone la legitimidad de los acuerdos en los que su actuación se apoye. El representante será el Presidente o el que le supla en sus funciones conforme a los estatutos, probando sus facultades y el ejercicio del cargo mediante certificación librada por quien tenga esta función: Secretario, Administrador o el propio Presidente, según el caso. Si al Notario le consta el ejercicio de su cargo por el certificante, con ello le basta, dando fe de tal extremo, como también cuando conociera el ejercicio del cargo por el Presidente no precisará que de ello se certifique. De no ser así sólo cabe una solución: la exhibición del Libro de Actas, del cual tomará el Notario todo lo pertinente para el caso, comprobando la legalidad del libro y dando fe de la transcripción que efectúe.

La prueba de la legitimidad de los acuerdos precisa que se haga constar el número de propietarios asistentes a la Junta y de los que votaron a favor de aquél, con expresión de sus cuotas, en los casos en que sea suficiente la mayoría. Si se requiere la unanimidad, en el caso de que no concurrieren todos, deberá aportarse la notificación fehaciente a los ausentes y el documento público que contenga su expresa conformidad o certificar que ésta se ha conferido después o que en el plazo de un mes no se ha manifestado de igual modo la discrepancia. El Secretario, o quien asuma su función, puede certificar de la documentación interna de la comunidad, en este caso del Libro de Actas, de ahí que los documentos de relación externa, como estas notificaciones y respuestas, exceden de sus atribuciones y deban acompañarse, aunque pueda hacerlo de la carencia de contestación, siquiera porque no hay otro modo para probarla. Por la misma razón, si en el Libro de Actas se refleja la unanimidad, incluso sin unidad de acto mediante adhesiones posteriores al acuerdo de la Junta, basta con la certificación, como la Dirección General ha admitido en la segunda de las resoluciones citadas.

Al Registrador, en su función, le compete calificar sobre el cumplimiento de las formalidades expresadas, que si están cubiertas por la fe—del ejercicio del cargo, de la identidad del testimonio o transcripción, de la legitimidad de las firmas—no precisarán que se acompañen los documentos originales, bastando su transcripción o protocolización. Pero además—y prescindimos, como en lo que al Notario se refiere, del examen de la legitimidad y efectividad registral del acto, que en tema de formalidades sólo estamos—, la legitimación de la Junta que tomó el acuerdo y de la que emana la de su representante confirmando, en este aspecto, legitimidad al acto, ha de ser acorde con los libros registrales. Y aquí

surge un punto de posible fricción de criterios, como ya se ha dado en muchos casos y que conviene clarificar.

En el registro constan unos titulares determinados, de quienes concreta e individualmente ha de emanar el otorgamiento cuando se trate de actos de disposición de cada uno de ellos o de todos en conjunto como tales: por esta regla se rige todo lo referente a la disposición de la cosa común por los condueños. Pero ya hemos visto que de los bienes comunes puede disponer la Junta de Propietarios dentro de sus atribuciones, cumpliendo los requisitos legales, y que el acuerdo de la misma es la decisión de un órgano y no el resultado, por integración o suma, de las voluntades de los condueños. Bastará, pues, la prueba de que en la Junta se ha tomado el acuerdo conforme a las normas legales, esto es, si se precisa unanimidad, que es cuando se plantean estos problemas, demostrar que los asistentes dieron su conformidad, que los ausentes callaron ante la interpelación fehaciente y que entre unos y otros se reúne la totalidad de los condueños.

Del requerimiento a los no presentes ya hemos dicho que, tratándose de acto externo al órgano y estando determinada la fórmula, habrá que acompañar el correspondiente documento, normalmente el acta notarial. Pero de los otros puntos, es decir, de la manifestación positiva por adhesión en el Libro de Actas o del silencio ante el requerimiento y de que son los propietarios de todos los departamentos quienes una u otra postura han adoptado, bastará que lo acredite la certificación o el testimonio del acta. Porque en el Libro de Actas es donde se deben reflejar las asistencias y los acuerdos y sólo de él pueden resultar probados.

Sin embargo, con los recelos lógicos ante las posturas innovadoras de la ley, que rompen moldes tradicionales, Notarios y Registradores se han pronunciado en dudar de esta certificación exigiendo que detalle quiénes son los propietarios de los departamentos y que esta titularidad coincida con la que de los folios registrales resulta. Postura que no tiene su amparo en el texto legal, sino en una amalgama de conceptos o prejuicios traídos de distintos campos, y por la cual:

— se requiere la absoluta correspondencia entre la titularidad registral y la emisión del voto o el silencio ante el requerimiento, como si se tratara de un acto de disposición del titular registral,

— pero se conforma con esta confrontación sin llegar a la consecuencia lógica de exigir que la declaración positiva se exteriorice en declaración de voluntad fehaciente y de rechazar el silencio para suplir a la misma.

Y así se actúa, porque lo segundo no puede sostenerse ante la letra de la ley, pero sí lo primero, al faltar una regulación detallada y clara.

Volvemos a lo dicho: no se trata de una suma de declaraciones de voluntad, siquiera en parte tácitas o presuntas, sino de la declaración de voluntad de un órgano fijado por la ley. Mantener postura contraria, aunque aparezca como simple medida de control de la legalidad del acuerdo en Junta, atenta a la naturaleza de ésta y va contra el propósito legal de facilitar las soluciones que interesen a la comunidad, consiguiendo que en los casos de titularidad transitoriamente indeterminada se alcance la unanimidad por silencio del propietario desconocido, salvando el escollo que producen las interrupciones de tracto sucesivo en temporal discordancia entre el registro y la realidad extrarregistral.

4. FORMA Y PRUEBA

En cuanto al modo de formarse la voluntad, es el propio de todo acto de decisión orgánica: convocatoria, reunión, deliberación y votación, que se convierte en voluntad del órgano—y aquí de la comunidad—cuando reúne el *quorum* necesario: mayoría o unanimidad en nuestro caso, según la materia objeto del acuerdo y conforme a las normas legales, además de la pureza en el procedimiento, con la peculiaridad de la interpelación a los ausentes para que contribuyan a la decisión, dando a su silencio valor de afirmación, con lo cual se salva el escollo de los que, por una u otra causa, no quieren o no pueden intervenir, pudiendo alcanzar la unanimidad que de otro modo y en muchos casos jamás se lograría.

Respecto a la prueba, me remito a lo dicho para las resoluciones del Presidente, en este caso sin el obstáculo de la autojustificación.

Pero todo esto es materia que precisa un desarrollo para el cual ni tengo tiempo ni quiero abusar del vuestro. Lo dicho, en especial la eficacia dispositiva en el campo inmobiliario de los acuerdos de la Junta, era todo lo que quería decir. Mis disculpas por si no he sabido hacerlo como se merece este auditorio, con mi agradecimiento por vuestra atención.

JOAQUÍN SAPENA
Notario

JURISPRUDENCIA

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAIREIRO

REGISTRO MERCANTIL

2. ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LA QUE UNO DE LOS SOCIOS, ARAGONÉS CASADO, APORTA INMUEBLES Y ESTABLECIMIENTOS PRIVATIVOS, SIN QUE EL OTRO CÓNYUGE RENUNCIE AL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD, SI BIEN DEBERÁ HACERSE CONSTAR EN EL REGISTRO LA CIRCUNSTANCIA DE QUE QUEDA SALVAGUARDADO TAL DERECHO.

Resolución de 5 de agosto de 1977 (B. O. del E. de 14 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Borja, por su Notario don Sebastián Rivera Peral, el 31 de marzo de 1976, don Lorenzo Sancho Zaro, industrial, casado con doña Ana María Martínez Fustiñana, y don Juan Pablo y don José María Sancho Martínez, también casados, vecinos todos de Borja, constituyeron la sociedad mercantil «Sancho de Borja, S. L.; en la escritura de constitución se hace constar que don Lorenzo Sancho Zaro es dueño en pleno dominio, con carácter privativo, de una finca consistente en una porción de edificio de 2.200 metros de superficie, incluido un patio cubierto, que consta de dos pisos y planta, situado en la plaza de San Fran-

cisco, número 7, de la citada localidad de Borja, y cuyo valor es de 1.820.000 pesetas; que asimismo es dueño, en pleno dominio, de la industria de fabricación de colas sita en la referida finca, con su maquinaria, mobiliario, demás instalaciones y aviamiento, erigida por él en estado de soltero, y cuyo valor es de 2.180.000 pesetas; que constituyen entre ellos la sociedad de responsabilidad limitada citada, de duración indefinida y cuyo principal objeto es la fabricación y venta de colas y gelatinas, con domicilio en el edificio referido, y que se regirá por los Estatutos incorporados a la escritura; el artículo 5.º de los mismos establece que el capital social es de 6.000.000 de pesetas, dividido en 60 participaciones iguales, acumulables e indivisibles de 100.000 pesetas cada una de ellas. Dicho capital está totalmente suscrito y desembolsado por los socios en la siguiente forma:

A) Don Lorenzo Sancho Zaro suscribe las 40 primeras participaciones sociales, por valor de 4.000.000 de pesetas, y para su pago aporta en pleno dominio los bienes ya descritos, que importan 4.000.000 de pesetas, con adjudicación de dichas participaciones.

B) Don Juan Pablo Sancho Martínez suscribe las siguientes 10 participaciones sociales, que se adjudican, y desembolsa para su pago 1.000.000 de pesetas.

C) Don José María Sancho Martínez suscribe las últimas 10 participaciones sociales, y desembolsa para su pago, en metálico, la cantidad de 1.000.000 de pesetas.

Presentada en el Registro Mercantil de Zaragoza primera copia de la anterior escritura, fue retirada por el presentante, conforme a lo previsto por el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, y devuelta de nuevo, fue calificada con nota del tenor literar siguiente:

«Denegada la inscripción del documento que antecede, por los siguientes defectos:

Primero.—Que si bien consta del mismo el carácter privativo del inmueble que aporta don Lorenzo Sancho, sin embargo no resulta acreditado tal extremo con respecto a la explotación industrial que también aporta, por lo que sería preciso acreditar dicho extremo o, en caso negativo, el consentimiento de su esposa respecto a la aportación realizada (arts. 40 y 61 de la C. de D. C. de A.)

Segundo.—Aun acreditada dicha cualidad de privativo, consistiendo la aportación de don Lorenzo Sancho—equivalente a dos terceras partes del capital social—en el pleno dominio de una finca urbana en la que se fija el domicilio social y una industria instalada en dicho inmueble, y cuya Empresa constituye el objeto de la Compañía, dado su carácter de bienes sitios, al no renunciar la esposa del aportante al usufructo expectante de viudedad (artículo 76 de la C. de D. C. de A.), resultaría:

A) Que la subsistencia de la Compañía queda condicionada, con carácter resolutorio no explícito, al hecho futuro e incierto de la premoriencia del aportante respecto a su esposa, pues el usufructo de la Empresa y el domicilio social, por ministerio de la Ley, pasarían a su viuda, situación totalmente repudiable por las características de rapidez, ámbito de actuación y seguridad, características esenciales de la actividad mercantil.

B) Porque tal falta de renuncia puede suponer una causa de disolución subrepticia, ya que a pesar de no constar en la escritura que se califica ni aparecer mencionada en el artículo 30 de la L. S. R. I., y, sin embargo, podrían producirla en forma imprevista y sorpresiva, y quizá con carácter retroactivo al darse los supuestos contemplados en los números 2 y 3 del citado artículo 30.

C) Finalmente, de ser admitida la inscripción, las cautelas y garantías que, con rara unanimidad, exige la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para las aportaciones no dinerarias quedarían inoperantes.

Los defectos observados se estiman insubsanables, por lo que no procede anotación de suspensión, si bien no fue solicitada.

Zaragoza, 10 de junio de 1978.»

Presentada de nuevo en el Registro la escritura calificada, acompañada de otra, otorgada ante el mismo Notario el día 1 de julio de 1976, por doña Ana María Martínez Fustiñana, esposa de don Lorenzo Sancho Zaro, en la que consiente a todos los efectos y renuncia expresamente al derecho expectante de viudedad foral sobre todos los bienes aportados por su esposo, en virtud de cuyos documentos, vigente el asiento de presentación, fue inscrita la constitución de la Sociedad «Sancho de Borja, S. L.».

El Notario autorizante de la escritura de constitución interpuso recurso de reforma y subsidiariamente, a efectos puramente doctrinales, gubernativo contra la nota de calificación denegatoria de la inscripción, y alegó que respecto al punto primero de la nota debe aclarar que el carácter privativo de la explotación industrial aportada puede probarse, existiendo una certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que acredita que la misma data de 1825, fue mecanizada en 1926 a nombre del aportante, quien contrajo matrimonio en 1928; que el punto 3.º no distingue entre domicilio social y domicilio de la explotación, conceptos enteramente distintos, ya que el domicilio social puede ser variado en cualquier momento por voluntad de los socios, y que ambos domicilios no tienen por qué coincidir, y su coincidencia en este caso es eventual; que tampoco se distingue entre la industria aportada a la Sociedad y el objeto social, siendo la primera una pequeña parcela del segundo y la única afectada por el posible advenimiento del usufructo; que si la aportación inmobiliaria equivale efectivamente a dos tercios del capital social, el derecho de usufructo equivaldría a un 10 por 100 de esa aportación; que en cuanto al apartado A) del punto segundo, debe oponerse que la aportación del señor Zaro es en pleno dominio, sin condicionamiento de ningún género; que de los artículos 51 y 76 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés se deduce que el marido puede no sólo enajenar sus bienes propios, sino también los consorciales, sin necesidad de renuncia de la esposa al derecho de viudedad foral; que en el caso hipotético de que surgiera el usufructo viudal, la nuda propiedad se conservaría en el patrimonio de la Sociedad, siendo la viuda titular del usufructo, que es un derecho temporal, personalísimo, inalienable e incluso valuable, según es práctica corriente, pudiéndose calcular en un 10 por 100 del valor de los bienes afectos realmente a tal derecho; que las relaciones entre la Sociedad y los terceros permancerían inalteradas a la aparición del usufructo; que se trata de un usufructo de Empresa, cuyo objeto es la Empresa en su unidad productora, haciendo suyos el usufructuario los beneficios obtenidos por la producción de mercancías, pero sin intervenir en la dirección de la Empresa, pues carece de gestión personal y directa; que se trata de lo que la doctrina considera como un usufructo no gerencial que cabría dentro del marco del artículo 475, 2.º, del Código civil como derecho a percibir únicamente los beneficios producidos por la Empresa en cada ejercicio; que los artículos 85 y 87 de la Compilación Aragonesa marcan una indudable subordinación del usufructuario respecto al propietario; que la aparición del usufructuario afectaría únicamente a los beneficios y a una pequeña parte del patrimonio social, debiendo señalarse la diferencia entre capital social y patrimonio social; que la nota deniega la inscripción de un acto dispositivo que no está prohibido ni en la Compilación Aragonesa ni en el Código civil; que en cuanto al apartado B) del punto 2.º debe aclararse que la aparición del usufructo sólo afectaría temporal y limitadamente al patrimonio y posibles beneficios sociales, no exis-

tiendo causa de disolución; que las causas de disolución deben ser interpretadas siempre restrictivamente según constante doctrina de la Dirección General; que no siendo automática ninguna de las causas de disolución alegadas, podrán en su día los socios adoptar las medidas adecuadas en orden a la subsistencia de la Sociedad; que en cuanto al apartado C) del punto 2.º de la nota, baste decir que se han cumplido todos los requisitos en orden a la constitución establecidos en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en especial los consignados en los artículos 8, 9 y 3, quedando, en consecuencia, los intereses de terceros perfectamente garantizados con el capital social, por lo que la calificación no debe llegar a contemplar las posibles fluctuaciones del patrimonio social, que insiste en que si el usufructo surgiera, sólo afectaría con carácter temporal y limitado al patrimonio; y que en el presente caso debe destacarse que se trata de una Sociedad pequeña y de tipo familiar, con carácter personalista, en la que existen pactos que limitan la libre transmisibilidad de las participaciones sociales tanto vivos como *mortis causa*.

El Registrador, de conformidad con su cotitular, mantuvo su calificación por los siguientes fundamentos: que este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea esquemáticamente dos cuestiones: la primera se refiere a determinar si la simple manifestación del carácter privativo de unos bienes, sin haber sido probada ni aseverada por parte del otro cónyuge, es suficiente en Aragón para desvirtuar la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa, haciendo innecesario el cumplimiento del artículo 51 de la misma, siendo la segunda cuestión a decidir la de si la aportación a una Compañía mercantil de un patrimonio no dinerario que supere dos terceras partes del patrimonio social, agravado con un derecho de usufructo expectante de viudedad aragonesa, puede determinar, al no renunciar el titular de la expectativa, una suspensión o cesación temporal de la actividad social que pueda ocasionar a terceros idéntico perjuicio que el cumplimiento de una condición resolutoria o explícita; que en cuanto a la primera cuestión debe declararse que la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa no puede ser enervada por la simple declaración del beneficiado por ello, debiéndose cumplir el consentimiento del otro cónyuge, que la presentación en su debido tiempo y forma de la certificación a que alude el fedatario en su escrito de interposición del recurso hubiera sido bastante para destruir la presunción del referido precepto legal y hacer innecesario el consentimiento del otro cónyuge; que respecto a la segunda cuestión planteada, resulta ocioso en el presente caso sentar criterios diferenciales entre capital social y patrimonio social, domicilio social y domicilio de explotación, ni tampoco entre industria aportada y objeto social; que en el momento de constituirse una Sociedad, el patrimonio y el capital social aparecen identificados, presentándose su diferenciación en el devenir de la actividad social, superando el uno al otro, según los casos; que la valoración del usufructo viudal que apunta el recurrente, señalando que sólo afectaría al 10 por 100 de la aportación realizada, se considera totalmente improcedente, y que a este respecto en el artículo 839 del Código civil se establece el carácter de voluntariedad y libertad de valoración que aparece también recogida en la Compilación; que la aportación realizada por don Lorenzo Sancho no es, en contra de su afirmación, en pleno dominio, pues tratándose de aragoneses sometidos al Derecho foral puede oponerse el derecho expectante de viudedad a terceros que hayan adquirido bienes sitos en Aragón en contrato celebrado dentro del territorio; que en caso de realizarse la expectativa del usufructo se produciría, de no contar con el consentimiento del cónyuge supérstite, una cesación temporal, pero *sine die*, de la actividad social, incompatible con la seguridad imprescindible al tráfico mercantil; que la Compilación permite la enajenación de bienes propios sin ir acompañada de la renuncia del titular de la expectativa, pero que la misma, como la de todo derecho sujeto a condición, dependerá

de que se cumpla o no el hecho futuro e incierto que les afecta; que no es aceptable la imposición que se pretende al cónyuge superviviente de un cambio en el estatuto jurídico de su derecho, obligándolo a convertir su usufructo viudal en un usufructo de acciones o participaciones de una Compañía mercantil; que de ser admitido el usufructo no gerencial, el usufructuario se vería desposeído de importantes facultades que le corresponden legalmente (art. 479 y 480 del Código civil), con lo que el usufructo viudal aragonés quedaría reducido a una simple pensión vitalicia y supeditada completamente a la voluntad de los nudo propietarios, solución completamente contraria al derecho histórico y actual aragonés, ya que los artículos 85 y 87 de la Compilación que alega el recurrente no supeditan el usufructuario al nudo propietario, sino que supeditan a ambas partes a la Junta de parientes, como órgano superior del Derecho familiar aragonés; que la aparición del usufructo afectaría a todos y cada uno de los bienes aportados, y no a la universalidad patrimonial de la Empresa, no pudiendo hablarse de que quedaría afectada una parte más o menos cuantiosa de su patrimonio, ya que el valor del usufructo estaría supeditado al común acuerdo de los interesados; que la seguridad del tráfico mercantil no puede quedar a merced de las medidas que, en buena voluntad, adopten los socios; que los acreedores, al surgir el usufructo, verían reducidas sus garantías a la nuda propiedad de un hipotético y aleatorio valor económico; que no se ha negado la inscripción de un acto dispositivo, sino la constitución de una Sociedad de responsabilidad limitada cuyas aportaciones no reunían determinados requisitos en orden a la realidad de lo aportado; que la suspensión temporal pero indefinida de las actividades sociales puede causar a los socios o a terceros los mismos o mayores perjuicios que la disolución definitiva; que la regulación jurídica de esa clase de Sociedades no distingue, a estos efectos, que la Sociedad sea pequeña o grande, familiar o no, pues el volumen de la Empresa puede variar con el tiempo; que el ámbito de actividad del tráfico mercantil sobrepasa el área local y regional, e incluso la nacional, por lo que ha de considerarse que aquellas instituciones de carácter puramente familiar y observación local y regional no deben irrumpir en el campo del Derecho mercantil, como ya no irrumpen en el tráfico inmobiliario, y en este sentido se pronuncia el legislador en la reforma del Código civil de 31 de mayo de 1974, el establecer que el derecho expectante de viudedad no podría oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente; que esta necesidad de protección del tráfico mercantil ha determinado que la doctrina extranjera mire con recelo y precaución la nulidad, rescisión y resolución de Sociedades, exigiendo una serie de garantías para su realización y limitando los posibles efectos respecto a terceros, y en tal sentido se pronunció la Comunidad Económica Europea mediante Decreto de la Primera Directiva de 9 de marzo de 1969 (artículos 7 y siguientes); que la doctrina española también es muy restrictiva en cuanto a la aceptación, en el campo de las Sociedades que limiten la responsabilidad de sus socios, de causas que directa o indirectamente resuelvan con carácter definitivo o temporal la actividad social.

Elevado el expediente a la Dirección General, ésta (1) acuerda confirmar el primer defecto de la nota del Registrador y revocar el segundo, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina de la Dirección.—Este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea como primera cuestión la de si aparecía suficientemente acreditado el carácter privado de la explotación industrial que

(1) Vistos los artículos 16 del Código civil, 72 a 88 de la Compilación de Aragón de 8 de abril de 1967 y la Resolución de este Centro de 17 de noviembre de 1916.

se aporta a la Sociedad por uno de los socios, cuestión en la que, en el fondo, se deduce están de acuerdo tanto el Notario recurrente como el Registrador; dado que la certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que justifica aquel carácter y ha subsanado el defecto, al ser presentada con el escrito de interposición del recurso, lo ha sido fuera de plazo y no pudo tenerse en cuenta en el momento oportuno a efectos de la calificación.

El segundo defecto de la nota obliga a resolver la importante cuestión de si existe obstáculo que impida la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de Sociedad de responsabilidad limitada cuando se ha aportado por uno de los socios, que tiene la vecindad civil aragonesa, un inmueble y una explotación industrial de carácter privativo, sin que haya renunciado su cónyuge al derecho expectante de viudedad reconocido en el artículo 76 de la Compilación de Aragón.

Este usufructo expectante, que puede convertirse en usufructo viudal si no se producen las circunstancias legales requeridas, y que por su naturaleza eminentemente familiar aparece regulado en la Compilación dentro del libro primero, relativo a los derechos de la persona y de la familia, y por el que se confieren al nudo facultades soberanas con el fin de evitar que pueda interrumpirse la vida familiar al fallecimiento del otro cónyuge, se distingue por esta especial circunstancia del establecido en el Código civil, que al crear un valor patrimonial independiente es perfectamente conmutable (art. 880 del Código civil), mientras que el aragonés es inalienable, salvo caso de renuncia.

Dado, pues, que este derecho expectante de viudedad no se extingue ni se menoscaba por las posteriores enajenaciones que de los bienes sujetos al mismo se hagan, y que de hacerse afectivo puede originar que temporalmente quede la Sociedad sin poder servirse o utilizar los inmuebles que le fueron aportados en pleno dominio en el momento de su constitución—y más en nuestro caso, en que el inmueble y la explotación industrial constituyen el objeto social—, ya que, por la especial naturaleza de este usufructo viudal antes examinado, recae sobre los mismos bienes aportados, y sin que pueda imponerse al cónyuge superviviente—frente a la opinión del fedatario—convertirlo en un usufructo de acciones o de participaciones en la Sociedad, la cual sólo ostentaría durante este período un derecho de nuda propiedad sobre dichos bienes.

La importancia que para el tráfico jurídico y mercantil tiene la constitución de una Sociedad que limite la responsabilidad de sus socios, así como las graves repercusiones a que puede dar lugar un vicio o defecto en su constitución, principalmente si no coinciden en el momento inicial la cifra del capital social y el patrimonio aportado por los socios, por el perjuicio a terceros y acreedores constituye la gran preocupación del legislador, y de ahí que para evitar que esto suceda, la Ley de 17 de julio de 1953 exige, en el artículo 3, el total desembolso del capital suscrito, y los artículos 8 y 9, las garantías para que sean una realidad las aportaciones, sobre todo si no son dinerarias.

Logrado este equilibrio inicial, es indudable que a partir de este momento la marcha próspera o adversa de la Sociedad puede originar un aumento o pérdida del patrimonio, que incluso podría dar lugar a una reducción de capital para restablecer aquel equilibrio inicial; pero esta posibilidad siempre será distinta del supuesto contemplado en este expediente, en donde, a diferencia del supuesto normal, la disminución se produce necesariamente, y con independencia de la gestión social, con tal que, cumplida la *condictio juris* de la muerte del cónyuge del titular del derecho expectante de viudedad aragonés, se convierta esta titularidad en el usufructo de los bienes sobre que gravitaba, quedando privada la Sociedad de su disfrute sobre los mismos, por lo que en principio, es comprensible y aparece justificada la prevención adoptada por los funcionarios calificadoros.

No obstante, es de advertir que la calificación debe limitarse exclusivamente al contenido de la escritura de constitución de la Sociedad, sin que las conjeturas sobre posibles acontecimientos posteriores puedan impedir el ingreso en el Registro Mercantil de una Sociedad que reúna al ser calificada los requisitos necesarios para su inscripción, ya que las incidencias ulteriores podrán tener reflejo en su día, en el caso de originar actos que hayan de provocar asiento registral, y concretándonos a este expediente podría suceder, entre otros, o que no se haga efectivo el usufructo viudal por no darse el supuesto legal, o que renuncie el titular del derecho expectante, o que, si se produce el evento, existan bienes suficientes en el patrimonio social, o incluso que si por no poder realizar el fin social, al no poder utilizar la Sociedad los bienes ahora usufructuados, por el cónyuge superviviente, se incurra en la causa de disolución número 2 del artículo 30 de la Ley.

A mayor abundamiento, y en contra de la tendencia legislativa actual reconocedora de una realidad social, el cónyuge aragonés vería obstaculizado un acto de disposición sobre bienes privativos, como es el de aportación a una Sociedad, claro es que, si lo realiza, siempre quedaría salvaguardado el derecho expectante del otro, por lo que—y más en este supuesto de Sociedad de responsabilidad limitada—deberá constar esta circunstancia en el Registro Mercantil para conocimiento de terceros y de aquellos interesados en adquirir participaciones sociales.

COMENTARIO.—Aunque la cuestión principal de este recurso se centra en el tratamiento notarial y registral del derecho expectante de viudedad aragonés, conviene tratar previa y brevemente otras dos cuestiones que no han sido objeto de controversia, a pesar de resultar implícitamente planteadas en él.

A) 1.ª *Ambito de la calificación del Registrador Mercantil* en materia de aportaciones sociales. Es sabido que el Registrador Mercantil, en múltiples aspectos, no puede aspirar a una calificación del mismo nivel que el Registrador de la Propiedad, a pesar de la gran similitud de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento del Registro Mercantil. En ningún texto legal se establece expresamente un tracto sucesivo de la aportación basado en el Registro de la Propiedad, tracto sucesivo difícil de exigir en tanto no se haga una excepción de la voluntariedad de la inscripción en éste para los aportantes de inmuebles a sociedades. El artículo 103 del vigente Reglamento del Registro Mercantil exige la descripción hipotecaria de los inmuebles aportados; posiblemente debió exigir la inscripción a favor del aportante en el Registro de la Propiedad, por múltiples razones, y especialmente para evitar la extraña y poco seria situación jurídica de una sociedad que, siguiendo la norma del artículo 383 del Reglamento hipotecario, se inscriba en el Registro Mercantil y sus aportaciones sean denegadas por el Registrador de la Propiedad por aparecer fincas aportadas inscritas a favor de persona distinta del aportante; pero lo cierto es que, a pesar de esta incongruencia y de que nada se dice en este precepto sobre qué ocurre cuando vuelve al Mercantil la escritura denegada en el de la Propiedad, después de desaparecidos del Reglamento del Registro Mercantil vigente el apartado 16 del artículo 120 del Reglamento de 1919 (aplicable a los demás tipos de sociedades conforme a los artículos 121 y 122 del mismo), es difícil mantener la exigencia de previa inscripción a favor del aportante en el Registro de la Propiedad.

El Registrador de Zaragoza, partiendo de la regionalidad expresa o presunta del marido aportante, se colocó automáticamente en posición de defensa del derecho expectante de viudedad acusando la falta de comparecencia de la esposa, a sabiendas de que acaso inexactitudes más graves en la titularidad y cargas de los inmuebles aportados no podían ser detectadas por él, aunque sí luego por el Registrador de la Propiedad. También podía

ser puesto en cuestión si, en las aportaciones de bienes no sometidos al Registro Inmobiliario, podía entrar a poner reparos a las manifestaciones de los contratantes respecto a la titularidad y carácter de los bienes que se aportaban, o si los artículos 448 y 464 del Código civil imponen una calificación más benigna en cuanto a la titularidad en las aportaciones de muebles.

Pero en este aspecto, en ningún momento se pone en duda el correcto proceder del Registrador ni cuando saca a relucir el derecho expectante ni cuando exige la prueba de privatividad de la industria de fabricación de colas. Tal conformidad acaso sea razonable, especialmente en cuanto a lo primero, por la conveniencia de acusar cuanto antes un defecto que, en todo caso, había de ser puesto de manifiesto por el Registrador de la Propiedad. Por ello pasamos, sin más, a la segunda cuestión.

2.ª *Particularidades del recurso a efectos puramente doctrinales.*—Cuando los interesados pasan por la calificación del Registrador y proceden a subsanar la falta conforme al criterio de éste, es conveniente que la Resolución no olvide en ningún momento que el fallo a dar y la doctrina que siente servirá para el futuro, pero no para el caso en el que el recurso ha sido planteado, al menos en términos generales. Acaso no hubiere sobrado, en éste como en todo caso de recurso a efectos meramente doctrinales, una expresa constancia de ello. El defecto que acusa el Registrador es la no comparecencia de la esposa para renunciar a su derecho expectante; la Dirección decide que eso no es defecto porque el derecho queda subsistente y el Registrador debe hacer constar en el asiento que queda salvaguardado. No era ocioso decir que esto ya no procedía porque la esposa había hecho expresa renuncia al derecho expectante de viudedad, y no era ocioso porque en el supuesto concreto del recurso quedaba más destacado que en otros que la doctrina sentada ya no era válida para el caso. Y ello porque en el recurso desde el principio hubo un malentendido, que luego origina ciertos despropósitos y que por fin motiva una doctrina no sólo inválida para el caso concreto (esto ocurre en muchos casos de recurso a efectos doctrinales), sino peligrosa para casos futuros.

B) Con ello entramos en la cuestión fundamental, comenzando con el análisis de la nota de calificación, origen del malentendido.

a) El *defecto segundo* de la nota, único del que vamos a ocuparnos (2), es el *no renunciar la esposa del aportante al usufructo expectante de viudedad*. El Registrador parece considerar imprescindible esta renuncia, porque estima que al aportarse inmuebles sobre los que subsista el derecho expectante se producen las graves consecuencias de los apartados A), B) y C) de la nota (3) que afectan a la estructura misma de la sociedad. La aportación a una sociedad se viene así a considerar una enajenación más incompatible que otras con la subsistencia o reserva del derecho expectante de viudedad. En la mayor parte de las enajenaciones hay renuncia al derecho expectante de viudedad por imposición del adquirente, que normalmente querrá adquirir la finca sin el «alea» de soportar en su caso un usufructo de duración indeterminada; pero no porque exista ninguna otra dificultad específica. En el caso de las hipotecas se recurre en ocasiones a una fórmula que permite conservar el derecho expectante e incluso el consiguiente derecho de viudedad, sin perjuicio de la hipoteca que se constituye e incluso de la plena titularidad del adjudicatario en caso de ejecución, fórmula con-

(2) No tratamos del defecto primero por cuanto fue subsanado antes del recurso y dejado de incluir en el recurso a efectos doctrinales interpuesto por el Notario. No obstante, también puede ser cuestionado si la calificación del Registrador mercantil, tratándose de bienes no inmuebles, puede alcanzar la justificación de la titularidad de las aportaciones mediante títulos escritos o fehacientes.

(3) La subsistencia de la Compañía se somete a una condición resolutoria, a una causa de disolución subrepticia y sorpresiva, y, además, quedarían inoperantes las cautelas sobre valoración de aportaciones no dinerarias.

sistente en la posposición de la viudedad a la hipoteca. Pero aunque en cierto sentido la aportación a una persona jurídica es enajenación menos definitiva que la venta, por ejemplo, el Registrador vio una cierta incompatibilidad entre tal tipo de enajenación y el mantenimiento del derecho expectante. Por ello el defecto que acusa es la falta de renuncia al mismo y no la falta simultánea de renuncia y de reserva. Normalmente cualquiera de estas cosas permite la inscripción de la enajenación; en el caso de aportación social parece que sólo la renuncia vale. Y este criterio se mantiene no sólo en la nota, sino en el acuerdo, que tampoco parece admitir el mantenimiento del derecho expectante, aunque se hubiese reservado expresamente en la escritura de constitución, si bien es verdad que en ningún momento este supuesto es expresamente contemplado y calificado. En todo caso los interesados vieron tan claro el criterio del Registrador que subsanaron el defecto mediante escritura de renuncia al derecho expectante de viudedad (4).

b) El Notario recurrente dedica todos sus esfuerzos en demostrar todo lo contrario. Ni el derecho expectante ni la viudedad misma significan ningún obstáculo para constituir la Sociedad. Esta es perfectamente posible y válida, aunque no haya renuncia al derecho expectante. Pero se despreocupa de lo que verdaderamente interesaba a los otorgantes y de la verdadera voluntad de los mismos sobre la persistencia o la extinción del derecho expectante sobre los inmuebles y establecimiento aportados. Y así guarda cauto silencio sobre por qué la escritura sembró la duda al no contener ni expresa renuncia (con comparecencia de la esposa) ni expresa reserva (5).

c) De esta manera quedaba iniciado un juego de despropósitos que termina por arrastrar al Centro Directivo, y éste, probablemente sin percatarse, cambia la doctrina reiterada sobre enajenaciones de inmuebles afectos al derecho expectante de viudedad, sin razón suficiente y sin que hubiese sido discutido en el recurso el punto fundamental sobre el que versaba el cambio doctrinal: si cuando las partes quieren que la enajenación no extinga ni menoscabe el derecho expectante, lo correcto es que la escritura contenga expresamente esta voluntad de reservarle. En efecto, la doctrina tradicional de la Dirección y la unánime práctica aragonesa exige que en la escritura de enajenación haya, o bien renuncia expresa del cónyuge a su derecho expectante de viudedad, o expresa reserva del mismo por el cónyuge enajenante. No es necesario aclarar que esta doctrina tiene su

(4) Es verdad que probablemente el Registrador centró el defecto en la falta de renuncia del cónyuge al derecho expectante porque al insistir (por tres veces) la escritura en que la aportación se hacía en pleno dominio parecía claro que la subsistencia de aquel derecho resultaba excluido. Pero también es cierto que por no establecer el Registrador una segunda línea defensiva, basada en la omisión de la expresa reserva del derecho expectante, se ha dictado una Resolución que puede hacer pensar que se ha cambiado la doctrina anterior sobre la constancia en la escritura de tal reserva.

(5) Lo que no intenta el Notario recurrente para justificar su total silencio sobre el derecho expectante es utilizar el punto segundo del número 2 del artículo 76 de la Compilación, alegando que en algunos casos hay enajenación extintiva del derecho expectante aun no habiendo expresa renuncia del mismo. Este segundo punto deja a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe. Conectándole con los artículos 42 y 66 cabría mantener que el marido, en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, no sólo obliga frente a tercero de buena fe a los bienes comunes, sino que en tales casos puede hacer enajenaciones o al menos ocasionar enajenaciones forzosas que extingan o menoscaben el derecho expectante de viudedad. Acaso no quiso iniciar este dificultoso camino por entender que la salvedad excepcional de estos artículos juega sólo en los bienes comunes o por la distancia que existe entre la aportación a una sociedad y las ejecuciones forzosas para hacer efectivas deudas de gestión que son, en sentido estricto, las que la doctrina aragonesa estima extintivas del derecho expectante. Además, este intento de aplicación analógica obligaba antes a despejar las grandes dudas surgidas en torno a dicho punto segundo del artículo 76, 2, que tan accidentado tránsito ha tenido en los Anteproyectos provisional y definitivo de la Compilación. Ver sobre esta cuestión y sobre la otra excepción que incluía el Anteproyecto provisional (enajenaciones onerosas de bienes destinados a la especulación o no afectos al uso o provecho familiares) la exposición de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA en su trabajo «La viudedad en la Compilación de Derecho civil de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XX, fascículo IV de 1967, páginas 755 y ss., en especial 785 y ss. Este fascículo IV contiene además varios trabajos sobre la Compilación de Aragón (de MARTÍN BALLESTEROS, MANUEL BATALLA, PALA MEDIANO, JOSÉ LUIS LACRUZ), en varios de los cuales se trata del derecho de viudedad y de su situación de expectante.

base en la conveniencia de que el documento notarial no sea nunca fuente de dudas sin necesidad, cuando tan poco trabajo cuesta determinar en la escritura si el derecho expectante se reserva o se renuncia. También es innecesario decir que el criterio de que el silencio equivale a la reserva, porque ésta es lo que debe presumirse a falta de renuncia, no es del todo convincente porque el silencio acaso sea más fácil referirlo a la tácita alegación de que la finca no está afectada al derecho expectante.

d) *Ámbito de la palabra enajenación en el artículo 76, 2, de la Compilación de Aragón.* Nunca conviene exagerar el *ubi lex non distinguit*; en ocasiones el legislador no ha distinguido para no incurrir en un casuismo que no le corresponde a él, sino al Juez, en su momento. Una donación, una venta especulativa, una hipoteca en garantía de préstamo para sustento, una suscripción inversora de acciones de una gran sociedad anónima y una aportación a una sociedad familiar como la de nuestro caso, pueden ser enajenaciones indiferenciables para una jurisprudencia conceptual; pero sin duda han de tener consideración muy diferente respecto al comportamiento del cónyuge del enajenante en relación con su derecho expectante de viudedad. Ya hemos mencionado la práctica de utilizar la posposición tratándose de hipotecas. En el supuesto de aportación de inmuebles a una modesta sociedad familiar, acaso la fórmula de no renunciar al derecho expectante, pero sí consentir la subrogación del mismo y del consiguiente usufructo, en su día y caso, en la participación social del cónyuge aportante, acaso fuese la fórmula más apropiada, como el Notario en su informe propone; pero no es tan defendible el que esto proceda sin consentimiento del titular del derecho expectante, y menos guardando un total silencio sobre éste en la escritura.

No podemos entrar en la calificación jurídica del acto de aportación de bienes a una persona jurídica (6). Desde muchos puntos de vista se ha diagnosticado que no se trata de una enajenación tan plena y definitiva como otras. Los benignos tipos del Impuesto de Transmisiones son prueba de que esto es así. Probablemente tampoco todas las personas jurídicas pueden estimarse iguales a estos efectos, y no cabe olvidar la resistencia a conceder la personalidad jurídica a las sociedades civiles y a las mercantiles personalistas, en muchas legislaciones e incluso en la española, ni las teorías que tienden a aproximar la persona jurídica a la mera copropiedad germánica. Los socios que ponen en común bienes, más que enajenarlos pretenden conservarlos en común, al menos de momento. Por esto parece excesivo e inconveniente que deba desaparecer el derecho expectante de viudedad. Si la aportación a sociedad ha de tener alguna particularidad respecto a la enajenación tipo (la venta), debe ser para propiciar la conservación del derecho expectante, más que para imponer como imperiosa la renuncia. Ahora bien, lo que indudablemente no podía hacerse era eludir el

(6) Son ya antiguas las polémicas sobre la naturaleza jurídica del acto de aportación a las sociedades y, en general, a toda persona jurídica de tipo asociacional. Desde la tesis de la transmisión o enajenación ordinaria, a las que niegan ésta por negar antes la persona jurídica, existen posturas intermedias en las que debe encontrarse la solución más práctica. En España también ya hace mucho que se discutió la cuestión en torno a las dos conferencias de ROCA SASTRE y MARTÍNEZ ALMEIDA. ALFONSO MARTÍNEZ ALMEIDA (conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 14 de marzo de 1947. Publicada en los *Anales* de la misma, tomo V, pág. 219) estudia la naturaleza jurídica de la aportación social, partiendo de la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil, su significación en la historia y en los derechos vigentes e impugna la tesis de ROCA SASTRE, quien considera la personalidad jurídica de las sociedades como un mero recurso técnico de unificación o una cobertura personificante de una mera comunidad de bienes (conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en abril de 1946). Frente a esta tesis de ROCA, minimizadora de lo traslativo del acto de aportación, M. ALMEIDA cree que se trata de una enajenación onerosa cercana a la dación en pago y saca las consiguientes consecuencias de esta asimilación en las cuestiones de capacidad, saneamiento por evicción y retractos.

A pesar del tiempo transcurrido las discusiones sobre el tema no han progresado mucho, olvidándose de analizar cuáles normas de la enajenación son razonablemente aplicables a la aportación y cuáles no, a fuerza de discutir por el método de o blanco o negro, si hay o no enajenación, método estéril, pues es claro que, en cuanto reconozcamos que hay persona distinta de la física del aportante, enajenación tiene que haber. Lo importante es calibrar el «pero menos», que sin duda también es cierto.

problema en la escritura, porque lo único que no cabe hacer con los problemas jurídicos, como aporías que son, es aplicarles la táctica del avestruz.

La naturaleza jurídica del acto de aportación a una persona jurídica, acaso no totalmente igual en cada tipo de persona jurídica e incluso de cada clase de sociedad, latía en el fondo de la discusión entre Registrador y Notario respecto a si el derecho expectante de viudedad, por virtud de la aportación, había de mantenerse recayente sobre el bien aportado mismo o podía automáticamente trasladarse a la participación social. Tanto uno como otro acumulan argumentaciones muy variadas en las que no queremos detenernos y respecto a las cuales nos limitaremos a remitirnos a los correspondientes resultandos. Aparentemente se apartan un tanto de la cuestión básica en algunas ocasiones, como cuando tratan del usufructo gerencial o cuando se entretienen en valorar poco o mucho el expectante derecho de viudedad; pero hemos de reconocer que ante la sutil cuestión de los matices especiales de la enajenación consistente en la aportación a una sociedad de responsabilidad limitada de naturaleza claramente familiar y de objeto claramente limitado a la explotación industrial y al inmueble aportado por el cónyuge y padre, todos los argumentos eran lícitos y útiles para obtener una decisión razonable del Centro Directivo a favor del argumentante. De todas maneras, estimamos que el Registrador destacó poco que si la aportación de don Lorenzo Sancho valía cuatro millones después de renunciar la esposa al expectante derecho de viudedad, siempre valdría algo menos mientras estuviese afecta a tal derecho por muy aleatorio y claudicante que el mismo se estime.

e) La Dirección tampoco está muy segura respecto a lo que está ocurriendo cuando don Lorenzo aporta sus bienes privativos sin comparecer su mujer. Los considerandos cuarto al octavo (7) son claramente vacilantes. Leído el cuarto se tiene la impresión de que se iba a dar toda la razón al Registrador, por cuanto podía quedarse la sociedad a cero, al menos temporalmente, y totalmente en manos de persona no socio. Después de leído el quinto ya no cabe duda de que el Registrador tenía razón porque la legislación de sociedades no tolera vicio de constitución tan grueso, como el que no coincidan en el momento inicial patrimonio y capital social. Por si fuera poco, el sexto se cuida de diferenciar la aparición del usufructo viudal (si el cónyuge aportante premuere al titular del derecho expectante), de cualquier otro supuesto ordinario de pérdida patrimonial de la sociedad.

Pero al llegar al séptimo considerando vemos que todo lo dicho anteriormente queda en agua de borrajas, pues lo cierto es—según el mismo—que la sociedad reúne los requisitos necesarios para su inscripción en el momento de ser calificada, porque los problemas que pueda originar la aparición del usufructo de viudedad serán eventos posteriores en los que, de momento, no hay que pensar, ya que acaso el usufructo no llegue a nacer (premorienza del cónyuge, renuncia de éste a su derecho) o haya bienes suficientes (?) o, en último caso, se esté en el supuesto del artículo 20, 2.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Como vemos, la argumentación para concluir que no existe defecto no es muy densa, especialmente si tenemos en cuenta que es contradictoria con los considerandos anteriores, y parte de unos efectos casi nulos del derecho expectante de viudedad. Es cierto que éste, como fase suspensivamente condicional de otro a su vez vitalicio, será de valoración muy difícil y aleatoria, pero esta dificultad no puede ser pretexto para silenciarlo en la escritura, afirmando que la aportación se hace en pleno dominio y estimada en la valoración de éste. Hay muchos derechos de valoración puramente convencional y subjetiva (muchas servidumbres) que, no obstante, son objeto de negocios onerosos mediante precio obtenido de mutuo acuerdo, aun a sabiendas de que

(7) Los tres considerandos primeros se dedican a circunscribir el recurso al defecto segundo y a destacar la naturaleza familiar del derecho de viudedad foral de Aragón.

será muy difícil saber si objetivamente coincide con un valor real. Igual ocurre en todo contrato aleatorio y también con una aportación social gravada con un derecho expectante de viudedad. Guardando silencio sobre el derecho expectante, sin aclarar si se renunciaba o se reservaba, era imposible saber si había equilibrio inicial entre capital o patrimonio o no lo había. Por lo mismo, la transformación del derecho expectante en usufructo viudal no es una incidencia ulterior que sólo en su día ha de preocupar a los socios y al Registrador. Creo que no estábamos ante conjeturas y vanos temores del Registrador, sino ante una aportación con una gran limitación o carga que es notoria, pero que al silenciarla origina, cuando menos, graves dudas sobre sus consecuencias.

El considerando último es aún menos convincente. Contiene dos partes que debieron separarse. En la primera se contiene una argumentación *ad absurdum*, y a mayor abundamiento según se dice, contra la negativa del Registrador. Esta negativa—dice—viene a obstaculizar un acto de disposición de bienes privativos, en contra de la tendencia legislativa actual reconocedora de una realidad social. Queda poco claro qué tendencia es ésta, pero en todo caso, si se refiere a la tendencia de procurar la mayor autonomía posible de cada cónyuge en la administración y disposición de los bienes privativos, el argumento sólo valdría para intentar una disposición liberadora del derecho expectante por exclusión del principio consagrado en el artículo 76, 2, de la Compilación y es claro que a esto no pretende llegar el Centro Directivo como resulta de la segunda parte del considerando (8).

En esta segunda parte, dando por decidido que la inscripción debe practicarse, se admite que el derecho expectante queda intacto y salvaguardado, por lo que deberá constar esta circunstancia en el Registro Mercantil.

En este final del considerando último, precipitadamente y sin ninguna explicación, parece admitirse como inscribible la escritura en la que la subsistencia o reserva del derecho expectante se silencie, imponiendo, en cambio, la constancia de la reserva en el Registro, a pesar de tal silencio.

A pesar de que en ningún momento los resultandos nos aclaran si la escritura contenía alguna referencia al derecho expectante de viudedad, de todo el contexto del recurso debe deducirse que no había ninguna referencia a tal derecho (9). Por ello entendemos que implícitamente se cambia el criterio tradicional de la Dirección; pero en términos en que no deben considerarse muy seguros.

El final del último considerando es contrario a varias Resoluciones de la Dirección y a la práctica notarial y registral de Aragón (10).

C) Para comprobar que el considerando octavo rompe la línea constante de la doctrina del Centro Directivo basta repasar las siguientes Resoluciones, de las cuales sólo la primera aparece citada en el Vistos.

— Resolución de 17 de noviembre de 1916. Fallecido un aragonés casado, sus tres hijos, herederos testamentarios por partes iguales, hacen e inscriben el inventario y manifestación de sus bienes relictos privativos y de una

(8) Ya vimos en la nota 5 las dificultades para aplicar en este sentido al apartado final del artículo 76, 2, de la Compilación.

(9) Por otra parte, hemos tenido conocimiento de tal silencio al buscar datos suficientes para enmendar ciertos errores materiales de la Resolución en el *Boletín Oficial del Estado*.

(10) Aunque las Resoluciones que ahora vamos a reseñar parecen considerar insubsanable el defecto de no contener la escritura de enajenación ni expresa renuncia ni expresa reserva, la práctica aragonesa es más propicia a estimar subsanable el defecto. El tema ha sido especialmente discutido, tratándose de bienes comunes después de ser necesario el consentimiento de la mujer para la enajenación, pues algunos mantuvieron que tal consentimiento implicaba sin más la renuncia al derecho expectante. MANUEL BATALLA GONZÁLEZ afirma que sin la expresa renuncia o la expresa reserva la escritura contiene defecto subsanable y procede suspender la inscripción, y llega a afirmar que ésta es la doctrina sentada por las Resoluciones de 1925 y 1929. Esto es discutible en cuanto dichas resoluciones confirmaron notas de denegación («La Compilación aragonesa y el Registro de la Propiedad» en esta Revista, núm. 471, marzo-abril 1969, pág. 301, especialmente págs. 319 y ss. y 324.)

mitad de los comunes, sin hacer mención de la otra mitad de éstos ni de la viudedad de su madre. Los herederos van vendiendo sus participaciones en los bienes hereditarios y los compradores en unión de uno de ellos que conservaba aún participaciones en dichos bienes nombraron un partidor facultándole para incluir en la participación los derechos de la viuda, si ésta aceptaba el nombramiento, cosa que hizo la tutela de la viuda incapacitada. Realizada la partición por el contador, en pago del haber de la viuda se le adjudican fincas determinadas, unas pensiones vitalicias garantizadas con hipoteca y cantidades en metálico. La partición fue denegada por implicar transmisión o enajenación del inalienable usufructo de viudedad (y por carece el partidor de facultades para hipotecar y falta de previa inscripción de la herencia en cuanto al usufructo viudal y la mitad indivisa de los gananciales). El Procurador de los interesados, incluso de la viuda, alegó que el artículo 838 del Código es aplicable también en Aragón, sin que el 108 de la Ley Hipotecaria lo impida, porque la prohibición de hipotecar no implica la de renunciar, redimir o sustituir y el derecho de viudedad es renunciable (prescindimos de las alegaciones contra los otros dos defectos). El Registrador estima justamente lo contrario y afirma que la renuncia admitida por las Observancias es la que puede hacerse al pactarse la hermandad, pero en ningún caso cuando se hallare viuda y que la partición de que también hablan las Observancias no puede ser la hecha con intervención de extraños. El Juez y el Presidente de la Audiencia revocaron la nota; pero la Dirección General revoca el auto y confirma la nota por estimar insuficiente la adhesión de la representación (tutelar) de la viuda al convenio de nombramiento de partidor; pero también por dar un ámbito excesivo a la prohibición de hipotecar los usufructos legales, a la que se dedica la mayor parte de los considerandos, y por estimar que no se trataba de un caso normal de partición entre viuda y herederos del premuerto. Pero lo que queríamos destacar es que la vulneración del usufructo viudal viene a ser defecto que impide la inscripción y no cabe inscribir dejándole a salvo de oficio en el asiento, sin haber expresa reserva del mismo en la escritura.

— Resolución de 26 de marzo de 1918. Se trataba de la permuta por un marido aragonés sin intervención de la mujer. El Registrador no admite la inscripción porque la finca aparecía inscrita a favor de ambos. El Notario pide la aplicación de los artículos 1.401, 1.407 y 1.1413 del Código (aplicables en Aragón, según la Resolución de 27 de mayo de 1890), sin que sea obstáculo el que la inscripción de la finca ganancial se hiciera a favor de ambos. El Registrador alega que en el caso de la Resolución de 1890 la finca estaba inscrita sólo a favor del marido; que en Aragón está en vigor el Fuero *Ne vir sine uxore* y la Observancia *De jure dotium*, según los cuales el marido no puede enajenar los bienes del matrimonio sin consentimiento de la mujer, y, por último, el principio de tracto. El Centro Directivo parte de dicha Observancia, pero sólo para deducir el carácter de ganancial de los sitios adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, prescindiendo en lo demás totalmente del derecho aragonés y sin mencionar siquiera el derecho de viudedad foral, revoca el auto de la Audiencia y estima que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales. Vemos, pues, que la Dirección hace aquí caso omiso del derecho expectante de viudedad, pero sólo por sumarse a la corriente doctrinal mantenida por aquellos días de que este derecho no se extendía a los gananciales.

— Resolución de 25 de septiembre de 1925. Se trataba de una venta con pacto de retro de un bien privativo hecha por el marido sin intervención de la mujer y sin que apareciese en la escritura expresa reserva del derecho expectante de viudedad. El Registrador deniega la inscripción porque en-

tiende que esta expresa reserva es la única forma de que la misma pueda mencionarse en la inscripción y producir efecto respecto a terceros adquirentes, pues aunque las Observancias (*De jure dotum* y *Ne vir sine uxor*) permitan al marido enajenar sus bienes sin consentimiento de la mujer, se deja a salvo el derecho de viudedad, y añade que por el principio de publicidad han dejado de tener eficacia las cargas ocultas y tácitas impuestas o no por la Ley. El Notario mantuvo que el usufructo viudal es un derecho real, pero no actúa como carga en la situación de expectante, que está asegurado *ministerio legis* y basado en la publicidad de los *Fueros* y *Observancias*, igual que ocurre, por ejemplo, con el retracto gentilicio. La Dirección, considerando que la rigidez del Fuero *Ne vir sine uxore*, que prohibía la enajenación de inmuebles por el marido sin asentimiento y voluntad de la mujer, fue atenuada por las Observancias que permitieron tales enajenaciones, quedando a salvo el derecho que pudiera corresponder a la misma, que ello obliga a buscar la solución que armonice ese *remanet ius uxorem salvum* con la publicidad hipotecaria y que la solución no puede ser otra que la interpretación correcta del precepto del Reglamento notarial que regula las advertencias especiales (art. 212 del Reglamento de 1917 más concreto que el actual 194, 2.º), lo que conduce a la constancia expresa. Consideró también que los derechos de la viuda aragonesa no pueden ser comparados con el de retracto gentilicio. En definitiva, confirma el auto apelado, que a su vez había confirmado la nota del Registrador, denegatoria de la inscripción.

— Resolución de 11 de julio de 1929. Una escritura de préstamo hipotecario en la que se hizo constar que no intervenía la mujer del hipotecante aragonés por tratarse de bienes comunes, fue denegada por el defecto insubsanable de no concurrir la misma ni reservársele expresamente el derecho expectante de viudedad. Se encontraba ya en vigor el Apéndice. El Notario recurrente defiende una interpretación de sus artículos 49 y 63 concorde con la jurisprudencia anterior al mismo que, por aplicación del artículo 1.413 del Código, concedía plenas facultades dispositivas al marido en los bienes comunes (11). Los Registradores de Jaca y de Huesca, contra los cuales se acumularon los recursos, interpretan dichos artículos en sentido contrario y deciden atenerse al Apéndice en tanto el Centro Directivo no insista en su doctrina anterior (Resolución de 1918 antes reseñada). La Dirección afirma que el Apéndice ha tenido en cuenta la corriente doctrinal, que, apoyada en las Observancias interpretadas por MOLINO, PORTOLÉS y otros, mantiene el derecho de viudedad en los bienes comunes enajenados por el marido sin renuncia o consentimiento de la mujer y, como término medio entre la antigua prohibición y la doctrina jurisprudencial de asimilación al régimen del Código, concluye que sin expreso consentimiento o renuncia quedará a salvo el derecho de viudedad, no obstante las enajenaciones y gravámenes que hiciese el marido. Lo que más nos interesa es que termina declarando que la escritura no se hallaba extendida con arreglo a las formalidades legales por no concurrir la viuda ni reservársele expresamente sus derechos.

D) Tal como la controversia estaba planteada al llegar el recurso al Centro Directivo, éste podía adoptar cualquier de las siguientes soluciones:

1.º Dar plenamente la razón al Notario. No sólo respecto a la posibilidad de que la aportación se realice con subsistencia del derecho de viudedad, sino también expresando que no contiene ninguna falta la escritura en que se guarde silencio sobre este derecho, porque ello implica un tácito

(11) Interpreta ambos artículos diciendo que cuando el Apéndice define el usufructo de viudedad como derecho recíproco de usufructuar el uno los del otro (cónyuge) no incluye el usufructo de cada uno de ellos sobre los comunes y argumenta que éstos se ignoran si en definitiva serán comunes o no en tanto no exista liquidación de la sociedad.

mantenimiento o reserva del derecho expectante. Pero esta solución hubiese requerido:

— En cuanto a lo primero, eliminar los considerandos 3.º al 5.º, más bien orientados en favor de la tesis contraria del Registrador.

— Y en cuanto a lo segundo, recoger en el Vistos las Resoluciones reseñadas de 1925 y 1929 e incluir la argumentación precisa para justificar el cambio de doctrina (12).

2.ª Dar plenamente la razón al Registrador: En caso de aportación a sociedad, no cabe que el derecho expectante continúe gravando la finca (por razones derivadas de la estructura de la sociedad mercantil) y se impone obligatoriamente la renuncia del cónyuge. En este caso no era necesario entrar en consideraciones sobre el caso de reserva, pero sí terminar de rematar la tendencia iniciada en los considerandos 3.º al 5.º, suprimiendo los dos últimos.

3.ª Dar la razón al Notario en el sentido de que al aportar inmuebles o establecimientos a una sociedad es posible tanto renunciar el cónyuge al derecho expectante como reservarlo; pero a continuación afirmar que una de ambas cosas han de figurar expresamente en la escritura, por lo que no es correcto guardar silencio si se pretende reservar el derecho expectante, ya que entonces, conforme a las citadas resoluciones, la escritura no está extendida con arreglo a las formalidades legales.

Pues bien, la resolución es, en cierto modo, criticable por la falta de claridad sobre cuál de las soluciones se adopta en definitiva. Es cierto que al revocarse la nota, se rechaza la solución segunda, a pesar de los indicados considerandos 3.º a 5.º; pero ya es más difícil asegurar si se da la razón al Notario conforme a la solución 1.ª o sólo conforme a la 3.ª

Por todo lo dicho creemos que, aunque un tanto forzadamente, la Resolución de 5 de agosto de 1977 debe interpretarse deduciendo de ella todas las siguientes consecuencias:

1.ª Que la doctrina sentada para nada afecta al caso concreto, en el cual la inscripción se había practicado en base a la renuncia del derecho expectante de viudedad por doña Ana María. Esta aclaración acaso no sea aquí necesaria. También la consideró innecesaria el Centro Directivo en el fallo.

2.ª Que no se hace una expresa rectificación de la doctrina anterior sobre necesidad de hacer en la escritura de enajenación, en su caso, expresa reserva del derecho expectante de viudedad, a pesar de las expresiones que *obiter dicta* se contienen en el último considerando, porque en el recurso no fue objeto de controversia en ningún momento, como debe proceder el Notario en el supuesto de reserva, ya que la discusión estaba exclusivamente limitada a si en el caso de aportación a una sociedad limitada, el cónyuge del aportante debe necesariamente renunciar al derecho expectante de viudedad (tesis del Registrador) o esta renuncia no es imprescindible (tesis del Notario recurrente). Creemos subsistente, por tanto, la doctrina anterior sobre la necesidad de que, en su caso, haya en la escritura expresa reserva para que ésta pase al asiento registral. Y ello tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad (13).

3.ª Que la doctrina sentada sobre posibilidad de realizarse una aportación social con persistencia y mantenimiento del derecho expectante de viudedad, transformable en su día y caso en usufructo viudal, debe recibirse con cierto sentido restrictivo, porque creemos que se ha sentado

(12) Modestamente opinamos que tal justificación es difícil dada la unánime práctica notarial aragonesa. Tampoco encontramos razones que justifiquen la aplicación en este caso de la ley del embudo (lo ancho para el instrumento público, lo estrecho para el asiento registral)

(13) Ahora bien, creemos suficientemente rectificada por la práctica la doctrina anterior de la Dirección: el defecto no debe considerarse insubsanable

para el caso de modesta sociedad de responsabilidad limitada de tipo familiar, y si bien no ofrece duda de que puede ser extendida a sociedades personalistas, si la ofrece su ampliación a sociedades capitalistas auténticas, en las que el ingreso del inmueble aportado implica desde el mismo momento el ingreso definitivo en un patrimonio totalmente ajeno al socio y separado del suyo, sometido además a las particularidades de los patrimonios mercantiles. En este tipo de sociedades, la tesis del Registrador, que no olvidemos son aceptadas por muchos de los considerandos de la resolución, cobra primacía y valor indiscutible.

4.ª La resolución, principalmente a consecuencia de los esfuerzos del Notario para justificar su silencio sobre el derecho expectante, contiene una importante sugerencia para coordinar la aportación social con la supervivencia del derecho de viudedad. Esta institución, calificada por el Proyecto de Apéndice Foral como la más «mimada» en Aragón, es, como tal, caprichosa y a ella han de sacrificarse muchas cosas. Cuando el sacrificio que exige se estima ya excesivo, no hay otro remedio que sacrificar el derecho de viudedad mediante la drástica solución de su expresa renuncia. Por ello son buenas todas las fórmulas que la práctica aragonesa, amparada en el *standum est chartae*, pueda encontrar para coordinar ciertos tipos de enajenación, cuando ésta es en alguna forma incompleta, con el mantenimiento del derecho expectante. Ya mencionamos la de posposición para el caso de hipoteca, y solución parecida había de buscarse para la venta con pacto de retro. En cuanto a la aportación social en este recurso hay interesantes sugerencias para articular una pactada subrogación real del derecho expectante, que al operarse la aportación pasase del inmueble o establecimiento aportado a la participación social del cónyuge aportante o a la acción suscrita por el mismo. Innecesario aclarar que el artículo 24 de la Compilación elimina cualquier prevención que contra tal consentimiento de subrogación pudiera tenerse.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. CONTRATOS

ARRENDAMIENTO DE UN CINE: LA REVISION DE LA RENTA POR LA JUNTA DE ESTIMACION SOLO SERA NECESARIA EN EL SUPUESTO DE QUE ENTRE EL CONTRATO EN PRORROGA FORZOSA Y NO SE HAYA PREVISTO LA NUEVA RENTA (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Los demandados en el primer motivo del recurso imputan la violación del artículo 104 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que prescribe que la renta de los arrendamientos de industria o negocio de espectáculos «será revisable cada cinco años por la Junta de Estimación, a instancia del arrendador o del arrendatario»; y en dicho motivo sostiene que se comete tal infracción porque entienden que esa norma es aplicable al caso de litis, en tanto patentiza un sistema legal obligatorio para la variación de la renta, que excluye todo pacto contrario de dicho sistema legal, y determina—según ellos—la invalidez de la discutida cláusula.

Contrariamente a lo que sostienen los recursos, y cual afirma la sentencia recurrida, esa revisión que autoriza el mencionado artículo 104 de la Ley de Arrendamientos Urbanos está establecida sólo para el supuesto de que el contrato de la naturaleza del litigioso entre en prórroga legal forzosa, y para tal supuesto no se hubiese convenido la renta que había de pagarse; por tanto, aun en el caso de que se entendiese que la prórroga en que había entrado el contrato era de carácter legal y forzosa que impone la Ley locativa para los arrendamientos de empresas de cines, aun en ese caso, como ya se había estipulado la renta que había de operar en el evento de que el arrendatario continuase en el uso y disfrute de la empresa arrendada, resulta evidente que semejante revisión ante el Jurado de Estima-

ción no es de aplicación al arrendamiento litigioso, pues para el evento que se produjo ya las partes, libre y voluntariamente, habían convenido la renta diaria que se había de satisfacer.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Reiteradamente ha declarado esta Sala que la interpretación de los contratos es facultad exclusiva del Tribunal sentenciador, y su criterio ha de prevalecer sobre el del recurrente, al que no le es lícito sustituir por el suyo propio el más autorizado discernimiento de aquél, salvo que de manera clara y terminante demuestre que tal interpretación resulta equivocada, arbitraria, ilógica o fuera de toda exégesis racional, de tal modo que contradiga la letra y el espíritu del contrato.

ES INOPERANTE EL CARACTER PUBLICO O PRIVADO DE UNA CALLE QUE CAMBIO DE EMPLAZAMIENTO (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Es inoperante el carácter público o privado del bien discutido—una calle particular—en relación con el artículo 344 del Código civil, una vez constatado su cambio de emplazamiento y consiguiente desaparición en el que primitivamente tuvo.

Igualmente quedó firme la declaración relativa al conocimiento y acatamiento, ajeno y contrario por completo a la oposición que permite el artículo 397 del Código, de parte de los copropietarios que lo eran en 1954 y 1955 cuando se verificó la alteración de la cosa común, no pudiendo estar en condiciones el recurrente, que trae causa de aquéllos, de alegar ahora otra cosa con apoyo exclusivo en la falta de rectificación de la inscripción registral, conociendo como conocía perfectamente la auténtica realidad.

DANO EXTRA CONTRACTUAL: CULPA EXCLUSIVA DEL PERJUDICADO (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Un niño, que estaba interno en un colegio, se escapó del mismo un día de fiesta, y en unión de otros compañeros fue a bañarse a un lugar peligroso, pues se realizaban extracciones de arenas, y al no saber nadar pereció ahogado. Sus padres demandan al colegio y al contratista de las obras de excavación, que fueron absueltos.

Doctrina de la Sentencia.—En los primeros Considerandos niega la sentencia estudiada la existencia de culpa por parte del colegio demandado, ya que el perjudicado marchó del colegio sin conocimiento del personal del mismo e incluso eludió los servicios de vigilancia establecidos y quebrantó la expresa prohibición de salida de alumnos.

En el último Considerando expresa que «la afirmación del recurrente de que la culpa o negligencia que atribuye al demandado que practicó las excavaciones, tanto por provocar voluntariamente la charca buscando un riesgo sumamente peligroso como por no adoptar medida de seguridad alguna, que evitase el peligro o lo anunciase, está en manifiesta pugna con la fáctica de la sentencia recurrida, derivada de la valoración conjunta de la prueba, según la cual dicho demandado estaba legalmente autorizado para las extracciones de arena en el lugar donde ocurrió el accidente, que se produjo exclusivamente por la conducta observada por la víctima, según lo expresado en el Considerando anterior, estando descartada la hipótesis de un deslizamiento por accidente involuntario, que pudiese emanar de la conducta de un tercero».

NO PUEDE EL QUE INCUMPLIO EL CONTRATO EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE UNA CLAUSULA QUE LE BENEFICIA (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Una Comunidad de Regantes encargó la ejecución de una obra para conducir las aguas de un manantial hasta una acequia. Se estableció una garantía por plazo de un año. La obra se ejecutó defectuosamente, lo que dio lugar a diversas averías. La Comunidad demanda a los constructores, quienes alegan que ha transcurrido el plazo de garantía. Pero el Supremo condena a los demandados en base a la siguiente.

Doctrina de la Sentencia.—No puede ahora el que incumplió el contrato en tan manifiestos términos pretender se cumpla por la otra parte una de las cláusulas, en cuanto le beneficia, puesto que los contratos obligan no ya al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley—artículo 1.258 del Código civil—y no es muy conforme a la buena fe el pretender se aplique un plazo de garantía cuando de forma tan evidente se incumplió el contrato, si bien facilitó el transcurso del plazo de la misma la falta de exteriorización de aquella variante introducida en la obra y que después se puso de manifiesto y debidamente comprobada.

RESARCIMIENTO DE DAÑOS: HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS GENERALES (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que con arreglo al artículo 1.124 el perjudicado podrá instar el resarcimiento de daños y el abono de intereses tanto cuando pida el cumplimiento como cuando solicite la resolución de la obligación, no lo es menos que para que pueda prosperar la petición de resarcimiento habrán de concurrir los requisitos generales exigidos al efecto, a saber, incumplimiento culpable de la obligación, daño resarcible y relación de causalidad material entre aquél y éste.

A EFECTOS DE RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO, NO PUEDE EQUIPARARSE LA CARTA CON ACUSE DE RECIBO AL REQUERIMIENTO NOTARIAL PACTADO (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Una empresa propietaria de un edificio vendió un piso a un particular, incluyendo en el contrato el pacto de resolución por falta de pago de cualquiera de los plazos, bastando el requerimiento notarial que a tal efecto haga el vendedor al comprador. Impagadas algunas letras, se envió por la compañía vendedora una carta certificada con acuse de recibo al comprador dando por resuelto el referido contrato, y dándole un plazo para el desalojo del piso. Se entabló pleito entre ambas partes, que falla el Supremo a favor del comprador.

Doctrina de la Sentencia.—Es de llegar a la solución estimatoria del único motivo de casación ejercitado por la recurrente, con base en infracción por violación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal, en cuanto que exigen, para producirse la «resolución», el estar patentizada una rebelde voluntad de cumplimiento de lo pactado en el contrato, porque ante la circunstancia de que los efectos del pacto comisorio expreso en cuestión vengan contractualmente supeditados a la práctica de «requerimiento notarial que al efecto haga el vendedor al comprador», falta en el supuesto actual-

mente contemplado el preciso y adecuado cumplimiento de esa esencial formalidad, al no haberse practicado ese notarial requerimiento que, en cuanto reviste una forma pactada *ad solemnitatem*, no puede ser suplido por el mero depósito, por conducto notarial, en correos de carta certificada con solicitud de acuse de recibo, pues ese mero depósito en oficina de certificados no es equiparable al «requerimiento notarial» convenido, de una parte por así deducirse de los términos del párrafo último del artículo 202 del vigente Reglamento notarial, que al prevenir la posibilidad de efectuar los notarios notificaciones por medio de carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, es sobre la base de que no tengan carácter requisitorio, con lo que se está significando su ineficacia cuando afecte a requerimiento de la índole del expresado, convenido en el contrato de compraventa de que se viene haciendo mención; y de otra parte, a causa de que el envío de carta certificada, con solicitud de acuse de recibo, desde el momento que no es identificable con la exigencia comentada de previo requerimiento notarial, no puede dar base a la conducta deliberadamente rebelde que jurisprudencialmente viene demandada para producir la consecuencia de específica resolución sancionada por el artículo 1.504 del Código civil, y mayormente habida cuenta que solamente puede emanar del convenido requerimiento notarial, revelador por su propia esencia de la precisa autenticidad en la efectividad pasiva del requerimiento, y que no puede entenderse cumplida con el envío, en modalidad de acuse de recibo, de carta certificada, al faltar en este supuesto el expresado carácter de autenticidad al que se supeditó, en dicha efectividad pasiva, acto tan trascendental y grave en el orden contractual, como es el dejar sin efecto, por causa de resolución, una determinada relación jurídica, toda vez que si auténtico en el campo del derecho es únicamente aquello que revela por sí solo la realidad de un hecho, claro es que no puede entenderse con ese alcance lo que precisa de una comprobación complementaria posterior, que concretamente en el presente caso sería tanto la justificación de que el receptor de la carta fue aquel a quien iba dirigida como que se enteró adecuadamente de su contenido, que es precisamente lo que tiende a justificarse con el requerimiento notarial convenido al efecto.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—La propia naturaleza del recurso de casación y el rigorismo formal de que aparece investido imponen la observancia de determinadas normas y requisitos de obligado acatamiento en cuanto a la formulación del mismo; es obligado expresar específicamente cada uno de los preceptos legales que se consideren infringidos, requisito éste que la doctrina de esta Sala ha interpretado en el sentido de que la cita de artículos se realice exponiendo concretamente el precepto legal que se considere vulnerado y no un capítulo entero de una ley, ni acumular confusamente un grupo de ellos sin la debida separación.

LAS POSIBLES VULNERACIONES COMETIDAS CON REFERENCIA A LA LEGITIMACION DIRECTA SON CUESTIONES DE FONDO (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Al demandar el actor con el carácter y representación que ostenta, o sea, dueño del establecimiento donde los desperfectos, cuyo importe reclama, se produjeron, no existe falta de personalidad, pues se trata de un caso de legitimación directa cuya titularidad deriva del propio fundamento o causa de pedir, determinada por la concreta relación

que el actor guarda con el objeto del litigio y que actúa en conexión con el fondo del asunto debatido en el procedimiento, creando así no un problema de falta de personalidad, sino de falta de acción, cuando de tal legitimación carece el demandante, ya que la falta de personalidad no se refiere, como erróneamente sostiene la entidad recurrente a la existencia o inexistencia del derecho que se invoca, y el término «carácter» que dicha excepción legal emplea debe entenderse como la calidad que el actor ha de tener en cuanto a la legitimación estrictamente procesal, demandando en su nombre y actuando exclusivamente por sí o representando a un tercero y por ello no cabe admitir mencionada excepción en el demandante que ostenta plena capacidad jurídico-procesal para comparecer en juicio sin otra condición que la de ser sujetos de la relación jurídica, ni atribuirse la representación de persona alguna, por lo que resulta forzoso concluir que se excluyen del supuesto que previene el número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las posibles vulneraciones que hayan podido cometerse con referencia a la legitimación directa, pues son cuestiones que, por afectar a la acción ejercitada, se integran en el tema de fondo que constituye el objeto litigioso, y que podrán dar lugar a un recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, pero en modo alguno pueden motivar un recurso por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio.

RESOLUCION DE UN CONTRATO: NO ES SUPUESTO DE INVALIDEZ
(SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Toda resolución de un contrato no es un supuesto de *invalidéz* originaria, cual sucede en los casos de nulidad absoluta, en que el acto viene a quedar como si nunca hubiese existido, no produciendo, por tanto, efecto alguno (*quod nullum est nullum producit effectum*), sino que produce una ineficacia sobrevenida, es decir, que existe un contrato válido que luego por una causa posterior deja de producir sus efectos; y además porque durante el tiempo de su vigencia puede haberse producido alguno, sobre todo cuando las obligaciones que del mismo nacen son de hacer o no hacer.

Es imprescindible precisar con exactitud y acreditar debidamente el daño y perjuicio que se alega, lo que no es compatible con la mera alegación, y mucho menos con ponerlo en relación y hacerlo depender «en más o en menos» del resultado de la liquidación que se practicase en el susodicho período ejecutorio, de la sociedad existente, de la que incluso podrían resultar pérdidas y no ganancias.

Se sostiene en el recurso que la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito precedente, de imposible prosperabilidad, porque al afirmar que en cuanto a la petición resolutoria—en un caso expresada correctamente como resolución y en otro de modo impropio como rescisión—coinciden la demanda y la reconvencción, dista mucho de ser incongruente a los efectos decisorios—y no de los puramente dialécticos en el razonar—, puesto que efectivamente ambas partes litigantes coincidían en pedir la extinción del contrato, privándole resolutoriamente de toda eficacia, que es sin duda a lo que se refiere el Juzgador, al margen de que cada una de ellas precisase las consecuencias de la misma, pero coincidiendo con la extinción contractual, que es justo lo decidido en los pronunciamientos primero y segundo de la sentencia de primer grado, expresamente aceptados, por la que se recurre en este trámite.

DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Si ciertamente la doctrina jurisprudencial proclama que la aplicación por el órgano jurisdiccional de las facultades que para mejor proveer confiere el artículo 340 de la Ley de Trámites, en relación con el principio de rogación en que el ordenamiento procesal civil descansa, impone moderación en su uso, en evitación de que por la diligencia se sustituya o suplante la negligencia de la parte, en cumplimiento de su deber de probar los hechos que alegue, con una intervención judicial en su defensa cubriendo sus descuidos o fallos de prueba con la que de oficio se acuerde, es sobre la base de que la actividad probatoria producida por la discrecional iniciativa del Juzgador de instancia, con base en el invocado precepto legal, excede de la facultad que el mismo confiere exclusivamente, encaminada a adquirir conocimiento exacto de aquellos hechos que, sirviendo de base para fundamentar en ellos el fallo, se estime que han quedado confusos o poco determinados por las pruebas de las partes y que es necesario esclarecer en la forma adecuada para dictar la sentencia procedente.

La exigencia impuesta por el artículo 1.594 del Código civil de que «el dueño puede desistir, por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera tener de ella», no viene omitida en la resolución impugnada, dado que no se está en presencia del caso que aquel precepto legal contempla, de puro desistimiento de la obra por la sola voluntad de su dueño, al emanar de convenio concertado de respecto entre éste y el constructor demandante, para ser continuada sin su intervención.

EXISTE SOLIDARIDAD ENTRE ASEGURADOR Y ASEGURADO PARA UNA MAYOR GARANTIA DEL ACREEDOR (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.903 del Código civil, según tiene declarado la jurisprudencia, se refiere, a diferencia del 1.902, al supuesto en que el evento dañoso se haya originado por un acto de persona sometida a tutela, patria potestad, dirección o representación legal, en los que son terceras personas los que tienen que responder subsidiariamente por los autores; si bien es cierto que la solidaridad no se presume, sino que debe expresamente pactarse; sin embargo, hay casos en que la ley la establece bien como sanción de una falta o acto ilícito o como interpretación de la voluntad de las partes en garantía del acreedor, como ocurre en el contrato de seguro, en el que las responsabilidades del asegurador consisten en la obligación de asumir el riesgo y desplazar sobre su patrimonio el que pesaba sobre el asegurado, por lo que al existir unidad de objeto en el asegurador y el asegurado se produce la solidaridad.

Tanto en la contestación a la demanda como en este motivo del recurso se confunden dos problemas completamente distintos: el de la responsabilidad civil subsidiaria, en que incurren las personas que deben velar por la actuación de aquellos que de algún modo le están sometidos a su representación, tutela o dirección—padres, tutores, maestros, empresarios, etc.—y el de la responsabilidad del asegurador por subrogación, que es directa, pues asume la obligación de resarcir el daño e indemnizar los perjuicios que sobrevengan en los bienes del asegurado o por los que éste debe responder—artículo 1.791 del Código civil—, y en el que para nada juega la solvencia o insolvencia del asegurado; la insólita tesis de la aseguradora, si prospera, haría completamente inútil el contrato de seguro a las personas fisi-

cas y jurídicas que poseyeren bienes propios en cantidad suficiente para hacer frente al daño que sobreviniese por consecuencia del siniestro que se había de asegurar.

ESTIPULACION EN FAVOR DE TERCERO: SI LA BENEFICIARIA ES UNA SOCIEDAD BASTA QUE ESTE CONSTITUIDA AL TIEMPO DE RECLAMAR SU CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1977).

Doctrina de la Sentencia.—Los tres motivos del recurso se fundan en el mismo argumento impugnatorio, cual es el de que no se puede ser titular de un derecho y menos tercero beneficiario de una contratación, concertada entre personas ajenas a ella, una persona jurídica que aún no ha nacido legalmente a la vida del derecho, por no haber cubierto todas las etapas necesarias para su reconocimiento por los pertinentes órganos del Estado; y hay que desestimar los tres motivos, porque en el documento firmado por las partes existe una reserva de derecho en favor de tercero, que es la cooperativa actora en el pleito y hoy recurrida; reserva en la que se cubren todas las exigencias requeridas por el artículo 1.257 del Código civil, cuales son que la estipulación haya sido hecha a su favor y que se haya producido la aceptación dentro del plazo y antes que haya sido revocada; cumplidas las exigencias del artículo del Código civil antes mencionado con la aceptación del tercero beneficiado dentro del plazo, poco importa que la dicha sociedad se hubiera constituido o no en aquella fecha, lo importante es que esté claramente designada, legalmente constituida y que se identifique como la beneficiaria de la reserva de derecho en el momento de reclamar su cumplimiento, como dice la Sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 1956.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

APARCERIA: MANIFESTADA POR LOS COPROPIETARIOS SU VOLUNTAD DE NO QUERER CONTINUAR LA MISMA, ANTES DEL VENCIMIENTO DEL CONTRATO, NO PUEDE ACCEDERSE A LA CONVERSION EN ARRENDAMIENTO, PRETENDIDA MESES DESPUES DE LA EXTINCION DEL CONTRATO, PROCEDIENDO, EN CAMBIO, EL DESAHUCIO DEL APARCERO, SOLICITADO POR AQUELLOS (SENTENCIA DE 14 Y 20 DE MAYO DE 1975).

Cedidas varias fincas en aparecería, falleció el aparcero y continuaron los herederos en el disfrute de la finca, pretendiendo éstos la conversión de la aparecería en arrendamiento al finalizar el plazo contractual y sus prórrogas. Por otra parte, los propietarios, en 15 de septiembre de 1972—el plazo finalizaba el 16 de octubre siguiente—, advirtieron a los herederos, por carta, que a la terminación del plazo de prórroga habrían de dejar libre y expedita la finca.

En el litigio entablado por los aparceros, el Juzc de Carrión de los Condes desestimó la demanda, confirmando la Audiencia de Valladolid la sentencia íntegramente. El Tribunal Supremo, en *Sentencia de 14 de mayo de 1975*, no acoge el recurso de revisión. Los recurrentes dicen que la carta de 15 de septiembre manifestaba el anuncio de un futuro requerimiento, que no llegó a realizarse, lo que es inadmisibile, porque la frase «tengan en

cuenta que el 15 de octubre acaba el contrato de aparcería» es un admonición efectiva de presente y no para el futuro, que con el contexto de la carta es claramente reveladora de una voluntad extintiva del contrato. Ni el artículo 49 del Reglamento de 1959 ni el 7.º de la Ley de 1940 imponen formalidad especial a la voluntad del propietario de no querer continuar el cultivo en aparcería. En cuanto al tiempo, basta que se haga antes que el contrato se extinga, con un plazo racionalmente suficiente para que el aparcero pueda ejercitar su derecho a continuar como arrendatario, y así se hizo al avisar con fecha 15 de septiembre, acabando el plazo el 16 de octubre, sin que se ejercitase el derecho de opción hasta el 26 de mayo del año siguiente, cuando ya estaba extinguida la aparcería.

En el litigio incoado por los copropietarios, el mismo Juez estimó la demanda de los mismos en los que se solicitaba el desahucio de los colonos, confirmando íntegramente la Audiencia. El Tribunal Supremo, en *Sentencia de 20 de mayo* del mismo año 1975, desestimó el recurso de revisión. Tanto la carta de 15 de septiembre como otra anterior del mes de enero tienen eficacia de un requerimiento previo a la extinción del contrato. De ambas se trasluce la voluntad de no querer continuar la aparcería, exteriorizada suficientemente y dirigida a los herederos del aparcero, en su totalidad, puesto que iban dirigidas a la viuda e hijos del aparcero, ya fallecido.

RETRACTO ARRENDATICIO: NO TENIENDO LOS RETRAYENTES LA POSESION DE LA MITAD DE LA FINCA ARRENDADA, NO PROCEDE EL EJERCICIO DEL RETRACTO, SEGUN LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1975).

Algunos arrendatarios interponen demanda solicitando el retracto de la finca arrendada, que había sido transmitida. El adquirente se opone, diciendo que sólo uno de los retrayentes tiene el carácter de arrendatario, sin que su parte en la finca vendida llegara a la mitad de la misma. El Juez de Mula desestimó la demanda, manteniendo la Audiencia de Albacete la misma resolución.

No triunfa tampoco el recurso de revisión. Según la legislación de Arrendamientos Rústicos, si no hay acuerdo entre los arrendatarios, sólo es eficaz el ejercicio del retracto si los arrendatarios entre los que medie acuerdo tuvieran arrendada, al menos, la mitad de la finca. El Juzgador de instancia declaró que los arrendatarios efectivos no tenían en conjunto la mitad de la finca, desistiendo incluso algunos del recurso posteriormente, por lo que es indudable que los que continuaron no tenían dicha participación de la mitad de la finca. No es incongruente la sentencia, ya que no niega el carácter de arrendatarios de los recurrentes, limitándose a afirmar que entre los tres no alcanzan la mitad de la finca.

DESAHUCIO: PROCEDE AUNQUE SE SOLICITE POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS SOLAMENTE EN NOMBRE DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1975).

Al finalizar el plazo legal de duración del contrato de arrendamiento de aprovechamiento ganadero, se solicita el desahucio del arrendatario, quien se opuso, alegando la venta de la finca y pretendiendo el retracto. El Juzgado de Segovia desestimó la demanda, pero la Audiencia de Madrid revocó esta sentencia.

Se rechaza el recurso de revisión, ya que no resulta claro el error de hecho pretendido por el recurrente del examen de la prueba presentada, ya que lo único que resulta manifiesto es que se vendió la mitad de la finca,

siendo de muy escaso valor la prueba presentada para demostrar que se vendió toda la finca. Si el error no es manifiesto, no puede fundamentar el recurso de revisión, según la legislación de Arrendamientos. Aunque la actora diga que actúa en nombre e interés de la comunidad de propietarios, es cierto que la comunidad subsiste, aunque el hermano hubiera vendido su parte, pues el adquirente se subroga en los derechos y deberes del transmitente. Únicamente se admite el recurso en cuanto a condena en costas, por no apreciarse temeridad o mala fe en el recurrente en este caso.

RETRACTO: NO ES PROCEDENTE, POR NO ESTAR SOMETIDO EL CONTRATO A LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1975).

Interpuesta la demanda de retracto ante el Juzgado de Reinosa, los demandados alegaron que el retrayente no había tenido nunca el carácter de rentero de la finca, siendo inexactos los recibos presentados. El Juez estimó la demanda, pero la Audiencia de Burgos dejó sin efecto la anterior y absolvió a los demandados.

Se desestima el recurso de revisión, ya que la relación contractual no estaba sometida a la legislación especial arrendaticia, y aunque se acepte la competencia y el cauce procesal elegido por los demandados, como esta legislación es de *ius cogens*, dado su carácter público y social, no puede modificarse por la voluntad de las partes, no rigiendo ni la autonomía de la voluntad ni la tesis de los actos propios, según ha declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: AUNQUE LAS OBRAS LAS REALICE UN TERCERO, SI NO EXISTE CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO, PROCEDE LA RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1975).

Los dueños de un edificio dedicado a grupo escolar solicitan la resolución del arrendamiento, dirigiéndose contra el Ayuntamiento de Madrid y contra el Ministerio de Educación y Ciencia, con base en la realización de obras inconscientes. El Ayuntamiento alegó que las obras las había realizado el Ministerio sin conocimiento suyo, habiendo ordenado su inmediata paralización, oponiéndose a la demanda. El Abogado del Estado contestó que el Estado creía que el edificio era de propiedad municipal, por lo que, enterado de que no era así, suspendió las obras y recabó la autorización de los propietarios, sin éxito alguno. En consecuencia, las obras se habían realizado por un tercero de buena fe y no por el arrendatario, demostrando su buena voluntad con la suspensión de las obras. El Juzgado número 4 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior y condenó al Ayuntamiento y al Estado a desalojar el edificio.

No prospera el recurso de injusticia. Las partes litigantes están conformes en que las obras modifican sustancialmente la estructura de la finca y que se hicieron sin consentimiento de la propiedad. No procede la alegación de que es incompetente la jurisdicción civil, ya que el Ayuntamiento como persona jurídica es capaz de obligarse civilmente, sin que el Estado tenga participación en el contrato actuando como cesionario para los servi-

cios escolares que se prestan en la finca, a virtud de las obligaciones impuestas por la Ley de Educación Primaria de 1967; las relaciones Estado-Ayuntamiento no se discuten en el litigio y son las únicas de carácter administrativo. Por tanto, la resolución es ajustada a Derecho, sin que el hecho de haber sido realizadas las obras por un tercero enerve la acción, ya que el inquilino es el único obligado a responder de la integridad del inmueble arrendado frente al dueño.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: EXTINGUIDO EL CONTRATO POR TRASPASO ILEGAL DEL LOCAL, NO ES PROCEDENTE LA SUBROGACION PRETENDIDA POR EL HEREDERO DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1975).

Arrendado un local para comercio de tejidos, el arrendatario se da de baja posteriormente en el Impuesto Industrial, siendo alta en el mismo su hijo, dedicándolo a venta de armas y explosivos. Fallecido el arrendatario y pretendiendo el hijo continuar en la explotación del local, se opone el propietario, que demanda la resolución del contrato ante el Juzgado número 2 de El Ferrol. Este desestimó la demanda, pero la Audiencia de La Coruña revocó esta sentencia, declarando resuelto el contrato.

No tiene éxito el recurso de injusticia. La Sala ha llegado a la conclusión de la existencia de un traspaso ilegal del arrendatario a su hijo, por lo que el derecho de sustitución en la relación arrendaticia del local, que reconoce el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al heredero del arrendatario, requiere que esté vigente el contrato de arrendamiento, supuesto que no se da aquí por haber traspasado antes el local, sin que la muerte del arrendatario purifique la actuación ilegal de éste, conclusión que por absurda ha de ser rechazada.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO TIENE LUGAR LA DEL LOCAL DE NEGOCIO PRINCIPAL CUANDO SE DECLARA LA RUINA DE UN ALMACEN O DEPOSITO, ACCESORIO DEL ANTERIOR (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1975).

En el contrato figuraban como objeto del arrendamiento un local compuesto de tienda con trastienda para comercio de ultramarinos, así como un cuarto de planta baja en otra calle. Iniciada declaración de ruina por el Ayuntamiento respecto a este último, se solicitó la resolución del contrato para los dos locales, alegando que el contrato tiene una sola renta y un solo arrendatario, a pesar de ser dos los locales. El Juzgado número 2 de León desestimó la demanda, manteniendo la misma tesis la Audiencia.

No prospera el recurso extraordinario. El problema principal que plantea el recurso es si el objeto del arrendamiento, aunque integrado por cosas diferentes, constituye una unidad, de forma que al desaparecer una de ellas se produce la resolución del contrato o no es así, como defiende el demandado y proclama la sentencia recurrida, por ser la parte que desaparece de escasa entidad en proporción al resto. El objeto del arrendamiento es el local comercial, siendo accesorio el otro, por lo que no existe la unidad de objeto que nuestra jurisprudencia exige para la aplicación de la tesis del recurrente. Los objetos son distintos, situados en lugares diferentes sin conexión alguna entre sí, siendo el segundo un simple depósito o almacén accesorio del primero. De otra forma se abriría un portillo a la mala fe

con agregar a un local una construcción rudimentaria y provocar la ruina de esta segunda, lo cual por absurdo hay que rechazarlo. Este Tribunal se pronunció en el mismo sentido en su Sentencia de 4 de febrero de 1963 y, *a sensu contrario*, se reitera la misma doctrina en la de 2 de junio de 1970, que invoca la parte recurrente indebidamente.

DENEGACION DE PRORROGA: PACTADO COMO DESTINO DEL LOCAL EL INDUSTRIAL, CABE DEDICARLO A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA EN DERECHO (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1975).

Según el actor, el local se arrendó para dedicarlo a taller de escultor y después se cerró durante más de seis meses en un año, por lo que se solicitó la resolución del contrato. Declarado en rebeldía el demandado, se dictó sentencia desestimando la demanda por el Juzgado número 2 de Madrid, pero la Audiencia revocó aquélla, declarando nulo lo actuado a partir del emplazamiento. Realizado este nuevamente, el demandado contestó que su actividad era la de comerciante al por mayor de conservas y productos alimenticios, dedicando el local a almacén de los citados productos, por lo que no ha estado cerrado, en el sentido de abandono del mismo, nunca. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda.

Igual suerte corre el recurso de injusticia. El recurrente hace supuesto de la cuestión al prescindir de cuanto declara la recurrida sentencia, no probando el actor los hechos que fundamentan la demanda y, en cambio, demostrando plenamente la parte demandada el uso del local arrendado que lo fue «para nave industrial», con lo que cabe cualquier actividad lícita en derecho, no cabiendo duda que el uso de almacén o depósito de mercancías es ajustado a derecho y no está en contradicción con las estipulaciones del contrato, sin que pueda distinguirse entre actividad «industrial» y «comercial» como pretende el recurrente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO ALCANZANDO LAS OBRAS REALIZADAS EL IMPORTE DEL 50 POR 100 DEL VALOR DEL EDIFICIO NO PUEDE ADMITIRSE LA CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO PREVISTA EN EL ARTICULO 118 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1975).

Por requerimiento de la Autoridad, el arrendador lleva a cabo obras de saneamiento, después de haberse producido el hundimiento de la red horizontal del saneamiento del inmueble; tales obras, a su juicio, tienen un valor superior al 50 por 100 del del edificio al producirse el siniestro, por lo que se había incurrido en causa de resolución de los contratos de inquilinato de los ocupantes de la casa. El Juzgado número 14 de Madrid y su Audiencia desestimaron la demanda.

Tampoco triunfa el recurso de injusticia, va que la sentencia recurrida se basa esencialmente en un dictamen pericial solicitado por el Juzgado para mejor proveer, del que se deduce el valor de la finca, muy superior al dado inicialmente por los recurrentes y las obras de saneamiento no ascienden al 50 por 100 de ese valor. La parte recurrente intenta sustituir la interpretación de la prueba hecha por el Juzgador por la suya, subjetiva, que no puede prevalecer. Al rechazarse el supuesto de la causa del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no procede la resolución pretendida.

NULIDAD DE ADJUDICACION DE DERECHOS DE TRASPASO: CUANDO EL PROPIETARIO EJERCE SU DERECHO DE TANTEO, NO ES NECESARIO EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA PARA LA VALIDEZ DE ESTE DERECHO (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Se promovió un juicio de mayor cuantía contra la sociedad arrendataria de un local, adjudicándose los derechos de traspaso a los propietarios del mismo, que ejercitaron su derecho de tanteo. Embargados posteriormente los referidos derechos por otra entidad, se adjudican en un procedimiento de menor cuantía a otra persona, otorgándose escritura a su favor, por lo que los propietarios demandan la nulidad de tal adjudicación y que se deje sin efecto la escritura referida. El Juez de Benavente desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó la sentencia de primera instancia.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso extraordinario. Los demandantes adquirieron los derechos de traspaso por una providencia judicial y los demandados por escritura, pretendiendo los recurrentes que el traspaso no existe sin escritura, lo que no puede admitirse, ya que los propietarios no ejercitan ningún derecho de traspaso, sino que adquieren mediante el pago del precio ofrecido por un tercero el derecho del arrendatario sobre el local, para cuyo ejercicio no se necesita escritura, según declaró esta Sala en Sentencia de 2 de mayo de 1963, por consistir en el rescate de la plena posesión y disposición del bien propio, inherente al dominio. En cuanto a la inadecuación de la providencia para efectuar una declaración de derechos del tipo de la que formula, es de apreciar que no puede admitirse el recurso de casación por la violación o aplicación indebida de normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que respecta a la posesión en caso de doble venta, en relación con la escritura, aparte de ser cuestión nueva, que no puede admitirse, es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contra. Asimismo es cuestión nueva la de que los recurrentes notificaron al embargo a los actores antes de la adjudicación hecha a su favor.

OBRAS INCONSENTIDAS: DEMOSTRADA LA REALIZACION DE OBRAS QUE ALTERAN LA ESTRUCTURA DEL LOCAL, SIN AUTORIZACION DEL ARRENDADOR, TIENE LUGAR LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1975).

El arrendatario efectúa obras en el local que modifican su estructura, trasladando el water de sitio y construyendo una nueva habitación. El Juez de Arenas de San Pedro desestimó la demanda, pero la Audiencia de Madrid admite la apelación, declarando resuelto el arrendamiento.

El recurso de injusticia no tiene éxito. Teniendo en cuenta las manifestaciones hechas por las partes litigantes, sienta la sentencia recurrida la conclusión de que el demandado realizó obras, cambiando el emplazamiento del water, haciendo desaparecer los tabiques que delimitaban la primera dependencia para unirla a la cocina y que construyó una pequeña habitación en la planta baja para instalar un cuarto de asco, constituyendo una modificación sustancial de la configuración del local arrendado, sin que se acredite la autorización del propietario, y como estas premisas tienden a desvirtuarse por el recurrente, sin que se señale un documento que tenga una contradicción con el criterio expuesto por el Tribunal, sino que, por el contrario, admite en la contestación el hecho que sirve de base a la Sala sentenciadora para aplicarle la sanción de la Ley arrendaticia, consistente en la resolución del arrendamiento.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO. NULIDAD. CAPTACION DE VOLUNTAD. DOLO. INCAPACIDAD MENTAL. Artículos 673, 1.269, 1.281, párrafo 2.º, y 1.282 del Código civil (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1977).

Doña A. M., de edad superior a los ochenta y tres años y padeciendo trombosis cerebral en virtud de un ataque sufrido el 18 de marzo de 1969, otorgó sendos testamentos antes distintos Notarios el 21 de mayo y el 17 de julio de 1969, en los que instituyó herederos a los demandados, apelados y recurridos, en perjuicio de los actores, apelantes y recurrentes, ninguno de los cuales era legítimo. Los últimos vieron desestimados sus pretensiones por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza y por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad, como ahora por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, que en sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara:

Considerando que el primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por la sentencia impugnada, de los artículos 1.281, párrafo segundo, y 1.282 del Código civil, con el concepto de violación, al no haber sido tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, al interpretar las notas—en parte mecanografiadas y en parte manuscritas—que fueron presentadas con el escrito de demanda, sin firma alguna que las autentificase, y redactadas por el demandado, don J. M., según éste reconoció de manera expresa en los autos, motivo éste que ha de ser rechazado, toda vez que la interpretación de las mismas ha de atribuirse al Tribunal sentenciador de instancia y su criterio debe respetarse mientras no se demuestre, de manera clara y terminante, que resulta equivocado, ilógico o absurdo, supuesto que en el presente caso no acontece, dado que al declarar la resolución recurrida que dichas autenticadas notas «implican, en principio, una prueba de captación dolosa que se alega» se atiene a la literalidad de los términos en que las mismas aparecen redactadas, dada la claridad de ellos, interpretación ésta que, por otra parte, es aceptada por los recurrentes al afirmar que en tales documentos se plasmó la voluntad del demandado señor M., si bien pretenden, con solo este elemento probatorio que aportan, se declare expresamente que la supuesta captación de voluntad tuvo lugar, lo que en modo alguno cabe admitir, ya que expresadas notas, por sí solas, no son un exponente de la realidad de aquélla, sino que constituyen un conjunto de normas instructivas para poder ser llevada a efecto, o sea, que vienen a integrar, única y exclusivamente, un propósito o proyecto, cuya puesta en práctica habría de ser objeto de otras pruebas que lo acreditasen, pues tal propósito, que resulta expuesto con claridad, es lo que tan sólo ha de tenerse en cuenta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.228 del Código civil, ya que tales notas, por sus términos, no revelan la existencia real de la dolosa captación de voluntad ni exteriorizan su efectividad, y sabido es que, en el orden fáctico y jurídico, una cosa es la pretensión captatoria de voluntad de una persona y otra el que esa pretendida captación se hubiera llevado a efecto y alcanzase la finalidad perseguida, lo que no establece acreditado la sentencia recurrida.

Considerando que en el segundo de los motivos del recurso, igualmente amparado en el número primero del artículo 1.962 de la Ley Procesal Civil, se alega la infracción, por violación, del artículo 1.253 del Código civil, al no establecer la sentencia impugnada el enlace lógico-jurídico entre el hecho demostrado de las anteriormente aludidas notas, y que según los recurrentes recogen el proceso captatorio de la voluntad de la testadora y

su notoria influencia en la redacción de los dos testamentos objeto de la acción de nulidad en la demanda ejercitada, cuyo motivo ha de correr igual suerte desestimatoria que el anterior, pues para que pudiera establecerse la deducción que la parte recurrente pretende habrían de ser, los hechos básicos de la presunción, otros distintos a los que el Tribunal sentenciador de instancia declara como probados, pero dado que, al ampararse el motivo en el citado número primero del artículo 1.692, lo que en él se combate es la precisión y rigor del proceso deductivo del Juzgador, ha de partirse, inexcusablemente, de la relación fáctica que ésta declara probada, y en el presente caso lo que la sentencia recurrida estima únicamente acreditado es la existencia de las referidas notas redactadas por el demandado señor M., que, en principio, implican, como se ha dicho, una prueba de la captación dolosa que se alega, declarando a continuación que «no hay el más leve indicio probatorio de que se llevara a efecto en el acto mismo de testar»—sin que tampoco exista prueba alguna de que por hechos anteriores a dicho acto se hubiere preparado el fraude—, de lo que se infiere, como lógica consecuencia, lo acertado de la conclusión deducida en orden a estimar improbados los hechos de la demanda en cuanto se refieren a la actuación dolosa de los dos demandados para captar la voluntad de la testadora en beneficio de ambos, por lo que resulta pertinente declarar que el Tribunal *a quo* no ha incidido en la infracción que en este motivo se le atribuye, toda vez que tal conclusión ha sido deducida de acuerdo con la libre apreciación de la prueba hecha por el Juzgador, habiéndose limitado la parte recurrente a establecer una presunción, según su particular estimación y que no puede prevalecer, máxime si se tiene en cuenta que lo hace afirmando la realidad de unos hechos que la sentencia declara improbados, tales como el que las notas fueron dirigidas por el señor M. al señor N., así como las supuestas maquinaciones dolosas llevadas a cabo por éste, sin haber utilizado para ello la vía del número séptimo del citado artículo 1.692, única admisible al efecto, ya que al argumentar en la forma en que lo hace se combate, por cauce inadecuado, la apreciación de la prueba hecha por los juzgadores de instancia.

Considerando que la desestimación del anterior motivo lleva consigo, como ineludible consecuencia, la del tercero, que se formula en base del número primero del artículo 1.692 de la ley rrituaria, por violación negativa, dada su inaplicación de los artículos 663 y 1.269 del Código civil, que declara, el primero de ellos, la nulidad de todo testamento otorgado con dolo, violencia o fraude, puesto que lo antecedentemente expuesto pone de relieve lo improbadado de la supuesta captación dolosa de la voluntad de la testadora por los demandados, y que tenía como base, únicamente, las tan mencionadas notas redactadas por el señor M., sin que conste quién fuese el destinatario de ellas, como los propios actores reconocieron en el escrito de la querella que formularon con anterioridad a la iniciación del pleito, aun cuando ahora, sin base alguna que fundamente tal aseveración, afirman lo fueron el señor N., no existiendo ningún otro elemento de prueba que acredite esa dolosa actuación, por lo que no ha podido ser infringido el artículo 1.269, pues sabido es que el dolo no se presume y que ha de probarse debidamente por la parte que lo alega, y en el presente caso no aparece justificado extremo tan esencial y, por el contrario, y con relación al primero de los testamentos impugnados, otorgado en 21 de mayo de 1969, cabe afirmar que no sólo no se prueba, sino que viene a desvirtuar la existencia de toda maquinación fraudulenta, ya que la testadora se limita a establecer en él unos legados, en favor tanto de los demandados como de la demandante doña P. G., dejando subsistente en todo lo demás el testamento que había otorgado en 18 de noviembre de 1966 y en el que instituía herederos universales de todos sus bienes, derechos y acciones a personas distintas a las que, en concepto de partes, actúan en el pleito origen de este recurso, los cuales ningún beneficio obtenían en dicho testamento.

Considerando que para combatir la sentencia recurrida, en cuanto desestima la acción de nulidad basada en la incapacidad mental de la testadora para otorgar los dos testamentos objeto de la impugnación, alegan los recurrentes otros dos motivos, el primero de los cuales—cuarto en la enunciación de la totalidad de los expuestos—formulado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba en que la sentencia recurrida incide, y que la parte recurrente deduce de los documentos que, como auténticos, cita, ha de ser desestimado, por cuanto ambos documentos han sido examinados e interpretados por la Sala de instancia, atribuyéndoles el valor que tienen a los efectos resolutorios de la litis, siendo, por tanto, los mismos sobre cuyo alcance se ha discutido en el juicio y decidido en la sentencia, careciendo por ello de la autenticidad que, a efectos de casación, requiere el citado numeral para poder apreciar el error de hecho que se alega, ya que los términos de los mismos no han sido desconocidos en aquella, sino que, partiendo de ellos, ha fijado su trascendencia en el orden jurídico, lo que, en todo caso, podría suponer un error de interpretación únicamente combatible por el cauce del número primero del mencionado artículo 1.692, y, en definitiva, de ninguno de tales documentos se desprende que la testadora se encontrase incapacitada mentalmente, que es la consecuencia que la parte recurrente pretende obtener, lo que hace inviable el motivo, y cuya inviabilidad, a su vez, conduce a la desestimación del quinto y último motivo de los articulados y que, alegado en base del número primero del precepto legal mencionado, atribuye a la sentencia impugnada la infracción, por violación, al no haber sido aplicados, de los artículos 663, número segundo, y 666 del Código civil, ya que no acreditada la incapacidad mental—habitual ni accidental—de la testadora, resultan de absoluta inaplicación los expresados artículos.

COMENTARIO.—Esta sentencia, aparte la reiteración de que el dolo no se presume y ha de probarse debidamente por la parte que lo alega, contiene en su considerando segundo la tesis de que la captación de voluntad puede provenir tanto de actos simultáneos como anteriores al otorgamiento del testamento.

PARTICION (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1977).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero y de cuyos primeros considerandos se desprenden claramente los hechos que la motivan, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, que estimó la demanda.

Las consideraciones de nuestro más Alto Tribunal son las siguientes:

Considerando que son afirmaciones de la instancia básicas para la resolución de este recurso, siempre que no sean modificadas por los dos motivos amparados en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los siguientes:

Primero: Que fallecido el 5 de agosto de 1967 don J. E. M., esposo de doña C. S. y padre de doña C. y doña P. E. S., actrices de este pleito, así como de don J. E. S., demandado bajo testamento en el que se nombraban albaceas y contadores partidores, los herederos no suscribieron la participación propuesta por éstos en el juicio voluntario de testamentaría, presentando demanda en el oportuno juicio contencioso, los tres herederos cita-

dos en primer lugar, juicio en el que se dictó por la Audiencia sentencia impugnada en el recurso.

Segundo: Que la fábrica de construcción de muebles fue montada durante el matrimonio, así como también, durante él, fueron adquiridas las fincas incluidas en el inventario de la herencia.

Tercero: Que, ocurrido el fallecimiento del padre, el hijo don J., demandado en el juicio, se hizo cargo de la administración de la fábrica de muebles, principal medio de fortuna de la familia, sin dar cuenta de sus frutos y rentas a los demás herederos.

Cuarto: Que ante las dilaciones en la realización de la partición, la viuda del señor E., el 8 de noviembre de 1967, con el fin de facilitar que se realizara, suscribió un escrito en el que hacía renuncia tanto a su parte de ganancias como a su haber en la herencia de su marido; pero condicionando su renuncia a estas tres condiciones: a) que se fijara una pensión alimenticia por los hijos; b) que se le garantizara el cobro de dicha pensión, y c) que se le adjudicara el dominio del piso segundo izquierda de la casa de la testamentaria, número 3 de la calle de los Fueros, de Z., «donde proyectaba instalar su domicilio»; propuesta que, al no ser contestada ni llevada a cabo en su condicionado, hizo nula la renuncia, según lo declaran tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación; hecho, el del no cumplimiento del condicionado, que es el que se combate en el motivo del recurso formulado por error de hecho.

Considerando que en dicho motivo segundo se invocan como documentos auténticos: a) una certificación de la Caja de Ahorros de Guipúzcoa, acreditativa del pago de 10.000 pesetas mensuales desde noviembre de 1967 a septiembre de 1973 por el hijo don J. a su madre, y b) una certificación de la Delegación de Industria de una solicitud firmada por la madre y por las dos hermanas demandantes por la que autorizan, como herederas del señor E., que la industria de muebles figure en adelante a nombre del hijo; motivo que tiene que ser desestimado, pues la sentencia no niega que los hijos C. y J. pasaran una pensión de supervivencia a la madre ni que las hijas y la madre autorizaran el traspaso del negocio a efectos administrativos a favor del único hijo varón; por el contrario, lo afirman; lo que niegan ambas sentencias es que con ello se cumplieran los tres requisitos del condicionado de la renuncia; faltaría, en primer lugar, la fijación formal de la pensión y la aceptación por la viuda de su suficiencia en relación al caudal hereditario; pero, sobre todo, faltarían siempre los otros dos requisitos previos a la validez de la renuncia: la garantía para afianzar su cobro y la adjudicación en propiedad del piso segundo izquierda de la casa número 3 de la calle de los Fueros.

Considerando que tampoco puede prosperar el noveno motivo, de idéntico fundamento procesal que el anterior, en él se trata de demostrar que la sentencia no ha tenido en cuenta lo dispuesto en la cláusula cuarta del testamento en lo referente a lo que constituye el acervo de la fábrica de muebles y para ello se invoca, como documento auténtico, unas pólizas de seguro, hechas en vida por el padre del recurrente de los distintos locales afectos a dicho negocio; pero no se tiene en cuenta, en primer lugar, que las pólizas de seguro no son documentos auténticos a efectos de casación y, en segundo lugar, que el pronunciado de la instancia, en su apartado quinto, dice, después de prescribir que se adjudiquen a cada coheredero, bienes de la misma naturaleza, calidad y especie, «evitando en lo posible, excesos de adjudicación», que ello ha de hacerse «sin perjuicio de que se procure adjudicar al demandado don J. E. S., la propiedad del negocio de fabricación de muebles comprendido en el inventario», frase y referencia al inventario que da paso, al realizarse la partición, a que se comprenda, dentro de la frase «negocio de fabricación de muebles»; todo lo que en su testamento el causante estimó como comprendido en él, al redactar la cláusula cuarta de su testamento, que no se deroga, sino que se respeta.

Considerando que desestimados los motivos de error de hecho y al quedar firme la relación fáctica que da la instancia, tienen que decaer los motivos primero, tercero, cuarto y décimo, amparados todos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el primero, el tercero y el décimo, en los que se alega, respectivamente, la violación de los artículos 1.281, 1.282 y del 665 del Código civil, que son alusivos a la interpretación de los contratos, los dos primeros y de los testamentos el décimo, porque, según la jurisprudencia de esta Sala, la interpretación siempre que no sea absurda, lo que no ocurre en este caso, corresponde a la instancia; pero, sobre todo, porque la letra de la renuncia suscrita por la madre el 8 de noviembre de 1967 y la cláusula cuarta del testamento del causante son claras, e igualmente lo son los actos anteriores, coetáneos y posteriores, y la instancia no declara nula la renuncia por desconocerse su sentido, sino porque al tratarse de una *renuncia condicionada* la da por no eficaz al no haberse cumplido los presupuestos necesarios para que se produjera, y en cuanto al testamento, porque, como queda dicho al refutar el noveno motivo, la instancia respetó lo dispuesto por el causante, en su literal interpretación; tampoco declara la sentencia ineficaz la renuncia por defecto de forma, como parece aducir el motivo cuarto; pues, aun hecha en la forma en que se hizo sin solemnidad de ninguna clase, hubiera sido eficaz si se hubiera pactado con la madre, por parte de los hijos, sobre los extremos que ella exigía como previos para renunciar; si se hubieren cumplido, ella, se dice en el escrito, hubiera comunicado a los albaceas, de forma auténtica, su renuncia, a lo que no le dieron lugar.

Considerando que en los motivos sexto y séptimo, amparado el recurrente en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal civil, alega la violación, en el primero de ellos, del artículo 1.056, párrafo segundo, del Código civil y la violación, en el segundo, de la doctrina legal que cita sobre el procedimiento para declarar la nulidad de una cláusula testamentaria, en ellos se combate el pronunciamiento quinto de la instancia, en el que se programa el reparto de los bienes de la herencia, procurando, de una parte, respetar las indicaciones del testador sobre adjudicación de determinadas fincas; de otra, la mayor igualdad en el valor de los distintos lotes y, por fin, se prevé que en el caso de no poder lograrse la absoluta igualdad se fijen las cantidades que para lograrla hayan de abonarse entre sí los herederos: en dichos pronunciamientos no sólo no se olvida la Sala de lo dispuesto en el artículo 1.056 del Código civil, sino que lo aplica en toda su integridad, así como tampoco declara la nulidad de ninguna cláusula testamentaria, sino que, por el contrario, impone el respeto a la cláusula cuarta del testamento del causante, al final de la cual se alude expresamente a la posibilidad de que existan compensaciones en metálico e incluso en la forma de satisfacerlas; por lo cual hay que desestimar estos dos motivos.

Considerando que en el motivo quinto, alegando la violación del artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dice que en el juicio contencioso, que se inicie en el caso previsto por dicho artículo, sólo podrán discutirse las cuestiones que fueron objeto de la disidencia entre los herederos; y también tiene que ser desestimado, pues, aparte de tratarse de un precepto procesal, cuya violación no encaja en el marco del recurso de fondo, en la junta de contadores e interesados en la herencia del señor E., convocada por el Juez como punto final del juicio voluntario de testamentaria, al amparo del artículo 1.086 de la ley procesal, el desacuerdo fue total, tanto en lo referente a la liquidación de la sociedad de gananciales como en la valoración dada a los bienes, como en cuanto al reparto de ellos con arreglo a la voluntad testamentaria, y ello autoriza la amplitud con la que ha sido tratada la cuestión en el juicio contencioso.

Considerando que, por último, también ha de ser desestimado el motivo octavo del recurrente, en el que se impugna el pronunciamiento octavo de la instancia; en él se provee que «los coherederos deben de abonarse reci-

procamente las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, incluso los del negocio de fabricación de muebles del inventario»; este pronunciamiento, que es el que más perjudica al demandado recurrente, que, como afirma la sentencia, se hizo cargo de la fábrica desde la muerte de su padre sin rendir cuentas, se impugna en el motivo de forma inoperante; se dice que la rendición de cuentas sólo puede hacerse después de realizada la participación y la adjudicación de los bienes y no antes, como prescribe la sentencia; pero no se repara en que la sentencia no hace la participación, sino que fija los principios, conforme a los cuales la partición ha de realizarse y, entre ellos, determina que hasta que se proceda a la adjudicación, ya que los bienes han permanecido, desde la muerte del causante, en administración temporal, las rentas y frutos producidas durante ese período, aun de los que se adjudiquen al heredero, que los admitió, no le pertenecen a él, sino a partir de la adjudicación; los devengados, antes, pertenecen a la comunidad hereditaria, por ello ha de rendir cuentas cada heredero de los que haya administrado en ese intervalo, incluso de los que en la partición se le adjudiquen a él.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

FASE LOCAL Y FASE ESTATAL EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE UN PLAN PARCIAL, ¿HASTA QUE PUNTO ES NECESARIA UNA FASE LOCAL PARA LA RESOLUCION ESTATAL DEL RECURSO DE REPOSICION?

I. ANTECEDENTES

1. Una promotora redacta un Plan Parcial de Ordenación para el Polígono de Azpitagaña (Pamplona).

2. Seguido el procedimiento de formación de Planes, el Ayuntamiento de Pamplona lo aprueba provisionalmente con una sola modificación relativa a unos terrenos escolares.

3. El Ministro, al someterse dicho Plan, por Orden de 19 de octubre de 1970, deniega la aprobación definitiva por existir deficiencias en cuanto a zonas verdes, volumetría, aparcamientos y justificación de un edificio singular.

4. La Promotora recurre en reposición contra dicha Orden, aportando nueva documentación subsanando las deficiencias señaladas.

5. El Ministro, a la vista de lo anterior, por Orden de 31 de julio de 1971, estima el recurso de reposición y aprueba definitivamente el Plan.

6. El Ayuntamiento de Pamplona contra la antedicha Orden de 31 de julio de 1971 interpone recurso contencioso-administrativo.

II. LA SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1977

En esta sentencia, de la que fue ponente el excelentísimo señor don Aurelio Botella y Taza, se resuelve la cuestión planteada en los anteriores antecedentes en los considerandos que a continuación se destacan:

«Segundo: Que, de conformidad con el artículo 32.3 de la entonces vigente Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, la aprobación definitiva del Plan o proyecto es *el acto resolutorio que pone fin al procedimiento de su elaboración*, en cuyo curso o sucesión de actuaciones, monótonamente condicionada cada una a la validez del anterior, *los momentos procedimentales de aprobación inicial y provisional* por el Ayuntamiento constituyen *actos de mero trámite* al abrir cauce a la aprobación definitiva en opuesto modo a cuanto el acuerdo del órgano municipal es denegatorio u obstáculo del normal acceso a la decisión del superior órgano urbanístico, circunstancias que configuran la aprobación provisional como *condición necesaria, pero insuficiente, para constituir acto defi-*

tivo, señale o no aquélla, de oficio o como resultado de la información pública de la citación de propietarios, en el supuesto del artículo 42-1, rectificaciones al documento urbanístico en trámite, como aquí acaeció en materia de terrenos escolares, pues dichos cambios producidos en la aprobación provisional siempre participan, cualquiera que fuese su trascendencia técnica, del valor tan sólo expectante o intencional que posee el documento hasta *el acto terminal que pronuncie el órgano superior, que es el único de carácter definitivo en cuanto que resolutorio del expediente*, decisión que la cual, en el evento de apreciar deficiencias técnicas, como en el caso lo fueron las denotadas por el Ministerio de la Vivienda, supedita su contenido a un *criterio de esencialidad o gravedad*, según resulta del mencionado artículo 32-3 de la Ley del Suelo, de tal manera que si los defectos son graves, la aprobación definitiva queda subordinada a una rectificación que afecta al mismo procedimiento de elaboración del Plan, ya que por imperio del precepto referenciado, y *sin que el artículo 42-3 consigne excepción expresa respecto al Plan de iniciativa particular*, habrá de devolverse al Ayuntamiento para que subsane aquellas esenciales deficiencias ya de oficio, y por aquéllas, digo, y por medio de sus delegados órganos redactores, o bien, como aquí procede, por requerimiento al promotor, en ambas hipótesis, a efectos de *nueva aprobación provisional por el Ayuntamiento*, mientras que si los defectos apreciados por el Ministerio son de escasa importancia—*calificación revisable en esta vía* como hecho determinante del acto en ella impugnado—, la aprobación definitiva no presupone trámites subsanadores en el mismo procedimiento que es presupuesto de esa resolución, toda vez que, para el caso, existe en el artículo 32-3, en conexión con el 42-3 de la Ley del Suelo, excepción expresa, cual es la de quedar relevado de hacerlo el Ayuntamiento, y la aprobación definitiva ya incluye y define las modificaciones que el promotor habrá de producir como condición impuesta a la subsiguiente fase ejecutiva del Plan, situación distinta de la aquí contemplada, donde por el Ministerio se aprobó en documento distinto urbanístico al resolver el recurso de reposición.

Tercer considerando: Que el carácter taxativo de las normas procedimentales, como son las específicas de elaboración del Plan, impide sustituir sus disposiciones por otros trámites cuyo alcance y finalidad son sustancialmente diversos, como aquí acaeció con los correspondientes al recurso de reposición interpuesto por la inmobiliaria promotora contra la primera resolución del Ministerio de la Vivienda desaprobatória del Plan, ya que el expresado recurso, a tenor de lo establecido en los artículos 113 y 126 de la supletoria ley procedimental, tiene por materia la resolución administrativa originaria y su interposición repristina al momento anterior a pronunciarse ésta en ámbito decisorio del recurso ante el mismo órgano que dictó la resolución primera; características incompatibles con el hecho, constatado en el expediente, de que la sociedad promotora cambiase el documento urbanístico sobre el que había versado el procedimiento especial, por otro nuevo y distinto que ya no incluía los defectos que motivaron el acuerdo desaprobatório primeramente adoptado por el Ministerio de la Vivienda, acompañando al efecto el nuevo documento al recurso de reposición para así provocar la aprobación pura y simple en el acto resolutorio del expresado recurso que es objeto de la presente impugnación jurisdiccional, sustitución que implica marginar los preceptos examinados en las precedentes consideraciones que rigen el procedimiento especial de elaboración y aprobación de los pla-

nes, así como desbordar el alcance y significado del recurso de reposición, lo que conlleva que la resolución de aquel recurso, al aprobar directamente un documento de nueva concepción que no había pasado por los trámites especiales e indispensables para alcanzar su fin—o sea, los señalados en los artículos 32 y 42 de la Ley del Suelo—, *no debió extenderse a aprobar sin más* tal documento urbanístico novado, *sino que limitándose al reexamen* del contemplado por la Orden recurrida en reposición, *acordar la devolución al Ayuntamiento si estimaba que los defectos eran esenciales, o aprobar el mismo Plan* tramitado ante el Ayuntamiento con indicación de las deficiencias y relevación de nueva aprobación provisional *si rectificaba el Ministerio su anterior calificación de esenciales* de las referidas deficiencias, dejando sin efecto en ambos supuestos la no aprobación pura y simple que había dado al documento urbanístico objeto del expediente, pero en ningún caso era factible al Ministerio, como, sin embargo, lo hizo en la resolución aquí impugnada, aprobar lisa y llanamente como plan parcial un distinto documento no sometido al procedimiento señalado por tal y que no es, desde luego, el del recurso de reposición intentado aprovechar para ello por la promotora, sin que razones de *economía de tramitación* ni acudir a la concentración de *facultades resolutorias en un órgano superior*, permitan soslayar las garantías que comportan el legal y adecuado procedimiento, como también es infactible atribuir un recurso de reposición a un tratado de habilitar para ello con el *incompleto traslado* que de él se dio al órgano municipal, efectos que no posee y que están en discordancia con su específica naturaleza.

Cuarto considerando: Que, en su virtud, la resolución aquí combatida infringió las normas de procedimiento contenidas en los artículos 32-3 y 42-3 de la Ley del Suelo, así como las también citadas concernientes al recurso de reposición, lo que obliga a anularla con estimación consecuente del actual contencioso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83-2 y 61-a) de la ley jurisdiccional; y como medida inherente a la causa formal que produce dicha anulación, atendido el carácter de orden público de las leyes procedimentales, deben reponerse las actuaciones al momento anterior a pronunciarse el acto que se anula para que por el Ministerio de la Vivienda, en funciones de Comisión Central de Urbanismo, y conforme a la normativa vigente al interponerse el recurso de reposición, resuelva éste a tenor de la situación contemplada por los antecedentes que ofrecía el procedimiento y no con base a la nueva documentación urbanística que la sociedad promotora introdujo al socaire del mencionado recurso de reposición por ella interpuesto, lo que equivale a decir que se anula el acto impugnado sin perjuicio de que por el Ministerio se dicte otro con estricta observancia de las normas procedimentales que regulan la materia.»

III. COMENTARIO

1. Los trámites para la formación de Planes de Ordenación

A. La exigencia de trámites en general

Toda persona jurídica, en cuanto tal, se materializa en unos medios y se encarna en unos hombres (1). Los medios y los hombres son instrumentos de la persona y la personalidad de un fin, que se persigue organizando medios y hombres y haciéndoles funcionar. Cuanto mayor es la

(1) Aparte la importancia relativa que medios y hombres adquieren según el tipo de personificación: asociativa, fundacional.

cercanía del fin perseguido con la personificación y el interés concreto de los hombres que dan carne a la persona jurídica, el funcionamiento, y precisamente el funcionamiento hacia el fin institucional, está más claramente garantizado. Por el contrario, dirigir una organización de hombres hacia un interés público (y en cuanto tal difuminador de los concretos de cada uno en particular) supone poner en contraposición los de todos (poco de cada uno) contra lo de cada uno (poco o nada de lo de todos), siendo todos (...) tanto los que están fuera como los que están dentro de la organización; de aquí que en las administraciones públicas se plantee especialmente el problema de garantizar la adecuación de sus decisiones (2) con el interés colectivo al que van dirigidas, respondiendo la exigencia de seguir un procedimiento, o conjunto de trámites previos a la resolución, a la necesidad de garantizar frente a todos (...) el acierto legal y político (3) de la decisión final y, a su vez, determinado el distinto contenido de la actuación administrativa a la existencia de especiales trámites no previstos en general e incluso de una tramitación distinta de la generalmente prevista (4). La existencia de trámites, el que éstos no deban ser lo que son o cómo son, es una cuestión raramente discutible con objetividad. La falla en el procedimiento no es normalmente atribuible al mismo procedimiento (a su existencia y a los trámites que lo integran), sino a la falta de identificación de fin perseguido por la estructura administrativa (y por su procedimiento para funcionar como simple instrumento de aquél), con el fin que persigue el funcionario (cualquiera con tal que se contraponga o aparte del interés público) o el interesado en la resolución (en una determinada resolución). La inadecuación de fines en estos supuestos determinará que el funcionario no desarrolle el procedimiento con arreglo a principios legales de economía y celeridad exigibles dentro de los trámites legalmente exigidos, y que la crítica por el interesado sea subjetiva y condicionada por su interés personal.

B. Trámites para aprobar Planes

Trasladar las anteriores consideraciones a los Planes de Ordenación supone acentuarlas: la planificación territorial quizá sea uno de los instrumentos en los que actualmente con mayor claridad se plantea la incidencia del interés público y particulares e incluso de los intereses públicos estatales, regionales y locales, dado que al ser su finalidad racionalizar, en beneficio colectivo, el desarrollo atendiendo al dato territorial (5), incide sobre derechos tan tradicionalmente privados como el de propiedad (6), y sobre competencias tan tradicionalmente locales como las urbanísticas (7).

Pues bien, la acentuación de tensiones y, por tanto, del problema, lógicamente determina la existencia de un procedimiento especial, el regulado

(2) Decisiones, resoluciones, actos administrativos dotados de la fuerza () que el fin teóricamente perseguido exige.

(3) La más clara exigencia del interés colectivo, antes incluso que la oportunidad política, es el respetar la legalidad establecida en interés de todos para evitar la arbitrariedad.

(4) En la exposición de motivos del Decreto de 10 de octubre de 1958, por el que se señalan los procedimientos especiales por razón de su materia, se distingue claramente lo que son trámites específicos que caben perfectamente en el flexible procedimiento general de los procedimientos propiamente especiales.

(5) De mayor a menor amplitud según la clase de plan.

(6) Basta leer los artículos 76 y 87 de la Ley del Suelo. Entre las manifestaciones doctrinales singularmente destacan las exclamaciones de JUAN VALLET: «Es un positivismo contra natura. Es un ataque brutal al derecho de propiedad» (en *Estudios sobre derechos de cosas*, Madrid, 1973).

(7) Siempre se suele citar la expresiva Sentencia de 29 de octubre de 1967: «la competencia urbanística de los municipios ha sido absorbida por órganos centrales y periféricos de la Administración del Estado». Por todos puede verse JAVIER SALAS: *El tema de las competencias*. En el tomo II del trabajo dirigido por el Profesor S. MARTÍN-RETORTILLO sobre *Descentralización administrativa y organización política*, Alfaguara, 1973, págs. 528 y ss.

en la Ley del Suelo (8), y cuyos trámites son (9): aprobación inicial, información pública, en su caso audiencia de las Corporaciones afectadas, aprobación provisional y, como último hito, la aprobación definitiva. Es de destacar, por un lado, la exigencia de un trámite específico de información pública y, por otro, la existencia de una sucesión de aprobaciones que culminan en la definitiva.

Por lo que se refiere a la información pública baste destacar que constituye un trámite esencial del procedimiento (10) y que su sentido es doble: evitar la notificación y audiencia singularizada de los titulares de derechos afectados (11) y proporcionar al público la posibilidad de informarse e informar aportando ideas que puedan servir para una más adecuada planificación (12).

En lo referente a las sucesivas aprobaciones, su verdadero sentido se encuentra en la determinación de las respectivas competencias: *Provisionalmente* aprueba el órgano o entidad administrativa que aprobó inicialmente el Plan y lo sometió a información pública, recogiendo las modificaciones al proyecto inicial que a la vista de las informaciones del público considera procedentes (LS). *Inicialmente* aprueba quién haya redactado el Plan (art. 41). *Definitivamente* aprobará o el Ministerio o la Comisión Provincial de Urbanismo (art. 35, 1, c) y d).

Se advierte que mientras la competencia para la aprobación definitiva viene determinada directamente (en el 35), la tramitación previa a dicha definitiva aprobación viene atribuida (en el 41) a quién hubiese redactado el Plan: habrá que determinar quién tiene competencia para redactar el Plan. Pero, a su vez, hay que advertir que, como cuestión previa, es necesario (13) saber a qué tipo de redacción se está refiriendo el 41.

Cabe distinguir quién pueda redactar materialmente un Plan, de qué Corporación u organismo tiene competencia para formularlo jurídicamente. La redacción material de un Plan puede encomendarse a técnicos de la misma, de otra o de ninguna Corporación (art. 31, *in fine*), consistiendo simplemente en dar expresión palpable a una voluntad planificadora. A diferencia y en correlación con lo anterior, la redacción, en su sentido de formulación jurídica de la planificación, implica *primero* una decisión acerca de la oportunidad de la existencia de un Plan (y, en su caso, de qué datos y directrices deba perseguir dicho Plan), *luego* determinación de quién elaborará materialmente el Plan (y, en su caso, en qué plazos debe tenerse concluida la misión encomendada), *culminando* (y aquí la conexión de los supuestos relacionados) con la aceptación como propio (14) por la Corporación competente de lo materialmente redactado, lo que constituye la aprobación inicial, que inicia la tramitación del 41. De aquí que la competencia para redactar y tramitar se atribuya al Ayuntamiento respectivo, y que esta competencia no debe entenderse desvirtuada por el hecho de encomendarse la redacción MATERIAL a técnicos de distinta Corporación (así está claro en el 31). Pero de aquí también que la competencia para redactar y tramitar pueda excepcionalmente ser atribuida a entidades dis-

(8) En cumplimiento de la disposición final I, 3, de la LPA, el Decreto de 10 de octubre de 1958 establece cuáles son los procedimientos especiales, entre ellos veinte, los de formación y aprobación de planes.

(9) Los trámites del procedimiento tipo son los del artículo 41 (antiguo 32) previsto para los planes municipales parciales, que es el tema del comentario.

(10) No lo es en el general (arts. 87 y 130 LPA), y al serlo aquí, su inexistencia podría considerarse causa de nulidad absoluta por constituir la esencia del especial procedimiento. Así, DAVID HERRERO, RDU, 32, pág. 64; GONZÁLEZ BERENGUER, *Teoría y práctica del planeamiento*, pág. 210; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo, artículo 41*.

(11) Sin que la inexistencia implique preclusividad alguna a diferencia de otras (impropiamente llamadas informaciones públicas). Por todos, POU VIVER, RDU, 18, págs. 93 y ss.

(12) MARTÍN BLANCO *Estudios y dicámenes*, pág. 149.

(13) Necesidad acentuada por la variable terminología de la LS: redactar, formular, formar, elaborar.

(14) Como luego veremos, en los planes de iniciativa privada puede «no culminar», pero sí implicará la tramitación una aceptación como propio del proyecto.

tintas del Ayuntamiento, siempre que quede claro que la ley se refiere a dicha competencia. Esto último tiene dos supuestos: por un lado, que el Ayuntamiento ceda dicha competencia a otra entidad u organismo (15), posibilidad recogida en el apartado 1.º del 31; por otro lado, que opere una sustitución, aun en contra de la voluntad municipal, por incumplimiento de obligaciones urbanísticas. Sustitución (16) que puede estar específica (en el 32 y el 33, por ejemplo) o genéricamente contemplada (en el 54, 218 ó 217).

En los supuestos últimamente contemplados, el Ayuntamiento pierde la iniciativa en su planteamiento (17), correspondiendo la aprobación inicial y tramitación subsiguiente al organismo retractor. Lo específico de la tramitación estará aquí en que, dada dicha marginación de la entidad local afectada (por lo que de territorial tienen Plan y entidad) (18), al Ayuntamiento deberá dársele audiencia para que informe en un trámite específico e inmediatamente anterior en la aprobación provisional por el organismo redactor (19).

Cuando no se dan los supuestos contemplados y sí el normal de competencia municipal (art. 214 en relación con el 31), es el Ayuntamiento respectivo al que corresponde la tramitación y sometimiento a la aprobación definitiva del Plan.

De lo dicho, que el problema de la interconexión entre la aprobación provisional y la definitiva sea distinto según quien haya tramitado: en el supuesto normal (Ayuntamiento) y determinadas especiales (subrogación por la Diputación Provincial, por una Mancomunidad) cabría plantear si estamos ante una manifestación de la tutela por los órganos estatales (control por medio de la aprobación definitiva) sobre las Corporaciones locales o simplemente ante un procedimiento bifásico divisible (en una fase local y otra estatal), pero siendo uno al procedimiento y una resolución del mismo.

Pero cualquiera que sea la naturaleza que se atribuye a la aprobación definitiva, siempre que no se den los supuestos de desplazamiento de la competencia local, la existencia de una fase local será presupuesto de la aprobación definitiva.

Por lo que se refiere a los Planes de iniciativa privada, lo dicho es igualmente aplicable: según el artículo 54 (antiguo 42), redactados por los particulares, se *elevantán* al Ayuntamiento para su tramitación, conforme a lo previsto en general (desde la aprobación inicial al sometimiento a la definitiva), con la única especialidad de deber citarse personalmente a información a los propietarios afectados.

C. La Sentencia de 27 de octubre de 1977

En la primera parte del segundo considerando de la Sentencia de 27 de octubre de 1977, referida a un Plan de iniciativa particular, configurándose el procedimiento como unitario (. .), se da clara expresión a la inexcusabilidad de la fase local (.).

(15) Según el 31 a la Diputación o a la Comisión Provincial de Urbanismo, pero como cuando el cometido exceda de las posibilidades de las Corporaciones Locales, cabe subrogación por cualquier Organismo Urbanístico según el 5, apartado 4º, a cualquiera de éstos podrán encargarse.

(16) Previo procedimiento que culmine con acto expreso. Por todos puede verse BASSOLS COMA, RDU, 12.

(17) Tratándose de planes parciales está claro. El problema se plantea en los generales (art. 40).

(18) No entramos en el problema de si en el concepto debe entenderse incluida la Diputación Provincial.

(19) La razón de ser del trámite debe estar en proporcionar datos no sólo sobre el plan redactado, sino sobre las alegaciones planteadas en la información pública. De lo que no cabe duda es que la Entidad local podrá manifestarse también en la información pública.

2. Posibilidades de la aprobación definitiva (20)

A. Planteamiento

Antes el problema era constatar cómo sin la primera fase (o local) no podía haber (salvo excepción) aprobación definitiva válida en la fase estatal. Ahora se trata de plantear el problema de si y hasta qué punto puede la aprobación definitiva introducir rectificaciones en el Plan sin necesidad de volverlo a la primera fase. Se trata de un problema relacionado con el anterior y, sobre todo, de una cuestión de graduación (21).

Lo primero a advertir es que en la literalidad de la Ley del Suelo no se encuentra recogida expresamente la posibilidad. Efectivamente, en el 41 se contemplan una serie de grados en los defectos observables, que determinan distintas posibilidades de aprobación, pero no expresamente la que apuntamos.

La primera disyuntiva es que existan o no deficiencias: si no hay deficiencias, se aprueba el Plan lisa y llanamente; si se aprecian deficiencias, se abre un nuevo abanico de posibilidades.

Las deficiencias observadas pueden ser, en primer lugar, subsanables o insubsanables: si son subsanables, se devuelve a la fase local el Plan para que se rectifiquen y se someta de nuevo a aprobación definitiva; si son insubsanables, la devolución a la fase local determinará que dicha fase debe recorrerse en su totalidad (22).

Aun siendo subsanables las deficiencias observadas, éstas pueden tener mayor o menor importancia. Pues bien, si son de escasa importancia podrá relevarse a la Corporación local de elevar de nuevo el Plan, ya rectificado, a la fase estatal (23).

Ahora bien, y a la inversa del supuesto últimamente contemplado, ¿cabrá rectificar directamente deficiencias sin dar marcha atrás a la fase local?

B. Posibilidad y límites de las rectificaciones estatales

La posibilidad que analizamos, aun partiendo de la configuración de la aprobación definitiva como acto de control no jerárquico (tutela), sería admisible dentro de ciertos límites. Así lo ha entendido la Sentencia de 29 de marzo de 1976, siempre que las modificaciones introducidas: 1) sean de las que *necesariamente* habrían de introducirse, y 2) *no* sean de tal *importancia* que su introducción directa suponga suplir la voluntad de la Corporación Local. Es decir (y esto es el dato fundamental a retener), aunque sea legalmente necesario rectificar algunos puntos, en tanto éstas sean de

(20) Hablamos de posibilidades en el sentido de cuáles son las opciones formales del contenido de la aprobación; cuestión distinta de cuál es la amplitud del control (técnico, de legalidad, de oportunidad..).

(21) a) Con ocasión de someterse un plan a aprobación definitiva se aprueba otro distinto. b) Con ocasión . se aprueba el mismo plan, pero con sustanciales modificaciones c) Con ocasión

(22) Entiendo que el 41 debe interpretarse en el sentido de considerar insubsanables las deficiencias que determinarían (una vez introducidas mediante la correspondiente reelaboración del Plan) una nueva información pública; en otras palabras si fuera exigible una nueva información pública (y no hay por qué distinguir las rectificaciones introducidas por la Corporación Local directamente de las introducidas a consecuencia del señalamiento de deficiencias al devolverse desde la fase siguiente o estatal), aunque se señalen deficiencias, la naturaleza del procedimiento implica que el plan debe entenderse rechazado. Sobre el problema de la exigencia de nueva información pública pueden verse las Sentencias de 17 de marzo de 1958, 2 de junio de 1958, 25 de febrero de 1964, 28 de abril de 1967, 4 de abril de 1970, 1 de febrero de 1971, 2 de diciembre de 1974, 25 de junio de 1976 y 28 de abril de 1977.

(23) Relevación que deberá ser expresa (Sentencias de 14 de junio de 1969 y 7 de noviembre de 1972) y congruente con el contenido de la aprobación (Sentencias de 28 de abril de 1977 y 29 de marzo de 1976), aunque cabría entender el plan aprobado parcialmente (Sentencia de 23 de abril de 1976)

Por otro lado, admitida la aprobación parcial (lo que es perfectamente lógico), a todas las posibilidades cabría añadir el supuesto genérico de una de las posibilidades respecto de una parte del plan, y cualquiera de las otras respecto de la otra parte.

importancia debe mantenerse la opción local de retirar el Plan propuesto (24).

El trasplante de las anteriores consideraciones a los Planes de iniciativa privada plantea la cuestión de hasta qué punto puede la privatividad desvirtuar la trascendencia de la voluntad municipal y dejarla limitada a la impulsión de los trámites del 41. La respuesta me parece evidente: la exigencia de elevar el Plan a través de la fase local obliga a dar sentido a las aprobaciones inicial y provisional. La intervención municipal, por tanto, no puede verse sustituida por una relación directa entre el órgano estatal y el promotor privado sino en los casos en que pueden introducirse directamente modificaciones. Cuestión independiente será la de que las dichas modificaciones se introduzcan directamente o se condicione la fase de ejecución del Plan privado a su introducción por el promotor (25).

C. La Sentencia de 27 de octubre de 1977

En la sentencia comentada se recogen las anteriores consideraciones (considerando segundo, en su segunda parte...). Nos interesa resaltar dos aspectos concretos:

Por un lado, el criterio determinante, que según la sentencia es la esencialidad, la escasez de importancia de las deficiencias-rectificaciones. Debe puntualizarse que ello deberá entenderse con arreglo a la graduación de importancia, que antes hemos visto; la sentencia no desvirtúa la doctrina expuesta.

Por otro lado, la afirmación de revisabilidad del criterio apreciado. Habrá que considerar ampliable esta posibilidad de revisar a otros grados que no sean el último y determinante de la posibilidad de introducir rectificaciones directamente.

3. Recurso de reposición contra Plan

A. Naturaleza y objeto de la reposición

En general, todo recurso (de reposición) tiene por objeto un acto administrativo PREVIO respecto del cual se pide (al órgano que lo dictó) su revisión (26), a fin de que se declare su desajuste y se reajuste al ordenamiento jurídico.

(Según la sentencia comentada: «tiene por materia la resolución administrativa *originaria* y su interposición retrotrae al momento anterior de pronunciarse ésta el ámbito decisorio del recurso».)

La resolución recaída en la fase estatal sobre un Plan (27), en cuanto acto de la administración administrativa (28): puede ser objeto de revisión en vía de recurso. Cabe, por tanto, un nuevo encuentro en esta fase revisora de legalidad con el Plan ya formulado, aprobado y vigente.

B. Resolución y tramitación de la reposición

La revisión del acto recurrido en reposición determinará un nuevo acto, en el que si se estima el recurso puede (aparte declararse la invalidez) rec-

(24) El siguiente paso sería: si no es legalmente necesario rectificar, tampoco podrá condicionarse la nueva aprobación definitiva a dicha rectificación (Sentencia de 25 de junio de 1976).

(25) Otra cuestión es la inversa: la posibilidad de introducirse directamente (en la fase local y en la estatal) modificaciones al plan redactado por el promotor (art. 54 *in fine*).

(26) Por todos, LANDELINO LAVILLA, *Revista de Administración Pública*, núm. 34.

(27) No entramos en el problema de qué acuerdo debe ser el recurrible. Véanse PERALES, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 1; BOQUERA, *R. D U*, núm. 18, y RODRÍGUEZ MORO, *Revista de Administración Pública*, núm. 50.

(28) Independientemente de la naturaleza (acto-norma) del plan (.), el recurso contra el contenido del acto puede referirse al acto mismo (las posibilidades que antes veíamos) o su contenido (el plan propiamente dicho), conexiones ambos supuestos por la calificación de los defectos

tificarse el previo, adoptando cualquiera de las posibilidades que hubieran podido acordarse previamente (29).

Para la resolución se exige un procedimiento. Pues bien, éste puede no coincidir con el de elaboración del acto previo. Normalmente coincidirán, dado que los trámites de la Ley de Procedimiento Administrativo se aplican tanto a la producción de actos como a sus revisiones; el problema se plantea cuando para la elaboración se establece un procedimiento especial (no el de la Ley de Procedimiento Administrativo) y para la tramitación del recurso no hay especialidad legalmente prevista. Se trata de un supuesto referible a los Planes y que se analiza en la sentencia que comentamos. Su análisis exige especiales apartados.

4. *No puede aprobarse en reposición un Plan en base a nuevos datos aportados en dicho procedimiento y desconocidos en el de formación*

A. *Argumentos*.—Los argumentos contenidos en el tercer considerando de la sentencia comentada no pueden ser más claros: *Se parte* del «hecho... de que la Sociedad promotora cambiase el documento urbanístico por otro distinto que no incluía los defectos que motivaron la desaprobación», es decir, del hecho de que no se esté revisando, rectificando uno previo, sino analizando un nuevo y distinto Plan. *Se sigue* que tal hecho es «incompatible con las características» y «desborda el alcance y significado del recurso de reposición». *Le concluye* que «al no ser, desde luego, el del recurso de reposición» el procedimiento especial de elaboración y aprobación de Planes, «no puede sustituirse éste por aquél 'dado' el carácter de orden público de las leyes procedimentales». *Y se añade* que «las garantías que comporta el legal y adecuado procedimiento» no pueden soslayarse aduciendo razones de economía de tramitación (30), ni acudiendo «a la concentración de facultades resolutorias en el órgano superior» (31), ni habilitando incompleto traslado del recurso al Ayuntamiento (32).

B. *El fallo*.—El fallo de la sentencia es, a su vez, claro: «se anula el acto impugnado, sin perjuicio de que por el Ministro se dicte otro con estricta observancia de las normas de procedimiento que se recogen en la materia».

Cabe puntualizar, en primer lugar, que la nulidad absoluta hubiera sido una conclusión más lógica: más que (como dice la sentencia) «no haber pasado los trámites especiales e indispensables para alcanzar su fin (artículo 48, 2, L. P. A.)», el acto ha sido adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 47, 3, L. P. A.); todo, como es lógico, sin perjuicio de lo actuado antes de la fase de reposición (artículo 52, L. P. A.).

Por lo que se refiere al otro acto que el Ministro ha de dictar (y, a su vez, la resolución «estimatoria» del recurso de reposición que podía haber válidamente dictado), será el centrado sobre la calificación de los defectos observados. Es decir, efectuada la subsanación de defectos, que antes, en el trámite de aprobación definitiva, se consideraron tan esenciales que determinaron una denegación pura y simple, ahora podrá rectificarse esa calificación considerándolos no esenciales (33) y consiguiente y congruente-

(29) Y como es lógico sean congruentes con la petición (*reformatio in peius*, aparte)

(30) Los principios de economía vinculan a la Administración, pero dentro del marco legal de trámites específicamente previstos; es interpretativo, pero no derogatorio.

(31) La afirmación tiene singular valor, dado que la sentencia parte de la tesis de la unidad de procedimiento. Respecto de la configuración organizativa unitaria, MARTÍN BLANCO: *Estudios y dictámenes*, especialmente pág. 103, y NÚÑEZ RUIZ, *Revista de Derecho Urbanístico*, 1968.

(32) Porque salvo los supuestos especiales que antes veíamos, es el Ayuntamiento quien tramita, y esta exigencia no podrá suplirse por una Audiencia (como trámite especial) incompleta.

(33) O, mejor dicho, calificándoles de tal manera que posibiliten la solución pretendida, según vimos antes.

mente aprobar pura y simplemente el plan novado (34). Por el contrario, en tanto no se rectifique la clasificación de los defectos, dada la introducción de nuevos datos afectantes a los defectos antes considerados esenciales, no hay otra salida que una nueva remisión del Plan a la fase local para poder aprobarse.

La claridad del fallo (y su congruencia con los argumentos esgrimidos) constituye una importante aportación a la doctrina jurisprudencial, pero no sólo por su aplicación al supuesto contemplado (novación del Plan en reposición), sino también por su aplicabilidad a otros supuestos.

5. *No se puede acordar en reposición lo que no se podía haber acordado directamente en el trámite de aprobación definitiva*

Supongamos que en la reposición no se introducen nuevos datos (no cabría apoyar el fallo en la inaplicabilidad del procedimiento de reposición por razón de no ser REVISORIO). ¿Hasta qué punto puede el Ministro rectificar su acuerdo de aprobación definitiva?

El dato a tener en cuenta es que, en la aprobación definitiva, para rectificar el proyecto de Plan presentado por el Ayuntamiento se exigen una serie de presupuestos, como antes vimos, cuya ausencia determinaría la necesidad de hacer bajar de nuevo el Plan a la aprobación provisional, incluso a información pública. El problema a solucionar es el de si aun estando en un supuesto de revisión (mismos datos y acto) de legalidad (procedimiento distinto del de elaboración), las rectificaciones exigen los requisitos de la fase de elaboración. Pues bien, el interés de la sentencia, como decíamos, se reduplica, por poder aplicarse su tesis a este supuesto. Efectivamente, la tesis es (en cuanto al acto producible en congruencia ya con la naturaleza de la revisión, «limitándose al reexamen del acto contemplado por la Orden ministerial») que según la esencialidad o no de los defectos rectificables (o, lo que es lo mismo, de las rectificaciones) puede acordarse o no directamente su aprobación en reposición.

La conclusión, por tanto, es que no sólo es el dato de la revisabilidad y el del carácter jurídico de la revisión, sino, además, es el de la importancia SUSTANTIVA de las rectificaciones, el que determina la necesidad o no de retroceder a la fase local. No puede rectificarse en reposición, sino con el procedimiento que sería exigible en la elaboración, independientemente de la cobertura que el procedimiento de reposición pudiera proporcionar. La reposición no constituye una fase independiente, sería como la fase estatal de elaboración (aunque con otra perspectiva), que, a su vez, está en conexión con la fase local (que aquí funciona al igual que en la elaboración).

Todo ello perfectamente congruente (35) con las peculiaridades de la reposición (identidad del órgano productor-revisor) y del procedimiento de elaboración de Planes (tramitación municipal previa y determinante de la decisión estatal).

J. G. S.

(34) Como es lógico, sin perjuicio del recurso contra la calificación, como vimos

(35) Aparte la tendencia descentralizadora y autonómica.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

CENTROS DOCENTES. EXENCIONES. HERENCIA A FAVOR DE UNA ASOCIACION PRO-SUBNORMALES CON CENTROS DE EDUCACION ESPECIAL RECONOCIDOS POR EL MINISTERIO DE EDUCACION Y CIENCIA. APLICABILIDAD DE LA EXENCION CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 19, 1, 7.º, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—En 1971 fallece una señora en estado de viuda, sin descendientes ni ascendientes, habiendo otorgado testamento notarial en el que, entre otras disposiciones, en el remanente de sus bienes instituyó únicos y universales herederos a diversas instituciones de Santander, entre las que se encontraba la Asociación Montañesa Pro-Subnormales. Habiéndose practicado las operaciones particionales de la herencia y presentada primera copia de la correspondiente escritura en la Abogacía del Estado de dicha ciudad, se gira liquidación del Impuesto General de Sucesiones a nombre de la Asociación hoy apelante, concepto sucesiones, título herencia, el tipo 73 por 100, 7 h., base imponible 1.282.790 pesetas, con un total a ingresar de 914.374 pesetas. La referida Asociación formula reclamación contra la anterior liquidación, alegando sustancialmente que la misma tiene el carácter de benéfico-social y está declarada de utilidad pública, acompañando certificación que lo acredita y solicitando la exención correspondiente.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial desestimó la reclamación, manifestándose en igual sentido el Tribunal Central y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos.

Interpuesto posteriormente recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, se estima en base a la siguiente

Doctrina.—«Considerando que a los fines de esta resolución procede, ante todo, hacer constar, como resultancia procesal acreditada mediante el expediente administrativo: 1.º Que entre las Asociaciones que constan registradas en el Registro Provincial del Gobierno Civil de Santander figura la denominada “Asociación Montañesa Pro-Subnormales” con el número 5 de orden provincial y 97 de orden nacional, como Asociación benéfico-social y declarada de utilidad pública en el Consejo de Ministros de fecha 20 de febrero de 1970, resolución comunicada al Gobierno referido en escrito de la Dirección General de Política Interior y Asistencia Social, del Ministerio de la Gobernación, de fecha 31 de marzo de 1970—certificación del secretario general del Gobierno Civil de Santander de 21 de noviembre de 1971—, y 2.º Que la Asociación Montañesa Pro-Subnormales tiene, con anterioridad

al 27 de marzo de 1971, reconocidos por el Ministerio de Educación y Ciencia, centros de educación especial dedicados a niños subnormales en las localidades de Santoña, Castro Urdiales, Astillero, Los Corrales de Buelna, Reinosa, Torrelavega y Santander. Con posterioridad a esta fecha indicada, los de Camargo, Hoznayo y Comillas. En todos ellos se imparte la enseñanza gratuita (certificación del delegado provincial accidental del Ministerio de Educación y Ciencia en Santander de 28 de septiembre de 1973).

Considerando que paralelamente a las expresadas circunstancias fácticas, son normas fundamentales aplicables en litis: A) que todas las personas físicas y jurídicas de nacionalidad española, tanto públicas como privadas, podrán "crear" centros docentes que impartan enseñanzas reguladas en el título 1.º de esta Ley, artículo 94-1 de la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de 4 de agosto de 1970; B) que la "educación especial"—artículo 49, capítulo 7.º, título 1.º, de la expresada ley—tendrá como finalidad preparar, mediante el tratamiento educativo adecuado, a todos los deficientes e inadaptados para una incorporación a la vida social, tan plena como sea posible en cada caso, según sus condiciones y resultados del sistema educativo; y a un sistema de trabajo en todos los casos posibles que les permita servirse a sí mismos y sentirse útiles a la sociedad, y C) que en el Impuesto General sobre las Sucesiones, *están exentas* "las herencias y legados en favor de centros docentes de cualquier grado reconocidos o autorizados por el Ministerio de Educación y Ciencia, artículo 19, 1, 7.º, del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967.

Considerando que en esta vertiente la cuestión litigiosa esencialmente se contrae a la valoración de "AMPROS" como "centro docente de educación especial", a la luz de los artículos 49 y 94 de la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970 y 19, 1, 7.º, del calendario Texto Refundido del Impuesto sobre las Sucesiones; y si se tiene en cuenta que los Estatutos de la Asociación previenen: Artículo 3.º Serán fines de la misma "encaminar el esfuerzo de todos los asociados a la mejor educación y readaptación de los niños y adultos subnormales, mediante la obtención de los medios económicos, científicos y docentes más apropiados y perfectos", y artículo 44: "Para la realización de los fines propuestos, la Asociación, en su deseo de mejorar las posibilidades de recuperación de estas personas, procurará hacerlo por los medios siguientes: a) *Practicando toda clase de estudios, investigaciones y trabajos de aplicación directa a la enseñanza de subnormales*, y e) creando centros e impulsando los ya creados para la Formación Profesional y adaptación social de los subnormales"; claro es que en este practicar estudios de aplicación DIRECTA a la enseñanza, entre otros medios estatutarios, encaminados a la realización de sus fines, en esta labor de participación directa en las tareas educativas desarrolladas en los centros que dirige, en este estar subordinada, como éstas, al éxito de la obra educadora, compartiendo con ellos la responsabilidad de las tareas, se encuentra la demostración—cumplida y perfecta demostración—de que la Asociación Montañesa Pro-Subnormales que acciona no sólo crea impulso y económicamente nutre los expresados centros de enseñanza especial, reconocidos por el Ministerio de Educación y Ciencia a que hace referencia en la certificación de la Delegación Provincial de dicho Ministerio en Santander, sino que, al impartir, repítase, "directamente y como tal asociación esas enseñanzas—enseñanza de especialización tan trascendente y difícil, en cuanto que las personas que las reciben son minusválidos o subnormales—, preciso es reconocer, con toda justicia, que la expresada Asociación merece la misma consideración legal de los referidos centros, estatualmente reconocidos y, consecuentemente, la exención establecida en el artículo 19, 1, 7.º, del Texto Refundido de 6 de abril de 1967"; conclusión a que se llega partiendo de la "literalidad" de la norma fiscal—que por serlo no

admite la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de la exención—, pero con el valor añadido de un resultado racional, atemperado al espíritu de una ley no fiscal—Ley General de Educación—, en la que el viejo concepto de centro docente—lugar autorizado de reunión de profesores y alumnos en que se imparten enseñanzas—ha tenido que abrirse y ampliarse en una nueva acepción para dar paso—piénsese en el perfeccionamiento de los medios de comunicación actuales—a aquellas personas jurídicas que, como la Asociación Montañesa Pro-Subnormales, de litis, además de impartir “directamente” sus enseñanzas, las distribuye y comunica si no por medio de las ondas—como Universidad a distancia—, sí a través de esos centros que dirige y mantiene a sus expensas.»

BUQUES. PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA. CONSIDERACION O NO COMO INMUEBLE A EFECTOS DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Con fecha 13 de agosto de 1973 tuvo entrada en la Abogacía del Estado de Vizcaya una escritura de entrega del buque *Monteayala*, financiada por entidades bancarias con un préstamo de 129.622.499 pesetas, por cuya virtud se pusieron en circulación letras de cambio en garantía del pago de su importe en el plazo pactado, y la sociedad armadora «Naviera Aznar, Sociedad Anónima», constituyó hipoteca sobre dicho buque, dando lugar la escritura, entre otras, a la liquidación por impuesto de transmisiones, concepto préstamos número 12 de la tarifa. Contra dicha liquidación se formuló reclamación económico-administrativa, alegándose sustancialmente que los buques son esencialmente bienes muebles y la Ley de Hipoteca Naval sólo los considera como inmuebles para hacer posible la hipoteca, pero sin modificar su calificación a otros efectos, por lo que a los fiscales sigue siendo mueble aún hipotecado, y que los préstamos que se conceden constituyen operaciones típicas, habituales y onerosas, por lo que procedía declarar su sujeción al Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas.

Desestimada la reclamación por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial e igualmente por el Tribunal Central y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos, se interpone recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cónovas se estima en base a la siguiente

Doctrina.—Considerando que la cuestión fundamental estriba en decidir si el buque debe tener la consideración de bien inmueble a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales por consecuencia de su caracterización como bien de esta naturaleza en el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 o si, por el contrario, como se postula por la recurrente dicha ficción legal no surte efecto en la aplicación del citado impuesto, cuyo Texto Refundido, artículo 62, 1, indica que estarán sujetos al mismo los préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, como supuesto excepcional a la regla general de no sujeción al mismo de los préstamos cuando constituyan actos habituales del tráfico de las empresas.

Considerando que la expresada Ley de Hipoteca Naval, al privar de su naturaleza-mueble al buque, atribuyéndole la de inmueble, lo hizo a fin de poder constituir una garantía real no posesoria sobre el buque, compatibilizando la garantía real del acreedor con la finalidad comercial propia de la navegación marítima al quedar el buque en posesión del propietario y para conseguirlo, como el Código civil dispone que la hipoteca ha de recaer sobre bienes inmuebles (artículo 1.874 y concordantes de la Ley Hipotecaria), atribuyó este carácter al buque mercante, mediante una ficción legal

que no tiene otro alcance en nuestro ordenamiento jurídico, como resulta del propio texto legal según el que «pueden ser objeto de hipoteca los buques mercantes» y señala que «para este solo efecto se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio (artículo 1), y conforme a este precepto del Código Mercantil para todos los efectos del derecho sobre los que no se hiciere modificación o restricción seguirán los buques su condición de bienes muebles», por lo que la atribución de carácter inmueble al buque mercante constituye una norma excepcional que no puede ser interpretada extensivamente ni aplicarse a supuestos distintos, según doctrina común hoy recibida por el Código civil en su artículo 4, número 2, según texto de 1974, al disponer que las leyes excepcionales no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Considerando que el carácter de bien mueble del buque, salvo el supuesto de su hipoteca, no resulta contradicho por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de abril de 1965 al exigir el consentimiento uxorio para hipotecarlo cuando el buque tenga carácter ganancial, pues en virtud de la exigencia del artículo 1.413 del Código civil, reformado en 1958, ese consentimiento se precisa para los actos dispositivos sobre inmuebles, por lo que precisamente a efectos de constitución de su hipoteca al ser aplicable el singular precepto de la Ley de 1893, es exigible tal consentimiento, consideraciones que explícitamente se contienen en tal resolución, señalando el carácter de bien mueble a los restantes efectos del buque.

Considerando que si del examen de la norma singular que atribuye carácter inmobiliario al buque, pasamos a la normativa fiscal y, en concreto, al impuesto de transmisiones patrimoniales que se aplica por la Administración, el artículo 10 del Texto Refundido expresamente se remite al Código civil o, en su defecto, al Derecho Administrativo, «para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación», y conforme al Código civil es clara la calificación del buque como bien mueble (arts. 333 y 334), razón por la que el artículo 62, 1, del Texto Refundido del impuesto de litis no puede, según esta disposición interpretativa, comprender a los buques cuando se refiere a los préstamos con garantía hipotecaria sobre los bienes inmuebles, pues conforme al citado artículo 10 los buques tendrán la caracterización que les atribuye el Código civil, al que expresa y directamente se remite, a este efecto calificador, habiendo sido ya sustentado este criterio por la Sala al denegar a un buque la exención fiscal de este impuesto contenida en su artículo 65, número 40, en favor de la constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero (Sentencia de 6 de octubre de 1972).

PERMUTA. APORTACION DE SOLAR A CAMBIO DE VIVIENDAS QUE HAN DE CONSTRUIRSE. INCUMPLIMIENTO POR EL CONSTRUCTOR DE SU OBLIGACION DE CONSTRUIR Y ENTREGAR LAS VIVIENDAS. INOPERANCIA DE UNA DECLARACION JUDICIAL DE NULIDAD POSTERIOR A LA PRESENTACION DE LOS DOCUMENTOS QUE FUERON LIQUIDADOS EN SU DIA (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Hchos.—Mediante documento privado de fecha 5 de julio de 1967, ciertas personas convinieron con otra (constructor) en aportar sus respectivas participaciones de solar a cambio de viviendas que habrían de construirse. Habiendo incumplido el constructor la obligación que sobre él pesaba de construir y entregar las viviendas, se planteaba el problema de si era o no procedente la liquidación girada por transmisiones, concepto de permuta

y, por otro lado, la posible repercusión de una alegada sentencia de la jurisdicción ordinaria declarando la nulidad del acto con posterioridad a la presentación de los documentos liquidados en su día.

Tras las reclamaciones, todas ellas desestimadas, entabladas ante el Tribunal Provincial, Tribunal Central y Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, llegamos al recurso que, habiéndose interpuesto en grado de apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, es desestimado, tras aceptar sustancialmente los considerandos de la sentencia apelada, en base a la siguiente

Doctrina.—Considerando que el recurrente impugna la sentencia apelada en base a negar la existencia de un contrato de permuta como acto jurídico gravado y en segundo término impugnando también la valoración que sirvió de base a la liquidación que se combate y finalmente alegando la declaración por sentencia firme de la nulidad del contrato origen de la litis, por lo que las cuestiones a resolver son las siguientes: 1.ª) si el acto origen de la litis constituye o no un contrato de permuta sujeto al impuesto de transmisiones; 2.ª) si la existencia de sentencia firme declarando la nulidad del acto originario repercute en la no exigibilidad del impuesto, y 3.ª) si la base de la liquidación impugnada es o no exacta.

Considerando que en cuanto a la naturaleza del acto por el que se giró la liquidación impugnada contenido en el documento privado de 5 de julio de 1967, en el que, de una parte, doña Mercedes Esteban Jurado y otras ocho personas y, de otra, el hoy recurrente, don Luicio Cofrade Pérez, convienen en que los primeros aportarán su parte indivisa de un terreno o solar delimitado entre diferentes calles mencionadas, sito en el término municipal de San Sebastián de los Reyes, sumando las partes indivisas aportadas las nueve décimas partes indivisas del total del dominio del solar, y a cambio de esta aportación el recurrente, en su condición de promotor y constructor de viviendas, entregaría en el plazo de cinco años seis viviendas a cada uno de los aportantes del solar, perteneciendo la décima parte indivisa restante del solar al propio constructor de las viviendas, detallándose el modo de sortearlas, su superficie y otras circunstancias, ha sido calificado como acto bilateral y oneroso por el que se cambia el pleno dominio de bienes inmuebles, calificación que es la procedente, sin que se pueda desvirtuar, como pretende el recurrente, por la consideración de la falta de entrega de las viviendas, que no llegaron a construirse, pretendiendo que el contrato estaba sujeto a condición suspensiva, dependiendo de dicha construcción, pero los términos del referido documento privado no permiten deducir la existencia de esta modalidad convencional que haría depender la existencia del convenio del hecho futuro e incierto de la edificación convenida, pues esta condicionalidad no está expresada ni cabe deducir de los términos de la convención que fuese su presupuesto, sino, al contrario, el convenio refleja con claridad inequívoca un contrato no sujeto a condición suspensiva, siendo la construcción de las viviendas la ejecución de lo convenido, ya que para el cumplimiento por parte del constructor de las obligaciones asumidas era necesario llevar a efecto tal construcción, que representaba la contraprestación a la cesión o aportación por los demás intervinientes de sus participaciones indivisas en la propiedad del terreno y como quiera que el contrato de permuta, según el artículo 1.538 de nuestro Código civil, es de naturaleza puramente consensual, como el mismo recurrente reconoce, es indudable la existencia de un contrato de esta naturaleza, aunque en su ejecución no se hubiesen cumplido las respectivas obligaciones asumidas por ambas partes o por alguna de ellas, razones por las que la calificación base de la liquidación debe ser mantenida y sin que la valoración de las parcelas a efectos del cálculo de las viviendas a recibir por cada condueño varíe la naturaleza de la permuta celebrada.

Considerando que la cuestión de la repercusión de una alegada sentencia

de la jurisdicción ordinaria que declararía, según el propio recurrente, la nulidad del contrato contenido en el documento privado origen de esta litis puede motivar la inexigibilidad del impuesto, pues, según el artículo 1.113 del aún vigente Reglamento de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, cuando acerca de la transmisión de bienes o derechos se promueva litigio se interrumpirán desde la interposición de la demanda todos los plazos para la presentación de documentos, hasta que sea firme la resolución definitiva que ponga término a aquél, precepto que *a contrario sensu* obliga a no interrumpir el procedimiento contencioso-administrativo cuando el litigio se haya promovido con posterioridad a la presentación de documentos, como ocurrió en el caso presente, interpretación congruente con lo dispuesto en el artículo 17 del Texto Refundido del impuesto sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales vigente para cuando se declare o reconozca por resolución judicial o administrativa firme la nulidad de un acto o contrato en que se regula el derecho del contribuyente a obtener la devolución de lo que satisfizo por cuotas del tesoro dentro de los requisitos que establece dicho precepto, siendo, por tanto, inoperante en este recurso jurisdiccional la alegación de una declaración judicial de nulidad posterior a la presentación de los documentos que fueron liquidados en su día.

CENTROS DOCENTES. HERENCIA. EXENCIONES. APLICABILIDAD DE LA EXENCION PREVISTA EN EL ARTICULO 19, 1, 7.º, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Fallecida cierta señora en estado de viuda, sin dejar descendientes ni ascendientes y con testamento en el que, entre otras disposiciones, instituye heredero al Círculo Católico de Obreros de San José, se practican operaciones particionales, y presentada copia de la escritura en la Abogacía del Estado competente se gira liquidación a cargo de la citada institución, por el concepto de sucesiones, título de herencia, al tipo del 73 por 100, tarifa 7 h. Impugnada ésta por el citado Círculo Católico, alegando que, por tratarse de una institución de carácter docente, es aplicable la exención del artículo 19, 1, 7.º, del Texto Refundido del Impuesto, el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, lo mismo que el Central y la Sala de Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Burgos, emiten fallos desestimatorios.

Promovido por el repetido Círculo Católico recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, se estima en base a la siguiente

Doctrina.—Considerando que la recurrente invoca a su favor la exención que para el impuesto de sucesiones contiene el artículo 19, 1, 7.º, del vigente Texto Refundido, alegando el carácter de centro docente que posee dicha entidad, a lo que se opone la Administración, que niega dicho carácter, por lo que la litis exige, en primer término, la determinación del carácter de la entidad recurrente, según consta en el expediente, del que son de destacar los siguientes puntos: 1. La entidad Círculo Católico de Obreros de San José, fundada en 1896, se rige por los Estatutos visados por el Ministerio de la Gobernación, a tenor de lo prevenido en la Ley de 24 de diciembre de 1964, con fecha 28 de junio de 1972; 2. Por Orden del Ministerio de Educación de 25 de abril de 1950 (folio 7 del expediente) se dispone que «a todos sus efectos se considere como Escuela Nacional Graduada de Niños, con tres secciones», la que actualmente depende de la citada entidad de Santander, a cuyo efecto se entenderán creadas definitivamente tres plazas de maestros nacionales para cada una de ellas con el sueldo que se fija en dicha Orden; 3. En 1962 la entidad recurrente regenta en régimen de Patro-

nato completamente gratuito seis unidades escolares, con total de 252 alumnos, habiendo cedido gratuitamente locales a la Delegación Provincial de Santander para que pueda cubrir el déficit de escolaridad de 84 alumnos de Educación General Básica (folio 7 bis y 9 del expediente); 4. En 6 de mayo de 1967 es aprobado por Orden Ministerial el Reglamento del Patronato de las escuelas de la entidad recurrente, Patronato del que es presidente honorario el director general de Enseñanza Primaria, y 5. Declaración por el Consejo de Ministros, en 4 de febrero de 1972, a la Asociación Círculo Católico de Obreros de San José de Santander como de utilidad pública.

Considerando que dados los antecedentes que acaban de reseñarse resalta claramente la actividad docente de la entidad apelante, siendo necesario, por otra parte, el examen de sus propios Estatutos, que consignan como fines de la misma los de carácter «benéfico, educativo, instructivo, cultural, artístico y recreativo» (artículo 1.º), además de proclamar el carácter católico de la Asociación, y con más detalle se indica que los hijos de los socios menores de dieciséis años podrán disfrutar de las Escuelas, Clases Especiales, Biblioteca y demás medios de instrucción y recreo de la Asociación, así como de los demás actos de cultura para perfeccionar la instrucción religiosa, literaria y artística de sus socios (arts. 12 y 13), por lo que es evidente la finalidad ampliamente cultural y docente de la entidad, sin que pueda desvirtuarse esta finalidad por la existencia de fines recreativos «para la mayor animación y prestigio posible de la Asociación» (art. 13), pues bien se comprende que estas normas estatutarias están encaminadas como finalidad esencial y preponderante a la instrucción y ámbito cultural, que no excluye esos ocasionales medios recreativos, pues es la finalidad principal la que define la naturaleza de una Asociación, criterio que se corrobora por haber obtenido la calificación de Asociación de Utilidad Pública, conforme al artículo 4 de la Ley de Asociación de 24 de diciembre de 1964.

Considerando que a la vista de estas características concurrentes, bien acreditadas y admitidas por la parte contraria, hay que concluir que la entidad apelante merece la calificación de centro docente en el sentido que es empleada esta denominación en el artículo 19, 1, 7.º, del citado Texto Refundido de 6 de abril de 1967, pues no solamente se dedica con evidente celo a la enseñanza en el grado de la Educación Primaria, sino que ha sido reconocido por el Ministerio de Educación y Ciencia, colaborando estrechamente con el mismo al destinar éste a los necesarios profesores para impartir las enseñanzas en el centro, que queda así bajo su inmediata vigilancia, cumpliéndose de este modo la exigencia legal para la exención fiscal motivada por la protección oficial hacia la docencia cuando esté reconocido por el Estado, por lo que procede la estimación del recurso, sin pronunciamiento sobre las costas.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

MODIFICACION DE SOCIEDAD: NO PROCEDE LIQUIDAR POR TAL CONCEPTO POR SUPRIMIRSE EN LOS ESTATUTOS LA RETRIBUCION DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION, NI TAMPOCO POR DARSE UNA NUEVA REGULACION DEL FONDO DE RESERVA ESTATUTARIA. EN CAMBIO, PROCEDE LIQUIDAR POR TAL CONCEPTO POR HABERSE AMPLIADO EL OBJETO SOCIAL AÑADIENDOSE NUEVAS Y ESPECIFICAS ACTIVIDADES (RESOLUCIÓN DE 20 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—La Compañía «Depósitos Comerciales, S. A.», otorgó escritura pública por la cual, además de aceptar la dimisión de todos los miembros del Consejo de Administración, designar administrador único y dejar constituida la primera Mesa de la Junta, formalizó el acuerdo de modificar sus actuales Estatutos, en los términos que se desprenden de lo que se dice más adelante.

Presentada primera copia de dicha escritura en la Abogacía del Estado de Madrid, se giraron, previa comprobación, dos liquidaciones por la misma base y cuota: una por prórroga de la sociedad, y la otra por modificación de la misma, figurando en el expediente una nota de la Abogacía en la que se dice que «hay modificación por ampliación de objeto y alteración de los derechos de los socios, al quedar suprimida la participación del Consejo de Administración».

La entidad interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Madrid contra la liquidación girada por modificación de sociedad, alegando que la no dotación al Consejo de Administración del 10 por 100 del remanente de los beneficios no implica modificación de sociedad, toda vez que, según la circular número 3, de 18 de marzo de 1968, de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, en los casos de modificación de la retribución de los administradores de la sociedad no existe alteración sustancial en los derechos económicos de los socios.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación entendiendo que la supresión de la retribución de los miembros del Consejo y el llevar los beneficios, después de hacer uso y aplicación de la reserva legal, a reserva voluntaria, no en el límite del 10 por 100 como ocurría con anterioridad, sino en la cuantía que a propuesta del Consejo se estime conveniente, no cabe duda que ello entraña una sustancial alteración del derecho de los socios al dividendo.

La sociedad interpone recurso de alzada ante el Tribunal Central, y éste, antes de decidir, acordó se expusiera a la entidad recurrente la cuestión de la ampliación del objeto social a nuevas actividades, consignada en nota por la Abogacía del Estado, mas no examinada en la reclamación ni en la resolución del Tribunal Provincial. A ello contestó la sociedad diciendo que no ha habido modificación del objeto social, puesto que las nuevas actividades estaban ya recogidas implícitamente en los Estatutos que se modifican.

El Tribunal Central desestima el recurso, confirmando la liquidación de modificación de sociedad, pero no por alteración de los derechos de los socios, sino por ampliación del objeto social, según la siguiente

Doctrina.—Considerando que la supresión en la reforma de los Estatutos de la sociedad—artículo 24—de la retribución estatutaria del Consejo de Administración—antiguo artículo 30—no implica una alteración sustancial de los derechos políticos o económicos de los socios y no puede entenderse, por tanto, que se produzca mediante ella una modificación de la entidad (artículos 54-3.º, 66-1-C)-b) y 70-13 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de 6 de abril de 1967), de conformidad con el criterio seguido con carácter general sobre la modificación de estas retribuciones por la circular de la Dirección General de lo Contencioso del Estado número 3, de 18 de marzo de 1968, sin que la supresión, en el caso que se resuelve, afecte, a no ser indirecta y eventualmente, y nunca en forma sustancial, al derecho de los accionistas.

Considerando que a la misma conclusión se llega en lo que respecta a la nueva regulación del fondo de reserva estatutaria, al que se asignaba inicialmente en el artículo 40 de los Estatutos un 10 por 100 hasta que este fondo fuera igual al 20 por 100 del capital social desembolsado, y ahora (nuevo artículo 28) la suma que, a propuesta del Consejo, se estime conveniente destinar a tal fin, habida cuenta de que, en definitiva, tanto las reservas estatutarias como las facultativas se rigen por el principio de libre disponibilidad de la sociedad, de suerte que no puede hablarse que se altere sustancialmente el derecho del accionista a participar en el reparto de las ganancias sociales a que se refiere el número 1 del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Considerando, por el contrario, en cuanto a la cuestión planteada por este Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 del vigente Reglamento de Procedimiento, que el atento examen del actual artículo 4 de los Estatutos y del anterior artículo 2.º pone de manifiesto que se ha producido una ampliación del objeto social que implica modificación de sociedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 54-3.º y 70-13 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones de 6 de abril de 1967, y artículo 19-15, con la necesaria adaptación del Reglamento de 15 de enero de 1959 (la ampliación del objeto social se incluye hoy legalmente dentro del amplio concepto de modificación, en armonía con la vigente Ley de Sociedades Anónimas, artículo 85), y con la doctrina científica, según se expuso ya en la Resolución de este Tribunal de 21 de octubre de 1971, y a este respecto ha de tenerse en cuenta: 1.º Que en el artículo 4.º de los nuevos Estatutos se adiciona un apartado i), que comprende: «El arrendamiento de servicios y la prestación de éstos en los más amplios términos; la gestión de intereses ajenos y la administración de bienes, fincas, valores mobiliarios, y cuotas de sociedades o de comunidades, actuando a todos los efectos como una sociedad de cartera»; 2.º Que también aparece en dicho artículo 4.º un apartado j), que dice así: «La inversión de capitales propios o ajenos en empresas ya creadas o que en el futuro se creen, con o sin intervención de la sociedad en el acto fundacional y la administración de los intereses de los comitentes en tales empresas»; 3.º Que asimismo figura en el mismo artículo un nuevo apartado, el k), referente a «El estableci-

miento y la promoción por cuenta propia o ajena de empresas individuales o colectivas (sea en forma de comunidad, sea mediante la creación de compañías de cualquier clase y naturaleza) que tengan por objeto actividades productivas industriales, de industrias pesada o ligera; eléctricas, metalúrgicas, cerámicas, madereras, textiles, de construcción de inmuebles, de desarrollo agrícola o pecuario, o cualquier otra similar a las enumeradas»; de lo que se deduce que el objeto social se amplía a una actividad tan específica y concreta como la «administración de bienes, fincas, valores mobiliarios, etc.», añadiéndose que la sociedad actuará *como una sociedad de cartera*, que no puede entenderse comprendida en la sucinta indicación «comisiones y consignaciones, representaciones por cuenta propia o en comisión» del comienzo del antiguo artículo 2.º, como tampoco es admisible que la inversión de capitales propios o *ajenos* en empresas ya creadas o que se creen, con o sin intervención de la sociedad en el acto fundacional, la administración y representación de los intereses de los comitentes en tales empresas y, sobre todo, la promoción por cuenta propia o ajena de empresas individuales y colectivas sea lo mismo que «interesarse en otras sociedades y organizar filiales, tomando de ellas la parte que estime conveniente», texto del apartado g) del mismo artículo 2.º anterior—mantenido en el actual artículo 4.º—, ya que interesarse y participar en otras sociedades y aun crear filiales no es sino una normal y mera manifestación de la plena capacidad de una persona jurídica reconocida por el artículo 38 del Código civil, mientras que administrar y representar intereses y capitales ajenos y, sobre todo, promover por cuenta propia o ajena toda clase de empresas son, además, nuevas y específicas determinaciones del objeto social que inciden de lleno en el supuesto de modificaciones de sociedad que la ley fiscal tiene en cuenta para deducir consecuencias del mismo orden.

Considerando que todo lo dicho ha de traducirse en que, si bien no se ha producido en el caso que ha de resolverse alteración sustancial de los derechos y deberes de los socios, es indudable que existe una ampliación del objeto social, como también lo tuvo en cuenta la Abogacía del Estado, según la nota que aparece en la carpeta de presentación del documento; y, por tanto, la liquidación impugnada, girada por modificación de sociedad, ha de mantenerse, como ha de mantenerse la resolución de Primera Instancia, porque los recursos, como es bien sabido, se dan contra el fallo o parte dispositiva, y el que ha sido objeto del que se resuelve se ajusta a la legislación vigente, cualesquiera que sean los fundamentos en que se apoya, al desestimar la reclamación y confirmar la liquidación recurrida.

COMENTARIO.—Esta resolución se ocupa de varios supuestos, declarando unos sujetos al impuesto por el concepto de modificación de sociedad y otros no.

Hay que adelantar que la doctrina de esta resolución es acertada. Pero antes de entrar en esos supuestos concretos, conviene intentar una aproximación al concepto fiscal de modificación de sociedad, dado lo impreciso del mismo.

El apartado 3.º del artículo 54 del Texto Refundido incluye como acto sujeto al impuesto de Transmisiones Patrimoniales la modificación de sociedades, al lado de los casos de constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, transformación y disolución. Esto da idea ya del sentido estricto del concepto fiscal de modificación, pues hay que excluir del mismo la variación del capital, la prórroga y la transformación, que si bien implican modificación de los Estatutos, no entran en el concepto fiscal de modificación. Especial interés ofrece la distinción entre transformación y modificación que actualmente la resuelve el Texto Refundido diciendo que «por transformación de sociedad se entenderá, a efectos del impuesto, el cambio de naturaleza o forma de la misma» (art. 57, 4.º).

Tampoco entran en el concepto de modificación las variaciones subje-

tivas, ya que son objeto de liquidación por otro concepto. Así, la transmisión de acciones o participaciones hay que incluirla en el amplio grupo de transmisiones del apartado 1.º del artículo 54, si bien tienen un tipo de tributación especial conforme a los números 9, 10 y 10 bis de la tarifa. Y en cuanto a la separación de socios, ya decía el apartado 7.º del artículo 19 del Reglamento de 1959 que «la modificación de la sociedad por separación de algún socio, que no dé lugar a la disolución de ella, se liquidará por este último concepto sobre la base de la parte del haber social correspondiente al socio separado». Luego si se liquida por el concepto de disolución, no hay modificación de sociedad a efectos fiscales.

Hasta ahora hemos visto una serie de supuestos que *no dan lugar* a modificación fiscal de sociedad. Hay que completar el concepto de un modo positivo concretando los supuestos de la misma.

Una primera pista puede obtenerse por el examen de otros apartados del artículo 54 en que se emplea la palabra «modificación». Así, en el apartado 2.º se habla de la «modificación por contrato, acto judicial o administrativo de toda clase de derechos reales»; en el apartado 4.º, de la «modificación de préstamos»; en el apartado 6.º, de la «modificación de fianzas», y en el 7.º, de la «modificación de pensiones». En todos esos casos se trata de modificaciones de relaciones jurídicas derivadas de actos o contratos, lo que insensiblemente nos puede llevar al artículo 1.203 del Código civil, donde se dice que «las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales». Aunque este supuesto del artículo 1.203 viene a coincidir con el concepto fiscal de modificación que luego veremos, no es suficiente atenerse al mismo, dado que es un supuesto demasiado amplio que alberga tanto la novación modificativa como la extintiva, según lo interpreta la doctrina, aparte de que la novación modificativa de las obligaciones se dice que también comprende las variaciones accidentales, lo cual nos aleja del supuesto que estudiamos.

Otra pista muy importante es la que resulta de los artículos 66 y 70 del Texto Refundido. El apartado b) de la letra C) del artículo 66 concede una reducción del 50 por 100 en la base imponible a «la modificación de sociedades anónimas, cuando se produzca por alteración sustancial de los derechos y obligaciones del tenedor de las acciones o de las entidades emisoras». Y el apartado 13 del artículo 70, después de considerar como base liquidable «el haber líquido que la sociedad tenga el día que se adopte el acuerdo», añade: «Si la modificación en las sociedades anónimas obedeciera a la alteración sustancial de los derechos políticos o económicos de los socios, servirá de base el valor de las acciones a las que afecte la alteración». De estos preceptos se desprenden estas afirmaciones: 1.º) La alteración sustancial de los derechos y obligaciones del tenedor de las acciones o de las entidades emisoras es un supuesto de modificación de sociedad, a efectos fiscales; 2.º) La alteración *no sustancial* de tales derechos y obligaciones no constituye acto sujeto por el concepto de modificación de sociedad, ya que sería absurdo que la alteración *sustancial* llevara consigo una reducción del 50 por 100, y la *no sustancial* liquidará sin reducción alguna. Esto quiere decir que el silencio legal significa la no sujeción de la alteración no sustancial; 3.º) Tiene que haber otros supuestos de modificación de sociedad, además del caso de alteración sustancial de derechos y obligaciones de los socios, pues en otro caso no se explicaría esa normativa fiscal *específica* para determinados casos de modificación de sociedad. Si no fuera así, el legislador habría aludido a la modificación en general y no a supuestos concretos de ella, como ha hecho en los citados preceptos.

Para acabar de concretar esos otros supuestos de modificación de sociedad y determinar cuáles son esas alteraciones sustanciales en los derechos y obligaciones de los socios, hay que recurrir a una última pista: la que proporcionan los preceptos definidores del hecho imponible del Impues-

to de Transmisiones Patrimoniales en el que va incluida la modificación de sociedad. En el apartado 1.º del artículo 54 se comprende el prototipo del hecho imponible del Impuesto de Transmisiones, y en él se hace referencia a «los bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas». Se advierte, pues, la caracterización del hecho imponible por referencia a bienes de contenido *patrimonial*. Y ello se confirma en el precepto más genérico del artículo 3.º, en el que se define el hecho imponible en relación con los «bienes, derechos, acciones y obligaciones», conceptos todos estos de indudable sentido patrimonial, como son las materias de los Derechos Reales y de Obligaciones. Además, la determinación de la base liquidable de la modificación de sociedad por referencia al «haber líquido» o «al valor de las acciones a las que afecte la alteración» pone de relieve el aspecto patrimonial o económico del concepto jurídico de modificación.

En consecuencia, hay que excluir todas aquellas alteraciones que carecen del contenido patrimonial, aunque sean esenciales, como son, por ejemplo, el cambio de nombre o de domicilio de la sociedad o las modificaciones de aquellos artículos de los Estatutos que se ocupan de los órganos de administración y de representación de la sociedad.

Quedan, por tanto, dos grupos de supuestos dentro del concepto fiscal de modificación de sociedad:

- 1.º Alteración sustancial de derechos y obligaciones de los socios o de la entidad emisora.
- 2.º Modificación del objeto social.

Dentro del primer grupo, son derechos fundamentales a tener en cuenta los que señala el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, bien entendido que la alteración sustancial no consiste en la supresión de tales derechos, pues se trata de derechos «mínimos», cuya supresión determinaría un acto contra ley en el que no cabe pensar, en principio. Se trata de alteraciones de los Estatutos relacionados con esos tres derechos fundamentales, cuales son el de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, el derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones y el de votar en las Juntas Generales. Es decir, nos referimos a modificaciones de los Estatutos que repercuten de modo directo en el contenido y regulación de tales derechos. Obsérvese que también se incluyen las modificaciones sustanciales en relación con el derecho de voto, ya que el apartado 13 del artículo 70 del Texto Refundido del Impuesto alude a «los derechos políticos», y además tiene una importante repercusión económica. Como dice GARRIGUES, «al lado de esos derechos (de contenido típicamente patrimonial), la ley le atribuye otros (al socio), que aunque no tengan contenido patrimonial sirven también de modo indirecto a esa finalidad de lucro y tienen importancia decisiva para el accionista, porque el no ejercicio o la pérdida de los mismos repercute desfavorablemente sobre la posibilidad de hacer efectivos los primeros».

Otro derecho fundamental del accionista es el de transmitir sus acciones con las limitaciones que resultan del artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Este primer grupo de supuestos comprendidos en la alteración sustancial de los derechos políticos y económicos del socio ha sido interpretado de modo restrictivo por la jurisprudencia, que en los diferentes casos planteados ha considerado, por regla general, que la alteración no determinaba modificación de sociedad, a efectos fiscales.

Así resulta de las siguientes resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central:

— Resolución de 10 de julio de 1969: «Para que la modificación de Estatutos de una sociedad anónima constituya acto sujeto por el concepto

de modificación de sociedad debe producirse una alteración sustancial en los derechos y obligaciones de los socios, no siendo de ese carácter las modificaciones consistentes en la supresión de ciertas formalidades para la transmisión de determinadas acciones, pues es un mero cambio de procedimiento de disposición de los títulos, sin que afecte al precio que pueda obtenerse con su transmisión».

— Resolución de 23 de octubre de 1969: No son alteraciones sustanciales de los derechos y obligaciones del socio las modificaciones consistentes en la supresión de ciertas formalidades para la transmisión de determinadas acciones, por la misma razón que indica la resolución anterior.

— Resolución de 29 de octubre de 1970: Insiste en que la supresión de limitaciones para la transmisión de las acciones no constituye acto sujeto al impuesto, ya que «aunque el derecho a la transmisibilidad de las acciones se estimara fundamental, dicho derecho es perfectamente compatible con determinados condicionamientos o modalidades de su ejercicio».

— Resolución de 4 de febrero de 1971: La reducción del valor nominal de las acciones producidas como consecuencia de la reducción del capital social no da lugar a una alteración sustancial de los derechos políticos y económicos de los socios que deba liquidar por modificación de sociedad, pues ya liquida la reducción del capital social.

— Resolución de 11 de enero de 1973: No constituye acto sujeto al impuesto por modificación de sociedad la modificación de Estatutos consistente en una alteración puramente accidental, referida únicamente al cambio de procedimiento en la forma de cómputo y determinación de la mayoría para un concreto acuerdo social, ya que no da lugar a una alteración verdaderamente sustancial en los derechos políticos o económicos de los accionistas.

— Resolución de 14 de junio de 1973: «Un detenido examen comparativo de los Estatutos anteriores y de los posteriores reflejados en la escritura de modificación de Estatutos pone de manifiesto que las modificaciones introducidas referentes a la limitación de la libre transmisibilidad de las acciones se limitan a requisitos de carácter formal o simplemente de redacción, sin trascendencia suficiente para justificar la exigencia del impuesto por el concepto de modificación de sociedad, por no implicar alteración sustancial de los derechos esenciales de los accionistas».

La presente resolución confirma esta regla general restrictiva en relación con los casos de alteración verdaderamente sustancial de los derechos del socio, aportando dos nuevos casos en que no existe modificación de sociedad, a efectos fiscales. Uno y otro tienen relación con el derecho del socio al dividendo o reparto de ganancias, pero ninguno de ellos altera sustancialmente ese derecho.

En primer lugar, la resolución contempla el supuesto de supresión en los Estatutos de la retribución del Consejo de Administración del 10 por 100 anual de los beneficios. Y dice que tal supresión no afecta, a no ser indirecta y eventualmente, y nunca en forma sustancial, al derecho de los accionistas. Citar la Circular de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, número 3, de 18 de marzo de 1968, que había mantenido que las variaciones en la retribución de los administradores no son actos sujetos si están dentro de los límites del artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Hay que reconocer que la supresión de tal retribución afecta de algún modo al derecho del accionista al dividendo, pues cuenta con un porcentaje mayor con esa supresión. Pero tiene razón la resolución al decir que la posible alteración no es sustancial, pues al fin y al cabo se trata de una partida de gastos, y es evidente que las variaciones de tales partidas son el resultado normal de cada ejercicio. Máxime teniendo en cuenta que la naturaleza de la retribución de los administradores es siempre a efectos

fiscales la de un gasto y no beneficio, aunque revista la forma de participación en las ganancias.

En segundo lugar, la resolución se ocupa de la modificación de los Estatutos por la que se da una nueva regulación al fondo de reserva estatutaria, al que se asignaba anteriormente un 10 por 100 de los beneficios hasta que ese fondo fuera igual al 20 por 100 del capital social desembolsado, y ahora la suma que, a propuesta del Consejo se estime conveniente destinar a tal fin, y en relación con esta modificación considera que tampoco puede hablarse de una alteración sustancial del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. La resolución se apoya en que tanto las reservas estatutarias como las facultativas se rigen por el principio de la libre disponibilidad de la sociedad. Tiene razón la resolución, pues al ser disponibles tales reservas estatutarias no se merma el derecho al dividendo, ya que, en cualquier momento, los propios accionistas en Junta General pueden decidir sobre la disposición de tal fondo.

Junto a estos supuestos en que lo que se discutía era si había o no alteración sustancial en el derecho del socio al dividendo, la resolución se ocupa de otro supuesto que cae dentro del problema de la modificación de sociedad por cambio del objeto social. Hemos visto antes que éste es el segundo grupo de supuestos del concepto fiscal de modificación de sociedad.

El fundamento de la sujeción al impuesto de las modificaciones del objeto social puede encontrarse en la teoría del patrimonio destinado a un fin. Cuando se cambia o amplía el objeto social se afecta el patrimonio de la sociedad a una nueva actividad que antes no tenía. Desde esta perspectiva, la modificación del objeto tiene repercusiones económicas, pues afecta a los bienes y derechos que integran el patrimonio de la sociedad. Por eso, la base liquidable del impuesto es el «haber líquido» de la sociedad.

Así también se explica que el concepto fiscal de cambio de objeto sea más amplio que el concepto mercantil de la Ley de Sociedades Anónimas. A efectos fiscales, entra en el concepto de cambio de objeto no sólo el supuesto de sustitución de actividades, sino también la ampliación del objeto conservando las actividades existentes. Es decir, no sólo se comprende el supuesto del párrafo último del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, que da lugar a un derecho de separación de los socios, sino la ampliación de operaciones a que se refiere el artículo 86 de la misma Ley. El límite para aplicar la no sujeción está en aquellos cambios en que simplemente se amplían los procedimientos técnicos para cumplir la misma actividad. Se pone el ejemplo de una sociedad dedicada a explotar la fabricación de envases de cartón y madera para frutas, que acuerda fabricar los mismos envases pero de plástico (BROSETA). Tampoco están sujetos aquellos cambios que no repercuten en la actividad u objeto social en sí, sino sólo en las materias específicas técnicas en que se concreta tal actividad. Así, la Resolución de 10 de febrero de 1959 señaló que no está sujeta al impuesto la modificación consistente en la ampliación a seda y otras fibras textiles en relación con una sociedad que inicialmente se dedicaba a la fabricación de hilados de algodón solamente.

He aquí algunos ejemplos en que se produce concepto liquidable por modificación del objeto social: la ampliación a actividades de promoción y edificación inmobiliaria cuando el objeto principal anterior era puramente fabril (Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 de noviembre de 1972); la modificación de una sociedad anónima destinada inicialmente a la explotación de industrias relacionadas con la molinería, productos alimenticios, piensos y aprovechamientos de subproductos, autorizándose, en virtud de la modificación de Estatutos, al ejercicio de cualquier actividad industrial o mercantil relacionada con las anteriores y, de modo general, con la agricultura, ya que se añade la actividad mercantil a la primitiva industrial y la posibilidad de efectuar nuevas actividades relativas a la explotación de fincas rústicas (Resolución del Tribunal Econó-

mico-Administrativo Central de 25 de octubre de 1973); la supresión de los Estatutos de la limitación que existía, consistente en no poder ejercer la sociedad actividades del ramo de seguro de vida, ya que con la desaparición de esa limitación se amplía el objeto social (Resolución de 6 de noviembre de 1969).

En algunos casos puede ser difícil determinar si existe o no cambio o ampliación de objeto social, sobre todo cuando se da el dilema de si son nuevas actividades o una especificación de la actividad genéricamente recogida en los Estatutos iniciales. En nuestra opinión, sólo puede hablarse de modificación del objeto cuando se añaden nuevas actividades y no cuando se enumeran de modo específico actividades que cabían en la fórmula genérica inicial. La presente resolución se plantea este problema, procediendo al examen comparativo de los antiguos y de los nuevos artículos estatutarios. Concretamente, hace dos comparaciones. La primera de ellas es la de la sucinta indicación «comisiones y consignaciones, representaciones por cuenta propia o en comisión» en relación con la nueva actividad añadida, consistente en la «administración de bienes, fincas, valores mobiliarios, etcétera». Dice la resolución que esta última actividad no puede entenderse comprendida en aquélla. Tiene razón la resolución, pues el concepto de comisión y de representación, al no tener un contenido concreto y depender de la clase de encargo encomendado, ha de relacionarse con las demás actividades que tenía la sociedad, y si en ellas no aparecía la de administración de bienes, fincas, valores mobiliarios, etc., es que las comisiones y representaciones no se referían a esos extremos, por lo que si ahora se especifican ha habido una modificación de sociedad por ampliación del objeto.

La segunda comparación que hace la resolución es la del apartado «interesarse en otras sociedades y organizar filiales, tomando de ellas la parte que estime conveniente», que existía y sigue existiendo en los Estatutos, y el apartado ahora añadido consistente en administrar y representar intereses y capitales ajenos y, sobre todo, promover por cuenta propia o ajena de toda clase de empresas. La resolución advierte que las actividades añadidas no son lo mismo que las del apartado primeramente indicado. También aquí tiene razón la resolución, pues no se trata de señalamiento de actividades específicas que deriven de otras genéricas ya señaladas inicialmente, sino de nuevas y distintas actividades que dan lugar a la sujeción al impuesto por el concepto de modificación de sociedad.

De todo lo dicho resulta que consideramos plenamente acertadas las decisiones del Tribunal Central en esta resolución, que hemos tratado de encuadrar dentro de un esquema general de los distintos supuestos del concepto fiscal de modificación de sociedad.

LIQUIDACION DE FIANZAS: SUPUESTO DE FIANZA EN GARANTIA DE UN PRESTAMO, GARANTIZADO TAMBIEN CON HIPOTECA. LA FIANZA SOLO PUEDE CALIFICARSE FISCALMENTE COMO PRESTAMO CUANDO SE HA CONVENIDO EN UN SOLO ACTO Y COMO PACTO ACCESORIO. PARA QUE SEA ACTO NO SUJETO, LA HABITUALIDAD DE OPERACIONES DE FIANZA HA DE TENERLA EL FIADOR EN EL CASO DEL ARTICULO 62 DEL TEXTO REFUNDIDO (RESOLUCIÓN DE 3 DE ABRIL DE 1975).

Hechos. Se presentó en la Abogacía del Estado de Málaga una escritura por la que la sociedad C., S. A., y el Banco . declararon haber concertado en su día un contrato de préstamo de 70.000.000 de pesetas otorgado a favor de la primera, la que después de reconocer adeudar al segundo el importe del citado préstamo obligándose a devolverlo en el plazo de dos años, afianza dicha obligación con aval personal de los restantes componentes de

la escritura y, además, con hipoteca sobre un lote de fincas de su propiedad.

La Abogacía del Estado giró, entre otras liquidaciones, una por el concepto de fianza sobre una base de 55 millones y un total a ingresar de 793.505 pesetas.

El director del Banco promovió reclamación económico-administrativa contra dicha liquidación, alegando que se trataba de un simple aval y no de un contrato de fianza y, en todo caso, constituye acto habitual del tráfico de las empresas.

El Tribunal Provincial de Málaga acordó desestimar la reclamación.

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Central, éste desestimó el mismo por la siguiente

Doctrina—Que el problema de fondo planteado en la reclamación consiste en determinar cuál sea la tributación de una fianza personal, destinada a garantizar un préstamo contratado con anterioridad, y en tal sentido es de tener en cuenta como necesario antecedente, que este Tribunal tiene declarado que cuando la constitución de un derecho de garantía en cumplimiento de un préstamo, se pacta por separado y con independencia de este último integra por sí sola un acto administrativo propio e independiente y en lógica consecuencia un hecho imponible distinto del préstamo u obligación que ha dado lugar jurídicamente a su nacimiento, debiendo, en consecuencia, tributar por separado y en forma independiente la constitución de tal garantía, circunstancias fácticas que por concurrir en el supuesto debatido en la reclamación dejan reducida la cuestión de fondo en la misma planteada a la forma de practicar la liquidación de la fianza personal convenida en la escritura en su día presentada en la Abogacía del Estado.

Considerando que a tales efectos el párrafo 5.º del artículo 54 del Texto Refundido del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales define como actos sujetos al pago del mismo «la constitución, modificación, prórroga expresa y extinción de fianzas», disposiciones que hay que referir con exclusividad a las fianzas convencionales de carácter personal, ya que las impropiaamente denominadas con anterioridad hipotecarias o pignoraticias no tienen fiscalmente la condición de fianzas, sino la de derechos reales de prenda e hipoteca, sujetos a su especial tributación como tales, según las distintas modalidades que puedan revestir, siendo el sujeto pasivo el obligado al pago del impuesto devengado por la constitución de tales fianzas, conforme a lo dispuesto en el apartado i) del artículo 67 del mismo texto legal el acreedor afianzado, o sea, el Banco recurrente y el tipo de liquidación aplicable el 1,40 por 100 correspondiente al número 19 de la tarifa» (hoy el 1,50).

Considerando que la calificación fiscal como préstamos a efectos de liquidación de tales fianzas, cuando las mismas fueran convenidas para garantizar el cumplimiento de aquéllos, que expresamente establece el artículo 58 del Texto Refundido, es únicamente aplicable cuando dichas fianzas se hubieran convenido en un solo acto y como pacto accesorio de la obligación principal, situación de hecho que al no concurrir en el presente caso hacen inviable su aplicación, sin que finalmente pueda admitirse la exclusión de pago contenida en el artículo 62 del propio Texto Refundido, según el que no estarán sujetas las fianzas cuando constituyan actos habituales de tráfico de las empresas transmitentes, es decir, del fiador en el presente caso, careciendo, por tanto, de relevancia a dichos efectos la posibilidad habitual para tales operaciones por parte de la empresa a cuyo favor se presta la garantía, razones todas las expuestas de entidad suficiente para justificar la procedencia y legalidad de la liquidación reclamada, que debe ser confirmada con la consiguiente desestimación del recurso.

COMENTARIO.—Esta resolución se ocupa de dos cuestiones relacionadas con la liquidación de fianzas, una de ellas referente al artículo 62 y la otra a los artículos 58 y 79, todos ellos del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.

La primera cuestión ha sido resuelta acertadamente por la resolución. Para que el contrato de fianza no esté sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por estarlo al de Tráfico de Empresas, el requisito de la habitualidad a que se refiere el artículo 62 del Texto Refundido ha de darse en la persona del fiador y no en la del acreedor afianzado ni en la del deudor principal. La resolución se limita a traducir la expresión «empresas transmitentes» que emplea dicho precepto por la de «fiador» en el caso de la fianza. Aunque no da ninguna explicación, es acertada esa idea, si se tiene en cuenta que de las tres personas que aparecen relacionadas con la fianza (fiador, deudor principal y acreedor principal), la única que presta la garantía es el fiador, lo que significa que es la que puede sufrir el empobrecimiento similar al del transmitente en un contrato traslativo. Ciertamente, la fianza puede ser retribuida, pero la retribución no es elemento natural del contrato. Como dice ALBADALEJO, «la fianza es, en principio, un contrato unilateral (porque de él no nace sino la obligación del fiador) y gratuito». Y, a efectos fiscales, añadimos nosotros, es ese aspecto el que interesa, como lo prueba el apartado i) del artículo 67, en el que se señala como obligado el pago, al «acreedor afianzado», sin distinguir si la fianza es gratuita o retribuida. Precisamente, en ese mismo artículo aparece como sujeto pasivo en las transmisiones de bienes el adquirente, lo que nos invita a señalar el paralelismo, a efectos fiscales, entre «adquirente» y «acreedor afianzado» y, en consecuencia, entre «transmitente» y «fiador», lo que confirma la interpretación dada por la resolución a la expresión «empresa transmitente» empleada por el artículo 62 del Texto en relación no sólo con las transmisiones onerosas, sino también con los préstamos, fianzas, arrendamientos y pensiones.

La segunda cuestión se refiere a la superposición de garantías respecto a un mismo préstamo y, concretamente, a si es procedente la liquidación del impuesto por los conceptos de fianza e hipoteca en garantía de un mismo préstamo. En este aspecto, la resolución del Tribunal Central no ha encontrado la solución más adecuada, sino que ha tratado de sortear los problemas que plantean los artículos 58 y 79 del Texto Refundido, con la excusa de que las garantías se habían constituido en un momento ulterior al préstamo, con lo que ya no cabía plantear la cuestión a la luz de dichos preceptos.

El recurrente entendía que si el artículo 58 dice que la fianza y la hipoteca constituidas en garantía de un préstamo «tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo», ello quiere decir que sólo hay una convención a efectos fiscales, la que no se puede liquidar por un doble concepto, conforme al artículo 79.

El Tribunal Central considera que «la calificación fiscal como préstamos» de las fianzas en el caso del artículo 58 es únicamente aplicable cuando dichas fianzas se hubieran convenido en un solo acto y como pacto accesorio de la obligación principal, situación de hecho que no concurre en el presente caso.

Frete a esta escueta referencia de la resolución, a nosotros se nos ocurren dos observaciones: 1.ª Es verdad que si las garantías se constituyen en documento posterior e independiente del préstamo, liquidan con separación y autonomía, según Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1971 y Resolución del Tribunal Central de 2 de noviembre de 1972. Pero también es cierto que en este caso el documento comprendía los dos actos, el préstamo y las garantías, y aunque se decía que «en su día se había concertado un préstamo», a efectos de liquidación, se formalizaba simultáneamente el préstamo y las garantías. O sea, que el presente caso no es el de la Sentencia de 2 de diciembre de 1971, en que el documento se

liquidó exclusivamente por el concepto de prenda, por haber apreciado el liquidador «la existencia de un solo negocio jurídico de prenda y no de dos, uno de préstamo y otro de garantía prendaria». Insistimos en que, a efectos de liquidación, no interesan las referencias que en el documento se hagan al pasado, que, por otro lado, no se tienen en cuenta a efectos del devengo del préstamo, máxime teniendo en cuenta que «el reconocimiento de deuda» se liquida como si fuera un «préstamo» formalizado en el documento (art. 58, número 2) y eso que el reconocimiento implica la existencia de la deuda en un momento anterior. En definitiva, a efectos fiscales hay simultaneidad en el préstamo y sus garantías en el presente caso; 2.ª Aun en el supuesto de que no fuera acertada la primera observación, no escaparía la resolución de esta segunda crítica, consistente en que, tal como se expresa, parece como si fuera adecuada la solución del recurrente en aquellos casos en que hubiera constitución simultánea del préstamo y de las garantías, pues dice que «al no concurrir en el presente caso (esa situación de hecho) hacen inviable su aplicación (la del artículo 58)». ¿Es que si la fianza y la hipoteca se convienen en el mismo acto en que se constituye el préstamo, ya no hay que liquidar la fianza? Para evitar que prevalezca una errónea contestación afirmativa, no hay más remedio que encararse directamente con los artículos 58 y 79 del Texto Refundido, en lugar de eludirlos bajo el pretexto de que no estamos ante el caso contemplado en los mismos. Nosotros creemos que estamos en el supuesto del artículo 58, a pesar de lo cual hay que liquidar las dos garantías del préstamo.

En lo que ahora nos interesa, el artículo 58 se limita a decir que «la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca en garantía de un préstamo tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo». Lo único que quiere evitar este precepto es que se apliquen acumuladamente los tipos del 1,20 por 100 (préstamo) y del 1,50 por 100 (fianza) o 2,10 por 100 (hipoteca). En cambio, no se plantea para nada la superposición de garantías respecto a un mismo préstamo, como aquí ocurría. Es decir, el precepto no dice que el tipo del 2,10 por 100 de la hipoteca excluya el del 1,50 por 100 de la fianza. Sólo se ocupa de la incompatibilidad de uno y otro tipo con el del préstamo simple.

Tampoco puede deducirse de ese precepto que las garantías se esfumen y desaparezcan en el concepto de préstamo. La prueba es que existen distintas clases de préstamos, según el número 4 del artículo 54 («préstamos, cualquiera que sean su naturaleza y clase»). Por tanto, cuando en el artículo 58 se dice que «tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo», más bien hay que traducir que se trata de préstamos de una clase especial, a saber: «los conceptos de préstamo garantizado con fianza o con hipoteca». Que esto es así, se confirma por los números 12 y 13 de la Tarifa, que dentro del epígrafe D (Préstamos) incluyen, respectivamente, «los préstamos garantizados con hipoteca, prenda y anticresis» al tipo del 2,10 por 100 y «los garantizados con fianza» al 1,50 por 100. Luego el artículo 58 no significa que las garantías se esfumen o desaparezcan, sino todo lo contrario, que dan una característica especial al préstamo así garantizado, al que hay que aplicar los tipos de liquidación de las garantías y no del préstamo simple. El concepto de préstamo prevalece en lo relativo al sujeto pasivo, que es el prestatario, esté o no garantizado y en lo relativo a exenciones que contemplan los préstamos en general o de cualquier clase. En lo demás, aunque «nominalmente» estemos ante un préstamo, en el fondo, la garantía pasa a primer plano a efectos fiscales.

Con todo esto tratamos de demostrar que el artículo 58 no impide la liquidación de las dos garantías del préstamo, sino que hay que liquidar la *fianza* y la *hipoteca* que se constituyen en el documento, aunque la primera tributará por el concepto de préstamo garantizado con fianza y la segunda por el concepto de préstamo garantizado con hipoteca. Lo único que

impide el artículo 58 es liquidar tres conceptos, como serían el del préstamo, el de fianza y el de hipoteca, si no fuera porque existe ese precepto.

En cuanto al artículo 79, tampoco significa ningún obstáculo para la liquidación de las dos garantías superpuestas, pues bien claramente dice que «cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente en la Tarifa, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas». Pues bien, en la Tarifa hemos dicho que hay dos números distintos, el número 12, que grava los préstamos garantizados con hipoteca, y el número 13, que grava los garantizados con fianza. Y es que hay dos convenciones, aunque haya un solo préstamo.

Si se aceptan nuestros argumentos, se llega en parte al mismo resultado que el Tribunal Central y en parte a distinto resultado. Coincidimos con el Tribunal Central en que hay que liquidar los dos conceptos de fianza e hipoteca; pero nos diferenciamos porque nosotros no aplicamos el número 19 de la Tarifa, referente a las «fianzas», sino que, por imperativo del artículo 58 aplicamos el número 13, referente a «los préstamos garantizados con fianza». Diferencia importante, porque, aunque el tipo de tributación es el mismo, el sujeto pasivo es distinto: la resolución dice que el sujeto pasivo es el «acreedor afianzado» conforme al apartado i) del artículo 67; nosotros entendemos que el sujeto pasivo es el «prestatario» conforme al apartado f) del mismo precepto, que comprende los «préstamos de cualquier naturaleza».

J. M. G. G.

LIBROS

CHICO Y ORTIZ, José María: *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*. Editorial Marcial Pons-Libros Jurídicos. Madrid, 1977-1978, 572 págs.

La increíble y variada actividad, en distintos aspectos personales y profesionales, de JOSÉ MARÍA CHICO acaba de producir una obra importante, un fruto granado de su incansable y voluminoso quehacer jurídico. A él, recensionista de profundos y diversos conocimientos, que en estas mismas páginas da periódica prueba de sus críticas galanas y sugestivas, le ha caído en suerte—o, por mejor decir, en desventura—un recensionista indocto y, por principio, nada conformista. A tal autor—y a tal obra—debiera haberle correspondido mejor fortuna. .

Se trata de un libro compuesto por tres partes bien delimitadas, pero íntimamente relacionadas entre sí, a cada una de las cuales la dedicaremos a continuación unos concisos comentarios. Toda la extensa obra tiene un tema básico, un *leit-motiv*: la calificación registral. Esta unitaria esencia se va desarrollando progresivamente en un plano teórico, en una serie de casos vividos y, por último, en la concreción de numerosos modelos de asientos registrales.

Si es elogiable el fondo del libro y su idea matriz, no lo es menos su plasmación editorial. Marcial Pons ha conseguido una obra pulcramente impresa, muy legible y bien editada. A la que CHICO, además de dotar de unos adecuados índices alfabético y sumarial, ha puesto una fácil y didáctica—cualidades, sin duda, obtenidas en sus fecundos tiempos de profesor—prosa, que hace muy grata la lectura.

Como no se trata ahora de descubrir a un autor, suficientemente conocido y merecidamente acreditado entre los juristas a quienes van destinadas estas líneas, sino de reseñar el, hasta estos momentos, último volumen de la numerosa labor escrita del infatigable JOSÉ MARÍA CHICO, entramos, pues, en materia.

1. LA «TEORÍA»

Esta primera parte del libro que comentamos ocupa cerca de doscientas páginas y la titula «Esencia y extensión de la función calificadora». Como nos cuenta CHICO en la «nota previa», este estudio es, aunque notablemente aumentado, el publicado en el tercer tomo, páginas 1033-95, del *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*.

En la esencia de la función calificadora, el aspecto más profundo y lo grado en el libro que recensionamos, CHICO estudia separadamente la razón de ser, la naturaleza jurídica, los caracteres y efectos de dicha función. Maneja exhaustivamente la legislación y la doctrina existente sobre tan interesante materia y, en mi opinión, se adhiere—o descubre—a las posiciones más adecuadas para potenciar la trascendencia de la calificación registral

Crremos con el autor, que en esto recoge algunas ideas de NÚÑEZ LAGOS y GONZÁLEZ PALOMINO, que la calificación no se reduce a examinar el fondo del documento y su conexión con el contenido proclamado por el Registro; también es calificar la decisión sobre «qué»—cláusulas de naturaleza real—se inscribe y «cómo»—formulario—se inscribe. De aquí, la acertada idea del autor al comprender en un libro dedicado a la calificación todos estos aspectos.

Comienza con un afortunado planteamiento general de la función calificadora y, noblemente, no oculta el orgullo sincero de ser depositario de tan trascendental función: sin la cual no es posible la publicación registral (la fe pública). Extrae esta idea de textos de MORELL, J. GONZÁLEZ, ROCA, SANZ, NÚÑEZ LAGOS, CAMPUZANO y otros, y con gran sencillez aclara el confusio-nismo entre razón justificativa de la función calificadora y esencia de la misma, consiguiendo deslindar ambas cuestiones en exposición sugestiva y clara. E igualmente logra, con profundo estudio de normas (históricas y vigentes) demostrar la ineludible necesidad de la calificación.

El punto culminante de la exposición lo alcanza el libro al examinar la *naturaleza* de la función calificadora. El estudio de las varias posiciones —a) función judicial; b) acto administrativo; c) acto de jurisdicción voluntaria, y d) función «sui generis»—está realizado con gran acopio de doctrinas españolas y extranjeras. Aunque cada posición resulta descrita con la mayor imparcialidad, el autor va haciendo simultáneamente su crítica y valoración con gran altura y respeto por todas las opiniones, sin ocultar la simpatía que le merecen unas frente a otras.

Ciertas tendencias de claro matiz administrativista y manifiestamente enemigas del deseado—y necesario—carácter jurídico de los registros de bienes, son criticadas con brío y con la eficacia que da el estar en la postura acertada, progresiva y justa. CHICO descubre con habilidad y decisión las contradicciones en que incurren las desafortunadas tesis de MONTORO PUERTO que, con su ingenua teoría de un Registro unitario, fácilmente conducirían a una unificación al nivel de los administrativos, es decir, de los de más rudimentario desenvolvimiento, e igualmente hace con las opiniones de OGÁYAR, el cual, con sus opiniones rupturistas de la calificación, conduce a consecuencias destructivas. Todo lo que se haga por destacar la clara diferenciación entre los Registros jurídicos y los Registros administrativos y por resaltar la característica independencia de que los primeros están dotados frente a la Administración y frente al poder judicial—sin cuya independencia no podría haber una libre y responsable calificación del documento a inscribir, sea notarial, administrativo o judicial—es luchar por la justicia y por la firme garantía de los derechos del hombre frente a posibles arbitrariedades y corruptelas del omnimodo poder de la Administración. Me pregunto ¿cómo funcionarían unos Registros llevados por funcionarios administrativos, jerarquizados y con deber de obediencia al superior?, y la respuesta es obvia.

Por supuesto, el autor se mantiene en la buena línea de LACRUZ BERDEJO, en su conocida ponencia al Congreso Registral celebrado en Madrid en 1961; pero no se limita a exponer doctrinas y, en su caso, a criticarlas, puesto que hace importantes aportaciones propias a la materia, expuestas con claridad y facilidad.

Lo mismo ocurre con los *caracteres* de la función calificadora. Y lo mismo sucede con la *extensión* en la que se examina, doctrinal y positivamente, su alcance según la clase de documentos; aquí juega menos la originalidad, pero es notable la sistemática y claridad de exposición, son pocas las omisiones en esta inabordable tarea y no se olvida, punto digno de ser destacado, de los Derechos forales. Los *efectos* de la calificación es el último apartado de esta sección, y, en verdad, nos ha sabido a poco.

La sutil distinción entre «calificación control» y «calificación creación» que el autor deja simplemente esbozada, es una lástima que no la desarro-

lle plenamente, pues es ahí donde de verdad cobra auténtico relieve sustancial esa peculiar función y de donde se pueden sacar en un futuro las verdaderas características trascendentales de ella. JOSÉ MARÍA CHICO aborda el tema de esta distinción al hacer el comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de octubre de 1973 en la segunda parte de la obra, pero donde se ve más claramente la distinción es en la «comunicación» que él mismo ofrece al III Congreso Internacional de Derecho Registral de Puerto Rico, en donde desarrolla las dos facetas en que se manifiesta: a través de la calificación registral, previa, simultánea o posterior a la escritura y mediante la estructuración del contenido del asiento, que transforma el título público en un asiento y le da carácter independiente, con vida propia y con efectos peculiares específicos. Recogiendo estas ideas, J. M. GARCÍA GARCÍA, en un trabajo sobre «Inscripción conjunta de contador y herederos y de la partición de contador con la aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 519), hace una aplicación de esa distinción en la que el Registrador se manifiesta, de una parte, como jurista encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y, de otra, como colaborador eficiente en un proceso constructivo de evolución de nuestras figuras jurídicas. Entiendo que es la línea que había que seguir para poder apreciar en toda su dimensión esta noble labor con la que el legislador nos honra y nos exige.

2. LA «PRÁCTICA»

La segunda parte del volumen que reseñamos, páginas 199 a 433, lleva el epígrafe general de «Casos prácticos de calificación», y en ella JOSÉ MARÍA CHICO expone dieciocho trabajos que han tenido su origen inmediato en problemas de calificación surgidos en el quehacer cotidiano de su vida profesional de Registrador de la Propiedad.

Estos estudios, muy directos y muy vivos, fueron publicados en su día en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, en la sección de «Notas de colaboración». Ha hecho muy bien el autor en seguir las atinadas sugerencias de MARÍA LUISA LEIRA, de las que nos habla en la introducción, y dar una más amplia y permanente difusión a estas notas, llevándolas de la citada publicación mensual a un libro. Lo que debiera ocurrir, igualmente, con muchos de los trabajos publicados en ella por otros compañeros.

Creo que será útil que relacione aquí el título de los «Casos prácticos» que se publican: I. «Problemas sobre la anticresis». II. «Bienes privativos convertidos en gananciales». III. «Los extranjeros y el Registro de la Propiedad». IV. «Publicaciones de edictos». V. «El defensor judicial de menores y el Registro de la Propiedad». VI. «Inscripción de partición, con expropiación forzosa, menores de edad y albaceas-comisarios-contadores partidores». VII. «Sustitución de la representación legal». VIII. «La determinación del interés y el interés variable en la hipoteca». IX. «Prioridad, anotación preventiva, conversión y prórroga». X. «Cesión gratuita de bienes inmuebles realizada por un Ayuntamiento». XI. «Protocolización de partición judicial». XII. «La suspensión de pagos y el gravamen fiscal». XIII. «La expropiación forzosa, las urgencias urbanísticas y el Registro de la Propiedad». XIV. «Asientos contradictorios». XV. «Tres problemas de inmatriculación». XVI. «Estatutos de la Propiedad Horizontal: la Comisión Delegada y otros problemas». XVII «Problemas de calificación: certificación bancaria de pesetas convertibles; accesión y propiedad horizontal; arbitrio municipal de plusvalía», y XVIII. «Precio aplazado, letras de cambio y condición resolutoria».

La simple enumeración que precede es suficiente para indicarnos la rica

variedad de la temática tratada por el autor. Como es lógico, el valor de los distintos estudios es desigual; pero todos están en un nivel alto y son dignos de meditada lectura. Lo cual no significa, naturalmente, que no puedan discutirse—¿y qué no es susceptible de discusión en el campo jurídico?—algunas de las conclusiones a que llega el autor.

En la «nota previa» nos indica claramente el autor que estos trabajos no están actualizados, por lo que, sin duda por respeto a la palabra publicada, se insertan tal como aparecieron en su día; pero es una pena que no se haya aprovechado la oportunidad para poner notas a pie de página señalando la fecha de su publicación primera, con lo cual se resaltaría que para que sea plenamente útil su consulta hay que examinar la normativa posterior a dicha fecha. Por ejemplo, el trabajo dedicado a «Los extranjeros y el Registro de la Propiedad» debe ser completado con la nutrida legislación que arranca con el Texto Refundido de las Disposiciones legislativas sobre Inversiones Extranjeras, de 31 de octubre de 1974. Y el tema señalado con el número X, para actualizarlo con el Decreto 565/75, de 13 de marzo, que deroga el apartado e) del artículo 96 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; la omisión del citado Decreto también se observa en la página 192 y en el Modelo 100—compraventa de bienes de Ayuntamientos—del libro que recensamos. Y es que con la desaforada «euforia» legislativa que sufrimos, todo queda en seguida anticuado y es muy difícil estar siempre al día. Incluso para una persona tan bien organizada y de tan sólidos conocimientos como es el autor del notable libro, volumen al que auguramos masiva difusión y numerosos elogios, que comentamos con agrado.

3. LA «FÓRMULA»

Llegamos ya a la tercera parte—«Formularios y Modelos»—, dedicada a decirnos, como resultado final de la función calificadora, «cómo» se inscriben los documentos, de qué manera concreta acceden a los libros registrales. Aunque para muchos esta faceta final del control jurídico que realiza el Registrador es secundaria, nosotros no lo consideramos así. La fórmula, en la feliz terminología de CHICO, no solamente es importante para evitar asientos interminables, que amplían innecesariamente el trabajo del redactor y especialmente el de aquellos que de alguna manera tienen que utilizar su contenido, sino que también cumple la importante misión de «limpiar, fijar y dar esplendor» a la relación jurídica que se inscribe. Sólo de la manera y forma en que figure inscrito un derecho quedará realmente fijado en el Registro, y únicamente de tal guisa recibirá los esplendorosos efectos que produce la institución registral.

Comprendiéndolo así el autor, no prescinde de tocar este tema, que bastantes consideran de arte menor, sino que nos obsequia con 164 modelos (que son muchos más: por ejemplo, dentro del modelo 100—compraventa—se incluyen 21; en el modelo 113—hipotecas voluntarias—están integrados 10, etc.). Aquí CHICO se nos muestra altamente innovador, deliberadamente polémico y sabiendo que muchas de las cosas por él sostenidas—y probablemente originadoras ahora de relativo escándalo—sin tardar mucho serán práctica común; los futuros redactores de reformas reglamentarias deberán tener muy presentes las opiniones y modelos de esta parte del libro. En él se dedican apartados especiales a estas materias: asientos de presentación, diligencias de cierre del Diario, notas marginales, inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones. Dentro de cada apartado van clasificados los modelos por orden alfabético.

Preceden a muchos modelos la habitual cita de los preceptos aplicados y, lo que es más importante, la justificación y explicación de las posturas

más audaces en la redacción de los mismos. ¿Cuáles son estas avanzadas posiciones? Entre otros: no consignación del lugar y fecha en el asiento de presentación, nuevo concepto de la «literalidad» en la transcripción de las condiciones, simplificación de las circunstancias personales del transmitente, no necesidad de referencia al pago del impuesto y muchas más.

Además, cuida mucho de que las palabras empleadas sean las más cortas, y las frases, las más concisas. El clásico «en su virtud» es sustituido, empleando en su lugar «por ello»; en el «así resulta» elimina el adverbio. En la referencia al asiento legitimador del que transmite los bienes, se suprime la palabra «inscripción» y el ordinal lo expresa con letras. Es una lástima que no se aborden algunos otros aspectos, por ejemplo: la supresión del tratamiento de las personas (salvo en el supuesto que fuese decisivo para fijar el sexo); el empleo de abreviaturas de uso común y que no están prohibidas por precepto alguno, y el adecuado empleo de los subrayados y de las tintas de distinto color...

Respecto al acta de la inscripción, quintaesencia de la misma y que para algunos debe tener un valor preferente sobre el resto del asiento, se inclina decididamente a consignar que el que «inscribe» es el Registrador y no el titular registral. Para nosotros, la fórmula ideal—que, en parte, resuelve el problema de si lo que se inscribe son derechos o títulos—sería alguna parecida a ésta: «En su virtud, inscribo el pleno dominio de esta finca a favor de J. R. G. por título de permuta.» Creo que ésta es también la opinión de CHICO y la emplea en varios de sus modelos—108, 110, etc.—; si bien es conveniente advertir que en muchos casos, en aras de la brevedad y de la claridad, no es recomendable utilizarla.

Es imposible dar noticias de todas las novedades que aportan estos formularios. Tienen cosas muy buenas, otras buenas y algunas discutibles. Pero lo que nadie podrá negar a su autor es el gran esfuerzo que ha tenido que realizar para conseguir unos asientos breves, nuevos y eficaces. Todos—en publicaciones y, sobre todo, en la diaria experiencia de nuestros Registros—debemos esforzarnos en lograr una prosa concisa y directa que haga del asiento registral un perfecto extracto de lo que de inscribible tenga el título formal que accede a la registración.

El controvertido Decreto 2556/77, de 27 de agosto (*B. O. del Estado* de 8 de octubre), del que obviamente, por razón de fechas, no pudo ser considerado por el autor, en la polémica sobre si los documentos complementarios deben reseñarse en el asiento de presentación y en la correspondiente inscripción o solamente en alguno de los dos lugares, parece inclinarse, dado el contenido del reformado artículo 428, al criterio de que el sitio adecuado es en el asiento principal; así, pues, los «modelos» 23, 24 y 26 deberán ser examinados desde este nuevo prisma. Por supuesto, si se espera un recurso gubernativo estimamos que para que quede adecuadamente planteado es necesario consignar los complementarios en el asiento de presentación. Por las mismas razones de fecha, tampoco se ha recogido el nuevo artículo 314 del Reglamento Hipotecario, que consagra una acertada fórmula de rectificación de asientos firmados.

Y ya, paciente lector, termino esta apresurada recensión de un buen libro, que, en resumen, representa una muy loable aportación al Derecho registral inmobiliario.

IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA
Registrador de la Propiedad

DE ANGULO RODRÍGUEZ, Luis: «La emissione di obbligazioni», en *Grandi problemi della S.p.A. nelle legislazioni vigenti*. Padova, CEDAM, 1976.

En el firmamento contemporáneo de la ciencia jurídica, MARIO ROTONDI es nombre luminoso, figura egregia. Su infatigable actividad de ingeniero y artista del Derecho es un constante infundir plasticidad, fluidez e internacionalidad a institutos de contornos normalmente rígidos y estancos, una superación de la hiperlógica conceptual. Sus galaxias predilectas, el mundo mercantil y el del Derecho Comparado no se hostilizan, antes bien se complementan en imperceptible suavidad. El primero cabalga por el ilimitado campo del Derecho pretorio, el *ius gentium*, y, como el segundo, prescinde de *ghettos*, fronteras o mezquinos provincialismos, percibiendo sólo la cadencia esencial, casi uniforme, de una civilización fungible, con necesidades y soluciones traducibles y, por tanto, con amplias zonas de normativa transferibles íntegramente. Por ello, el amplio espectro de las relaciones económicas y financieras de nuestros días hace necesario el conocimiento de la disciplina de otros países, presupuesto imprescindible para cualquier reforma seria.

En esta línea, en el tomo IV de su colección «Inchieste di Do. Comparato», nos ofreció una exposición del régimen de las Sociedades Anónimas en numerosos países a cargo de 34 destacados estudiosos. Y en el V, con el citado título «I grandi problemi...», en dos magníficos volúmenes de 1.648 páginas, aporta los trabajos de 20 profesores de distintas nacionalidades sobre temas candentes. La simple enunciación onomástica delata la calidad de la obra: CORAPI, PETITPIERRE-SAUVAIN, VANETTI, TORTORANO, GRISOLI, LEVI, MISEROCCHI, JAEGER, ALLEGRI, BARBIERA, GLANSBORFF, MAZZONI, COLOMBO, COSTI, SANTAGATA, ANGELICI, BALLARINO, ROSSI. Sin duda, algunos de los estudios no pueden tener otro calificativo que el de magistrales.

En la imposibilidad de un comentario adecuado, que impiden la magnitud y calidad, esbozamos unas notas relacionadas con la única aportación española, la enunciada en el epígrafe. El tema, aunque con otro enfoque, fue ya profundizado por LUIS DE ANGULO en 1968, en ensayo obrante en la colección del Colegio Español de Bolonia. Ambos son un ejemplo de pulcritud científica.

La financiación de la empresa, y en especial la conformada como Sociedad Anónima, es materia siempre actual. Tal sociedad se caracteriza, frente a las personalistas y mixtas, por la integridad de la limitación de su responsabilidad, y frente a las limitadas por la cartularidad, la materialización de los derechos sociales mediante su incorporación a un instrumento tipo. Una de sus funciones históricas más acentuadas es precisamente la de instrumento de financiación, de captación de numerario, plasmada en la clásica expresión de SCHMALENBACH: «Kapitalpumpe». Ello tiene lugar mediante los siguientes procedimientos:

La «vía maestra», la tradicional emisión de nuevas acciones acudiendo al ahorro particular o el de los grandes profesionales o instituciones de la inversión colectiva, *holdings*, sociedades de financiación, *investment trusts*, compañías de seguros, mutuas y aun grandes sindicatos o *kibbutz*. En la actualidad, con la excepción de los poderosos, que exigen condiciones o controles excepcionales, se halla en plena decadencia, sobre todo en Estados de lánguida economía. Los frecuentes colapsos comerciales, los dividendos irrisorios, las Bolsas agonizantes y la política fiscal de persecución al ahorro con su estela de nerones y guardias pretorias son desalentadores, ciertamente. El ánimo no se restablece con *boards*, comisiones o instrumentos de control, del que la CONSOB italiana es la versión más reciente; sus fun-

ciones son limitadas. Y las inspecciones o superintendencias de Latinoamérica no parecen tener otra función real que la de complicar sin objeto un ya difícil desarrollo industrial.

La emisión de obligaciones era otra fuente clásica, pero la constante desvalorización de las monedas, los frecuentes casos de empresas con economías a cero o bajo cero que hacen participar de sus riesgos no sólo a trabajadores y suministradores, sino, y sobre todo, a los acreedores modestos e indefensos, ha reducido considerablemente su importancia. Han surgido varios tipos de obligaciones para alentar el que había sido tránsito regular de capital agrario, que requiere estabilidad y seguridad, al mundo industrial, sobre todo en zonas en las que, disfrazado de mercantil, predomina el estadio precapitalista. ANGULO las detalla y a ellas nos referiremos posteriormente. Pero sus efectos han sido sumamente reducidos y por ello muy recientemente (COTTINO, en su *Do. Commerciale*, de 1976), con referencia a Italia, ha podido decirse que quien tiene dinero prefiere enviarlo al extranjero o convertirlo en bienes refugio: oro, cuadros, piedras preciosas.

Una de las fuentes más importantes en los últimos tiempos ha sido la autofinanciación; se recurre a los bajos dividendos y con las reservas se aumenta el capital, con el que se juega al alza indefinida; pero la consecuencia es alejar a los rentistas—parasitarios, según la corriente expresión despectiva—de futuras aportaciones. Su práctica, incluso en países escasamente dotados de capital empresarial, ha sido considerable, aunque en las más débiles empresas, y en ciertos Estados son la mayoría, no hay autofinanciación posible. En muchas ocasiones, en la base de toda deplorable situación económica general, es detectable una mala gestión política, el olvido del *politique d'abord*.

El crédito particular es de escasa importancia. Normalmente, lo facilitan los Bancos, acreedores avisados con condiciones duras, a las que suele añadirse el aval solidario del grupo dirigente. Las sociedades financieras, a diferencia de las *holdings*, prestan también asistencia, pero exigen participación o control en la dirección. El diálogo entre capital industrial y financiero se desenvuelve teóricamente en el ámbito de la libertad, pero, descendiendo de lo abstracto, la realidad tangible se concreta en el salvamento del naufragio. Por ello muchas sociedades menores pasan a ser dependencias de acreedores institucionales o grandes grupos industriales, que les suministran materias a transformar o productos para revender con márgenes limitados. Pececitos que nadan paralelamente y al amparo de los grandes cetáceos, y que acaban por perder el sentido de la nacionalidad tradicional; se habla de las nacionalidades «Nestlé», «I.T.T.» o «United Fruit», como en otros tiempos las grandes compañías holandesas o británicas de las Indias ejercían poderes correspondientes a Estados soberanos.

La salvación de empresas en trance de desaparición pasa a ser de interés público; la permanencia de los puestos de trabajo se proyecta en primer plano y el Estado se ve obligado al auxilio, ofreciendo su ilimitada responsabilidad dimanante de los contribuyentes. Errores o veleidades empresariales producen la transferencia de riesgo a la sociedad, a las clases populares especialmente, que reclaman participación. La ortopedia administrativa ofrece vertientes distintas: contribución a fondo perdido, beneficios fiscales u otras fórmulas de proteccionismo, participación y hasta asunción de la empresa. El Estado-empresario cubre desde la posición de bombero dispuesto al «pronto soccorso» hasta la de promover o colaborar al desarrollo industrial; es la llamada socialización en frío que ha conducido a Europa al sistema, reputado ya irreversible, de economía mixta.

Le apoya, parcialmente, el movimiento corporativista, con sus acentos en los cuerpos intermedios, que, al decir de PIETRO BARCELLONA, desde la *Rerum Novarum* y durante largos decenios constituiría la doctrina social del catolicismo. Con Rocco y el autoritarismo, la doctrina se institucio-

naliza y llega a representar un fenómeno no marxista, pero de signo totalmente opuesto al espíritu de la Revolución Francesa. En Italia se crean el ENI o el IRI, paralelos a nuestro INI, y después de 1945, gran número de empresas en forma de SpA, cuyas estructuras se alteran fundamentalmente, e incluso el fin de lucro llega a ser reputado un fetichismo y pierde su condición de parámetro en esta Sociedad Anónima que se transforma en instrumental, neutra. Aparecen los Ministerios especiales, las *holdings* y *sub-holdings* y una compleja organización. Los doctrinarios marxistas consideran que ello no es socialismo, sino neo-capitalismo, capitalismo de Estado destinado a potenciar el sistema, pero lo cierto es que las aplicaciones concretas de socialismo, experiencias palpables, apenas han llegado a otro resultado que un capitalismo de Estado, en ocasiones sumamente primario.

Estados Unidos, como Australia y Canadá, por motivos ideológicos, no practican tal sistema. Otros, como Alemania, apenas iniciada la normalización, desnacionalizan. Pero en los pocos estatizaciones desastrosas y desbocadas arruinan al Estado. Como paradigma, referidos a Italia y en destacadas revistas jurídicas, CASTELLANO y ROSSI han comentado, con jocosa tristeza, el siguiente caso: El EGAM, grupo de empresas mineras estatales, por D. L. de 23-XII-76, fue elegido para asumir las reservas obrantes en compañías particulares de siniestros de vehículos. Las acciones de sus sociedades ofrecerían plena garantía a los asegurados. Pero por otro D. L. de 3-I-77, las sociedades referidas quedaron exentas de la obligación legal de disolverse o reconstituir su capital, al descender éste de un millón de liras (unas 100.000 ptas.). Las sociedades garantes presumiblemente se hallaban en bancarota. CASTELLANO, comentando el procedimiento, recuerda la historieta del sultán previsor: declarada en su país una epidemia de rabia e informado de que los perros, aun rabiosos, jamás mordían a su dueño, decretó que todos los de su Estado pasaban a pertenecerle.

ANGULO, en su estudio, analiza uno de los citados aspectos de la financiación, la emisión de obligaciones. Con detallismo de quirófano delimita el campo y desciende a las más sutiles entretelas de las obligaciones con rendimiento variable, en especial las *indexeés*, *parametrated* o *stabilized bonds*; las que incorporan beneficios complementarios atractivos (descuentos en compras, bonos para viajes o estancias en hoteles, etc.); las convertibles en acciones; las de participación en beneficios (*participating bonds*, *gewinnberechtigte Obligationen*), lo que le lleva al tema, cada vez más sutil, de la distinción acciones-obligaciones; los diversos criterios respecto a las personas o entidades que pueden emitirlas, en especial las no mercantiles y las *holdings*; las que exceden del límite legal y los aumentos de capital *a posteriori* susceptibles de subsanar la infracción; la naturaleza de sus títulos, de crédito o de participación, su carácter causal o abstracto y la crisis de tal distinción; las *floating charges* y su paralelismo con los *equipment bonds* y las prendas sin desplazamiento; el *sinking fund* americano, como instrumento de liquidación. Y todo ello con meticulosidad, nitidez y exhaustividad ejemplares.

A fines concretos queremos destacar su planteamiento sobre la naturaleza jurídica de la emisión de obligaciones, las tesis germanas de la venta (y aun de la venta lenta, *au robinet*) y las latinas del mutuo, ésta con un reflejo en la Exposición de Motivos de nuestra LSA; pero ANGULO llega a la conclusión de hallarnos ante un contrato *sui generis*, un negocio abstracto no identificable con ninguno de los indicados u otro similar.

Al tratar de las obligaciones con rendimiento variable su examen se centra en las cláusulas de revalorización que actualmente cuentan con doctrina, jurisprudencia y legislación favorables, por gran margen, en el campo internacional. Aunque no como lo hizo en 1968, penetra en la doctrina y jurisprudencia españolas, cuyo cjc se situaba en el artículo 1.255 del Código civil y en conceptos como los de orden público y buenas cos-

tumbres, calificados por MINERVINI y FERRI de ambiguos y desdibujados, considerando la rápida evolución social producida en pocos lustros; lo propio, la estimación del nominal monetario como un símbolo, casi una bandera nacional.

Reiterando lo puntualizado en 1968 con un anonadante lujo de citas y una fluida sistematización, nuestro autor declara que doctrina y jurisprudencia española admiten sin reservas tales cláusulas, que dan seguridad y facilitan el tráfico, constituyen una muralla para la buena fe y un freno para el Estado en caso de abuso de inflación. Aun en terreno tan sensible como el de los arrendamientos su validez no ofrece dudas, sin perjuicio de delicadas distinciones encaminadas a evitar aumentos continuados de renta, en ocasiones bizantinismos que apenas logran encubrir un espíritu judicial anticasero.

Con las bases expuestas no extraña, pues, que el 30-XI-77 la compañía SARRIO emitiera 1.000 millones de pesetas en obligaciones al portador, al 12 por 100 anual, abonable semestralmente, con la particularidad de que a sus respectivos vencimientos el nominal del capital e intereses quedarían aumentados en el mismo porcentaje en que hubiera subido el cambio oficial del dólar USA respecto a la peseta entre el día de la emisión y el del vencimiento. Sólo se refería al aumento, de forma que el nominal-pesetas representaría la cifra mínima.

Pero sí sorprende, y las dudas que se suscitan no son ni escasas ni leves, leer en el «Memorándum de Información»: «La emisión está garantizada con hipoteca, cubriendo el principal y los intereses. La variación que, en su caso, haya en la cotización del dólar USA respecto a la peseta está garantizada con una hipoteca de seguridad...»

En forma dispersa y no susceptible de ordenar en breves párrafos, y como objeto de meditación serena y sistemática en otro momento, acuden a nuestra mente un tropel de ideas, algunas de las cuales anotamos:

- La jurisprudencia cautelar, de la que tal emisión es paradigma, con sus funciones de adecuar las normas a la realidad mediante la actividad de las partes siguiendo sendas y directrices de Notarios y Asesores, misión pionera que tan resaltada ha sido por WESTERMAN, REBINDER, RAISER, SCHOLLEN, FLUME.
- El recuerdo al artículo 219 del Reglamento Hipotecario, tan calificado de timorato por la cuantiosa literatura que ha comentado la reforma de 1959, del que resulta que en las inscripciones motivadas por escrituras de *préstamos hipotecarios* se podrán hacer constar cláusulas estabilizadoras que reúnan determinados requisitos, y que ello no será aplicable ni a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes ni a los intereses. La casi general interpretación extensiva del precepto, estimado aplicable a las hipotecas en garantía de toda clase de créditos. La posibilidad de que tal precepto realmente ofrezca un caso de patología por deficiencia de estructura, un supuesto de laguna legal, tal vez idiológica, ante la que el Derecho no puede permanecer mudo o aséptico ni producirse con interpretaciones paca-tas, propias de ampollas de laboratorio, no concordes con la dinámica de la vida, a la variabilidad de sus constantes éticas y sociales. Como consecuencia, la hipótesis de una interpretación restrictiva que elimine de la norma las hipotecas en garantía de precios aplazados, censales, etc. Respecto a la emisión de obligaciones, ya hemos señalado su discutible naturaleza.
- El criterio de la DGR en 1952 y la posibilidad de que el actual no fuera coincidente por variación de circunstancias, y entre ellas aceptación de tales cláusulas sin reservas por la jurisprudencia, cuyo papel como fuente de Derecho se acentúa con la reforma del Código civil de 1974; la conciencia social, en estos momentos de palpitante

inflación, no sólo de validez, sino de extraordinaria utilidad; la aparición de nuevos índices más simples; la admisión del reflejo registral en las alteraciones de interés legal mediante hipotecas de máximo; los principios generales del Derecho, que no sólo se fundamentan en las estructuras económicas y sociales vigentes, sino que de acuerdo con el Código civil, lo propio que las normas, deben ser interpretados según la realidad del tiempo en que han de ser aplicados; la función registral, y de sus órganos rectores, que en caso de norma válida no deben entrometerse en consideraciones ajenas a lo que sea facilitar el tráfico jurídico con la mayor garantía, pues al servicio del mismo está el Registro, no a la inversa.

- La conveniencia de promocionar una urgente reforma de dicho artículo 219, sobre todo en el supuesto de admitirse su interpretación tradicional, que le habría dejado vacío de sentido (*Sinnentleerung*), procurando su coordinación con las necesidades y situaciones aludidas.
- Las reducidas posibilidades de tal interpretación restrictiva en estos momentos, no sólo como una notoria falta de *elegantia iuris*, de ofensa al *ius equum*, sino, sobre todo, por la crisis de la imagen del Juez como árbitro separado de los conflictos sociales, simple controlador de una figura invidente con balanzas de ajustadísimo fiel. La Magistratura, cada día más, es reflejo y aun caja de resonancia del mundo social, aunque sus enfoques sean diversos, como lo demuestran los diversos «sindicatos» judiciales italianos, que, en abanico de derecha a izquierda, tienen los siguientes nombres: Unione Magistrati Italiani, Associazione dei Magistrati, Magistratura Indipendente, Impegno Costituzionale, Terzo Potere y Magistratura Democrática. Las conclusiones adoptadas por el último de estos grupos en el Congreso de Rimini de abril de 1977 son la más destacada exaltación del magistrado partidista.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MARCOS JIMÉNEZ, M.: *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1976.

A pesar de que se ha dicho con insistencia que el artículo 209 de la primitiva Ley del Suelo era la gran concesión genérica en la que esta legislación trataba de ponerse en coordinación con el Registro de la Propiedad, yo he defendido y sigo entendiendo que los autores de la ley desconocieron totalmente la existencia del Registro y no midieron el alcance que sus preceptos iban a tener al ponerse en contacto con determinadas instituciones. Discrepo con ello del prologuista del libro que recensiono y que ha defendido la panacea del artículo 209. Demuestra esta falta de coordinación la actual disposición treceava de la actual ley, que lanza un reto al Gobierno para que la legislación hipotecaria se ponga de acuerdo con la del Suelo. Es curioso que lo que parece «defectuoso» es la legislación hipotecaria, y lo «perfecto», la del Suelo, cuando de haber procedido de otra forma, es decir, pensar en las posibles consecuencias de lo que se legislabá, se hubiese tenido que estructurar la ley coordinando sus preceptos con los existentes o adaptándolos a las nuevas situaciones creadas.

El «engendro» legislativo de la primitiva Ley del Suelo, que cogió de sorpresa a las primeras figuras que hoy defienden sus principios, no supo

penetrar en una institución que por ser «neutra» sirve para cualquier sistema que haya de regir la propiedad. Sea individualista o social él o la forma de entender la propiedad, es evidente que necesita de una institución que publique frente a todos la situación en que se encuentra para que el principio de la «seguridad jurídica», en su vertiente de seguridad del tráfico, sea efectivo. Esta institución, llamada Registro de la Propiedad, se soslayó con una referencia genérica, pensando que con ello los problemas habían quedado resueltos, y no fue así.

El reto que el urbanismo, en sus versiones modificadas de la legislación del Suelo, lanza a la institución del Registro de la Propiedad no ha sido recogido en su totalidad por el autor de este trabajo, sino que en el mismo se circunscribe a uno de sus aspectos: el de la parcelación y reparcelación, al filo de una reforma reciente, caliente y pendiente de aplicación.

Hace ya mucho tiempo, en una de las primeras clausuras de los Seminarios de Derecho Hipotecario (clausura y seminario suenan mucho a culto y clero), di una de las conferencias sobre el tema de Derecho urbanístico, y abierto el coloquio final, uno de los primeros en levantarse fue el autor de este libro. Ello da idea de su constante preocupación por el tema, en el que ha ido profundizando con serenidad y precisión. En cuantas conferencias, cursillos y seminarios se organizan sobre la materia, MARCOS JIMÉNEZ está presente en forma activa, pues, aparte de las notas que suele ir tomando, siempre en el coloquio ofrece su pensada intervención. Fruto de esta insistencia es el trabajo que nos ofrece y del cual vamos a dar rendida cuenta en estas líneas recensionistas.

Prologa la obra otro ilustre urbanista. En este caso podríamos decir «pionero» del urbanismo. NARCISO FUENTES, con la habilidad que le caracteriza, sitúa al lector en los tres problemas que él considera son tratados por el autor: la coordinación entre legislación del Suelo y la registral, saliendo al paso de una discutida opinión de IGNACIO SERRANO sobre la aparición del Reglamento Hipotecario en su versión de 1959; la fundamentación como limitaciones del dominio de la reglamentación de las parcelaciones y reparcelaciones, y la inscripción del Estatuto de Limitaciones, haciendo en este último punto una análoga remisión a la propiedad horizontal y a la visión de futuro que tuvo don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

En el preámbulo de la obra, especie de justificación *a priori* de lo que el autor pretende, existe base suficiente para dar al lector justificada cuenta de la estructura de la obra. Dos capítulos, divididos a su vez en partes general y especial. El primero y el segundo se destinan a precisar los conceptos de la parcelación y reparcelación, es decir, de las figuras que en las segundas partes han de recibir la publicidad que el autor estudia. A estos dos capítulos les precede una introducción, en la que se exponen conceptos previos y, particularmente, el tema de las limitaciones del derecho de la propiedad urbana. Todo ello, y este otro mérito de la obra, ajustado a la nueva modificación de la legislación del suelo. Un índice bibliográfico y otro sumarial completan la obra.

A. INTRODUCCIÓN

Sirve esta parte al autor para reseñar en forma esquemática lo que él considera «naciones generales sobre urbanismo». Entiendo que es la parte más polémica de la obra, donde el autor se conforma con criterios aceptados sin hacer el esfuerzo del planteamiento distinto. Didácticamente, la postura puede ser correcta y útil, pero desde el punto de vista de una «obra de investigación», como el autor califica a su trabajo, había que haber arriesgado más.

Dos puntos abren esta introducción: el doble aspecto en el que se puede

contemplar al urbanismo, social y jurídico, ambos como auténticos fenómenos que exigen misiones específicas en los componentes de las parcelas que esta doble proyección presenta. La cuestión siguiente es la de la problemática del llamado Derecho urbanístico, su configuración, su naturaleza, su autonomía y sus caracteres y principios. El autor acepta la tesis de MARTÍN BASSOLS, negando autonomía a dicho Derecho en base de la falta de unos principios sistemáticos generales. Sentada está afirmación desarrolla algunos estudios sobre el concepto de planes y sus clases y la cuestión fundamental, que es la naturaleza que debe darse a esa especie de limitaciones que parecen derivarse de esa regulación frente al concepto de propiedad.

B. PARCELACIONES URBANÍSTICAS

Habíamos anticipado que cada capítulo destinado a las materias enunciadas estaba dividido por el autor en dos grandes apartados, general y especial. En el primero, con criterio de gran novedad, se afrontan dos temas en torno a la parcelación, reseñando fuentes y precisando conceptos, pero haciendo preceder a la legislación española las legislaciones de Alemania, Bélgica, Costa Rica, Francia e Italia, selección que el autor justifica debidamente. La crítica que el autor hace a la definición legal, en su versión primitiva y en la reciente, tiene la garra de la precisión en orden a lotes y terrenos y núcleos de población.

En la parte especial de este capítulo se plantea el problema de las repercusiones de las parcelaciones con el Registro de la Propiedad. Tres son los puntos cruciales que aborda el autor: la constancia registral de la indivisibilidad, el confuso concepto del volumen de edificabilidad y sus contactos conceptuales con otros afines y la licencia en la parcelación como requisito de inscripción. El mero enunciado de materias en forma tan simple podría dar una idea equivocada al lector, pues el estudio es minucioso, lleno de sugerencias y derivaciones. Habría que pensar muy severamente y con cierta calma, cosa que en este momento no permiten las exigencias del compositor del número de la Revista, para emitir un juicio crítico coincidente o dispar del que mantiene el autor sobre esos diferentes puntos. Lo prudente en estos casos es reservarse para en su día, cuando esté maduro el juicio, emitir una opinión. Alegremente no se puede decir «me opongo», y en su día lo demostraré. Si uno se opone, esa oposición exige demostrar las razones en que se basa.

C. REPARCELACIONES URBANÍSTICAS

El mismo esquema expositivo al que hemos aludido anteriormente para ofrecer al lector el contenido de lo referente a las parcelaciones es el que se utiliza ahora para las reparcelaciones. Una parte general y otra especial permiten al lector introducirse en el concepto a través de la legislación comparada y la española para luego llegar al problema registral.

La reparcelación para el autor es de las figuras más importantes de la legislación del suelo. Lo decía—y así lo destaca el autor—la Exposición de Motivos de la primitiva ley, al calificarla de «pieza fundamental», y puede que ello sea cierto al realizarse a través de la misma una mayor justicia distributiva. Otro compañero nuestro—JOSÉ LUIS LASO—, al que cita el autor, ha puesto de relieve esta idea con singular fortuna relacionando la figura como instrumento para la posible corrección de los abusos de derecho.

Al encontrarme citado varias veces por el autor en esta zona polémica

de la reparcelación, me quedo un poco sin armas para poder discutir sus argumentos, pues, la verdad sea dicha, tengo que aceptar las citas mías sin encontrarme con esfuerzos para memorizar mis opiniones. De otra parte, se está jugando con una situación de «cordial entendimiento», en cuanto el texto refundido de la Ley del Suelo da por vigente en forma provisional el de Reparcelaciones hasta tanto se publique el Reglamento que ha de dar vida a una Ley del Suelo de «perezosa» aplicación.

No hay nada que oponer en orden a la exposición que de la materia hace el autor sobre esa base de textos vigentes, y es de esperar, para el bien de los juristas y de los prácticos del Derecho, que el nuevo Reglamento recoja lo más sustancialmente posible las directrices que marcó el de Reparcelaciones.

El autor, con mentalidad de opositor no muy lejano, cierra el libro o el trabajo monográfico con unas conclusiones que llegan a 24. Dos docenas. Yo recuerdo que cuando dirigía la Academia de preparación de opositores a Notarías y Registros, solía aconsejar—al abordarse el tema de la montaña o ejerciendo escrito de discurrir—que las conclusiones que se sacasen de lo escrito fueran acordes con lo dicho, pero que si no fuera posible lo mejor era prescindir de ellas. Era la forma para evitar que el adormilado miembro del Tribunal que había oído en nebulosa el contenido del dictamen, no pudiese tomar las notas que podían comprometer una afirmación sin escuchar los argumentos. Entiendo que aquí puede pasar lo mismo. El autor, al resumir su opinión, hace un alarde de honestidad, pero el que haya de utilizar su trabajo para sucesivas citas recogerá sólo afirmaciones sin tener en cuenta argumentos. Es algo muy semejante a esa forma extractada de citar sentencias y resoluciones que pueden utilizarse sin tener en cuenta el caso concreto que solucionan, es decir, la «jurisprudencia del problema».

JOSÉ MARÍA CHITCO Y ORTIZ

PORTALE, Giuseppe B.: «I conferimenti in natura atipici nella S.p.A.». *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, I. Milano, Giuffrè, 1974.

Su autor es destacado publicista en temas de aportaciones y capital social; la obra es de proporciones modestas y no exageradamente reciente. Si la recensionamos es por estimar que sus tesis, incisivas y penetrantes, pueden ser de considerable interés en España, donde la materia es tratada por la doctrina en forma superficial y concordante. Para enmarcarla, en nuestra patria, hay que resaltar que en ella las aportaciones *in natura* no son objeto de control en el procedimiento de homologación, que en Italia es judicial, por lo que su descripción admite vaguedades y su valoración sólo es objetable en la esfera interna. Tan sólo se reputan no aportables las prestaciones de servicios y el Decreto 3021/74, reiterando el de 1959, admite inversiones de capital extranjero mediante aportaciones de asistencia técnica, lo que interpretado en forma amplia, como señaló BÉRGAMO, equivale a «toda clase de servicios». No hay problemas respecto a aportaciones de otros bienes, materiales o inmateriales, ni derechos reales o personales de goce. PORTALE, sobre la base de la legislación italiana, ilumina profundamente la materia descubriendo problemas yacentes en relieves apenas intuidos.

A diferencia de las sociedades personales, es opinión extendida que las aportaciones a las Sociedades Anónimas deben ser imputables al capital, reflejables en el balance; si no son en efectivo, realizadas *uno actu* y, en Italia como en Alemania, valorables mediante parámetros objetivos, lo

que requiere una adecuada descripción, a veces susceptible de revelaciones peligrosas. De ahí la dificultad de la aportación de bienes que, en el actual estadio de desarrollo tecnológico, son utilísimos a las empresas, como exclusivas de venta, secretos industriales, *know-how*, asistencia técnica, renuncias de derechos o concesiones o de ejercicio de actividades, listas de clientes, resultados de estudios, aun negativos, y muchos otros cuyas valoraciones son calificadas de *schwierig ja oft immaginär*.

Para eludir problemas legales se utilizaban títulos sin valor nominal, que, como las prestaciones accesorias, que regula el Código civil italiano para las Sociedades Anónimas, y en España sólo admite la LSRL, no satisfacían a los aportantes; se acudía a procedimientos de fraude legal, entre ellos suscribir acciones desembolsando el mínimo y compensar la diferencia con el crédito dimanante de la transmisión del bien realmente aportado, o lícitos acuerdos para sociales de compromisos con un tercero, que se obligaba a abonar el importe de la suscripción en efectivo a cambio de la futura cesión a la sociedad de la imposible aportación *in natura*.

También las llamadas «acciones industriales», carentes de reflejo en el capital social y que temporalmente fueron admitidas en ciertos países, subvinieron a tal necesidad. Pero sobre la doctrina pesó pronto el problema de la tipicidad. Realmente se trataba de Sociedades Anónimas atípicas. La estructura es el criterio esencial de tipificación, y la acción con valor nominal es la representativa de la unidad elemental de la Sociedad Anónima, aquella que mide el poder gestor del socio, incluso en los casos de desembolso parcial. Y ello aun cuando las exclusiones de bienes aportables pudieran suscitar la duda de si la tipificación de tal entidad, y su distinción de las personales o mixtas, no pudiera resultar también de dicha limitación.

El problema, pues, queda definitivamente centrado en cómo justificar la adjudicación de acciones con valor nominal en pago de aportaciones «no típicas».

Se alega, en contra de tal posibilidad, la fungibilidad de los socios en las Sociedades Anónimas, que deben considerarse integrados no por hombres, sino por sacos de dinero. El socio no puede quedar prisionero de la sociedad mientras presta los servicios aportados; aún es conveniente su reemplazo en caso de incumplimiento, de donde la necesidad de que las aportaciones *in natura* se realicen totalmente en un solo acto.

Pero ello nos conduce a la doctrina del *Typuslehre*, que contrapone la forma, concepto abstracto, con el tipo, su concreción individual. Si el tipo legal, el *Vorbild* o *Leitbild*, es el correspondiente a la sociedad pública o *Mamut*, la alegación anterior es razonable. Pero en Italia la Sociedad Anónima es posible con un capital irrisorio mínimo; complejas sindicaciones permiten que el socio pueda quedar prisionero durante dilatados espacios temporales; se admiten prestaciones accesorias y regula muy acusadamente la evicción, etc., de donde procede pensar que el tipo legal es precisamente el de Sociedad Anónima de reducidas proporciones. Señala que las locuciones «personal» y «capitalista» resaltan diferencias estructurales profundas, pero que a ellas es totalmente extraña la naturaleza de los bienes aportables. FERRI, con otros autores, incluso admite la posibilidad de aportaciones de actividad en todas ellas: la necesidad de un desembolso mínimo en las Sociedades Anónimas es el elemento diferenciador.

En favor de la aportación de bienes «típicos» se utilizan corrientemente dos argumentos. El primero es que los bienes aportables deben ser susceptibles de expropiación, lo que implica responsabilidad de la sociedad y garantía de los terceros. Pero se advierte que la responsabilidad se relaciona con el patrimonio social, no los bienes aportados que sólo episódicamente pueden formar parte de él. El otro, que sólo puede ser socio quien participa en la formación del capital, y dado que su aportación no es a fondo

perdido, la sociedad resulta ser un contrato restitutorio en el que los socios, al disolverse con resultado positivo, readquieren las aportaciones o su valor. Los derechos de goce, lo propio que los servicios, no son objeto de restitución en sentido técnico.

Este último argumento parece el más consistente. En Alemania, el BGB, del que se decía que más que abrir el siglo xx había cerrado el xix, no disponía el reembolso de las aportaciones últimamente citadas, pero jamás la doctrina dudó sobre la derogabilidad negocial del precepto. En Francia, pasado el período inicial de codificaciones con acusada impronta *terrière et bourgeoise*, se llegó a la propia conclusión, aunque limitada por la necesidad de liberación total inmediata de las *actions d'apport*. PORTALE recuerda la II Directiva de la CEE, preocupada para que no fuera impedida la remuneración con acciones de capital de las aportaciones de *know-how* y el proyecto belga en igual sentido, y analiza, con el natural detallismo, la legislación italiana, para llegar a la conclusión, coincidente con la de otros autores, de que en el peor de los casos siempre existe la posibilidad de fijar internamente una participación en el patrimonio residual a los aportantes «atípicos», aparte de que la normativa admite valoraciones *ex-post* y aun es la única que hace expresa mención de la posibilidad de aportaciones de derechos de goce.

El problema ha evolucionado merced a dos fenómenos:

a) Emisión de acciones con prima que, después de los primeros balbuceos doctrinales y fiscales, ha dejado de considerarse beneficio social. Hoy se clasifica plenamente como aportación sin reflejo en el capital social. Un divorcio apreciable aportación-capital.

b) La transformación de deudas en capital se desdobra primitivamente en pago-aportación. Posteriormente, en especial en el caso de conversión de obligaciones en acciones, pasa a ser considerada como entidad autónoma, y aun en los de no coincidencia de nominal y efectivo se estima no aportación de nominal, sino de liberación de carga. Se trata de aportaciones internas que contrastan con las clásicas, externas, pero que admiten una relación con el balance, como la transformación de reservas en capital. Pero hay casos de extinción de reales cargas, las *parts bénéficiaires*, que no figuran en el pasivo, o incluso el supuesto de que el Estado para percibir imposiciones extraordinarias acepte adjudicaciones de acciones. Tenemos ya un evidente divorcio aportación-balance, lo propio que en las hipótesis de transformación de sociedades de personas en Sociedades Anónimas, en que se satisfacen acciones en pago de aportaciones de servicios y en aquellos de fusión en que se valoran *avviamenti* u otros bienes no reflejados en el balance.

El principio de la doble correlación de la aportación con el capital y el balance desaparece como regla absoluta. En Alemania se habla ya de las excepciones a la *Bilanzfähigkeit*, doctrina que, al decir de DIDIER, ha sido objeto de una atención supersticiosa. La necesidad sólo aparece en el caso de no existir en el activo bienes suficientes para hacer *pendant* al capital social.

Pero la demostración efectuada es sólo de carácter negativo. Salvando las hipótesis enunciadas, subsiste todavía el problema de la cobertura de las aportaciones no calificadas, pero en bienes atípicos. Sin duda, se deducirá de nuevos planteamientos, que conducirán al hallazgo de la adecuada solución, que nuestro autor no ofrece.

En el curso de su disertación, PORTALE realiza interesantísimas incursiones: en el ámbito del capital social, entre cuyas proyecciones señala su consideración como entidad contable con el reflejo en el pasivo y como fracción patrimonial; al tratar de los tipos sociales ofrece completísima referencia bibliográfica suiza, italiana y alemana; en España, el tema había tenido algunos atisbos, en especial a través de DUQUE, pero el reciente

Derecho de Sociedades, de GIRÓN, y una excepcional monografía de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, que acaba de aparecer, lo traen a primer plano; las acciones industriales, los contratos restitutorios, las prestaciones negativas, el valor nominal en la acción y otros son elementos que contribuyen a hacer del estudio un pequeño *Kempis*, susceptible de provocar serenas y profundas meditaciones en el marco de las Anónimas.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo: la vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1976.

Producto del V Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en el año 1975, en el mes de mayo y en Marbella, es el tomo de seiscientas y pico de páginas que traigo ahora a esta recensión. Quizá ésa sea la finalidad del Congreso, de todo Congreso: publicar lo que se ha aportado y de lo que se ha tratado en el mismo. Hay, sin embargo, una mala prensa en torno a los Congresos y, sobre todo, de sus conclusiones, que, se dice, deben evitarse a toda costa, y si ello es imposible, lo mejor que puede hacerse es no cumplirlas y no publicarlas. Particularmente no estoy muy de acuerdo con esa crítica, pues si bien en materia de conclusiones pudiera ponerse reparos, lo que sí es cierto es que el Congreso tiene un aspecto constructivo a través del contraste de pareceres que el mismo lleva consigo, lo cual supone un foco de enseñanza y conocimiento, aparte del aspecto humano de relación, que suele fructificar posteriormente en intercambios valiosos de conocimientos, trabajos, conferencias, etcétera.

El trabajo que nos ofrece creo que guarda la línea que, a mi juicio, exige la celebración de un Congreso: la publicación de lo que al mismo se aporta, para que aquellos que, por las razones que fuese, no hubieran podido asistir al mismo tenga a su alcance un elemento de estudio. Dentro de estos límites se mueve la obra que recensionamos. Afortunadamente sólo se hace referencia a las conclusiones españolas y se dan a la estampa las ponencias y los trabajos o comunicaciones que por ambas partes se presentan.

El tema elegido—como apunta el prologuista LUIS JORDANA DE POZAS—tiene especial interés, ya que uno de los principios esenciales de la filosofía política del denominado mundo occidental es el relativo a la subsistencia de la propiedad privada, si bien sustituyendo la concepción liberal de la misma por otra de carácter social. Este principio tiene indudables reflejos en los ordenamientos jurídicos y especialmente en el Derecho administrativo, dando origen a una rica problemática. La verdad sea dicha que esa constante atribución de competencias administrativas sobre propiedad—producto de una desprivatización constante del Derecho—es muy discutible desde el punto de vista de los principios, y de ahí que al ser tema polémico encaja perfectamente en un Congreso de Profesores de Derecho Administrativo.

La calidad y personalidad de los ponentes ponen fuera de toda duda la altura en que se desarrolló el Congreso. MARTÍN BASSOLS y GÓMEZ-FERRER, administrativistas con profundas raíces en el urbanismo, por la parte española, y el profesor ALBERTO PREDIERI, por Italia, son nombres que hablan por sí solos de la seriedad de los estudios presentados. Igualmente, como luego veremos, en lo que se ha dado en llamar comunicaciones figu-

ran una serie de nombres punteros especialistas de las materias abordadas. Al tratarse de un volumen en el que sólo la unidad del título, con variedad de temas, obliga a una recensión más complicada, aunque voy a intentar simplificarla, pues ir descendiendo en cada trabajo a un resumen crítico del mismo haría, de una parte, extensísima esta recensión y, de otra, no serviría a los fines que el lector exige en esta clase de trabajos. Me detendré un poco más en lo que es el núcleo principal—la ponencia—para luego hacer referencias a las comunicaciones.

APORTACIÓN ESPAÑOLA

La ponencia española, que lleva por título el mismo que se da a la obra y de la que son autores MARTÍN BASSOLS COMA y RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORÁN, defiende la construcción unitaria del concepto de vinculación, atribuyendo a la misma el ser la técnica adecuada por la que se adapta la propiedad al interés general, convirtiendo la misma en una «titularidad» cuyo contenido debe ser definido por la ley y—en los supuestos de remisión de la misma—por normas, planes y actos administrativos. De esta forma se opera una publicación del derecho de propiedad y su regulación por el Derecho administrativo.

En el fondo ésta—con algunas otras ramificaciones—viene a ser la esencia de lo que mantiene la ponencia. Realmente hay ciertas perplejidades al plantearse el recensionista la pregunta de si de verdad los autores están plenamente convencidos de que su tesis debe prosperar o la lanzan por «si cuela». Recuerdo haber sentido un auténtico latigazo cuando GARRIDO FALLA, en su conferencia «Intervencionismo administrativo en la reforma de la Ley del Suelo», año 1975, planteaba la distinción entre «vinculaciones» y «limitaciones», las primeras sin indemnización y sí, en cambio, las segundas. Fue entonces cuando volví a recordar la definición justiniana de la obligación: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur...* La verdad es que en el campo del urbanismo, al no existir una terminología precisa (me refiero jurídica y no técnica), la literalidad de la palabra ofrece muchas posibilidades. Desde las famosas «delimitaciones» de la propiedad hasta esta teoría de la «vinculación», pasando por la construcción de la *obligatio propter rem*, hay un ambiente especulativo para dar con un concepto adecuado y definitivo de lo que intentó decir el legislador y no dijo. El entregar la regulación del derecho de propiedad al campo de la Administración es, como dijo ALVARO D'ORS, la destrucción del concepto mismo de la propiedad: «el aprovechamiento de las cosas comunes que pueda concederse a un particular no constituye un derecho, sino al revés, un encargo: el propietario cede entonces el puesto al funcionario. En este momento puede decirse que ha desaparecido el Derecho privado, es decir, el Derecho propiamente dicho».

El trabajo, sin embargo, es bueno en cuanto supone un esfuerzo constructivo y de investigación. Tiene una parte histórica en la que se va recorriendo el itinerario que las leyes han ido marcando a la propiedad, una parte constructiva en torno a la figura de la vinculación y sus dos reflejos en el campo de la propiedad urbana y la propiedad agraria.

El material de «comunicaciones» llega hasta 14 las que aporta la delegación española y que vienen a ser un complemento de lo que podíamos llamar «teoría general» expuesta por la ponencia. Como el momento español se caracteriza por saber poner «en rodaje» una serie de palabras que luego todos repiten con cierto énfasis contagioso (por ejemplo, ahora se «abusa» de la palabra «clarificación»), no me atrevo a decir que estas «comunicaciones» (parece ser que sin rango de ponencias) son como los antiguos «acólitos» que ayudan a sostener la tesis principal. Salvo las seis

últimas, que utilizan la idea de «vinculación», el resto hablan de consideraciones, estatutos, función social, limitaciones, etc.

Por su orden riguroso vamos a ir citándolas. Sobre la materia de la defensa nacional («Consideraciones en torno a la Ley 8/1975, de 12 de marzo, sobre zonas de interés para la defensa nacional») escribe JOSÉ LUIS RIVERO ISERN. En materia de pluralismo de la propiedad («Consideraciones previas al estudio del Derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada») aporta el trabajo CARLOS LASARTE. En lo referente a la propiedad forestal («El estatuto jurídico de la propiedad forestal privada»), el trabajo lo ofrecen ENRIQUE RIVERO ISERN y ANGEL SÁNCHEZ BLANCO. Se ocupa de la problemática de la función social de la propiedad («Función social y propiedad privada urbana: estudio de la jurisprudencia») PEDRO ESCRIBANO COLLADO. En lo referente a limitaciones urbanísticas («Las limitaciones extrínsecas de la nueva Ley del Suelo»), se ofrece el trabajo por FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ. Para explicar el patrimonio artístico y sus implicaciones limitativas («El patrimonio artístico y cultural»), EDUARDO ROCA Roca ofrece el trabajo así titulado. Por su parte, MARÍA VEGA ESTELLA se ocupa de la problemática del retracto de bienes artísticos («Retracto de bienes artísticos como limitación a la propiedad»). Dentro del campo de las licencias urbanísticas («La suspensión del otorgamiento de licencias como limitación temporal del *ius edificandi*»), la aportación corre a cargo de JOSÉ MARÍA FORTES ENGELS. Y, por último, en ese discutido ámbito de la vinculación seis autores aportan otros tantos trabajos, que citamos por orden de aparición: JOSÉ GONZÁLEZ BERENGUER («La vinculación de la propiedad privada en la legislación de centros y zonas de interés turístico»), ISIDRO E. ARCENEGUI («La vinculación de la propiedad privada en la legislación de caza»), ISIDRO E. ARCENEGUI («La vinculación de la propiedad en la legislación sobre conservación del paisaje y defensa de la naturaleza»), HERMENEGILDO BAYLOS CORROZA («Vinculación de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial a actos administrativos de constatación y concesión»), MANUEL PALLARÉS MORENO («La vinculación de la propiedad privada en la legislación de transportes por carretera») y JOSÉ BERMEO VERA («Vinculación de la propiedad privada en el sector de ferrocarriles»).

APORTACIÓN ITALIANA

Como en la parte española, los italianos traen su ponencia y la complementan con sus «comunicaciones», que se reducen solamente a seis. La ponencia que corre a cargo de ALBERTO PREDIERI tiene dos partes, siendo la primera una especie de introducción general, y la segunda referida concretamente a la propiedad urbana. Traduzco de esta forma la palabra *edilizia* de un sonido prometedor, que desaparece al ver su significado castellano: «arte de albañilería». En el fondo, lo que existe es un derecho a edificar y una propiedad sobre lo edificado. En términos muy generales, como hemos hecho con la ponencia española, la italiana trata como tema sustancialmente importante la discusión doctrinal de si se puede seguir hablando de un concepto unitario de propiedad o, por el contrario, existen una pluralidad de propiedades y regímenes distintos que las regulen.

En la referente a las «comunicaciones», ya hemos dicho que son seis. MASSIMO SEVERO GIANNINI trata la materia de los bienes o propiedad cultural («Beni culturali nell'ordinamento italiano»), DONATELLO SERRANI («La disciplina dell'a proprietà montana e forestale, linee evolutive»), LUIGI ARCIDIACONO escribe sobre la propiedad en su doble tendencia estatal y regional («L'organizzazione consortile per la bonifica nell'esperienza statale e nell tendenza regionale: proprietà indirizzata e proprietà conformata»), SABINO

CASSESE aporta el tema de la propiedad de la empresa («Dalla propieta all'impresa: i beni privati destinati dallo statuto alla produzione») y RITA PÉREZ sobre la propiedad agraria («I vincoli alla propieta agraria»).

El mosaico de trabajos que la publicación ofrece es lo suficientemente elocuente para pensar—esté o no conforme con las ideas sostenidas—que la obra tiene el gran valor de constituir un elemento de trabajo para seguir adelante con las tesis sostenidas o para trabajar sobre ellas y discutirlas en su día. Esa visión del conjunto legislativo que se ofrece es muy prometedora en lo que a estudio futuro se refiere.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la Comunidad Europea. Comisión de las Comunidades Europeas. Versión española realizada por el Gabinete de Documentación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1976, 194 págs. en un volumen.

La publicación a que se refiere la presente reseña constituye un informe preparado por la Comisión y referido a los debates sobre el tema, en particular con referencia a las Sociedades Anónimas, apareció originariamente como *Bulletin Supplément 8/75 de la Office des Publications Officielles des Communautés Européennes*, Luxembourg. Veamos su contenido:

A) *Primera parte.*—En ella se contiene un resumen de los programas comunitarios actualmente existentes, analizando luego las posiciones y tendencias más significativas que pueden verse dentro del ámbito de la Comunidad en cuanto a la estructura de las empresas y la participación de los trabajadores, terminando en un resumen de los problemas concretos que se plantean a nivel comunitario y de algunas soluciones que podrían aplicárseles.

En la «introducción» de esta primera parte se glosa la necesidad de una reglamentación comunitaria en la materia, partiendo de la consideración de que el objetivo de llegar a un mercado común de sociedades no debe considerarse una cuestión políticamente neutra y esencialmente técnica, y de la existencia de una evolución política y social en numerosos Estados miembros de la Comunidad, a la vista de la cual, la Comisión estima que si la construcción de una base económica y social no progresa, no sólo será imposible considerar la realización de una unión económica y monetaria, sino que además hará pesar una amenaza constante sobre los resultados ya obtenidos.

El primer capítulo recoge los programas y propuestas de la Comunidad, examinándose el programa de acción social, los trabajos emprendidos para promover la conclusión de convenios colectivos de ámbito europeo, los programas que tienden a hacer participar a empresarios y trabajadores en la adopción de decisiones a nivel comunitario, el proyectado Estatuto de Sociedades Anónimas Europeas y las propuestas de una tercera directriz, concerniente a la coordinación de las garantías en caso de fusión entre Sociedades Anónimas, y de la quinta directriz, que trata de coordinar las legislaciones de los Estados miembros en lo concerniente a la estructura de las Sociedades Anónimas.

El segundo capítulo se destina a la exposición general y análisis de las

principales posiciones y tendencias, primero de la estructura de las sociedades, en cuyo apartado se examinan las interrelaciones del Consejo de Administración y la asamblea general y los efectos de la introducción en la referida estructura de un órgano de vigilancia diferenciado (sistemas «dualistas»), destacando el informe que parece existir una relación entre la creación de un órgano de vigilancia independiente y el progresivo establecimiento de mecanismos de participación del personal en la designación de los miembros de los órganos de decisión de las sociedades, lo que podría explicarse por el hecho de que una separación formal de funciones permite combinar la representación de una pluralidad de intereses con una gestión homogénea.

El tercer capítulo se destina a las mismas cuestiones, pero enfocadas aquí a la participación de los trabajadores, referida a cuatro modos, que se confunden a menudo en una variedad de combinaciones: convenios colectivos; instituciones representativas con más o menos amplios, según los casos, derechos de información, consulta y aprobación; participación en la adopción de decisiones de la sociedad, y accionariado. A juicio de la Comisión, la participación, con diferencia de grados o formas, es una realidad política, jurídica y social en la Comunidad.

El capítulo destinado a señalar los puntos comunes distingue los dos apartados a que se acaba de hacer referencia. Con respecto a la estructura de las sociedades, se señala que los sistemas de todos los Estados miembros parecen haber confiado el control a órganos especializados, y éste parece ser el sistema más eficaz concebido hasta la fecha. En relación con la participación de los trabajadores: 1) por lo que hace a los convenios colectivos, se considera que su negociación seguirá desarrollándose, si bien no parece puedan servir de base a una reglamentación comunitaria; 2) respecto del accionariado, ningún Estado miembro ha desarrollado los sistemas hasta el punto de permitir a los trabajadores ejercer una influencia determinante sobre el proceso de decisión de las empresas grandes y medianas, y de momento no parece necesaria alguna forma de legislación comunitaria al respecto; 3) las instituciones representativas, a juicio de la Comisión, plantean problemas más complejos, pero debe establecerse una normativa que obligase a los órganos de dirección de las sociedades, a partir de un determinado número de trabajadores, a informar y consultar a la representación de los mismos y, si es posible, a negociar acuerdos con ellos (el informe considera que la objeción formal de que una disposición de esta naturaleza no puede tener su puesto en una legislación sobre derecho de sociedades oculta un importante problema de fondo, pues si los derechos de sociedades clásicos no contenían estas disposiciones es porque se basaban en unos principios económicos y sociales que atribuyen a las relaciones entre los trabajadores y su empresa un carácter esencialmente contractual), y 4) en orden a la participación en los órganos de decisión, el informe considera que desde el momento en que algunos Estados miembros han dictado disposiciones en la materia resultaría imposible no establecerla a nivel comunitario sin conculcar gravemente el principio de equivalencia de las garantías y obligaciones previstas por las legislaciones nacionales.

Concluye esta primera parte con un capítulo dedicado a glosar la necesidad de elaborar soluciones flexibles a los problemas antes planteados, teniendo en cuenta las disparidades reales que existen entre los sistemas en vigor, y que se explican por la diferente evolución económica y social de los Estados miembros. Se detiene el informe en la exposición de las distintas alternativas respecto de la estructura de las sociedades y la participación de los trabajadores, a partir de las legislaciones y prácticas vigentes en los Estados miembros, y concluye estimando que los principios básicos contenidos en la propuesta de quinta directriz sobre el Estatuto de las Sociedades Anónimas, a saber, el sistema dualista y la participación

de los trabajadores en el órgano de vigilancia, siguen siendo objetivos válidos y realistas, si bien considera que se debe dejar libertad a los Estados miembros para que adopten esos principios con la máxima flexibilidad posible; a estos efectos, la Comunidad debe establecer las disposiciones transitorias que puedan adoptarse en un futuro inmediato por las Sociedades Anónimas de los Estados miembros que no estén en condiciones de realizar con carácter inmediato ambos objetivos, pero el hecho de establecer un período de transición para la aplicación del sistema dualista implica necesariamente la adopción de determinadas disposiciones relativas a la participación de los trabajadores durante ese período transitorio.

B) *Segunda parte.*—Se destina al estudio de la situación existente en cada uno de los Estados miembros, recapitulando las informaciones sobre las que se basa la exposición general de la primera parte y los análisis realizados en ella.

Los diversos capítulos van haciendo relación a los diversos Estados miembros, tratando con mayor o menor extensión, según los casos, los extremos relativos a participación de los trabajadores y estructura de la Sociedad Anónima dentro de una forma de exposición repetida (legislación vigente, aplicación práctica de las disposiciones en vigor y tendencias), con las oportunas referencias no sólo a los textos legales, proyectos y anteproyectos de ley, sino también a la bibliografía jurídica, manifiestos, programas y propuestas de partidos, asociaciones y sindicatos, informes de comisiones de expertos, dictámenes de órganos administrativos, declaraciones y artículos de prensa. Sucesivamente se exponen las oportunas referencias a Bélgica, Dinamarca, Alemania Federal, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda y Reino Unido.

No entramos con más detalle en el examen de las diversas soluciones y propuestas en los diferentes sistemas nacionales para no ampliar excesivamente esta recensión.

A continuación de esta segunda parte, en el anexo I se trata de los problemas especiales que plantea la puesta en práctica de la participación de los trabajadores en los grupos de sociedades o, expresado en otras palabras, en las sociedades que forman parte de un grupo, y tanto en el supuesto de sociedades intracomunitarias como en el supuesto de grupos multinacionales de sociedades que tienen su sede en la Comunidad, pero poseen cierto número de filiales en otros países, así como el de sociedades establecidas en la Comunidad que son filiales de otras sociedades instaladas fuera de ella.

Finalmente, el anexo II se destina al informe sobre las funciones del Comité Europeo de Empresa, tal como se propone en el Estatuto de las Sociedades Anónimas Europeas.

Traemos nuevamente a estas páginas una obra referida al tema de la forma de la empresa, tema del que se viene hablando en España desde hace tiempo, como recordaba recientemente el profesor GARRIGUES en los interesantes artículos aparecidos en el periódico *El País* de los días 21, 22, 24 y 25 de septiembre próximo pasado bajo la rúbrica «Salvar primero a la empresa y reformarla después», y en los que se contienen valiosas consideraciones al respecto; el tema no está sólo bajo la consideración de los estudiosos, de los profesionales del Derecho, de los políticos, de los empresarios o de las fuerzas sindicales, sino que reclama la atención del gran público, y en este momento de nuestro acontecer, en que se proponen numerosas y variadas reformas legislativas, parece no está de más asomarnos a lo que ocurre en el ámbito del Mercado Común, ya que la preparación de nuestro acceso al mismo viene a constituir una de las orientaciones que cuentan con mayor fuerza, y en el tema a que la obra se dedica ello nos lo permiten libros como el presente.

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre 1977

La reserva hereditaria común, por José Antonio Doral, págs. 497 a 557.

Razón y codificación, por Enrique Zulueta Puceiro, págs. 557 a 591.

Desarrollo y expansión del Derecho Mercantil, por Rafael Jiménez de Parga, págs. 591 a 619.

La unificación supranacional del Derecho de familia, por José M. Castán Vázquez, págs. 619 a 631.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 13. Enero-marzo 1977

La institucionalización de la región, por Manuel Fraga Iribarne, páginas 7 a 29.

La regionalización como fórmula descentralizadora, por Fernando Garrido Falla, págs. 29 a 43.

Centralismo - regionalismo - federalismo, por Pablo Lucas Verdú, páginas 43 a 73.

Fuentes bibliográficas históricas, jurídicas y políticas para el concepto de región en España, por Enrique Urduña Rebollo, págs. 73 a 155.

Instituciones políticas del antiguo reino de Mallorca, por Román Piña Homs, págs. 155 a 169.

Matrimonio, Iglesia, Estado: Hacia el gran cambio, por Manuel Peña Bernaldo de Quirós, páginas 169 a 189.

Núm. 14. Abril-junio 1977

Consideraciones político-criminales sobre la regulación de los delitos

de adulterio y amancebamiento en el Derecho Positivo Español, por Evaristo López de la Viesca, páginas 247 a 315.

El nombre de las personas naturales en el Derecho Internacional Privado, por Francisco Lucas Gil, páginas 315 a 335.

Método Jurisprudencial en el Derecho Penal, por Miguel Polaino Navarrete, págs. 335 a 361.

Dominio y posesión, por José Antonio Doral, págs. 361 a 381.

Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer, por Luis Moisset de Espanés.

Núm. 15. Julio-septiembre 1977

Luis Jiménez de Asúa a través de su escritura, por Angelina Ladrón de Guevara, págs. 473 a 615.

Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, aprobada por Real Decreto de 29 de julio de 1977, por Enrique Ruiz Vadillo, páginas 615 a 711.

Regímenes económicos matrimoniales; consecuencias del matrimonio sobre las rentas de trabajo de la mujer y las rentas de sus bienes, por Teresa Puente Muñoz, páginas 711 a 741.

Libro Blanco de la Justicia Penal, por Antonio Beristain, págs. 741 a 761.

DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Núm. 130. Julio-agosto 1977

Sobre los orígenes de la institución jurídica del Presupuesto en las

Cortes Españolas, por J. A. Sardi-
na Páramo, págs. 969 a 989.

*Génesis de la Ley General Presu-
puestaria*, por E. González García,
páginas 989 a 1031.

*El presupuesto del estado económi-
co en la Ley número 11/1977*, por
Andrea Amatucci, págs. 1031 a 1043.

*Sobre los principios del Presupuesto
del Estado*, por Manlio Ingrosso,
páginas 1043 a 1063.

*La Ley General Presupuestaria y el
principio presupuestario de uni-
versalidad*, por Luis Corral Gue-
rrero, págs. 1063 a 1083.

*Elaboración, estructura y problemas
especiales de ejecución de los pre-
supuestos generales del Estado*,
por V. Querol Bellido, págs. 1083
a 1127.

*Nota sobre la Orden del Ministerio
de Hacienda de 10 agosto 1977 en
relación con la estructura presu-
puestaria*, por E. Lejeune, pági-
nas 1127 a 1131.

Núms. 131-132.

Septiembre-diciembre 1977

1. *Exigencias jurídicas para la im-
plantación del delito fiscal.*—2. *De-
seables reformas en el futuro gra-
vamen sobre el patrimonio.*—3. *El
Concierto Económico con Alava y
el Impuesto de Sucesiones.*—4. *El
Concierto Económico con Alava y
el Impuesto de Transmisiones Pa-
trimoniales.*—5. *Consideración tri-
butaria de las cargas familiares.*—
6. *Objeciones al Impuesto sobre el
Patrimonio.*—7. *Tratamiento fiscal
de las Sociedades Inmobiliarias,
cuya finalidad exclusiva sea la
construcción, promoción o explo-
tación en arrendamiento de vi-
viendas de protección oficial*, por
J. Menéndez, págs. 1173 a 1201.

La «rentée» de la fiscalidad, por
A. Montero, págs. 1201 a 1212.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 143-144. Enero-junio 1977

*La distribución del riesgo en el De-
recho Marítimo*, por Ignacio Arro-
yo, págs. 7 a 221.

*José Bonaparte (1808-1813) y la le-
gislación mercantil e industrial es-
pañola*, por Angel Rojo, págs. 121
a 185.

*La responsabilidad del producto en
el Derecho mexicano*, Jorge Barre-
ra Graf, págs. 185 a 195.

*Reuniones de Arbitraje Comercial In-
ternacional en Madrid*, Bernardo
María Cremades, págs. 195 a 197.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Enero-marzo 1977

*En torno al Registro Inmobiliario de
Buenos Aires*, por José María Pi-
ñol Aguade, págs. 43 a 91.

*Herencias de extranjeros en España.
Un estudio de Derecho Internacio-
nal Privado orientado fundamen-
talmente a los problemas que plan-
tea la sucesión de alemanes en
España*, por Vicente Simo Santon-
ja y Buckhard Löber, páginas 91
a 1971.

*Experiencias del Derecho Interme-
dio sobre los contratos «Ad Melio-
randum»*, por Carlos Vattier Fuen-
zalida, págs. 171 a 297.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre 1977

*La concurrencia de normas labora-
les y el Real Decreto Ley de 4 de
marzo de 1977*, por Manuel García
Fernández, págs. 589 a 611.

*El abogado y el razonamiento jurí-
dico*, por Lino Rodríguez Arias, pá-
ginas 613 a 621.

*El nuevo Derecho de la República
de Cuba*, por Antonio Castillo, pá-
ginas 623 a 625.

*La «Sanatoria excepcional» de dis-
posiciones testamentarias nulas en
el Derecho español*, por Luis Hum-
berto Claveriam Gosálbez, pági-
nas 626 a 647.

Octubre 1977

*Adquisición de la posesión de bienes
muebles del artículo 464 del Cód-*

go civil, por L. Martínez Calcerrada, págs. 693 a 739.

Problemática de las notificaciones en el ejercicio del Derecho de Retracto arrendatario rústico, por J. L. Algíbez, págs. 740 a 747.

La lucha jurídica contra el terrorismo, por A. Castillo, págs. 748 a 753.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Julio-agosto-septiembre 1977

La distribución de los beneficios y cargas del planeamiento y el aprovechamiento medio, por Pedro José Sanz Boixareu, págs. 13 a 39.

Las disposiciones transitorias de la Ley del Suelo, por J. L. González-Berenguer Urrutia, págs. 39 a 51.

Los catálogos del artículo 25 de la Ley del Suelo, por Pablo Arribas Briones, págs. 51 a 69.

Algunas reflexiones sobre el artículo 3 de la Ley sobre protección del ambiente atmosférico, por Javier Salas, págs. 69 a 83.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 195. Julio-septiembre 1977

Las asociaciones de funcionarios públicos, por José María Boquera Oliver, págs. 489 a 501.

Concepto y funciones del aprovechamiento urbanístico medio, por José A. López Pellicer, págs. 501 a 525.

Derribo de obras sin licencia, por Miguel Figueira Louro, páginas 525 a 549.

Un marco para el estudio de la infracción urbanística, por Vicente Boix Reig, págs. 549 a 567.

La impugnación de elecciones de presidentes de las Corporaciones Locales, por Ignacio López González, páginas 567 a 581.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 396. Septiembre 1977

La reforma de la empresa. Problemática general, por Francisco Javier Tirado Suárez, págs. 818 a 826.

Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible, por Alvaro Navajas Laporte, págs. 826 a 833.

Núms. 394-395. Julio-agosto 1977

La detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Anteproyecto de reforma, por José Vicente Gimeno Sendra, págs. 610 a 622.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Junio 1977

Concepto, naturaleza y caracteres jurídicos del nombre civil, por Francisco Lucas Gil, páginas 487 a 531.

La protección diplomática, el agotamiento de los recursos internos y el arreglo de controversias en el Derecho Positivo del Espacio sobre responsabilidad, por Cesáreo Gutiérrez Espada, págs. 531 a 577.

Reseña Legislativa (Índice de las disposiciones más importantes publicadas en el Boletín Oficial del Estado en el mes de mayo de 1977), por F. B., págs. 577 a 581.

Julio 1977

El «Juicio de amparo» de los derechos individuales en Argentina, por Néstor Pedro Sagües, págs. 3 a 19.

Autonomía y solidaridad del dominio, principios informadores de las titularidades reales, por José Antonio Doral, págs. 19 a 49.

Notas sobre los derechos accesorios, por José Manuel Lete del Río, páginas 49 a 59.

Agosto 1977

El pensamiento político de Cambó, por José María Martínez Val, páginas 89 a 119.

Finalismo en la voluntad de los contratantes, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 119 a 137.

Elementos comunes: Suelo y porterías, por Joaquín Madruga Méndez, páginas 137 a 161.

Septiembre 1977

El derecho como regla de conducta, por Francisco Rico Pérez, págs. 185 a 229.

Reforma y criptorreforma del sistema matrimonial español, por Angel Manuel López López, págs. 229 a 249.

Los elementos de injusticia y manifestación de injusticia en el delito de privación en el Código penal español, por Federico Bello Landrove, páginas 249 a 273.

REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA

En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separa-

ción de bienes, por Elías Campo Villegas, págs. 271 a 323.

Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines, por Francisco Muñoz Conde, págs. 323 a 353.

La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código civil, derecho científico y legislación catalana, por José María Ramos González, páginas 353 a 379.

La declaración universal de los derechos de los pueblos, por Fernando Mariño Menéndez, páginas 739 a 413.

Provisión de fondos y legitimación para librar (Relaciones entre los presupuestos económico y jurídico del libramiento de la letra), por Eduardo Polo, págs. 413 a 467.